**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA**

**FACULDAD DE DERECHO**

**DERECHO PRIVADO**

TESIS DOCTORAL

# Familias contemporáneas y autonomía de la voluntad. Hacia un nuevo Derecho de Filiación más allá de la biología

Presentada por

TALITA SEISCENTO BAPTISTA

Directora: PROFª. DRª. NIEVES MARTÍNEZ RODRÍGUEZ

SALAMANCA 2021

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULDAD DE DERECHO

DERECHO PRIVADO

TESIS DOCTORAL

# Familias contemporáneas y autonomía de la voluntad. Hacia un nuevo Derecho de Filiación más allá de la biología

Presentada por
TALITA SEISCENTO BAPTISTA

_____

_____

_____

"No es la carne y la sangre, sino el corazón,
lo que nos hace padres e hijos".

Friedrich Schiller (1759-1805)

"Mudan los tiempos y las voluntades;
se muda el ser, se muda la confianza;
el mundo se compone de mudanza
tomando siempre nuevas calidades".

Luís Vaz de Camões (1524-1580)

Dedico este trabajo a mi familia,

por todo incentivo, comprensión y apoyo constante.

**Tabla de Abreviaturas:**

ADN- Ácido desoxirribonucleico

AI- Inseminación artificial

ATS- Auto del Tribunal Supremo

art.- Artículo

BOE- Boletín Oficial del Estado

CBE- Comité de Bioética de España

CCE- Código Civil Español

CC y Com- Código Civil y Comercial Argentino

CE- Constitución Española de 1978

CE- Consejo de Europa

CEDAW -Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer

CADH- Convención Americana de Derechos Humanos

CEDH- Convención Europea de Derechos Humanos

CETFDCM- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

CIDH -Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CDN- Convención sobre los Derechos del niño

CIDH- Corte Interamericana de Derechos Humanos

CFM- Consejo Federal de Medicina

DGRN- Dirección General de los Registros y del Notariado

DUDH: Declaración Universal de Derechos Del Hombre. 10 de diciembre de 1948

EE. UU.- Estados Unidos de América

FIV- Fecundación in vitro

FIVET- Fecundación in vitro con transferencia de embrión

INE- Instituto Nacional de Estadística de España

Juzg.- Juzgado

LGBTI-Lesbianas, Gais, Bisexuales, Transgénero e Intersexual

LOPJM- Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor

LRP- Ley de Registros Públicos

LTRHA- Ley de Técnicas de reproducción Humana Asistida

OC- Opinión Consultiva

RC- Registro Civil

RESP- Recurso Especial

ROPA- Recepción de óvulo de la pareja

RRC- Reglamento de la Ley del Registro Civil

SAP- Síndrome de Alienación Parental

SIRHA- Sistema de información de Reproducción Humana Asistida

STEDH- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STS- Sentencia del Tribunal Supremo

STC- Sentencia del Tribunal Constitucional

ONU- Organización de las Naciones Unidas

OMS- Organización Mundial de la Salud

TEDH- Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TRHA- Técnicas de reproducción Humana Asistida

TS- Tribunal Supremo

UNICEF- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

UE- Unión Europea

Índice

**INTRODUCCIÓN** ..... 9

I-**LA REESTRUCTURACIÓN DEL CONCEPTO DE FAMILIA** ..... 15

1. Los cambios vertiginosos en la familia ..... 15

1.1 Los avances ocurridos en el Derecho de Familia a lo largo de los siglos ..... 17

1.2 La importancia del movimiento feminista para los cambios en la familia ..... 25

1.3 Las alteraciones legislativas y sociales del Derecho de Familia en España ..... 32

2. Los nuevos retos de la familia del siglo XXI ..... 40

2.1 ¿Es posible determinar lo que es familia? ..... 40

2.2 La dignidad humana como la base para el reconocimiento de múltiples entidades familiares ..... 49

2.3 Las entidades familiares: *numerus apertus* ..... 55

3. El alcance de los principios en el Derecho de las Familias ..... 62

3.1 El uso de la ponderación para la interpretación de los Derechos de las Familias ..... 65

3.2 La autonomía de la voluntad en el Derecho de las Familias ..... 71

4. Medios de planificación de las familias ..... 78

4.1 La contractualización del Derecho de las Familias ..... 78

4.2 La despatrimonialización y la personificación del Derecho de las Familias ..... 85

II – **CUESTIONES FUNDAMENTALES DE LA FILIACIÓN** ..... 89

1. Repensando el tradicional modelo de filiación ..... 89

2. Entre el interés particular de los padres a tener un hijo y el interés del hijo a tener unos padres ..... 93

3. Los efectos, reflejos y consecuencias del Derecho a la filiación ..... 96

4. Responsabilidad parental ..... 98

4.1 Guarda o custodia de los hijos ..... 102

5. Los nuevos pilares de la filiación ..... 106

5.1 La igualdad entre los hijos ..... 106

5.2 El superior interés de los niños y niñas en las relaciones de filiación ..... 111

6. Concepto actual de Parentalidad ..... 122

III- **LA FILIACIÓN: ENTRE LA VERDAD BIOLÓGICA Y LA VERDAD SOCIAL** ..... 126
1. Entre la realidad de la sangre y la veracidad de hecho ..... 126
2. El valor del origen genético para la filiación ..... 132
3. Determinación de la filiación extrajudicial ..... 137
3.1 Determinación de la filiación matrimonial ..... 142
3.2 Determinación de la filiación no matrimonial ..... 144
3.3 Determinación de la filiación por voluntad procreacional ..... 146
4. La determinación judicial de la filiación- la búsqueda del origen biológico ..... 150
5. La relevancia del afecto para la configuración de la filiación ..... 152
5.1 El amor en las relaciones afectivas ..... 152
5.2 La transcendencia de la socioafectividad para la familia y la filiación ..... 156
5.3 La socioafectividad vista como el deber de cuidado ..... 160
5.4 El afecto en las relaciones jurídicas ..... 163

IV- **EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL DERECHO A LA FILIACIÓ**N ..... 165
1. El ejercicio de la autonomía privada en el ámbito de filiación y la protección de los derechos de los niños ..... 165
2. La autonomía en materia de filiación ejercida por la adopción ..... 168
3.La filiación por medio de las técnicas de reproducción humana asistida ..... 177
3.1 La determinación de la filiación en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida ..... 184
3.2 La autonomía de la voluntad en la determinación de la filiación con utilización TRHA ..... 187
3.3 Acciones de filiación en la reproducción humana Asistida ..... 189
4. La inseminación artificial doméstica ..... 190
5. La contratación de la gestación por sustitución ..... 194
6. Entre la voluntad y la responsabilidad en el reconocimiento por complacencia ..... 206
7. La autonomía de voluntad y la filiación socioafectiva ..... 211

8. Hacia la coparentalidad como nueva forma de familia ..... 215

V- **LA BÚSQUEDA DE LA FELICIDAD Y LOS NUEVOS RETOS DEL DERECHO A LA FILIACIÓN** ..... 219
1. Identidad personal y el derecho a conocer el origen genético ..... 219
1.1 El derecho a conocer el origen biológico en la adopción ..... 225
1.2 El derecho a conocer el origen genético en las técnicas de reproducción humana asistida heteróloga ..... 228
2. El reconocimiento e impugnación de filiación - casos controvertidos ..... 236
2.1 Reclamación de la paternidad ..... 240
2.2 Impugnación de la filiación matrimonial ..... 242
2.3 Impugnación de la filiación no matrimonial ..... 248
2.4 Impugnación de la filiación por vicio del consentimiento ..... 251
2.5 Reconocimiento de la segunda maternidad ..... 254
2.6 La acción de investigación de paternidad con reflejo solo en el derecho a la personalidad ..... 257
3. Familias recompuestas y el vínculo de filiación ..... 258
3.1 Papel del cónyuge o pareja estable de un progenitor respecto a los hijos de éste 259
3.1.1 El papel de la madre o del padre social en España y países europeos ..... 261
3.1.2 El papel de la madre o del padre social en Países de América ..... 264
a) Argentina ..... 264
b) Brasil ..... 266
c) Estado Unidos ..... 270
4. Multiparentalidad ..... 271
4.1 La multiparentalidad por las Técnicas de Reproducción Asistida o con la "donación" de material genético ..... 275
4.2 La multiparentalidad debida a la socioafectividad ..... 279
4.3 Consecuencias jurídicas de la multiparentalidad ..... 284

CONCLUSIONES ..... 287
BIBLIOGRAFIA ..... 296
ANEXOS: ..... 318

## INTRODUCCIÓN

Frente a tantos cambios e incertezas en un mundo cada vez más conectado virtualmente, las relaciones humanas se van desarrollando por nuevos caminos a una velocidad inexplicable. Este contexto nos ha instigado a investigar un tema jurídico y social de extrema relevancia como es el Derecho a la filiación. Con tantas indagaciones y vacíos normativos existentes en esta rama, buscaremos encontrar la dirección a seguir para tornar más efectivos los derechos fundamentales de padres e hijos y dar más seguridad jurídica a las relaciones familiares.

Históricamente, el estudio de la familia siempre estuvo vinculado al matrimonio, la familia nuclear y biparental. El matrimonio, visto como la comunión de un amor eterno que consecuentemente genera descendencia para la perpetuación familiar, fue durante mucho tiempo idealizado y todo este escenario fue reflejado en las legislaciones familiares. En muchas situaciones, personas que no encajaron en los modelos predefinidos por el Estado quedaron al margen de la protección. En los Códigos Civiles del inicio del siglo XX, se buscaba la protección de la familia como institución y se resguardaba para que el patrimonio quedara con los miembros legítimos de la misma, los matrimonios no podían ser disueltos, los hijos concebidos fuera del matrimonio eran considerados ilegítimos y tenían derechos desiguales frente a los hijos matrimoniales legítimos, la mujer era dependiente de su marido. Un siglo después se observa un gran avance en los derechos de igualdad y libertad. Mucho se tuvo que luchar para dar a las mujeres una igualdad formal frente a los hombres, igualdad entre todos los hijos, posibilidad de divorcio y reconocimiento de derechos para familias con otros arreglos diferentes del matrimonial. El modelo familiar que anulaba la iniciativa individual acabó y en su lugar empezaron a surgir otros modelos familiares, con nuevos valores sociales, más igualitarios, personalizados y democráticos.

Lo más importante de la familia actual es la creciente expansión de la autonomía privada. El derecho pasa a garantizar la posibilidad de los individuos de decidir cómo estructurar organizativamente la relación familiar. No hay que pensar en la familia como un “contrato de adhesión” con todas normas y parámetros ya estipulados por el ordenamiento. La adecuación del Derecho a las nuevas necesidades que demanda la realidad social

contemporánea no puede ser ignorada. La característica contemporánea predominante de las familias es la voluntad de permanecer juntas y construir una familia, con un compromiso de cuidado y respeto mutuo. Este nuevo paradigma humaniza y universaliza el Derecho de las Familias.

Está naciendo un proceso de personalización de la familia, una búsqueda del interés de las personas en sí, valorando los principios generales de la afectividad, solidaridad, lealtad y libertad. No podemos concebir la existencia de una sociedad justa sin que exista el reconocimiento de las diferencias culturales, religiosas, étnicas y sexuales. De forma que para un estudio concreto de las relaciones familiares es necesario unir otras áreas del conocimiento además del derecho, como son la sociología, la psicología, la economía en la familia, la antropología y la bioética.

En efecto, lo que debemos tener como eje esencial del Derecho de las Familias es la persona; cada miembro tiene garantizada la protección de los Derechos Humanos, de la dignidad, y del pleno desarrollo de la personalidad y libertad. Es necesaria una eficiente comunicación entre los derechos personales y fundamentales para la garantía de una protección plena.

No hay duda de que la estructura familiar actual está dotada de gran flexibilidad, siendo esencial para la construcción de las relaciones familiares el diálogo entre lo biológico y lo social. Aunque la biología sea un elemento seguro y relevante para la constatación de la filiación, la verdad sociológica está ganando progresivamente más relevancia. La convivencia entre padres e hijos es un punto esencial para el desarrollo sano de los niños. Este relacionamiento debe ser buscado y preservado.

La concepción eudemonista de familia –esto es, la búsqueda de la felicidad como la principal causa de los valores morales– ha efectivizado la pluralización de los vínculos familiares, y ha llevado al afecto a tener una connotación jurídica. Aunque el afecto está ganando relevancia en el Derecho de las Familias, debemos buscar la utilización de este término dentro de la ciencia jurídica, como un principio general de Derecho que debe ser utilizado para la interpretación y aplicación de principios y reglas y no como una forma

romántica en la que todos los miembros de una familia poseen un amor innato e incondicional entre sí. El afecto es más que un sentimiento que concierne al psíquico de las personas, como el amor, la amistad, la ternura; es un sentimiento que estimula la protección, el cuidado, la alimentación y la caricia.

Este sentimiento no puede ser impuesto por el Estado; sin embargo, estos estímulos como requisitos de la responsabilidad parental sí pueden ser vistos como mandamientos. De esta forma, un padre no puede alegar desamor para huir de la responsabilidad de cuidar, proteger, alimentar, educar y dar una formación integral a su hijo. Es decir, no cabe al Derecho obligar a los padres a sentir afecto por sus hijos, pero, al Derecho incumbe hacer que los padres sean responsables por el crecimiento sano y desarrollo intelectual y personal de los niños y niñas.

Específicamente se buscará estudiar el sistema de filiación del Derecho español frente a los nuevos modelos familiares dentro de una sociedad plural, trayendo distintas soluciones dadas en un mundo globalizado. Es importante estudiar las soluciones jurídicas distintas que están siendo dadas a fenómenos sociales equivalentes, tanto por los Tribunales Internacionales como el por Tribunales de otros países, en casos específicos.

Corresponde a cada Estado organizar la vida en sociedad por medio de normas jurídicas. Aun así, más que imponer deberes, las normas deben reflejar las virtudes primordiales de una sociedad, teniendo como base los Derechos Humanos. Así como el Derecho deriva de una construcción social, también ayuda a cambiar valores y costumbres de una comunidad, por eso tiene que estar en una continua actualización para adaptarse a los nuevos anhelos e inquietudes sociales y culturales de un pueblo. Principalmente en el Derecho de las Familias existen varias tradiciones que se rompen constantemente, por ser la rama del Derecho que más sufre el influjo de la religión y de la moral.

Algunos términos utilizados en las legislaciones del inicio del siglo XX siguen en las normativas actuales, en total discordancia con los valores actuales como el término *patria potestas*, que deriva del Derecho romano y se refería el poder del padre de familia, con prevalencia de la figura del hombre. Aunque se puede pensar que son apenas vocablos

jurídicos desactualizados, las palabras tienen fuerza sobre el inconsciente social, debiendo evitarse la utilización de términos con algún grado de discriminación o perjuicio. No podemos silenciar o atenuar el significado de la lucha de derechos de ciertos grupos como los niños, las mujeres, las personas con discapacidad, el grupo LGBTI en general, que finalmente empiezan a ser vistos como sujetos de derechos por los ordenamientos jurídicos. Por ende, la noción de pluralismo existente en los Derechos Humanos pasa a surgir en la organización familiar. La composición familiar plural y la formación de vínculos de filiación derivados de la biología, técnicas de reproducción asistida o por afectividad son fenómenos sociales actuales de extrema relevancia, que no pueden ser ignorados jurídica y socialmente.

Pese a todo este avance, aún existen diversos vacíos jurídicos, principalmente en el tema de la filiación. Por el sistema de filiación se busca integrar a una persona a una determinada familia, debiendo observar que la filiación no es una construcción natural, sino una construcción cultural. Aunque todos tengan vínculos biológicos con una mujer y un hombre, con la posibilidad de identificación de la verdad genética con alto grado de certeza a través de pruebas genéticas de ADN, ya no es solamente esto lo que determina una maternidad o paternidad para los vínculos de filiación. Cada sociedad, en realidad, a su tiempo, determina cuáles son los valores relevantes para la definición de vínculos de filiación y definición de familia.

Por más que exista el derecho a formar una familia, no podemos decir que existe el derecho absoluto a tener un hijo. El hijo no es un objeto de deseo de los padres, esto va contra al principio de la protección integral de los niños y niñas. El Estado, con medidas sanitarias, puede propiciar formas para ayudar a la procreación; pero un hijo no puede ser considerado como la fuerza elemental, propulsora y esencial de nuestras vidas. La infertilidad o la decisión de no tener hijos no hace que uno sea menos feliz o incompleto. Además, la concepción de un niño no resulta solamente del acto sexual entre un hombre y una mujer; las técnicas de reproducción humana asistida llegaron para empezar la reestructuración del modelo jurídico de filiación, trayendo grandes soluciones en materia médico-científica, y grandes problemas para el área jurídica. Conceptos que eran considerados como seguros por el Derecho cayeron, como ejemplo: “la madre es siempre conocida”.

Así, la intención o la voluntad de ser madre/padre está ganando un papel relevante en la determinación de la filiación. Las mujeres están congelando óvulos para poder decidir más tarde si van a querer o no tener hijos. La ciencia va avanzando (con la fertilización asistida, la gestación de sustitución, la donación de óvulo o esperma) para cada día propiciar nuevos caminos para que diferentes arreglos familiares puedan tener hijos, como las familias homoafectivas, poliafectivas, personas solas, parejas con edad más avanzada, amigos que deciden tener un hijo juntos y una infinidad de casos. La adopción de niños huérfanos o abandonados también es una forma de establecer vínculos de filiación y de afecto, dando a estos niños una vida digna y la posibilidad de desarrollar su personalidad dentro de una familia.

Los niños son personas en desarrollo que deben ser cuidados de acuerdo con las necesidades especiales para que puedan crecer y desarrollar su identidad y personalidad adecuadamente. Por esto, la responsabilidad parental necesita ser mejor explorada y concientizada. Al tiempo que existe una autonomía privada mayor para tener un hijo, existe la responsabilidad parental ante el niño. Claramente, la maternidad y la paternidad son algo más que el resultado de una relación sexual o una aportación genética concreta, implican la asunción de los deberes de cuidado, afecto, alimento, convivencia y educación, entre otros. La autonomía debe ser utilizada con responsabilidad. Toda acción tiene consecuencias, toda libertad genera también responsabilidad.

Además, las familias actualmente no son estáticas, es decir, divorcios y matrimonios en segundas nupcias son cada vez más comunes; las familias pueden ser construidas y reconstruidas constantemente. Consecuentemente, nuevos personajes acaban por surgir (madrastas y padrastros) en la vida de los niños. Estas nuevas configuraciones precisan tener sus papeles mejor definidos legalmente, dejando muy claro que el fin de una conyugalidad o de la convivencia de los padres de ninguna forma puede significar la ruptura de un vínculo de filiación. Los padres son los responsables por los niños y deben convivir con ellos. La nueva pareja de la madre o del padre puede tener afecto y cuidado al hijastro, sin que esto lleve a la obligatoria necesidad de crear un nuevo vínculo de filiación. Sin embargo, en caso de que sea demostrado que es de interés del niño y del padrastro o de la madrastra, puede ocurrir una adopción unilateral. Así mismo, en caso de que el niño siga conviviendo con el padre biológico

y con el padrastro, teniendo en ambos la figura paterna ¿sería posible jurídicamente mantener esta dupla relación?

Ante toda esta nueva realidad y las diversas indagaciones surgidas, es imprescindible el uso de nuevas referencias que se adapten mejor a los deseos de la sociedad actual para la búsqueda de la identificación de los lazos familiares y de la determinación de la filiación. La situación de hecho existente en gran parte de los países es la misma, pero las consecuencias jurídicas pueden variar. Es importante estudiar estas diferencias para buscar una protección efectiva tanto en el derecho de reproducción y el derecho de filiación, conectados como la protección integral de los niños.

Obviamente, la ley no puede prever siempre todas las situaciones que ocurren en lo cotidiano, debiendo los intérpretes utilizar la equidad y los principios generales de derecho tales como libertad, igualdad, solidaridad, responsabilidad, afectividad e interés superior del niño para buscar la justa medida, interpretando la ley en cada caso. Las soluciones dadas han de proteger el estado de las personas y buscar el respeto conjugado del orden público y las libertades individuales. Los seres humanos y sus relaciones cambian, la sociedad está en transformación constante, motivo por el cual el pensamiento jurídico tiene que seguir este ritmo para no volverse inadecuado y obsoleto, sin aplicación y correspondencia a la realidad objetiva.

Cabe, por fin, preguntarnos si el Derecho debe únicamente ser reflejo de la sociedad que lo crea o si debe, además, cumplir una función educadora y transformadora de la realidad social. No podemos negar la interacción existente entre el Derecho y la sociedad.

Teniendo en cuenta lo anterior, vamos a estudiar en este trabajo los cambios profundos experimentados en las relaciones familiares y sus reflexiones principalmente en el derecho a filiación, frente a una mayor autonomía privada. En un ritmo acelerado, nuestra capacidad de adaptación y los efectos jurídicos de las nuevas necesidades humanas son puestos a prueba, siendo imprescindible el estudio profundo de la materia para buscar la mejor forma de preservar los derechos de los niños y de las niñas.

# I-LA REESTRUCTURACIÓN DEL CONCEPTO DE FAMILIA

## 1. Los cambios vertiginosos en la familia

La familia es una de las pocas instituciones sociales que, de múltiples maneras, siempre ha existido en la historia de la humanidad y ha pasado por muchos cambios sociales y legislativos a lo largo del tiempo, adaptándose a las distintas formas y necesidades de las sociedades. Así que la regulación que es dada a este instituto en cada momento histórico refleja una determinada concepción social de vida familiar.

El Derecho de las Familias regula un tipo de relación que afecta los aspectos más íntimos, cotidianos y profundos de las relaciones personales y, por lo tanto, su ordenación debe ser estructurada a partir de principios éticos y morales determinados por la sociedad de su tiempo. La humanidad evoluciona y, consecuentemente, lo mismo ocurre con el Derecho. Es en el campo del Derecho de las Familias donde la religión, las costumbres y la moral han agregado más valores jurídicos.

La organización legal de la familia siempre estuvo –y siempre estará– contaminada e incluso determinada por una moral, cuya esencia es la sexualidad. La moral sexual utilizada en gran parte de la ley del Derecho de las Familias posee resquicios de una moral masculina cristiana, que causa muchas restricciones a las mujeres. El sistema patriarcal continúa estableciendo una relación de poder entre géneros, basada en la división sexual del trabajo. Esta dominación de un sexo sobre el otro ha dejado marcas en la cultura social.

El sexo, el matrimonio y la reproducción son el trípode y el pilar del Derecho de Familia tradicional, es a partir de ahí que todo el sistema legal para la familia fue estructurado y organizado. Expresiones como hijos ilegítimos, adúlteros, incestuosos, familias ilegítimas, eran expresiones que estaban en gran parte de las legislaciones civiles del inicio del siglo XX, reflejando la moralidad sexual de la sociedad de su tiempo[1].

[1] *Cfr*. CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Direito das famílias* (libro digital). Forense, Rio de Janeiro, 2020, p.10.

Hoy expresiones nuevas han ganado el foco, como investigaciones de paternidad, divorcio, nuevas conyugalidades, derecho genético, filiación sin vínculo genético, socioafectividad, entre otras; todas ellas conectadas a un sistema de relaciones afectivas.

A pesar de esto, solamente con la búsqueda de un imperativo ético, en detrimento de una moral sexual, se legitimó instalar el principio del interés superior del niño por encima de los valores morales, haciéndonos comprender que las funciones maternas y paternas no están unidas al comportamiento moral-sexual de los cónyuges. Es en la ética de la vida cotidiana que el otro es observado, considerado y respetado en su integridad como sujeto. Distinguir la ética de la moral es la base esencial para entender los comportamientos individuales dentro de una conducta colectiva. Buscar respuestas a las nuevas problemáticas, en principio, puede ser una salida para que sean posible juicios y consideraciones éticas, por encima de los valores morales a menudo estigmatizantes y excluyentes[2].

Las diferencias son importantes en una sociedad pluralista, como advierte SANDEL, en realidad necesitamos una vida cívica más sana, un mayor compromiso público con las divergencias morales, lo que proporcionaría una base para un respeto mutuo más fuerte. Al contrario de evitar las convicciones morales y religiosas de cada uno, deberíamos dedicarnos a debatirlas, desafiándolas y contestándolas, oyendo y aprendiendo. No habrá necesariamente un acuerdo, pero una política de compromiso moral es la base de una sociedad más justa[3].

Del mismo modo que el Derecho tiene que estar en una continua actualización para adaptarse a los nuevos anhelos de la sociedad, en algunas situaciones este también debe dar el primer paso al frente y colaborar con el cambio de cultura de una sociedad. Esto es vivir en un Estado Democrático de Derecho con aplicación de las garantías civiles, de los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales, con la debida protección de los principios democráticos y pluralistas. Por esto buscaremos en este capítulo estudiar la evolución histórica de la familia y cuáles son los principios y valores que buscamos en la familia contemporánea.

---

[2] *Cfr.* CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Direito das famílias*, *ob. cit.*, p.10.
[3] *Cfr.* SANDEL, Michael J. *Justiça- O que é fazer a coisa certa*. (tradução). 4 ed. Ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2011, p.330.

### 1.1 Los avances ocurridos en el Derecho de Familia a lo largo de los siglos

Desde los inicios de la humanidad, las personas fueron a vivir en familia debido a sus necesidades y carencias, la supervivencia humana depende de la compañía de los otros. La familia nace naturalmente, incluso sin la intervención del Estado. En la antigüedad, el mantenimiento individual (suministro de alimentos) era función del hombre y la supervivencia de la especie de la mujer, a través de la generación de una nueva vida. Fue la familia la que posibilitó las condiciones de vida en la Tierra que conocemos hoy[4].

Prácticamente en la totalidad del mundo occidental, el modelo familiar procede del Derecho romano como el estándar de organización institucional. Definiciones jurídicas como la familia, el matrimonio, el divorcio, entre otras instituciones, son pilares fundamentales de la sociedad romana[5].

El Derecho romano es el ordenamiento jurídico que rigió al pueblo romano desde el siglo VIII a.C. hasta el siglo VI d.C (754 a.C. al 565 d.C) y presenta diversas fases: Derecho arcaico, clásico, postclásico y justinianeo. Las tropas romanas llegaron a la península Ibérica por causa de la guerra emprendida contra los cartagineses en el año 218 a.C. y prontamente verificaron que el área tenía una gran potencia y empezaron una dominación. La constitución política de los pueblos sometidos a Roma era respetada, siempre y cuando no fuera en contra de los intereses romanos, pudiendo las personas estar sometidas al derecho de su propio pueblo. El Derecho romano era aplicado solamente a los ciudadanos romanos que tenían ciudadanía plena, por esto la expansión de este Derecho a la península fue gradual y paulatina[6].

Con relación al Derecho de Familia, específicamente podemos decir que en el periodo romano el punto clave de unión entre las personas para la formación de una familia no estaba en el afecto natural o en el parentesco. En la etapa clásica, Upiano nos presentó la familia *proprio iure,* en la que el fundamento central estaba en el poder del *pater familias* y a este se

---

[4] *Cfr*. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Florence Universitária, Rio de Janeiro, 2007, pp. 39-40.
[5] *Cfr*. FERNANDEZ BAQUERO, María Eva. "Definición jurídica de la familia en el derecho romano". *Revista de Derecho UNED*, nº10, 2012, p.148.
[6] *Cfr*. ALVARADO PLANAS, Javier; MONTES SALGUERO, Jorge J.; PÉREZ MARCOS, Regina María; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Dolores Del Mar. *Manual de historia del derecho español*, Sanz y Torres, Madrid, 2016, pp. 62-63.

le atribuía la existencia de un miembro predominante, persona que ejercía la *patria potestas (poder absoluto sobre la vida y los bienes de todos los miembros sometidos a su autoridad)* por parentesco, por razones naturales o de sangre. *Communi iure*, por su parte, se refería a todos los que se encontraban bajo la potestad del anterior *paterfamilias*, antes de su muerte o *capitis deminutio*, al pertenecer todos a la misma casa o estirpe[7]. Los lazos agnaticios (procedentes del matrimonio legítimo o por cualquier acto jurídico que es generador de dichos vínculos parentales) tuvieron un mayor protagonismo en las primeras etapas del Derecho romano, es decir, lo fundamental no era la existencia de vínculos de sangre, sino la sumisión al poder del *paterfamilias*. "El concepto de familia romana en el Derecho antiguo es inseparable del sistema de la *patria potestas*, los poderes del *paterfamilias* sobre los miembros que conforman el grupo familiar se entienden semejantes en todo a los del jefe de un grupo organizado, de ahí que no solo el patrimonio, sino los mismos componentes de la familia quedasen sujetos al dominio del paterfamilias"[8].

En principio, la potestad del *paterfamilia*s era irrenunciable. De esta naturaleza perpetua de la patria potestad surge la religión, siendo la familia una asociación religiosa del fuego sagrado del *paterfamilias*. En la lengua griega había una palabra para designar familia: *epístion*, que significa "aquel que está cerca del fuego". El fuego del varón de la familia representaba al Dios. Así que, lo que unía a los miembros de una familia antigua era algo más poderoso que el nacimiento o el sentimiento: era la religión. No fue la religión la que creó la familia, pero seguramente fue esta quien estableció las primeras reglas familiares. Dos familias vivían lado a lado, pero con dioses distintos. Fuera de su morada, el hombre ya no sentía al dios, el dios del vecino le era hostil, por eso el hombre amaba su casa [9]. El parentesco y el derecho a la herencia dependían del derecho a la participación en el culto religioso. El hijo emancipado o el hijo casado ya no formaban parte de la familia[10].

Posiblemente el matrimonio fue la primera institución establecida por la religión doméstica. La mujer podía asistir a los cultos, cuando se encontraba soltera con su padre y

---

[7] *Cfr*. FERNANDEZ BAQUERO, María Eva. "Definición jurídica de la familia …", p. 153.
[8] SANZ MARTÍN, Laura. "Análisis de las posiciones doctrinales dadas sobre la naturaleza de la "familia" en el Derecho Romano arcaico". *Anuario Jurídico Y Económico Escurialense*, n º43, 2010, p. 199.
[9] *Cfr*. FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A cidade antiga*: *Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia a Roma.* 13ed. Editorial Porrúa, México, 2003, p.90.
[10] *Cfr*. *Ibidem, ob. cit*., pp.33-34 .

cuando estaba casada con su marido. Era por medio de la ceremonia del matrimonio que la mujer se conectaba a su nuevo dios, ceremonia ésta realizada en casa y no en un templo. Era el matrimonio el que otorgaba la subordinación y al mismo tiempo la dignidad de la mujer[11]. Así que algunas características de la familia arcaica eran la autonomía, el autogobierno, la autarquía y la religión, pilares insustituibles y conformadores de un sentir y hacer propios, dentro del grupo familiar[12].

Otro rasgo de la familia romana eran las virtudes. Las virtudes domésticas recibían el nombre de piedad: la obediencia del hijo al padre, el amor a la madre (*piedad pietas erga parentes)* y la ternura del padre y de la madre hacia el hijo *(piedad pietas erga liberos).* Así que *pietas* era más que piedad religiosa, era un respeto por el orden natural social, político y religioso. En la familia todo era divino, sentimientos, afecto natural, ideas religiosas... todo se confundía, formando una sola cosa que se expresaba con el mismo nombre[13].

La mujer romana dedicaba su tiempo al cuidado de sus hijos. En caso de no poder concebir hijos naturales (esterilidad) era posible recogerse a la adopción, primero como simple costumbre social y más tarde, a comienzos del Imperio, con autorización legal. Lo importante era de algún modo satisfacer la necesidad de ser madre. También, la misma mujer romana podía solicitar la adopción de sus hijastros, con el objetivo de asumir como propios los hijos de su esposo o para atribuirse una maternidad ficticia sobre los hijos adoptados por su cónyuge, bien como esta adopción era posible para reparar la pérdida de sus hijos naturales y crear vínculos de filiación legítima. De hecho, la mujer conquistaba su dignidad cuando cumplía aquel destino histórico y atendía la llamada masculina para ser madre[14].

Además, en el plano jurídico-civil la promulgación de la *Ley de las XII Tablas* –que es un escrito de normas jurídicas, que hasta entonces eran costumbres para regular la convivencia del pueblo romano en el 450 a d. C.–, constituye la conclusión del proceso de consolidación del Estado romano de la *civitas* (conjunto de ciudadanos o condición del ciudadano). Es una

---

[11] *Cfr. Ibidem, ob. cit.,* p.79.
[12] *Cfr*.SANZ MARTÍN, Laura. "Análisis de las posiciones…", *ob. cit.,* p. 214.
[13] *Cfr*. FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. "*A cidade antiga*: …", *ob. cit.,* p.90.
[14] *Cfr*. IRIGOYEN TROCONIS, Martha Patricia. "La Mujer Romana a través de fuentes literarias y jurídicas". En GONZÁLES MARTÍN, Nuria (Coord.). *Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau. Tomo I-Derecho Romano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional de México-UNAM, 2006, p. 274.

ley que se refiere principalmente al procedimiento, a contratos y a delitos. Incluso, en la Tabla IV trata de la *patria potestas*, con unos límites amplísimos. La patria potestad se concretaba en otros derechos parciales como *la potestas vitae necisque*, el derecho de vida o muerte del *paterfamilias* sobre los miembros de su familia; *ius vendendi*, permiso de venta del hijo en tres ocasiones, con la pérdida la patria potestad sobre dicho hijo*; ius noxae dandae*, por el que el padre ponía al hijo autor de un delito en manos de la persona perjudicada, con el fin de librarse de la responsabilidad que tenía como padre. La Tabla V aborda los derechos de sucesión y tutela[15].

Con el cristianismo, existe una evolución del Derecho romano hacia el derecho natural, excepto con relación a la dignidad de la persona, considerando que la esclavitud solo terminó siglos después[16]. Es necesario aclarar que la sociedad romana, fue fundamentalmente esclavista, tanto en su economía como socialmente. Los esclavos eran vistos como patrimonio de los dueños. Las enseñanzas de Jesucristo traen el respeto entre los cónyuges, el deber de honrar a padre y madre, la fidelidad conyugal y la indisolubilidad del matrimonio. Los sacerdotes de la Iglesia comienzan a impartir normas de conducta en lo que se refiere a las relaciones familiares, con la influencia del ejemplo. Con el poder de la iglesia, aunque el *pater familias* siga como jefe de la familia, su poder ya no es más absoluto. "Se va formando un consenso según el cual, el *pater familiae,* si bien como jefe, como detentador de la autoridad de la sociedad familiar, debe ser respetado y obedecido, pero no puede disponer de las personas bajo su potestad de un modo absoluto: no puede disponer de la vida ni de la libertad de las personas que forman su familia. Se forma también un consenso de amor y respeto mutuo, que se va expandiendo por todo el imperio"[17].

A partir del Renacimiento, los Estados modernos vivieron de espaldas a la familia desde el aspecto normativo. La Iglesia católica y la monarquía le dieron fuerza al modelo obligatorio de familia patriarcal, que se aplicaba a toda la organización social. La sociedad estaba estructurada por la familia campesina, basada en la explotación de la tierra y dividida en

---

[15] *Cfr.* MARCOS CELESTINO, Mónica. "La Ley de las XII Tablas". *Revista De Filología Clásica y Hebrea.* Tomo 51, nº155, 2000, pp.365-366.
[16] *Cfr.* CORREA BASCUÑAN, Mario. "Influencia del cristianismo en la evolución del derecho romano hacia el derecho natural en materia de relaciones de familia". *Revista Chilena de Derecho,* vol. 7, nº 1-6, 1980, p. 516.
[17] *Ibidem,* p. 517.

estamentos: la nobleza, el clero y el pueblo llano. A los nobles les incumbía proporcionar protección a sus sometidos a cambio de su sometimiento, el clero orientaba la vida de sus fieles a cambio de sus donaciones y el pueblo llano estaba sometido a todo el poder. En el vértice de la organización de la sociedad estaba el rey, quien era el juez soberano o señor del Estado y debía mantener en cada comunidad el derecho, a fin de evitar abusos y litigios[18]. El matrimonio era la clave para "salvar" la sociedad, era el camino para la propagación de la especie y para reforzar el lazo familiar. Empieza a vigorar el mito de la "sangre", por la creencia de que el padre cuidaría mejor de sus hijos si estaba seguro de que eran suyos biológicamente. El matrimonio de los hijos era visto como una forma de crear alianzas para aumentar el poder del grupo familiar. La función de la mujer era la maternidad, mientras que el cuidado del patrimonio marcaba la función del padre.

La Revolución francesa de 1789, con el ideal de que el poder soberano estaba con los ciudadanos a quienes, por el hecho de serlo, les correspondía una serie de derechos que debían ser respetados por el Estado. Francia dejó de ser una monarquía para convertirse en una república fundada en la voluntad general de los ciudadanos libres e iguales, y pasó a ser un Estado laico. Rompiendo así con muchos valores tradicionales y trayendo un nuevo modelo de familia liberal e igualitario para la nueva clase social que emergía: la burguesía, en la cual el matrimonio se convirtió en un contrato civil. Los principios revolucionarios de igualdad y libertad se proyectarán también sobre el Derecho privado, muy especialmente sobre el Derecho de Familia, y darán lugar a cambios legislativos oportunos[19].

Solamente tres semanas después de la abolición del feudalismo, la Asamblea Nacional Constituyente de Francia proclamó la *Declaración de los Derechos del Hombre* y de los Ciudadanos de 1789, con una visión iusnaturalista, que promulga que todos tenemos derechos naturales por el hecho de ser persona, afirmando que los derechos son derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre.

---

[18] *Cfr*. BESTARD, Joan; CHACÓN, Francisco (Directores). "Familias. Historia de la sociedad española (del final de la Edad Media a nuestros días)". *Revista De Investigación Acerca De La Dimensión Histórica De Los Fenómenos Sociales*, nº. 7, 2017, pp.413-414.

[19] *Cfr*.PARDO LÓPEZ, María Magnolia. "La proyección de los principios constitucionales de igualdad y de libertad sobre el derecho de familia durante la Revolución Francesa y el posterior viraje del Código Civil de Napoleón -apuntes para una reflexión". *Anales de Derecho* nº 23, 2005, p. 295.

A pesar de todos los cambios ocasionados por la Revolución, la familia burguesa creada en el Código Civil de Napoleón de 1804 marcó un retroceso. El código prolongó el modelo patriarcal conservador y representó un intento de reajustar el derecho a las costumbres sociales, aproximando el Derecho de Familia al antiguo régimen. Según PARDO LOPES "El código civil representa la victoria de la ideología conservadora, pero es algo mucho más complejo que un simple viraje ideológico: es el intento de reajustar el Derecho a las costumbres sociales, el esfuerzo para aproximar el Derecho de Familia a la concepción de la misma heredada del Antiguo Régimen y todavía vigente en la mayor parte de las conciencias, según los redactores del celebérrimo cuerpo normativo"[20]. Como consecuencia de lo ocurrido en Francia, este modelo de Código Civil conservador es replicado por casi toda Europa y América Latina del comienzo del siglo XIX.

El Código Civil español de 1889, en su redacción originaria, es fiel heredero del Código Civil napoleónico de 1804, naciendo ya viejo y atrasado en muchos puntos, principalmente en cuanto a la condición civil de la mujer, que reflejaba una organización social sexista. "La sociedad imperante de la época, basada en el carácter patriarcal de la familia y la sumisión de la esposa al marido, tuvo su claro reflejo en la legislación civil. La división del trabajo en función del sexo dio lugar a que la vida pública y privada quedaran divididas en dos ámbitos separados: la mujer dedicada al trabajo doméstico, el cuidado de los hijos y de la familia, y los hombres al espacio público"[21].

Con las dos guerras mundiales vivenciadas principalmente por la sociedad europea, nació la necesidad de recuperar el espíritu de la Revolución francesa e iniciar un proceso de universalización de los derechos fundamentales, con la elaboración de constituciones democráticas que genéricamente pusieran tres pilares básicos: soberanía popular, derechos fundamentales y división de poder.

En el período dictatorial vivido en España, los valores familiares, tradicionales y religiosos fueron resaltados. "El franquismo intentó, no sin éxito, producir un vínculo

[20] *Ibidem*, p.297-298.
[21] MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves. "La igualdad de género en Derecho privado". En: ÁLVAREZ CONDE, Enrique; y otros (Coord.). *Estudios interdisciplinares sobre igualdad*. 1 ed., Iustel, Madrid, 2011, p. 645.

intrínseco entre mujer y domesticidad. Se trataba de definir unas fronteras a modo de muros infranqueables que dividían esferas que teóricamente no debían imbricarse: la esfera pública y la doméstica"[22]. Solamente con el fin de este periodo, la Constitución de 1978 de España, teniendo por base los cambios ocurridos en otras Constituciones Europeas [23], reguló nuevas protecciones para la familia. "La simple lectura del artículo 39 de la Constitución permite deducir que la familia está intrínseca y esencialmente determinada por el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación, a las que expresamente se refiere dicho precepto, que manifiesta además, bien significativamente, una especial preocupación por los niños, es decir, por las personas menores, dando a entender que la familia se ocupa o ha de ocuparse muy particularmente de ellos"[24].

Además, en términos normativos, los convenios internacionales y en particular la *Convención Internacional sobre los Derechos del Hombre y del Ciudadano*[25], la *Declaración Universal de Derechos Humanos*[26], la *Convención Europea sobre los Derechos Humanos*[27]y la *Convención sobre los Derechos del Niño*[28], la *Convención Americana de Derechos Humanos*[29], han contribuido a una nueva construcción del concepto de relación familiar en armonía con el derecho a la igualdad y libertad, sin cualquier forma de discriminación[30]. En

[22] DIOS FERNÁNDEZ, Eider de. "Domesticidad y familia: ambigüedad y contradicción en los modelos de feminidad en el franquismo". *Feminismo*, nº23, 2014, p. 26.
[23] Como por ejemplo el artículo 36 de la Constitución portuguesa de 1976; artículo 6 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949; artículo 29 de la Constitución italiana de 1948 o los párrafos noveno y décimo del Preámbulo de la Constitución francesa de 1958.
[24] MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, José Luis. "La familia en la Constitución española". *Revista Española De Derecho Constitucional*, Año nº 20, nº 58, 2000, p.14
[25] Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789.
[26] Elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, la Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948.
[27] Convención Europea de Derechos Humanos, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor en 1953.
[28] Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor en 2 de septiembre de 1990.
[29] Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos, aprobada en San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.
[30] Como ejemplo de la protección existente en estos convenios, citamos el Artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948: "1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

el preámbulo de estos documentos, de inmediato se demuestra la importancia fundamental de la familia humana, afirmando que "el objeto preciso y claro de protección de estos instrumentos es la persona humana, pero no solo individualmente, sino dentro de un contexto, dentro de una familia"[31]. La Corte Europea de Derechos Humanos (con sede en Estrasburgo, Francia) es un órgano del Consejo de Europa que atiende denuncias individuales de violaciones, tras apurar todos los recursos posibles a nivel nacional según los derechos reconocidos en la Convención Europea sobre los Derechos Humanos, con inúmeras decisiones en materia de violación de vida familiar, conforme veremos a lo largo de este trabajo.

En la Unión Europea existe una vehemente actuación en materia de Derecho internacional privado, por lo que actualmente las normas reguladoras son uniformes, iguales para los Estados miembros en amplios sectores jurídicos, incluyendo el Derecho de Familia, normalmente bajo forma de reglamento. La finalidad de estos reglamentos es definir normas comunes de Derecho de Familia, principalmente para los casos de familia constituidos por distintas nacionalidades europeas, o para las personas que tengan residencias en distintos países de la Unión Europea a lo largo de los años. Como ejemplo, podemos citar el *Reglamento UE 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016*, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, ley aplicable al reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas; el *Reglamento UE 2016/1103 de 24 de junio de 2016*, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, ley aplicable al reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales; el *Reglamento UE 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010* , por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; el *Reglamento UE 2019/1111 de 25 de junio de 2019, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental*, así como sobre sustracción internacional de menores, que entrará en vigor a partir del 22 de agosto de 2022, que renovó al *Reglamento CE 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 200*3.

[31] ERRÁZURIZ TORTORELLI, Cristina. "Sobre la protección internacional de la familia". *Revista Chilena De Derecho*, Vol. 21, nº 2, 1994, p.367.

Actualmente, con todas estas normativas internacionales y los cambios sociales que están ocurriendo día a día, la familia perdió su fuerza como institución y jerarquía rígida. Ya no es más vista como un núcleo únicamente económico, es decir, se tornó menos patrimonialista para convertirse en un espacio de amor y compañerismo donde las personas pueden desarrollar su dignidad y humanidad, en busca de una felicidad común. Este camino recorrido desde los pensamientos de los revolucionarios franceses hasta hoy se dio mayoritariamente gracias a la búsqueda de la igualdad de los derechos por parte de las mujeres, como veremos en el próximo apartado.

### 1.2 La importancia del movimiento feminista para los cambios en la familia

La familia ha cambiado más en los últimos 50 años que en todo el milenio anterior, y todo este cambio, en gran medida, se debe a la revolución emprendida por las mujeres y a los derechos que ellas alcanzaron en los últimos años. La idea de inferioridad femenina tiene su origen en las legislaciones que protegían a los hombres[32], estableciendo una presunta superioridad del sexo masculino sobre el femenino. La fuerte influencia de la Iglesia Católica y la gran jerarquización de género existente históricamente en la sociedad ha hecho que la adquisición de la igualdad de derechos formal y material entre hombres y mujeres no fuera algo fácil y natural.

La discriminación existente en el Código Civil español promulgado en 1889, llegó a restringir la propia capacidad de la mujer, limitando sus actuaciones en la esfera patrimonial y familiar y consagrando su sumisión al poder omnímodo del hombre[33]. Las mujeres estaban sometidas a la potestad marital y dependían de la autorización de los maridos para la práctica de muchos actos[34]. La mujer se dedicaba a los trabajos domésticos y al cuidado de los hijos

[32] Artículo 57 del Código Civil español de 1889 en su redacción original: "El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido". Artículo 105 del Código Civil español de 1889 en su redacción original: "Las causas legítimas del divorcio son: 1.ª El adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer. 2.ª Los malos tratamientos de obra o las injurias graves. 3.ª La violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión. 4.ª La propuesta del marido para prostituir a su mujer. 5.ª El conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la connivencia en su corrupción o prostitución. 6.ª La condena del cónyuge a cadena o reclusión perpetua".
[33] *Cfr*. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves. "La igualdad de género en Derecho privado", *ob. cit.*, 644.
[34] Artículo 60 del Código Civil español de 1889 en su redacción originaria "El marido es el representante de su mujer. Esta no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por sí o por medio de Procurador."

mientras que el hombre era el proveedor financiero, saliendo a trabajar, existiendo típicamente una sociedad de división de trabajo.

Frente a tal situación de desigualdad, que no ocurría solo en España, surge el movimiento feminista, con base en los ideales de la Revolución Francesa. Esto porqué fue a partir de la revolución que las mujeres tomaron conciencia de la situación de desigualdad en la que estaban instaladas y estigmatizadas y comenzaron a reivindicar la igualdad en todas las esferas de la vida y con una gama de estrategias buscaban alcanzar este objetivo[35]. FERRAJOLI describiendo la diferencia existente entre el cuerpo de los hombres y las mujeres, afirmó que el cuerpo de las mujeres "siempre ha sido un espacio conflictivo sometido a los discursos públicos- jurídicos, éticos, políticos, a prácticas médicas, intervenciones pedagógicas, reglas, disciplinas y controles. Dicho de otro modo, ha sido, y todavía es, objeto de derecho y de derechos de otros, como cuerpo no autónomo, sometido a poderes heterónomos: maritales, jurídicos, morales, religiosos, sanitarios, etc. De modo que la libertad femenina se concibe, se teoriza, como una reivindicatoria en estrecha conexión con el cuerpo"[36]. Históricamente la mujer se vio violentada, subyugada a figura masculina, sin libertad para autodeterminar su propio futuro familiar y su vida laboral.

De hecho, el gran hito histórico para las mujeres empezó a finales de la década de los sesenta del siglo XX, en Estados Unidos, y desde ahí se extiende a Europa y a toda América. Mientras que el movimiento por los derechos civiles en Estados Unidos perdía fuerza, el movimiento feminista crecía en poder y adhesiones. Los feministas buscaron un camino teórico paralelo al del movimiento de los derechos civiles en su interpretación de la igualdad, empezando con un ataque a la discriminación, condenando las políticas y prácticas sexistas por las cuales un hombre es elegido para un trabajo o un cargo en la Universidad simplemente porque es un hombre. Los feministas perseguían una regla unívoca para ambos sexos de manera que las personas no fueran juzgadas o discriminadas por su sexo[37].

---

[35] *Cfr.* FISS, Owen. "¿Qué es el feminismo?". *Themis Revista de Derecho*, nº32, 1995, p.211.
[36] FERRAJOLI, Luigi. Prólogo del libro. En PITCH, Tamar. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 11- 13.
[37] *Cfr*. Ibidem, "¿Qué es el feminismo?", *ob. cit*., p.213.

Como consecuencia de estos movimientos se produjo el aumento del acceso a la Universidad por las mujeres, lo que contribuyó al desarrollo social. Además, los avances científicos alcanzados en este periodo también contribuyeron a la sexualidad femenina, teniendo en cuenta que en este período para la mujer solo era socialmente permitido el sexo dentro del matrimonio, de manera que la creación de la píldora anticonceptiva liberó a la mujer de la maternidad inevitable y supuso una mayor posibilidad a la práctica del acto sexual fuera del matrimonio.

Jurídicamente, las primeras conquistas vinieron para el campo del Derecho de Familia, "en la medida que representaba el primer obstáculo con el que se encontraban las mujeres, sobre todo las casadas, para actuar con autonomía, pero la transformación normativa alcanza a otras ramas del ordenamiento que las discriminaba en el ejercicio de sus derechos, como el Derecho del Trabajo, Derecho Procesal, Derecho Administrativo, etc. Como era de prever, el camino no fue fácil, tanto que aún hoy asistimos a reformas que profundizan en el principio de igualdad"[38]. Formalmente la igualdad fue conquistada, pero, desgraciadamente no se puede escapar de un dato real: la igualdad material todavía no existe. Aunque ellas ya tienen más años de estudios que los hombres, con la incorporación masiva de las mujeres al estudio universitario, aún los sueldos no son compatibles con ellos; las mujeres ganan menos que los hombres y ejercen menos cargos de liderazgo (*STS 292/2018, 26 de febrero de 2018*[39]*)*. Por esta razón, nacen las políticas de género "que tienden a erradicar las prácticas discriminatorias y a facilitar la promoción de las mujeres en esferas o ámbitos de relación en las que su presencia es limitada o no se corresponde con su número efectivo en la sociedad"[40].

Estas políticas de género son necesarias ya que el arquetipo de hombre proveedor y mujer cuidadora sigue enraizado aún en la cultura. Tras la incorporación de las mujeres al mundo laboral, ellas han asumido una doble jornada de trabajo (laboral y familiar).

---

[38] VALPUESTA FERNÁNDEZ, ROSARIO. "Identidad: derecho y género". En GETE-ALONSO Y CALERA (Directora), María del Carmen; SOLÉ RESINA, Judith (Coord.). *Tratado de derecho de la persona física. Tomo I*, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2013, p. 526.

[39] Sentencia del Tribunal Supremo 292/2018 (Sala Contencioso Administrativo, Sección 3ª), de 26 de febrero de 2018 (recurso 1306/2017). La decisión alude al carácter discriminatorio por razón de sexo, el hecho de considerar que la mujer embarazada, en situación de riesgo por embarazo, no tiene aptitud ni capacidad para ser contratada, porque necesita haber iniciado la actividad laboral.

[40] VALPUESTA FERNÁNDEZ, ROSARIO. "Identidad: derecho y género…", *ob. cit*., p. 530.

Actualmente, las mujeres aún poseen mayor número de contratos por tiempo parcial debido a ser las responsables del cuidado de personas menores o dependientes. La mujer renuncia más que el hombre a las actividades laborales, deportivas y sociales debido a su dedicación a las tareas del hogar y cuidados con la casa y toda la familia. Todavía, las mujeres mantienen la función de crianza y de cuidado de los menores, y esto ocurre por la razón de no haber una concienciación de igualdad culturalmente inserida[41].

Hasta hoy, seguimos con la idea de que el hombre "ayuda" a su mujer con las tareas domésticas, cuando en realidad debería existir una división real de las tareas dentro del hogar. La mujer desde niña es enseñada con la exigencia social de asumir tales responsabilidades; el ejercicio de cuidado por las mujeres se reproduce de generación a generación. Según COMINS MINGOL "las mujeres no son más aptas para el cuidado por razones biológicas sino por aprendizaje. Se trata de una construcción social, de una construcción de género, no de un rasgo de sexo"[42].

Desde el mismo punto de vista, BEAUVOIR critica esta creencia que señala que la diferencia biológica entre los sexos pueda legitimar la diferenciación entre las tareas de hombres y mujeres. Para ella, esto se trata de una construcción cultural, que viene desde hace años y se impone a los niños desde la más temprana edad. Además, afirma que este es un hecho muy difícil de ser cambiado "de la noche al día", hay que tener una estructura social remodelada, y una educación cultural por parte del Estado, escuela y familia[43].

LIPOVETSKY narra el proceso de transformación y de confluencia de los roles de género que las mujeres conquistaron, denominándola como "la tercera mujer", y afirma que todavía no se logra una igualdad efectiva, ya que: "las identidades sexuales se recomponen más que se desmoronan, y la economía de la alteridad masculino/femenino no resulta en absoluto invalidada por el curso de la igualdad. El hombre sigue asociado prioritariamente a roles públicos e 'instrumentales', la mujer a roles privados, estéticos y afectivos; lejos de obrar

[41] *Cfr*. KOHEN, Beatriz. *El género en la justicia de familia: Miradas y protagonistas*. 1ed, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 22.
[42] COMINS MINGOL, Irene. *Filosofía del cuidar: una propuesta coeducativa para la paz*. Icaria Antreazyt, Barcelona, 2009, p.41
[43] *Cfr*. BEAUVOIR DE, Simone. *El Segundo sexo*. Gallimard, Madrid, 2005, p.897.

una ruptura radical con el pasado histórico, la modernidad pasa por reciclarlo sin cesar. La época de la mujer sujeto conjuga discontinuidad y continuidad, determinismo e impredecibilidad, igualdad y diferencia; la tercera mujer ha conseguido reconciliar a la mujer radicalmente nueva y a la mujer siempre repetida" [44].

La sociedad y el derecho aún no han creado medios para que la mujer incursione en el mundo laboral en igualdad de condiciones con los hombres. Es imprescindible, para una igualdad material de géneros, que las mujeres lleguen a ser económicamente independientes de los hombres, con igualdad de sueldos y condiciones de llegar a los puestos de liderazgo. Solo con un salario comparable al de sus parejas podrá existir la posibilidad para negociar respecto al cuidado del hogar[45]. Esta independencia económica también posibilitará un nuevo camino a muchas mujeres que son subyugadas por maridos y tienen la posibilidad de terminar con su matrimonio. Los matrimonios podrán ser contraídos solamente debido al amor, sin haber presión social, familiar o económica.

Otro punto importante es la tasa de natalidad. Aunque haya disminuido y haya aumentado la edad de las madres, todavía resulta difícil para las mujeres compatibilizar la vida laboral y familiar. Con frecuencia, la maternidad se nos presenta como un factor de exclusión o discriminación laboral para la mujer y el embarazo (STEDH, caso *Di Trizio vs. Suiza, de 2 de febrero de 2016*[46]). "El acoso a las madres gestantes es una realidad, al igual que lo es el hecho de que, tras la baja maternal, algunas madres pueden verse relegadas al desempeño de otra función distinta a la ejercida con anterioridad; e incluso, cuando solicitan reducción de jornada o una excedencia para el cuidado del menor, puede ver peligrar la renovación del contrato laboral"[47]. Esta es una de las razones por las cuales muchas mujeres están

---

[44] LIPOVETSKY, Gilles. *La tercera mujer: Permanencia y revolución de lo femenino*. Anagrama, Barcelona, 2007, p. 12.
[45] *Cfr.* COMINS MINGOL, Irene. "*Filosofía del cuidar…", ob. cit.*, p.154.
[46] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso *Di Trizio vs. Suiza*, de 2 de febrero de 2016, en que TEDH ha apreciado la existencia de una discriminación indirecta por razón de género (práctica discriminatoria referente al cuidado de hijos y cálculo de prestaciones por incapacidad). El Tribunal aprecia la existencia de violación del art. 14 del Convenio Europeo, pues la aplicación del "método mixto" (cálculo de pensiones de discapacidad a los trabajadores a tiempo parcial) por la compañía de seguros, resulta ser discriminatorio para la mayoría de las mujeres que desean trabajar a tiempo parcial tras dar a luz para conciliar su vida laboral y familiar, pues producía unos resultados perjudiciales para los beneficiarios.
[47] PÉREZ VALLEJO, Ana María. "El doble "sí" de las mujeres a la maternidad y al empleo en el siglo XXI". En GARCÍA RUBIO, María Paz (Coord.). *Mujer, maternidad y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p 223.

modificando sus expectativas temporales de maternidad con la criopreservación de óvulos, lo que permite a la mujer decidir actualmente si quiere ser madre, cuándo y cómo[48].

En verdad, en términos jurídicos, la protección a la mujer ha ganado fuerza en los últimos años, principalmente después de firmada La *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (CETFDCM) en 1979[49]. Esta convención es fruto del trabajo de años realizado por la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, que fue creada en 1946 por el Consejo Económico y Social de la ONU, que anhela la máxima participación de la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre, en todos los campos, que fue ratificada por España en 1984.

Buscando aún una mayor protección a las mujeres, en marzo de 2007, fue aprobada por las Cortes Generales de España la *Ley de Igualdad efectiva de mujeres y hombres* (*Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*) que, desde su Exposición de Motivos[50], afirma el desarrollo de nuevos instrumentos y derechos, para lograr que hombres y mujeres se integren en igualdad en los diferentes contextos y ámbitos de la vida, promoviendo la corresponsabilidad en el cuidado, la igualdad en las relaciones entre particulares y la paridad en los espacios públicos de decisión y gestión.

---

[48] A título de ejemplo de la desigualdad existnte, según los datos de Instituto Nacional de Estadística de España (INE) de 2019[48], las tasas de empleo de las mujeres de entre 25 a 49 años con hijos menores de 12 años son menores a las tasas de empleo de las mujeres de la misma edad sin hijos. En el caso de los hombres, sucede lo contrario: las tasas de empleo de los hombres de entre 25 a 49 años con hijos son superiores a las de los hombres de la misma edad sin hijos. En los casos en los que hay hijos de entre 6 a 14 años la desigualdad sigue: las tasas de empleo de las mujeres con un hijo (o más hijos) también son menores a las tasas de empleo de las mujeres sin hijos. En el caso de los hombres, las tasas de empleo son superiores cuando tienen hijos de estas edades a las tasas de empleo de los hombres sin hijos.

[49] La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

[50] Exposición de Motivos de la ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo: "El artículo 14 de la Constitución española proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. Por su parte, el artículo 9.2 consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. La igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos, entre los que destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Uniones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983. En este mismo ámbito procede evocar los avances introducidos por conferencias mundiales monográficas, como la de Nairobi de 1985 y Beijing de 1995".

Para la igualdad de oportunidades y la búsqueda por eliminar las condiciones opresivas a las cuales se ha visto sometida la mujer durante muchos años, nace el movimiento del empoderamiento de las mujeres[51]. El término empoderamiento fue usado por primera vez en la IV Conferencia Mundial en Beijing para referirse al aumento de la participación de las mujeres en los procesos de toma de decisiones y acceso al poder. Hoy es usado como la forma por la cual las mujeres incrementan su capacidad de estructurar sus propias vidas, garantizando que tengan conocimiento de la lucha por sus derechos, con la total igualdad entre los géneros.

El empoderamiento lanza algunas metas para las mujeres como hacer frente a la ideología patriarcal que impone la inferioridad femenina; buscar la transformación de las estructuras e instituciones que refuerzan y perpetúan la discriminación de género y la desigualdad social en todas las estructuras sociales, bien como persigue la capacitación a las mujeres pobres para que alcancen a tener acceso a la información y recursos materiales[52].

Por todas estas cuestiones que todavía rodean a la sociedad contemporánea, tenemos que buscar una mayor concienciación para estos problemas complejos y para las cuestiones género que reflotan directamente dentro de las familias. Principalmente por la razón de que la dominación masculina sigue causando una sobrecarga de tareas, prácticas opresivas y violencia hacia las mujeres.

El protagonismo que ha tenido la perspectiva de género para el desarrollo de la doctrina internacional de los Derechos Humanos y las estructuras jurídicas del Derecho de Familia en los estados nacionales es evidente. El movimiento feminista pacifista, busca expandir los ideales de igualdad y libertad dentro de la familia. Muchas conquistas ya fueran alcanzadas

---

[51] La ONU creó de forma resumida algunos princípios:1. Promover la igualdad de género desde la dirección al más alto nivel. 2.Tratar a todos los hombres y mujeres de forma equitativa en el trabajo; respetar y defender los derechos humanos y la no discriminación. 3. Velar por la salud, la seguridad y el bienestar de todos los trabajadores y trabajadoras. 4. Promover la educación, la formación y el desarrollo profesional de las mujeres.5. Llevar a cabo prácticas de desarrollo empresarial, cadena de suministro y mercadotecnia a favor del empoderamiento de las mujeres. 6. Promover la igualdad mediante iniciativas comunitarias y cabildeo. 7. Evaluar y difundir los progresos realizados a favor de la igualdad de género. Fecha de consulta 07/09/2019.

[52] *Cfr*. BATLIWALA, Srilatha. "El significado del empoderamiento de las mujeres: nuevos conceptos desde la acción". En LEÓN, Magdalena. *Poder y empoderamiento de las mujeres*. T/M Editores, Santa Fe de Bogotá, 1997, p.193-194.

en la familia por las mujeres como la posibilidad de divorciarse, la igualdad sobre la responsabilidad parental de los hijos, la posibilidad de decidir tener hijos o no, o la protección en caso de violencia familiar. Logros que vamos a estudiar más profundamente a lo largo del trabajo. Al mismo tiempo, el hombre, que estaba en una posición pasiva, necesita ahora cambiar sus pensamientos y conductas para esta nueva realidad que desafía y transforma las relaciones humanas, principalmente con relación a los vínculos parentales.

### 1.3 Las alteraciones legislativas y sociales del Derecho de Familia en España

El Código Civil se promulgó en España en 1889, fiel a la Constitución de 1876, y ha tenido como inspiración el Código Civil francés. Nació como fruto del pensamiento de la burguesía conservadora y de los grandes poseedores de tierra. El modelo familiar previsto por el ordenamiento no cambió mucho el modelo de familia "tradicional" que ya había anteriormente. El matrimonio por su naturaleza seguía perpetuo e indisoluble.

La mujer estaba subordinada al marido tanto en el aspecto personal (deber de obediencia) como en el patrimonial (el marido era quien administraba los bienes de la sociedad conyugal), y el marido era el representante legal de su mujer, que no podía comparecer en juicio sin su asistencia. Solamente el adulterio de la mujer era causa de separación matrimonial y del hombre únicamente cuando resultaba escándalo público o menosprecio de la mujer. Solo el padre ejercía la patria potestad, no la madre. TOMÁS Y VALIENTE describe este período de la siguiente manera: "La familia reducida, típica de una burguesía cada vez más abundante en España, se constituye en torno al matrimonio y los hijos, y el código favoreció este proceso de distanciamiento respecto a la parentela colateral. Tampoco los hijos que no fuesen legítimos recibían un trato equiparado al de los nacidos de matrimonio legítimo, ni en el orden sucesorio ni en lo relativo a las obligaciones alimentarias. La pareja y los hijos constituyen el núcleo de la familia burguesa. Y dentro de ese núcleo la figura del padre representa la autoridad constituida, como padre y como marido"[53].

[53] TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Manual de historia del derecho español*.18ªed. Tecnos, Madrid, 2010, p.552.

A partir de la interpretación conflictiva del artículo 42 del Código Civil de España en 1889, el matrimonio canónico era obligatorio para cuantos profesasen la religión católica. El matrimonio civil únicamente podría ser celebrado por quienes no profesaran la religión católica, que, por una norma interpretativa de 1900, la Real orden 28, estipulaba que bastaba la simple declaración ante el juez municipal, o la autoridad competente de uno de los contrayentes, de no profesar la religión católica.

Tanto el matrimonio canónico como el civil eran indisolubles, solo la muerte extinguía el matrimonio. Había discriminación entre los hijos legítimos, legitimados, ilegítimos naturales o ilegítimos no naturales. La investigación de paternidad no estaba permitida. Con el paso de los años, el Código Civil ha sido modificado en muchos de sus artículos. La Real Orden de 1906, de 27 de agosto, requería de los que pretendiesen contraer matrimonio civil la declaración relativa a la religión que proferían. En la II República el matrimonio civil pasó a ser obligatorio. La Constitución de 1931 permitió el divorcio por mutuo acuerdo, o unilateral cuando invocaba una justa causa. Por consecuencia, en 1932 fue promulgada la *Ley de matrimonio civil de 28 de junio*, que estableció como única forma de matrimonio el civil y la *Ley de divorcio de 2 de marzo*, que reconoció y reguló por primera vez el divorcio en España.

La Constitución Española de 1931 y la legislación de Derecho de Familia derivada de ella supuso por primera vez un cambio radical y prematuro de las ideas y vivencias predominantes en las familias españolas. La sociedad no estaba preparada, solo una minoría. Tanto el nivel cultural como el económico de los españoles y las mismas circunstancias sociales y políticas, llenas de sobresaltos por las que discurría la República, impedían asumir el matrimonio civil obligatorio, fundado en la igualdad de derechos para ambos sexos y fácilmente disoluble por el divorcio, la parificación de hijos matrimoniales y extramatrimoniales ante la ley, o la regulación de la investigación de paternidad. El art. 43 de la Constitución de 1931 no se podía digerir por una sociedad convulsa, depauperada, en amplia medida analfabeta, en medio de una Europa empobrecida y amenazada por los totalitarismos de aquellos años[54].

[54] *Cf*r. ALONSO PÉREZ, Mariano. "La familia y el derecho de familia". En CUENA CASAS, Matilde; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Directores*). Tratado de derecho de la familia*, Vol I, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, p.103.

En la Segunda República Española fue decretada la libertad religiosa con el propósito de extender la democracia en el país. Sin embargo, desapareció en 1939 con la implantación de la dictadura. Con un notable componente ideológico católico del estado franquista fue derogada la Constitución de 1931 y las leyes de matrimonio y de divorcio, instaurando otra vez la indisolubilidad del matrimonio, y volviendo a entrar en vigor el viejo artículo 42[55] y todos los demás preceptos del Derecho de Familia del Código Civil.

Más tarde, *la Ley de 24, de abril de 1958*, trae algunas pocas alteraciones al sistema jurídico familiar: supresión del consejo de los padres para que los hijos mayores de edad puedan contraer matrimonio; reforma del régimen de adopción; desaparición de algunas discriminaciones contra la mujer en relación a las causas de separación; la mujer pasa a tener capacidad para ser testigo en los testamentos y para desempeñar cargos tutelares; protección a la mujer casada frente a los actos de disposición por el marido de algunos bienes gananciales; la madre deja de perder la potestad por contraer nuevas nupcias. De esto se puede concluir que, pese a que la dictadura franquista aún tenía años por delante, hubo cierta restricción a las desigualdades.

Desde la aprobación de la *Dignitatis Humanae*[56], en España se impulsó un interés sobre la libertad religiosa y en 1967, la *Ley 44, de 28 de junio de libertad religiosa*, consagró la libertad de credo. Esta ley, con base en la dignidad humana, estableció en su artículo tercero en que las creencias religiosas no son motivo de desigualdad para los españoles ante la ley. Además, posibilitó que las personas contrajesen matrimonio civil incluso en los casos en los que ninguno de los contrayentes profesara la religión católica[57].

---

[55] Artículo 42 del Código Civil con texto original publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889: "La Ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determina este código".

[56] *Dignitatis Humanae* es una declaración sobre la libertad religiosa, aprobada pelo Concilio Vaticano II e promulgada por Paulo VI el 07 de diciembre de 1965.

[57] Preámbulo de la Ley 44/1967, de 28 de junio: "el ordenamiento jurídico de la sociedad española se inserte el derecho civil de libertad religiosa, garantizado por una eficaz tutela jurídica que a la vez salvaguarde la moral, el orden público y el reconocimiento especial que en aquel ordenamiento jurídico se atribuye a la religión católica. Artículo sexto: "Uno. Conforme a lo dispuesto en el artículo cuarenta y dos del Código Civil, se autorizará el matrimonio civil cuando ninguno de los contrayentes profese la religión católica, sin perjuicio de los ritos o ceremonias propias de las distintas confesiones no católicas que podrán celebrarse antes o después del matrimonio civil en cuanto no atenten a la moral o a las buenas costumbres".

Posteriormente se aprobaron algunas otras leyes que también surtirían efecto en la familia, por ejemplo, la *Ley de adopción de 4 de julio de 1970*, que fortaleció el vínculo de filiación con empleo de una técnica jurídica depurada y progresiva. Acercó la adopción plena a la filiación legítima con equiparación del hijo adoptado al hijo legítimo, de manera total en materia de apellido y de manera casi total en lo que se refería a los derechos sucesorios, si bien con algunas limitaciones. Además, esta ley redujo la edad necesaria para adoptar; graduó mejor el papel del consentimiento de las personas intervinientes, valorando siempre el juez la conveniencia de la adopción para el adoptado. Por fin, con relación a la familia biológica de origen, el adoptado conservaba sus derechos, aunque quedaba relevado de deberes[58].

Al final del gobierno franquista, en 1975, la *Ley 14 de 2 de mayo*, trajo reformas en determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, desapareciendo la licencia marital, que estipulaba el marido como administrador en la sociedad de gananciales. Además, esta ley estipuló cuatro valores supremos en su artículo 1º: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Además, estableció que el matrimonio por sí mismo no incidía en la adquisición, pérdida o recuperación de la nacionalidad española; los cónyuges podían fijar de común acuerdo la residencia familiar; desaparecía la obediencia obligatoria de la mujer y la representación legal del marido sobre la mujer; y existían modificaciones en el tema de capitulaciones matrimoniales, en especial la posibilidad de otorgarlas antes o después de celebrado el matrimonio.

A pesar de la reforma realizada, la familia de la era postmoderna aspiraba a nuevos derechos que estuviesen más de acuerdo con la realidad existente; una familia con menor número de integrantes, afectada por el divorcio y por el crecimiento de uniones de hecho, basadas en una sociedad consumista y tecnológica. Por todo este cambio social, se demandaba un nuevo sistema normativo. En 1978 la Constitución Española fue promulgada, garantizando la protección a la familia. La nueva normativa admitió un concepto abierto de familia, de acuerdo con la postmodernidad. Propició la protección social, económica y jurídica a la

[58] *Cfr.* CRUZ FERNÁNDEZ, María. "Breve reseña histórica de la regulación legal de la adopción en España". *Temas de Psicoanálisis*, núm. 8, Julio 2014, p. 5.

familia, sin configurar un modelo específico de familia, lo que exigió una profunda reestructuración del Código Civil, como por ejemplo en relación a la regulación del matrimonio, filiación, patria potestad, adopción, instituciones tutelares, etc.

Además, es importante destacar que la Constitución no ha identificado a la familia con la que tiene origen en el matrimonio, conclusión que se impone no solo por la regulación diferenciada de ambas instituciones (artículos 32 y 39 Constitución Española)[59], sino también porque el amparo que la norma fundamental le otorga responde a imperativos ligados al carácter social del Estado Español (artículos 1.1 y 9.2 Constitución Española[60]) y a la atención que, por consiguiente, debe otorgarse a la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen[61]. Además, con la nueva Constitución la filiación adquiere una reforma muy importante, estableciendo el nuevo régimen jurídico de filiación sobre tres pilares fundamentales: la igualdad jurídica entre los hijos; garantiza la protección a los hijos y el principio de veracidad biológica. El sistema de filiación por naturaleza está basado en este último principio.

La *Ley 11/1981, de 13 de mayo*, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, estableció la igualdad en las relaciones con los hijos, asegurando que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por

[59] Artículo 32 de La Constitución Española: "1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.
De los principios rectores de la política social y económica.
Artículo 39. 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".
[60] Artículo 1.1. de la Constitución Española: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político". 9.2 "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".
[61] *Cfr.* GARCÍA-VÁZQUEZ, Sonia. "El derecho constitucional a la protección de la intimidad familiar: La impronta garantista de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". *Anuario Da Facultad De Derecho De La Universidad De Coruña*, n. 19, 2015, p.263.

ambos progenitores[62]. Adicionalmente, acabó con la discriminación entre los hijos, igualando los efectos para los hijos concebidos dentro o fuera del matrimonio[63], adecuándose a la normativa constitucional, e igualó todos los efectos de la filiación sean los hijos por naturaleza o sean por adopción. Los efectos básicos que introdujo la reforma sobre la igualdad en la filiación podrían dividirse en tres campos: el derecho a los apellidos[64], el derecho a alimentos[65], en el que de los dos casos de exclusión de la patria potestad y de las funciones tuitivas (art.111 de la ley mencionada) quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos, además de los derechos sucesorios, ya no existiendo distinción en el origen familiar de los hijos para heredar[66]. También procuró la adecuación de la filiación formal o jurídica a la realidad biológica, asegurando la posibilidad de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas (art.127 e siguientes del Código Civil[67]). Además, permitió que cualquier persona con interés legítimo pueda pedir por medio de acción que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado (art.133 Código Civil). Sin duda, esta ley trajo un importante cambio en materia de filiación para todo el sistema español, que es lo que se va a estudiar al largo de este trabajo.

Después de un largo periodo, vuelve, en España, a ser posible disolver el matrimonio con garantías legales, por medio de la *Ley 30/81, de 7 de julio*, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las

[62] Artículo 156 del Código Civil español: "La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad".
[63] Artículo 108 del Código Civil español: "La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este código".
[64] Art. 109 del Código Civil español: "La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley", con la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.
[65] Art. 110 del Código Civil español: "El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos", con redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.
[66] Art. 807 del Código Civil español: "Son herederos forzosos: 1. ° Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes", con redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.
[67] Se derogan por la disposición derogatoria única.2.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero.

causas de nulidad, separación y divorcio[68]. A pesar de ser una ley conservadora, que requiere alegar la quiebra de la vida matrimonial (separación-ruptura), con una serie de causas de tipo subjetivo, se instaura, a partir de este punto, un nuevo marco en el Derecho de Familia español, con intento de proteger al cónyuge que se veía perjudicado ante una serie de situaciones producidas por el otro cónyuge (arts.82 e 86 del Código Civil español, en la redacción dada por la *Ley 30/81, de 7 de julio* describen las causas para la separación y el divorcio).

La materia referente a la tutela y guarda fue reformada por la *Ley 13/1983 de 24 de octubre*, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, que también eliminó las causas de incapacitación (locura, sordomudez, interdicción civil), sustituyendo por una general que afirma que la persona por deficiencia física o psíquica está impedida para gobernarse por sí misma; acabó con la tutela de familia, por ser ineficaz e insuficiente; declara que pueden someterse a tutela también los mayores de edad sujetos a patria potestad prorrogada.

La adopción fue modificada por la *Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, trayendo una menor interferencia del Poder Judicial en las actuaciones que preceden a la adopción; facilitó las adopciones de menores desamparados; acabó con la adopción simple e introdujo la nueva figura de la guarda y acogimiento de menores. Esta ley posteriormente modificada por la *ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero*, de protección jurídica del menor, trae innovadores elementos que consideran al menor como un sujeto activo, participativo y creativo, elementos que profundizan en la garantía de la protección de la infancia y la adolescencia, relacionadas con las autonomías del sujeto en desarrollo. En 2007, se aprueba la *Ley 54 de 28 de diciembre*, de

[68] Artículo 85 del Código Civil español: "El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio. Artículo 86: Son causas de divorcio: 1.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.2.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvención conforme a lo establecido en el Artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.3.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos: a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos. b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación. 4.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges. 5.ª La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes".

adopción internacional. Ya en 2015, la *Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero*, fue modificada por la *Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio*, y por la *Ley 26/2015 de 28 de julio*, ambas de modificación de protección a la infancia y la adolescencia, con el predominio del superior interés del niño, y con el objetivo de adaptar los instrumentos de protección de los niños a los cambios sociales, con la finalidad del cumplimiento efectivo del artículo 39 de la Constitución Española y los instrumentos internacionales ratificados por España, de forma que pueda permitir una protección uniforme en todo el territorio del estado español y sea referencia para las comunidades autónomas.

La *Ley 13/2005 de 1 de julio*, modifica el Código Civil respecto al hecho de contraer matrimonio, que añade un segundo párrafo al artículo 44 del Código Civil español, en virtud del cual pasa a posibilitar, por ejemplo, el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta ley fue declarada constitucional por la *STC 198/2012, de 06 de noviembre de 2012*[69].

Posteriormente la *Ley 15/2005, de 8 de julio*, en materia de separación y divorcio, eliminó las causas de separación y divorcio. Después de esta ley, se observó un importante crecimiento de las demandas de disolución del matrimonio (separación y divorcio) en los años 2005 y 2006. Posteriormente, en los años siguientes, se mantuvo estabilizada la cifra[70].

En este breve recorrido histórico por las principales leyes que han modificado el matrimonio y su ruptura, para los sistemas de filiación y de protección de la infancia y adolescencia, es posible notar que el Derecho de Familia es dinámico, y busca acompañar los cambios sociales. Ya no existe la primacía de los matrimonios como instrumento para manifestar la voluntad de vivir establemente en pareja; ni siquiera el matrimonio es requisito para la procreación. Además, los matrimonios o las uniones matrimoniales cada vez más duran un periodo más corto y con la formación posterior de nuevas formaciones familiares. Los

[69] Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre (BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012).

[70] El estudio realizado por el departamento de Estadística del Consejo General del Poder Judicial de España indica que durante el año 2019 se produjeron 95.320 casos de nulidad, separación y divorcio, o que supuso una tasa de 2,0 por cada 1.000 habitantes. En caso de divorcio, la duración media de los matrimonios está en la media de los 16,7 años. Según el INE (Instituto Nacional de Estadística) Datos obtenidos en el sitio del Instituto Nacional de Estadística de España. Fecha de consulta 14/01/2020.

niños son vistos cada vez más como sujetos autónomos de protección integral, con necesidades prioritarias, debiendo siempre buscar su mejor interés.

Así, a lo largo de este trabajo se buscará visualizar cuáles son los nuevos desafíos que se tendrán en frente en el Derecho de Familia del siglo XXI, con una pluralidad de conflictos flamantes en la sociedad.

## 2. Los nuevos retos de la familia del siglo XXI

Desde la mitad del siglo XX, se nota un gran cambio en la estructura familiar. Cada vez más, la idea de familia se aparta de la estructura del matrimonio como sacramento. El divorcio y la posibilidad de volver a casarse, el reconocimiento de la existencia de otras formas de entidades familiares más allá del matrimonio, como la unión convivencial, así como la libertad para reconocer a los niños nacidos fuera del matrimonio y la desvinculación de la identidad genética para la configuración de la filiación, incluso, con las nuevas técnicas de reproducción asistida y el empoderamiento de la mujer, están dando lugar a una verdadera transformación en el concepto de vida familiar.

### 2.1 ¿Es posible determinar lo que es familia?

Invariablemente ha sido complicado definir lo que es una familia, dado que es una realidad que cambia de acuerdo con el tiempo y espacio. El ser humano está dentro de la historia, es decir, está revestido por diversas situaciones y relaciones que le son previas y generan consecuencias a una situación concreta, como por ejemplo su nacionalidad, lengua, clase social, cultura y religión familiar. Es dentro de cada momento histórico que el ser humano vive y formula su ética, ejercita su libertad, proyecta sus valores y virtudes, buscando el bienestar y la felicidad personal y social[71]. En cada cultura y en cada época hay comportamientos comunes que son aceptados por la sociedad a modo general, que genera

[71] *Cfr*. BOFF, Leonardo. "Justiça e cuidado: opostos ou complementares?". En OLIVEIRA, Guilherme de; SILVA PEREIRA, Tania da (Coord.). *O cuidado como valor jurídico*. Forense, Rio de Janeiro, 2008, p. 02.

cambios profundos en la familia. Así que la familia es el primer agente socializador del ser humano.

De acuerdo con DONATI, la definición de familia depende de un estudio de las unidades lingüísticas y sus combinaciones, siendo siempre una operación compleja, por la razón de depender del punto de vista del "interés" de quien observa el objeto y del lenguaje apropiado para expresar lo que se "entiende" en un determinado contexto histórico y cultural[72]. Así, cada rama de estudio puede elaborar una definición para el vocablo "familia", como el derecho, la estadística, la psicología y la sociología. Para este autor, desde el punto de vista de la sociología, el término familia tiene por base las relaciones sociales, es decir, la familia consiste en una relación social plena, es el elemento que fundamenta la sociedad y la civilización.

Aunque la familia sea objeto de múltiples disposiciones jurídicas, como normas fiscales, sucesiones, seguridad social, Derecho Penal y otras ramas del Derecho, en ninguna existe la definición específica de lo que viene a ser familia. SERRANO ALONSO señala que "desde una perspectiva subjetiva, el Derecho de Familia comprende el conjunto de derechos, facultades o poderes que el derecho atribuye a los miembros de la familia derivados del tipo de relación jurídica en la que se encuentren" [73].

En realidad, no es el derecho el que debe definir lo que es familia, sino las propias personas involucradas en una relación de afecto y en los proyectos de vida en común. El derecho debe solamente reconocer esta condición, y, por consiguiente, garantizar la autonomía privada que cada persona tiene para crear su propia familia. Por esta razón, la familia como factor cultural viene de antes del derecho, y sucede a lo jurídico[74]. Según LÔBO "desde el punto de vista de la ley, la familia está formada por dos estructuras asociadas: vínculos y grupos. Hay tres tipos de vínculos, que pueden coexistir o existir por separado: vínculos de sangre, vínculos de la ley y vínculos de afecto. En función de los lazos familiares, los

[72] *Cfr.* DONATI, Pierpaolo. *Manual de sociologia de la familia*. EUNSA, Navarra, 2003, p.19.
[73] SERRANO ALONSO, Eduardo. *Manual de derecho de familia*. 2ed. Edisofer, Madrid, 2007, p.26.
[74] *Cfr.* FACHIN, Luiz Edson. *Direito de familia: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro.* Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p.51.

diferentes grupos que lo componen están compuestos por: grupo matrimonial, grupo parental (padres e hijos), y grupos secundarios (otros parientes y similares)"[75].

Uno de los fundamentos de la democracia en la actualidad, con el reconocimiento de la diversidad, está en la amplitud del término "familias". Como sostiene TOURAINE "sólo podemos vivir con nuestras diferencias si nos reconocemos mutuamente como sujetos diferentes"[76]. Así que, por los cambios y evoluciones de los sistemas de valores y patrones de conducta que afectaran directamente a la familia, se debe garantizar la posibilidad de planificar la forma de vivir en sociedad, estructurar cómo será la familia y permitir que las personas vivan con dignidad[77]. En el mundo globalizado en el que vivimos, de transformaciones constantes y de gran innovación en todos los sectores, la familia también vive este cambio, principalmente por las transformaciones sociales y culturales.

No hay límite para las posibilidades de manifestación de la afectividad, las formas de proyectos en común y de sexualidad del ser humano. Por eso, no es posible que un ordenamiento fije previamente modelos preestablecidos de lo que viene a ser la familia. El Estado Democrático de Derecho no puede institucionalizar o mantener praxis solo por la costumbre o tradición, debido a la aceptación de la mayor parte de la población. La tutela jurídica democrática es la tutela de todos, no de la mayoría[78]. Personas que mantienen una estructura familiar que sea vista como "no convencional" por parte de la sociedad, también demandan reconocimiento y protección del Estado, siempre con respecto al orden público.

Debido a la aceptación social y jurídica de la ampliación del concepto de familia, se crea en algunas personas la impresión de que la familia vive una "crisis" y que en poco tiempo va a perecer. Sin embargo, es exactamente al revés, el concepto jurídico de familia tiene que acompañar las necesidades sociales y garantizar derechos a todas las personas, sin ningún tipo de discriminación. Es necesario que haya respeto a aquello que es "diferente", por lo tanto, es

---

[75] LÔBO NETTO, Paulo Luiz. "Transformações jurídicas da Família no Brasil". Publicado em 12/02/2018 em http://genjuridico.com.br/2018/02/12/transformacoes-juridicas-familia-brasil (tradución livre).
[76] TOURAINE, Allain. *¿Podremos vivir juntos?: iguales y diferentes*. PPC, Madrid, 1997, p.05.
[77] *Cfr*. ÁLVAREZ MUNÁRRIZ, Luis; GUERRERO MUÑOZ, JOAQUIN. *Biotecnología y familia: factores socioculturales y éticos.* 1a. ed. DM, Murcia, 1999, p.98.
[78] *Cfr.* NAMUR, Samir. *Autonomia privada para a constituição da família.* Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2014, p.183.

necesaria la tolerancia más allá de la virtud moral, pero como un principio constitucional, que posibilite regular las relaciones entre las personas y nos haga ver al otro como un igual ante la ley, con respeto a valores distintos[79].

Así que lo que se percibe es que la familia "está sujeta a un proceso de transformación que produce su continua reorganización"[80]. Es importante no confundir los términos cambio y crisis. La crisis significa un cambio profundo y de consecuencias importantes en un proceso, pero cambio no significa que la familia irá a desaparecer, solo que se reestructurará[81]. La familia es reflejo de la transformación, de la oscuridad y del resplandor existente en una determinada la sociedad.

Es dentro de la familia el primer lugar que nos sentimos acogidos, donde vivimos nuestras primeras experiencias, buenas o malas. Además, es ahí donde formamos nuestros valores e inclinaciones al sentimiento; a la esperanza o a la desesperanza, a la confianza o a la decepción, a la violencia o la ternura, al amor o al odio[82].

Una de las características de la modernidad, que identifica el carácter de la dignidad de la persona humana es la capacidad de reflexión, de reproducir sentimientos, afecto y emociones, de dialogar y de comunicar, y por fin, socializar[83]. Sin embargo, como aclara LASARTE "claro está, la convivencia familiar y los innumerables trances existentes entre los miembros de cualquier familia pueden originar simultáneamente numerosos conflictos que requieren una regla de mediación jurídica a la que el Estado no puede responder con la técnica del avestruz, metiendo la cabeza en un agujero"[84].

---

[79] *Cfr*. LLAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio. "Tolerancia, Laicidad y diálogo intercultural". En: CASTRO JOVER, Adoración (Coord.). *Interculturalismo y derecho*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p.71.
[80] DONATI, Pierpaolo. *Manual de sociología de la familia*. EUNSA, Navarra, 2003, p.43.
[81] *Cfr.* RAVIOLI, Ana. "La familia monoparental como manifestación de la postmodernidad". *Investigación y Docencia*, v. 38, 2005, p.12.
[82] *Cfr*. ALONSO PÉREZ, Mariano. "La familia y el derecho de familia", *ob. cit.*, p.53.
[83] *Cfr.* PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del derecho*. 2ed. Dykinson, Madrid, 2003, p.70-71.
[84] LASARTE, Carlos. *Derecho de familia: Principios de Derecho Civil.* Tomo VI. 16 ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, p.03.

Por lo tanto, pese a que haya una autonomía de la voluntad para la formación de la familia, en algunos casos debe el Estado intervenir, regular y negar derechos. La importancia social de la familia implica la necesidad del Estado de intervenir en algunos puntos de las relaciones familiares. La mayor parte de las disposiciones legales que integran el Derecho de Familia se caracterizan por normas de carácter imperativo. La capacidad auto normativa de las personas en este campo sigue siendo muy limitada.

No obstante, al mismo tiempo, no puede el Estado regular aspectos íntimos de la vida de las personas, por el hecho de que el Derecho de Familia posee carácter privado, con normas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas personales y patrimoniales entre los integrantes de la familia y frente a terceros. Además, cada vez más se observa que una flexibilización del Derecho de Familia para garantizar una mayor libertad y ratificar la igualdad entre sus miembros.

No hay un formato único para su constitución, sino una ampliación a fin de que se puedan albergar las nuevas formaciones como las uniones convivenciales o parejas heteroafectivas u homoafectivas, familias reconstituidas, con hijos de solamente uno de los miembros de la pareja, familias monoparentales, familias pluriparentales, familias que buscan técnicas de reproducción asistida. Por esto, las familias deben ser vista como un instrumento para la realización personal de cada uno de sus integrantes.

Por consiguiente, debido a esta multiplicidad de formaciones familiares, no se puede hablar de “Derecho de Familia”, sino de “Derecho de las Familias”, como sostienen muchos autores de la doctrina de familia más moderna, como AIDA KEMELMAJER, de Argentina, y MARIA BERENICE DIAS, de Brasil, entre otros que serán citados en este trabajo.

El pluralismo de las relaciones familiares está ocasionando un cambio en la estructura de la sociedad. De acuerdo con DIAS, es necesario tener una visión plural de la familia, buscando un elemento que permita identificar que existe una familia; y este elemento es el afecto. Es el envolvimiento emocional, que, a su vez, tiene como núcleo la voluntad y dos elementos estructurantes: el amor y el sentimiento de cariño, que genera la responsabilidad y

el compromiso mutuo, de modo que la diferencia entre el derecho obligacional y el familiar es el afecto[85].

Hoy no podemos entender más la familia como una entidad, esto porqué le falta capacidad para adquirir derechos y obligaciones, es decir, la familia no es el centro de protección jurídica, la protección es para las personas en sí, en sus relaciones de vida familiar, con el grupo de personas que comparten una vida en común.

El Estado siendo creación del hombre, como medio de facilitar la vida en sociedad y mantener la paz social, de forma segura y feliz, debe garantir la protección jurídica de la familia en todas las formas de configuración. Este es un norte dado por el principio de la autonomía privada y la búsqueda de la felicidad y del bien común. El derecho a la felicidad está reconocido en el preámbulo de la *Declaración del Hombre y del Ciudadano* de 1789[86]. Además, el preámbulo mencionado asegura que el fin de la sociedad es la felicidad común, aunque existen cuestiones que no son de interés para el Estado, sino de la intimidad de una familia, ya que tales asuntos no perjudican a la comunidad, posibilitando que la búsqueda de la felicidad tenga resultados reales, permitiendo al ciudadano lograr la felicidad deseada, siendo esta la postura de un verdadero Estado democrático[87].

Todas las personas tienen el derecho a que se les respeten su identidad personal, pudiendo planificar su forma de vivir en sociedad y cómo será su familia. La forma de ser de cada uno deriva de factores genéticos, sociológicos, afectivos, religiosos y culturales. De ahí que debe existir una protección a la libertad individual, para que cada individuo tenga su

---

[85] *Cfr*. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 12ed. Editora dos Tribunais, São Paulo, 2017, pp.146-147.

[86] Preámbulo: "Los Representantes del Pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre, para que esta declaración, constantemente presente para todos los Miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y **de la felicidad de todos."** (énfasis nuestro)

[87] *Cfr*. SILVEIRA NETTO, Ernesto J. "A busca da felicidade no âmbito do Direito de Família e Sucessões". Fecha de consulta 08/08/2019. Disponible en:http://www.ibdfam.org.br/artigos/1290/A+busca+da+felicidade+no+%C3%A2mbito+do+direito+de+fam%C3%ADlia+e+sucess%C3%B5es.

propia identidad personal, ya que las personas no son iguales unas a las otras. Es obvio que las libertades individuales poseen un límite: el equilibrio entre el orden público y la autonomía de la voluntad es uno de los desafíos más difíciles en el campo del Derecho Privado.

El Tribunal Constitucional español ya ha declaró que el sistema familiar existente hoy, es plural. La formación familiar reconocida jurídicamente debe alcanzar a todos los grupos o unidades que forman un núcleo de convivencia, no siendo relevante el sexo de sus componentes, siempre y cuando estén de acuerdo con las reglas constitucionales. Además, el superior interés del niño menor genera una protección para que el niño tenga derecho a relacionarse con los miembros de su familia, con independencia de que entre ellos existan o no lazos biológicos. En la *STS 320/2011, 12 de mayo de 2012*[88] centró la razón de la decisión en la importancia de la posesión de estado, en el interés superior del niño, y en la trascendencia del consentimiento de ambas mujeres al sometimiento de una de ellas a la práctica de una técnica de reproducción asistida. La pareja homoafectiva de mujeres mantuvieron una relación pública, sin haber matrimonio. Una dio a luz un niño, y con la ruptura de la relación, la otra mujer afirmó que se había infringido el artículo 131 Código Civil español, en relación con el artículo 7.3 de la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, respecto de una mujer tras la ruptura de la relación con otra mujer. Para el Tribunal Supremo, aunque la filiación no se ha establecido, el interés del niño obliga a una decisión que el niño tiene derecho a relacionarse con los miembros de su familia, con independencia de que entre ellos existan o no lazos biológicos, atribuyendo, al final, la guarda y custodia a la madre biológica, con derecho de visitas a la conviviente.

Además, a lo largo del tiempo, los jueces de Estrasburgo (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y de Luxemburgo (Tribunal de Justicia de la Unión Europea[89]) han elaborado una jurisprudencia particularmente fructífera respecto a la noción de vida familiar, que no se restringe a lo que las leyes nacionales de los países europeos definen como familia. Como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Elsholz v. Alemania de 13 julio de 2000*, la vida familiar no se limita únicamente a las relaciones basadas en el

[88] Sentencia del Tribunal Supremo 320/2011 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 12 de mayo de 2012 (recurso 1334/2008).
[89] El Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) garantiza que la legislación de la UE será aplicada e interpretada de la misma manera en cada uno de los países miembros.

matrimonio y puede incluir otras relaciones familiares fácticas en las que las personas conviven fuera del matrimonio. En la sentencia *Wagner y J.M.W.L. vs Luxemburgo, de 28 septiembre 2007,* el TEDH consideró que hubo violación del art. 8 de la Convención europea por parte de Luxemburgo al negarse a otorgar el exequatur a una sentencia de adopción realizada en Perú, porque el derecho luxemburgués no aceptaba la adopción por una persona sola y a pesar de que adoptante y adoptada habían convivido durante varios. Sin embargo, esta decisión va contra a los principios que se derivan de la jurisprudencia de la Corte de Derechos humanos, debiendo el Estado actuar para permitir que los niños se desarrollen con una protección jurídica que les haga el máximo posible para la integración con su familia. De ahí que la negación del exequatur a la sentencia de adopción dictada por el Tribunal de Perú vulnera los derechos de esta familia. Así que, el activismo judicial utilizado por el Tribunal Europeo acaba por garantizar una protección indirecta a los derechos no reconocidos expresamente o en el artículo 8 del Convenio, utilizándose tres tipos de criterios: la evolución de las mentalidades, el estado de los conocimientos científicos y el de las legislaciones internas de los Estados miembros[90].

De hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos está adoptando la fórmula de efectividad de los lazos interpersonales y apariencia de una familia para averiguar la existencia o no de vida familiar y para ello está utilizando algunos factores: a) la existencia o ausencia de cohabitación; sin embargo, un divorcio o separación no rompen el lazo de vida familiar, ni constituyen un obstáculo en la formación de ese lazo; tampoco la falta de vida en común entre los padres en el momento del nacimiento de los hijos, obsta a la existencia de vida familiar; b) la duración de la relación; c) el nacimiento de hijos fruto de la relación, con la tentativa al menos de mantener contacto o el reconocimiento de paternidad para afirmar la existencia de vida familiar entre el hijo y su padre natural[91].

En la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, así como en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), aprobada en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969, la protección

[90] *Cfr*. SIMÕES DE ALMEIDA, Susana Catarina. *Familia a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Juruá, Lisboa, 2015, p.74.
[91] *Cfr. Ibidem*, pp.81-83.

de la vida familiar trae tanto obligaciones negativas de no interferencia, como obligaciones positivas de protección. "La dimensión positiva abarca deberes de los Estados aparte de promover la estabilidad familiar, de fortalecer las familias, lazos y relaciones afectivas, de protección del derecho de los niños a crecer bajo el amparo de sus padres, y de esos mismos niños ante la crisis familiar, de capacitación de la familia para el cuidado y protección de las personas con discapacidad o mayores que reciban de la erradicación de la violencia y protección de la familia de la mujer"[92]. Aunque el concepto de familia aparece una solo vez en la CEDH, en su art. 8.1[93], que prevé el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, en la CADH hay seis menciones[94]. Por el sistema americano, la tutela de la privacidad humana es presentada como ataque a la dignidad humana, siendo las excepciones que justificarían una interferencia en dichos derechos, mucho más limitadas en el sistema interamericano que en el europeo. Estas diferencias entre las dos sistemáticas pueden revelar las diferencias culturales entre los dos continentes, al menos en la época de edición de las Convenciones[95].

Además, muchos pactos y tratados internacionales establecen el reconocimiento del derecho a la libertad, a la igualdad y a la seguridad e implícitamente están reconociendo protección a los Derechos de Familia. Son muchas las organizaciones internacionales que actúan en temas de política familiar y que poseen resoluciones que afectan a la familia.

---

[92] BASSET, Úrsula C. "Una identidad latinoamericana: el derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista de* Derecho (UCUDAL). 2da época, año 14. n° 17, 2018, p.41.

[93] Artículo 8 en la Convención Europea de Derechos Humanos: "derecho al respeto de la vida privada y familiar: Tienes derecho al respeto de tu vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia".

[94] Convención Americana de Derechos Humanos: -Artículo 11. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. -Artículo 17. Protección a la Familia: 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Parte deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo. -Artículo 19. Derechos del Niño: 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. -Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos: 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.

[95] *Cfr.* BASSET, Úrsula C. "Una identidad latinoamericana", *ob. cit*., p. 16.

Algunas veces, estas suponen un complemento a las políticas nacionales u obligan a las autoridades nacionales. En el ámbito universal, tenemos la Organización de las Naciones Unidas (ONU); en el ámbito europeo, el Consejo de Europa. Sin embargo, ninguno de estos instrumentos jurídicos internacionales da una definición concreta de qué es la familia. La familia tradicionalmente es nuclear monogámica, pero no existe un modelo único para ella, sino múltiples formas que corresponden a una sociedad plural y cohíben una interpretación restrictiva[96].

En definitiva, la conceptuación de familia, o vida familiar, es amplia. Tanto los ordenamientos internos, como las normativas internacionales garantizan la protección de la familia, que cada vez más con la utilización de principios y principalmente para la protección de la dignidad de persona humana, están buscando una protección más englobante y pluralista de todas las realidades sociales, como se estudiará al largo de este trabajo.

### 2.2 La dignidad humana como la base para el reconocimiento de múltiples entidades familiares

La dignidad es una cualidad que solo pertenece a la especie humana, por razón de su racionalidad y su capacidad de decidir. La dignidad humana es la base de la ética de los valores, de los principios y de los derechos. Desde el Humanismo se plantea la idea de que el hombre es el centro del mundo y que se distingue de los demás animales, con unos rasgos que suponen la marca de su dignidad.

En su origen la dignidad humana no es un concepto jurídico, ni tampoco político, es en realidad "una construcción de la filosofía para expresar el valor intrínseco de la persona, derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen única e irrepetible, que es el centro del mundo y que está centrada en el mundo"[97]. La dignidad humana puede ser estudiada

[96] Algunos artículos son los siguientes: art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948; art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; art. 12 de la Convención Europea de 1950; art. 16 de la Carta Social Europea de 18/10/61; art. 23. 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; art. 10 y 17 del Pacto Internacional de derechos sociales, económicos y culturales; Preámbulo y art. 09 y 10 del Convenio de los derechos del niño de 89.

[97] *Cfr.* PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio." *La dignidad de la persona…", ob. cit.*, p.68.

desde dos perspectivas, la kantiana y la humanista. De acuerdo con Kant, la dignidad deriva de nuestra determinación o capacidad de elegir, o sea, deriva de nuestra autonomía/libertad[98]. Por otro lado, para los humanistas, la dignidad consiste en el estudio, que nos diferencia de los animales. Tiene por base el hombre en el centro del mundo: "No existe por tanto en este modelo humanista de la *dignitas hominis* una dignidad inherente al ser humano. Esta es propia de la naturaleza humana y debe ser conquistada por los individuos, dentro de un único ámbito moral. No genera derechos en la esfera jurídica, sino estrictamente deberes (morales) relacionados consigo mismo" [99].

No existe una definición unívoca del sentido y alcance del concepto de dignidad humana, pero tampoco se puede banalizar su uso, dejando un vacío de contenido. En nombre de la dignidad se está llegando a soluciones radicalmente contrarias sobre temas tan fundamentales, principalmente con abuso del recurso retórico. Lo que acaba por generar una desvalorización de su concepto[100].

Hoy la dignidad humana es vista como valor inherente y absoluto de todo ser humano y como el fundamento de los Derechos Fundamentales. De esta forma, estos dos puntos "permiten entender el paradigma contemporáneo de dignidad: atribuyen un valor intrínseco al ser humano, que no depende de ninguna conducta para ser adquirido (siendo intrínseco) y justificando la consolidación y el desarrollo de los derechos fundamentales"[101].

La dignidad humana puede ser identificada como la capacidad del hombre de construir conceptos generales y de razonar, es la capacidad de reflexionar con el fin de llegar a un

---

[98] *Cfr*. MARTINEZ MORAN presenta algunas cuestiones a la teoría de Kant: "No obstante, la teoría kantiana que sitúa la dignidad humana en la autonomía presenta algunas lagunas e interrogantes. ¿Qué sucede con aquellas personas que aún no han llegado a su madurez, al pleno desarrollo de su autonomía? ¿Qué dignidad atribuiremos a las personas cuya conducta sea inmoral? Si para Kant la medida de la dignidad humana viene determinada por el comportamiento moran en libertad, en autonomía, ¿qué pensar entonces del malvado? ¿Qué puede hacerse con los que algunos califican de infra-hombres (embriones, deficientes, dementes, enfermos, ancianos...)? ¿Y qué decir de las mujeres y los hombres de piel negra qué, según el propio Kant, estaban excluidos del voto porque no habían llegado a la mayoría de edad?" en: MARTINEZ MORAN, Narciso. "La dignidad de la persona ante el desafío de la biotecnología". *Misión Jurídica: Revista De Derecho Y Ciencias Sociales*, vol. 1, nº. 1, 2008, p.162.

[99] PELE, Antonio. "La dignidad humana: modelo contemporáneo y modelos tradicionales". *Revista Brasileira De Direito*,Vol. 11, nº. 2, 2015, p.12.

[100] *Cfr*. DELGADO ROJAS, Jesús Ignacio. "Dignidad Humana". *Eunomía: Revista En Cultura De La Legalidad*, nº. 15, 2018, p.177.

[101] PELE, Antonio. "La dignidad humana *... ", ob. cit.*, p.08.

pensamiento filosófico, científico y técnico. En este sentido SÁNCHEZ afirma que "la dignidad es un estatus especial de la persona que la sitúa por encima de los demás seres, en virtud de su razón. La racionalidad de la persona hace que ésta necesite vivir en un entorno que le permita desarrollarse y perfeccionar su naturaleza humana en todas sus facetas, por lo que está indisolublemente unida a la idea de libertad"[102].

Así que solamente si existe respeto a la libertad individual y a los derechos humanos, se respetará la dignidad. Además, a los seres humanos les es dada la capacidad de dialogar y de comunicar, de tener sentimientos, afectos y emociones y de sociabilidad[103]. Por lo tanto, "en muchas ocasiones, la dignidad se conecta o vincula de manera genérica a los derechos del hombre; en otras palabras, de modo más concreto, se presenta como base, fundamento u origen de los mismos o, especialmente, de algunos de ellos; a veces, se formula incluso como un derecho; también es situada como fin o barrera infranqueable de la actuación del poder público u horizonte específico del modelo económico adoptado; se alude igualmente a ella como límite de derechos o de algún derecho específico; y en fin, es asimismo posible verla reflejada como fundamento del propio orden constitucional o estatal. A su vez, en la mayor parte de ocasiones aparece desprovista de una calificación jurídica concreta, si bien, en algunos casos es conceptuada o adjetivada, como valor o principio"[104].

De esta forma la, dignidad humana es un punto de referencia del pensamiento moral, político y jurídico, alcanzando el valor de principio o regla[105]. La utilización del término dignidad con connotación jurídico-legal surge con la doctrina alemana, por las atrocidades que ocurrieron en la Segunda Guerra Mundial "en nombre de la ley". A partir de ahí, muchos países empezaron a reconocer la dignidad en sus constituciones y en tratados internacionales,

---

[102] MARTÍN SÁNCHEZ, María. *Matrimonio homosexual y constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p.101.
[103] *Cfr*. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *"La dignidad de la persona…". ob. cit.*, pp.66-67.
[104] PASCUAL MEDRANO, Amelia. "La dignidad humana como principio jurídico del ordenamiento constitucional español". En CHUECA, Ricardo (Coord.). *Dignidad humana y derecho fundamental* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 296
[105] ALEXY asegura que existe al lado de la dignidad humana como principio, la dignidad humana como regla, debido a la textura abierta del concepto de dignidad humana. Aún afirma que es por medio de la ponderación que se debe hacer la interpretación de esto concepto. En: ALEXY, Robert. *Dignidad humana y proporcionalidad*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2015, pp. 76-78.

como en la Declaración Universal, en la que se encuentran cinco referencias explícitas a la idea de dignidad humana.

De hecho, la dignidad humana es un valor superior, con contenido jurídico fundamental, es un principio general del derecho. Debe ser utilizado para la interpretación de las normas jurídicas. La dignidad de la persona constituye la esencia del ser humano y comprende por una parte un atributo propio de su existencia que le distingue de otros seres vivos una vez que tiene el control de sí mismo. A diferencia de animales y plantas, el hombre tiene consciencia de que es un ser histórico, de que posee un pasado, un presente y un futuro. Un gran dilema ético actual se refiere a los límites de las investigaciones médicas cuando se trata del cuerpo humano, por la razón de que este no puede ser tratado como cosa. En la dignidad humana se buscan criterios para aclarar hasta dónde el propio ser humano puede ser objeto de la investigación científica. Además, el hombre individualmente considerado se diferencia de los demás por su estructura genética y sus caracteres propios adquiridos durante su desarrollo[106].

En el Derecho Internacional, la dignidad de la persona humana es citada principalmente en los preámbulos de los textos, como ejemplo: la Carta de las Naciones Unidas, de 16 de junio de 1945: "Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas, resolvemos (…), en reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y en el valor de la personalidad humana". La *Declaración Universal de Los Derechos Humanos*, de 10 de diciembre de 1948: "El reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana". El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966*: "(…) considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana". Estatuto de la Unesco, de 16 de noviembre de 1945: "Los Gobiernos de los Estados (…) declaran en nombre de sus pueblos: (…) que la terrible y gigantesca guerra, fue posible a través de la negación de los principios democráticos de dignidad, igualdad y respeto mutuo". Ya la *Constitución de Weimar de 1919* citaba la dignidad en el art. 151.1: "El régimen de la vida

[106]*Cfr*. QUESADA GONZÁLEZ, María Corona. "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico". A*nuario De Derecho Civi*l, vol. 47, nº 2, 1994, p.247.

económica debe responder a principios de justicia, con la intención de asegurar a todos una existencia digna del hombre. Dentro de estos límites se reconoce al individuo la libertad económica"[107]. Después, en la *Carta de las Naciones Unidas de 1945*, en la *Declaración Universal de 1948* y los *Pactos de Derechos civiles y políticos de 1966* la dignidad humana apareció como fundamento de los Derechos Humanos.

Aunque la dignidad de la persona humana tiene su reconocimiento expresamente en la Constitución Española[108], esta no está en el mismo plano de los Derechos Fundamentales. Así, no existe el reconocimiento constitucional a la dignidad humana como un derecho fundamental; tampoco existe un derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad[109]. No obstante, "en España la dignidad de la persona parece encarnar un valor no autónomo y supremo, sino, junto con otros, instrumental respecto al orden político y la paz social"[110].

Además, el Tribunal Constitucional español reconoció la dignidad como un principio con contenido de valor espiritual y moral inherente a todos los seres humanos, que se manifiesta en la responsabilidad consciente que cada uno tiene por la autodeterminación de la propia vida y la relación con los demás (*STC 53/1985, de 11 de abril* [111]). Sin embargo, ha negado reiteradamente el carácter de derecho fundamental de la (*STC 91/2000, de 30 de marzo* y *STC 192/2003, de 27 de octubre*[112]*)*. No teniendo la dignidad humana efecto de derecho fundamental, "ésta queda irremisiblemente fragmentada como eventual centro de imputación de múltiples derechos singulares, sin que desde ellos quepa recomponer su esencial integridad"[113].

---

[107] HARBERLE, Peter. "La dignidad como fundamento de la comunidad estatal". En: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. Madrid: Dykinson, 2008, p.177.

[108]Artículo 10.1 de la Constitución de España de 29 de diciembre de 1978: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

[109] *Cfr.* GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2005, p.91.

[110] *Ibidem*, p.81.

[111]Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985).

[112] Sentencia del Tribunal Constitucional *91/2000, de 30 de marzo*. (*BOE núm. 107, de 04 de mayo de 2000).* y Sentencia del Tribunal Constitucional *192/2003, de 27 de octubre, (BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003).*

[113] GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. "*Dignidad de la persona y derechos …", ob. cit.*, p. 214.

Para el Derecho de las Familias el principio de la dignidad de la persona humana significa la consideración y el respeto a la autonomía de los sujetos y a su libertad. Según PEREIRA, la dignidad "significa, en primer y último análisis, una igual dignidad para todas las entidades familiares. En este sentido, podemos decir que es indigno dar tratamiento diferenciado a las diversas formas de filiación o a los diversos tipos de constitución de familia[114]".

Por esto, el Derecho de las Familias solo estará respetando la dignidad y los Derechos Humanos cuando protege el derecho cada miembro de la familia individualmente y los grupos familiares existentes socialmente, de forma plural, tolerando todas las diferencias y vínculos afectivos. La diversidad de entidades familiares desarrolla las cualidades como afecto mutuo, solidaridad, respeto, planeamiento de vida en común, preservando la dignidad de cada persona humana. Con todo, la gran dificultad, hoy en día, es mantener una estructuración de educción social general, con información y propagación de valores de respeto a la diferencia y al otro, para la sostener una sociedad justa y equilibrada, en la que todas las familias puedan, en condiciones iguales, criar a los niños, de forma sana. En los casos en los que se produce un enfrentamiento entre principios individuales, cabe al aplicador del derecho hacer la necesaria relativización del principio en sí, atribuyendo el valor a la dignidad de uno en detrimento de la dignidad del otro, así que el límite de una dignidad pasa a ser la misma dignidad del otro.

Por fin, por medio del principio de la dignidad, debemos buscar disminuir las desigualdades a través del derecho, principalmente para las personas que necesitan de una protección mayor, como las niñas y niños. La búsqueda de la felicidad que se deriva del núcleo del postulado de la dignidad de la persona humana asume un papel extremadamente importante en el proceso de afirmación, disfrute y expansión de los Derechos Fundamentales. Por esta misma razón, todos poseen el derecho a la búsqueda de la felicidad, que se deriva del principio de la dignidad esencial de la persona humana, dentro de una pluralidad de organizaciones familiares.

---

[114] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2ºed. Saraiva, São Paulo, 2012, p.121 (traducción libre).

### 2.3 Las entidades familiares: *numerus apertus*

Nadie nace con la consciencia repleta de normas o valores, siendo estos transmitidos de la sociedad para los individuos; la familia representa un importante hilo para esta transmisión. La familia está en transformación, como se ha observado. Actualmente, la familia tradicional matrimonial, centrada en la procreación por naturaleza, no es el único modelo reconocido por el derecho. Junto a ella conviven otros modos de vivir en familia y otras formas de procreación, todos fundados sobre el mismo eje central: el afecto[115]. Así que, las nuevas familias se alejan cada vez más del modelo tradicional biparental y heteroparental, en el que la maternidad/paternidad genética, biológica y social coinciden, y en el que la sexualidad, la reproducción, las relaciones heterosexuales y el matrimonio van unidos[116]. Abrir la posibilidad jurídica de reconocer como entidades familiares estructuras diferentes al casamiento es aceptar que la familia es plural y se fundamenta en el afecto. En el sentido de reconocer la existencia de pluralidades familiares KEMELMAJER afirma "Si el concepto de familia no es 'natural' sino 'cultural', se entiende fácilmente que no exista un modelo universal e inmutable sino muy diversos tipos de familia"[117].

Actualmente, hay una abertura para nuevas realidades familiares. Familias o entidades familiares, son género que comporta dos especies, en su constitución: las familias conyugales y las familias parentales. Las familias conyugales son aquellas que se establecen a través de una relación amorosa, en la cual, además del afecto, el deseo y el amor sexual están presentes. La relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana. El amor conyugal también se basa en la sexualidad, que puede estar presente en relaciones de dos personas de un mismo sexo o de sexos distintos, es del orden del deseo y tiene infinitas variaciones y manifestaciones. Por esto, la sexualidad, no está necesariamente conectada con el sexo, ya que, debido a algún factor como la impotencia o la frigidez causada por la edad, puede haber impedimento a la pareja de tener relaciones sexuales, lo que no

---

[115] *Cfr*. HERRERA, Marisa; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; LAMM, Eleonora. "Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino". *Revista Derecho Privado*. Año I Nro. 1. Ediciones Infojus, 2012, p.05.

[116] *Cfr*. FERNÁNDEZ HAWRYLAKA, María; GRAU RUBIO, Claudia. "Relaciones de parentesco en las nuevas familias: disociación entre maternidad/paternidad biológica, genética y social". *Gazeta de antropologia*, nº. 31, 1, 2015, p. 03.

[117] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014". *Revista Jurídica La Ley*, octubre/2014. Fecha de consulta 10/01/2020.

invalida el amor conyugal[118]. "Deseo, utopía o anhelo, las relaciones matrimoniales, familiares, los 'nuevos modelos', sea cual fuera la elección de cada hombre o mujer, para recorrer el camino de su vida con otra persona (del mismo género, o no) deberían tener un elemento común: la honestidad. Como si se tratara de un juego de cartas, en el que todos conocen perfectamente las cartas de cada uno, nadie juega en desventaja. Así deciden jugar, o no"[119]. Las familias conyugales (género) pueden comprender varias especies de familias, como la constituida por el matrimonio y la unión de hecho, homoafectiva o heteroafectiva, y ahora también ya se habla de la familia poliamorosa y de las familias reconstituidas.

En relación con las uniones de hecho, el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950[120] y del que participa España, declara el derecho a fundar una familia por medio del matrimonio o relaciones de hecho, así como el derecho a la vida privada y familiar. Sin embargo, del Convenio no deriva una obligación para los Estados de dar a las uniones convivenciales el mismo estatus de las casadas, es decir, están permitidos derechos distintos a los dos ámbitos (*STC 155/1998, de 13 de julio* [121]).

Vamos a tratar ahora uno de los casos más nuevos y polémicos respecto a familias conyugales. La homoafectividad siempre ha existido, pero siempre marcada por un estigma social y relegada a la marginalidad por alejarse de los patrones de comportamiento convencional. La historia evidencia una larga trayectoria de discriminación basada en la

---

[118] *Cfr*. CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Direito das famílias, ob. cit*., p.20.

[119] PALOMO DEL RÍO, María Helena. "Nuevos modelos de familia: retos legislativos y jurisprudenciales. Las nuevas uniones familiares". En ORTEGA BURGOS, Enrique (Director). *Derecho de Familia 2020*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 598.

[120] Convenio para la Protección de los derechos humanos y de las Libertades Fundamentales, Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

[121] Sentencia del Tribunal Constitucional Español 155/1998, de 13 de julio (Recurso de Amparo nº 3.115/1995) quedó decidido que tanto la familia basada en el matrimonio, como la que se constituye mediante la unión de hecho están protegidas constitucionalmente, pero son realidades jurídicamente distintas. Sin embargo, existen Tribunales que están igualando estas realidades jurídicas, como la Suprema Corte de Brasil, que en los RE 646721 e RE 878694, de 10 de mayo de 2017 igualo para fines sucesorios las uniones de hecho a los matrimonios, con el fundamento en los principios de la igualdad, dignidad de la persona humana, proporcionalidad y prohibición al retroceso.

orientación sexual. Hace pocos años, la familia solo podía formarse por heterosexuales, y esta restricción corresponde a una discriminación sistemática contra las lesbianas, gais, transexuales, transgéneros, travestis, intersexuales y bisexuales.

En la década de los 60, como consecuencia de los movimientos sociales que abogaban por la igualdad de derechos y la libertad, se inició el proceso de romper el silencio y dar visibilidad a la homosexualidad. Comenzaron a surgir nuevas familias formadas por estas personas que, sufrieron mucho prejuicio de la sociedad de forma general, y necesitaban de una respuesta del Estado para la protección de sus derechos.

El reconocimiento jurídico de la familia homoafectiva en las legislaciones de cada Estado aún es polémico, y depende en gran parte de la influencia religiosa y de la tradición moral de cada sociedad. Para SOLARI la restricción al casamiento de personas del mismo sexo es una transgresión a los derechos subjetivos de la persona, por la siguiente razón: "cuando se está en presencia de una restricción muy intensiva de un derecho de prestación, que atañe a una cuestión central de la autonomía y los afectados conforman un grupo de personas que histórica y sistemáticamente han sido excluidos, entonces se trata de una violación al mandato de proporcionalidad/razonabilidad de las leyes por insuficiencia de la respuesta de la medida estatal"[122].

La homoafectividad está pasando por un proceso de reglamentación tanto a nivel social como jurídico. Muchos Estados ya reconocen este tipo de vida familiar, pero el reconocimiento jurídico no ha sido idéntico en todas las partes. La interpretación de los Derechos Humanos debe ser en todos los casos a favor del individuo, siempre con una interpretación amplia, mientras que las restricciones a los mismos requieren una interpretación restrictiva[123]. Así, el respeto a la libre orientación sexual, la protección de la libertad y de la dignidad deben ser protegidas jurídicamente. CRUZ ÁNGELES afirma que "el

---

[122] SOLARI, Néstor E. *Matrimonio entre personas del mismo sexo: Ley 26.618*. 1ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 49.

123 Según el principio pro homine, se debe interpretar la ley a favor de los derechos fundamentales del ser humano. El juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Rodolfo E. Piza Escalante, fue quien señaló por primera vez que "el principio *pro persona* conduce a la conclusión de que (la) exigibilidad inmediata e incondicional (de los derechos humanos) es la regla y su condicionamiento la excepción", en la Opinión Consultiva oc-7/86 del 29 de agosto de 1986. Fecha de consulta 10/02 2020. Disponible en*:* http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf.

reconocimiento por parte del TEDH de las parejas del mismo sexo como vida familiar ha supuesto una (de) construcción del concepto de familia en el ámbito europeo. Por este motivo, podemos afirmar que en los próximos años el juez de Estrasburgo deberá revisar la interpretación que se ha venido realizando de los mecanismos convencionales, para así garantizar una protección efectiva de la familia homoparental". Además, "a este respecto, la CIDH declaró que no existe un modelo único de familia en el continente americano y se sirvió de la sentencia del TEDH en el caso *Schalk & Kopf c. Austria de 24 de junio de 2010,* para argumentar que la noción de vida familiar abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable de facto"[124]. Esto es porque la orientación sexual se encuentra en la esfera de privacidad de las personas y no permite restricción alguna. Por eso, afirma DIAS "aunque, casi que, de forma intuitiva, se conceptúe la familia como una relación interpersonal entre un hombre y una mujer teniendo como base el afecto, es necesario reconocer que hay relaciones que, aun sin la diversidad de sexos, son marcadas también por un lazo de afectividad"[125]. En este sentido, MARTÍN SÁNCHEZ señala que la heterosexualidad "no sería un elemento insalvable, inherente a la institución, sino una característica superable mediante la acomodación del derecho a las exigencias de la evolución social, de conformidad con los valores superiores del ordenamiento y teniendo en cuenta su carácter como derecho subjetivo de la persona"[126].

En España, la *Ley 13/2005, de 1º de julio*[127], reconoció el derecho de la persona a contraer matrimonio sin distinción por su orientación sexual. Es una ley que modificó la previsión del matrimonio en las normas del Código Civil, reconociendo el matrimonio entre personas del mismo sexo sin ningún tipo de restricción. Esta ley añadió un segundo párrafo al artículo 44 del Código Civil español, con la siguiente redacción: "El matrimonio tendrá los

---

[124] CRUZ ÁNGELES, Jonatán. *Derechos humanos y nuevos modelos de familia: estudio en el marco de los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2018, p.143 y p.240.
[125] DIAS, Maria Berenice. "La familia Homoafectiva". *Revista Jurídica Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales,* nº 11, Buenos Aires, 2007, p. 13.
[126] MARTÍN SÁNCHEZ, María. *Matrimonio homosexual y constitución*, *ob. cit*., pp. 200-201.
[127] La disposición de motivo de la mencionada ley afirma que la relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana. También asegura que la garantía constitucional del matrimonio tiene como consecuencia que el legislador no podrá desconocer la institución, ni dejar de regularla de conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico, y con su carácter de derecho de la persona con base en la Constitución. Por fin, sustenta que la ley debe permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición.

mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo". La exposición de motivos de esta ley reforzó que el matrimonio es una institución jurídica que goza de garantía constitucional debiendo el legislador resguardarlo.

Otro grupo de familia conyugal que viene ganando el foco de estudios jurídicos son las familias reconstituidas o recompuestas o ensambladas, que están vinculadas con la ruptura matrimonial convivencial de una unión y la conformación de otro vínculo de pareja de la cual se tienen o no hijos en común[128]. Es muy usual en relaciones de personas que ya tienen hijos de relaciones anteriores. Pero, claramente esta transición no es algo tan sencillo, principalmente cuando hay niños involucrados. RAMOS MORALES destaca que: "El duelo en cada familia es diferente, en cada uno de los miembros de la nueva familia. Recuperarse de haber perdido un compañero o en la vida que se había idealizado y adaptarse a los cambios de trabajo, casa, pareja y la accesibilidad con los hijos no es fácil, cambios que con el tiempo se va a ir dando. Los hijos sufren la pérdida de sus padres en caso de muerte o de que la convivencia sea casual. Los niños tienen la fantasía de volver a ver a sus padres unidos, y sufren también por el cambio de la escuela, de casa, de amigos, etc"[129]. Con el tiempo, generalmente, los hijos forman vínculos afectivos con las nuevas parejas de sus progenitores, pudiendo hasta surgir nuevos vínculos de filiación a una nueva persona con el ejercicio de la responsabilidad parental, como veremos en el apartado propio de este trabajo.

Asimismo, no se puede dejar de mencionar que el tabú de la monogamia se está diluyendo con parejas que viven en relaciones románticas múltiples, de modo que se están formando parejas de tres o más personas, el llamado poliamor[130]. Estas relaciones están basadas en la premisa de que es posible amar a varias personas a la vez, de manera consensual, habiendo una relación de amor y compromiso, no como algo solamente sexual. Todos los involucrados saben y están de acuerdo en estar en esa relación. Esta nueva forma de relación amorosa despierta una serie de cuestiones jurídicas. Por ser una forma de vida familiar estable

---

[128] *Cfr*. HERRERA, Marisa. *Manual de derecho de las familias*. 1ed. Abeledo Perrot, Ciudad autónoma de Buenos Aires, 2017, pp. 28-29

[129] RAMOS MORALES, María Leonor. "La solución de conflictos de la familia ensambladas". En LÓPEZ PELÁEZ, Patricia; SÁCHEZ GÁRCIA, Arnulfo (Coord.). *La solución alternativa de conflictos en los nuevos modelos de familia*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p.345.

[130] *Cfr*. KLESSE, Christian. "Marriage, Law and Polyamory: Rebutting Mononormativity with Sexual Orientation Discourse?", *Oñati socio-legal series*, v. 6, n. 6, 2016, pp. 1348-1376.

cumple con todos los requisitos para ser incluida en el artículo 8 CEDH como vida familiar. Además "no existen motivos para excluir el poliamor del amplio concepto de familia, ni tampoco para extraerlo de la protección familiar contenida en el artículo 39.1 CE, dado que, debido al avance de los diferentes modelos familiares en la actual sociedad española, cumple con los requisitos para poder aludir a vida familiar. Así pues, contempla relaciones horizontales entre sus miembros de forma estable y a largo plazo, y puede incluir a su vez relaciones paternofiliales, sin posibilidad de distinción alguna entre un modelo familiar tradicional y el modelo familiar basado en el poliamor, al menos en lo que a cuestiones de fondo se refiere"[131].

La ciudad de Somerville, Massachusetts, EE.UU., reguló las relaciones poliamorosas en 2020, y les otorgó los mismos derechos de los que gozan las personas en matrimonio, como prestaciones de seguro médico, hacer visitas al hospital o comprar una casa conjuntamente. En Colombia, tres personas homosexuales que vivían en poliamor por siete años, después del fallecimiento de uno de ellos, lograron en la justicia una pensión, pero más que el dinero, buscaban el reconocimiento como una familia. La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín emitió la sentencia que confirmó el fallo anterior de la juez del Circuito de Medellín, de mayo de 2017, y ordenó el pago de la pensión a los dos miembros sobrevivientes de la relación poliafectiva. La conclusión de la sentencia es que "el vínculo familiar se logra a partir de diversas situaciones de hecho, entre ellas la libre voluntad de conformar la familia al margen del sexo o la orientación de sus integrantes, señalando que incluso la existencia de una pareja no es un aspecto definitorio de la familia, ni menos un requisito para su reconocimiento constitucional"[132]. Además, afirmó que el Estado Colombiano reconoce la autonomía del individuo para conformar su propia familia y es posible que una persona ame a dos personas a la vez, y los tres entre sí.

En Brasil la jurisprudencia todavía no ha se manifestado sobre este punto. Sin embargo, ya se han hecho actos notariales de unión poliafectiva, de un hombre y dos mujeres, y un hombre y tres mujeres. Se trata de actos de declarativos, es decir, las partes solamente afirman

---

[131] MARTÍNEZ TORÍO, Alejandro. "El poliamor a debate". *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 17, 2017, p.99.
[132] Tribunal Superior de Medellín, Sala Sexta de Decisión Laboral, Sentencia 05001310500720150195 5, jun/ 2019.

frente a un notario que poseen una relación afectiva con más de una persona. Esta acta servirá de prueba en una futura demanda. Todavía no presenta efectos jurídicos directamente de la elaboración del acta. No obstante, el Consejo Nacional de Justicia de Brasil sugirió a los notarios que no vuelvan a realizar estos actos hasta que se obtenga un estudio más profundizado del tema[133]. Sin embargo, las personas siguen haciendo contratos particulares que desarrollan solamente efectos entre ellas.

Además, es importante indicar que la familia poliamorosa es distinta de la familia simultánea o paralela. En la familia poliamorosa todos dan el consentimiento, interactúan entre sí, hay respecto mutuo, y generalmente viven bajo el mismo techo, de forma conjunta. Ya en las familias simultaneas, hay dos relaciones conyugales paralelas (un matrimonio y una unión de hecho o dos uniones de hecho), y generalmente una de las partes desconoce la existencia de la otra, con mala fe de la persona que vive las dos relaciones. En Tribual Supremo de Brasil, ratificando el programa monogámico existente en la ley, no permitió en reconocimiento de uniones paralelas, esta decisión también ha hecho enfriar las discusiones que estaban avanzadas en torno del poliamor[134].

Las familias parentales son las que se establecen a través de lazos de parentesco, por medio de la sangre, de la socioafectividad o por afinidad. La familia parental es el género de las diversas especies de familias: monoparental, multiparental, extensa, adoptiva, coparental y homoparental.

Las familias monoparentales son las constituidas por un padre o una madre y sus descendientes (*STC 47/2001, de 15 de febrero*[135]). La conformación de una familia monoparental puede ser de forma originaria o derivada. La primera ocurre en los casos en los

[133] Conselho Nacional Justiça- pedido de providência PP 0001459-08.2016.2.00.0000, de 26 de junio de 2018.
[134] Sentencia Supremo Tribunal Federal de Brasil, (RE1.045.273SE y Repercussão Geral 529), del 2 de diciembre de 2020 afirma que "La preexistencia de matrimonio o unión de hecho impide el reconocimiento de nuevo vínculo referente al mismo periodo, incluso para fines de seguridad social, en razón de la consagración del deber de fidelidad ya de la monogamia existente el en ordenamiento jurídico-constitucional brasileño".
[135] Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2001, de 15 de febrero («BOE» núm. 287, de 30 de noviembre de 2001). La decisión en el fundamento jurídico nº 6, afirma que la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas al permitir la declaración conjunta comprende los supuestos de las familias monoparentales, esto es, "las formadas por el padre o la madre con sus hijos, con independencia de que éstos hayan sido adoptados, sean el fruto de una anterior relación matrimonial o hayan sido concebidos fuera del matrimonio".

que una madre utiliza técnicas de reproducción asistida con material de un donante o en caso de adopción. La forma derivada, a su vez, ocurre cuando hay una nueva realidad familiar, como cuando hay un solo adulto (padre o madre que no vive en pareja) que se responsabiliza por la familia. En general, es generada por divorcio, separación, o por el fallecimiento de uno de los progenitores[136]. Es diferente de las familias anaparentales, en la que no hay una jerarquía entre las generaciones, son familias sin padres, y sin relacionamiento sexual, como el caso de hermanos, tío y una sobrina que forman una familia. Esta familia todavía no posee un reconocimiento jurídico pacifico jurídicamente, ya que estos conflictos (entre hermanos o sobrinos), "no han sido nunca examinados desde la perspectiva del principio constitucional de protección de la familia. Si este precepto constitucional, artículo 39 CE, resulta o no aplicable a situaciones en que se ven involucrados familiares de segundo o ulterior grado, es una cuestión abierta"[137]. Las familias conyugales sin descendientes también poseen protección (*STC 198/2012, de 6 de noviembre* [138]).

Además, tenemos las familias parentales adoptivas, familias con hijos provenientes de técnicas de reproducción asistida, familias coparentales (cuyos padres se reúnen solo para tener hijos, de manera planificada, para criarlos en un sistema de cooperación mutua, sin relación conyugal o incluso sexual, entre ellos), familias homoparentales (resultante de relaciones homoafectivas con hijos) y familiares multiparentales (la formada por múltiples padres, es decir, cuando un niño establece una relación de paternidad/ maternidad con más de un padre o más de una madre). Todos estos casos vamos a estudiarlos de manera profundizada en el apartado propio de este trabajo.

### 3. El alcance de los principios en el Derecho de las Familias

---

[136] *Cfr*. DIAS afirma que "para los casos de divorcio o separación no se formaría una familia monoparental, teniendo en cuenta que no hay ruptura de la parentalidad" En: DIAS, María Berenice. *Manual de Direito de familia, ob. cit.,* p.309.

[137] SALAR SOTILLOS, María José. "La familia en la jurisprudencia del tribunal constitucional español", *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº. extra-8, 2, 2018, p. 214.

[138] Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre (BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012). El Tribunal Constitucional de España en la fundamentación sobre la constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 julio, afirma que "tampoco la reforma legal es contraria a la protección constitucional de la familia, pues la norma fundamental no hace depender el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio ni la limita a las relaciones con descendencia".

Las formaciones familiares son cada vez más complejas, con diferentes estructuras organizacionales. La verdad es que, cada uno busca formar su propia organización familiar como forma de alcanzar la felicidad. No obstante, en algunos casos la estructura formada no tiene correspondencia con ningún modelo ya jurídicamente reconocido y para buscar la protección jurídica adecuada, tenemos que recurrir a los principios generales de derecho, como una fuente de derecho. Claramente, este solo es posible cuando la formación existente no es contraria al orden público y la moral.

En algunos puntos existen principios fundamentales de Derecho de las Familias, como norma principio, con un grado de abstracción mayor que la norma regla, para solucionar también cuestiones. La comprensión y aplicación de los principios en el derecho contemporáneo presupone la ruptura y el cambio de un concepto jurídico predominantemente positivista. La ley suele surgir después de los hechos sociales y principalmente en esta rama del Derecho, que sigue siendo muy conservador en muchos casos. Por esta razón, las familias que existen en la actualidad, a veces, no coinciden con la familia jurídicamente reglamentada, dejándolas, así, apartadas de la protección legal. Además, por haber una tendencia al choque mutuo por el pluralismo de valores y derechos, los conflictos existentes entre la legislación ordinaria o la falta de ella y la Constitución ocurren frecuentemente en el campo del Derecho de las Familias.

Después de la Segunda Guerra Mundial, con las atrocidades cometidas durante la guerra con base en la letra de la ley emanada por el legislativo, el positivismo jurídico entra en crisis. Naciendo la necesidad de crearse nuevas teorías del derecho con punto central en la dignidad de los seres humanos.

La doctrina internacional de los Derechos Humanos vino a contribuir en los cambios de los ordenamientos jurídicos internos relacionados a la familia. Antes el derecho internacional ocupaba se de las relaciones entre Estados y a partir de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948*, el eje pasa a ser las personas. A partir de entonces, las nuevas constituciones pasaran a ser promulgadas con un alto valor axiológico y con contenido ético, con la inclusión de principios, valores y derechos fundamentales. “El constitucionalismo occidental de la segunda postguerra, informado por el principio del Estado social de Derecho,

supone el ensayo de una respuesta jurídica de síntesis para ambos intentos aparentemente contradictorios. La incidencia de la Constitución sobre el Derecho Privado adquiere en todo caso un alcance decisivo, sea como garante de su subsistencia, sea como impulsora de su desarrollo"[139]. Conforme ATIENZA RODRÍGUEZ, y RUIZ MANERO el positivismo no es la teoría adecuada para esta nueva realidad de Estado Constitucional de Derecho, puesto que el derecho debe ser visto como una práctica social compleja consistente en decidir casos, en fundamentar las decisiones y consecuentemente, producir normas[140]. No podemos buscar un derecho simplemente en las leyes ya establecidas y quedarnos estancados allí en estas normas, es necesario ir más allá, expandir los horizontes para verificar de forma harmónica todo el sistema legal, principalmente cuando se toma por base los principios constitucionales.

La apertura constitucional fundamenta varias opciones con distintos valores sin que exista necesariamente una jerarquía entre sí. Los principios son las normas en las que "descansa la nueva concepción de Constitución, puesto que ellos son los encargados de la introducción de los valores morales en la norma de reconocimiento"[141]. La esencia de un principio constitucional no puede ser modificado, a fin de buscarse una paz social, sin embargo, es posible dar diferentes interpretaciones a un principio para actualizar y dar eficacia a los mismos. Por ejemplo, podemos citar el derecho a tener hijos, que no está expresamente reconocido en el texto Constitucional Español, con todo, puede existir una interpretación de la existencia de este derecho derivado del principio de la libertad personal y en la dignidad.

En la sociedad contemporánea, pluralista y multicultural, en la que surgen nuevos intereses y modelos de convivencia, es necesaria una reflexión más cuidadosa por parte del intérprete. ¿Qué hacer cuando el intérprete se enfrenta a situaciones en las que la regulación legal no ofrece respuestas? Sabemos que la realidad siempre precede a la ley. El positivismo, por lo tanto, se volvió insuficiente, ya que las reglas no enfrentaron inmediatamente tales situaciones hermenéuticas. Antes de la existencia de nuevas situaciones legales, la

---

[139] GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. En Introducción al libro KONRAD, Hesse. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Editorial Civitas, S.A., Pamplona, 2016, p.13.
[140] *Cfr*. *Ibidem*, p. 26.
[141] ELORZA SARAIA, Juan Daniel. Valores y normas: *Argumentación jurídica y moral crítica a propósito de Robert Alexy*.1 ed. Editorial Arazandi- Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p.178.

jurisprudencia se convirtió en una fuente legal relevante, ya que decide hechos que aún no están cubiertos por las normas legales.

Por lo tanto, los juristas están buscando encontrar nuevas formas de interpretación y aplicación del derecho frente a la colisión entre principios igualmente válidos y compatibles de forma abstracta. "En contra de lo que han sostenido algunos autores como Ferrajoli, Comanducci o Prieto, el llamado paradigma neoconstitucionalista no puede verse como la culminación del positivismo jurídico, sino más bien como el final de esa forma de entender el Derecho"[142]. Para estos autores los jueces no son órganos creadores de derecho por medio de la ponderación, ellos deben solamente aplicar el derecho en forma silogística (deductiva).

Con la evolución y el desarrollo del Derecho Civil-Constitucional, los principios ganaron una nueva fuerza normativa. En el campo de las familias, la promulgación de la Constitución de 1978 de España consagra algunos principios relativos a la vida familiar que al momento contrariaban algunos artículos de la redacción originaria del Código Civil de 1889. Los principales principios que han venido con la nueva norma constitucional han sido la igualdad absoluta entre hombres y mujeres (art. 32.1 de la CE); igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales y los procedente de los deberes parentales (art. 39.2 y 39.3 de la CE); y la determinación de regular la investigación de paternidad por parte del legislador ordinario (art. 39.2 últ. inciso de la CE: "La ley posibilitará la investigación de la paternidad"). La interpretación constitucional es de fundamental importancia para alcanzar nuevos significados de los hechos derivados de conflictos familiares. La interpretación de acuerdo con la Constitución surge como una metodología más flexible para la realización de valores, permitiendo el cambio de la norma sin la alteración necesaria de su texto.

### 3.1 El uso de la ponderación para la interpretación de los Derechos de las Familias

En muchos puntos los ordenamientos internos en materia de Derecho de Familia, vigente en gran parte de los países, están desactualizados, omisos o están en desconformidad

[142] ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. "Dejemos atrás el positivismo jurídico". *Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho*, nº. 27, 2007, p. 25.

con principios constituciones o con la doctrina de los Derechos Humanos, causando una inseguridad jurídica muy preocupante. Cada vez más en los casos de familia, se están observando decisiones judiciales que van a buscar en los principios respuestas para los casos concretos, haciendo uso de la ponderación cuando hay conflicto entre estos principios. En determinadas situaciones, algunos principios pueden chocar, es decir, volverse "aparentemente" contradictorios entre sí, sobre todo porque se invocan de acuerdo con la subjetividad de quienes los interpretan. La interpretación de una ley no depende sólo del texto de esta, sino que también es parte del horizonte del intérprete, esto es, el juez también es parte del proceso de interpretación[143].

La simple distinción de las reglas de principios, aunque pertenecen a la misma categoría que es la norma legal, es innegable que, al estar basadas en expresiones y significados más generales, presentan una elasticidad y plasticidad ante situaciones concretas. Esta diferenciación entre principios y reglas es de las principales cuestiones para usar la ponderación al interpretar los derechos. La distinción tiene un carácter gradual, a depender de la condición de aplicación de ser más o menos abierta o cerrada, habiendo casos en los que habrá duda si estamos frente a una regla o principio. Existe una distinción funcional y dinámica entre estos términos.

Los casos difíciles "*Hard Cases*" fueron la base del desarrollo de la teoría del derecho de Dworkin. Este autor no define un concepto para "*Hard Cases"*, no obstante, ante la falta de clareza de la norma y lagunas en la ley, afirma que debe el juez trabajar no sólo con base a reglas preestablecidas por el legislador, sino también con base a principios. Concluye, por consiguiente, que "en el trabajo con los principios resulta de vital importancia la valoración o ponderación de su peso. Los principios constituyen un conjunto de estándares jurídicos, los que además de encontrarse al lado de las normas, tanto por su importancia, como por su número, se pueden comparar con éstas"[144].

---

[143] *Cfr*. ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Ronald Dworkin y los principios generales del derecho*. Editorial Porrúa, Lomas Santa Fe, México, 2007, p.07.
[144] ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. "*Ronald Dworkin y los …", ob. cit., p.4.*

Dworkin es un constitucionalista no positivista, sus ideas difieren de las teorías positivas de Hart y Kelsen, que afirman que el sistema jurídico es un sistema de reglas sobre la base de validez y/o eficacia, no existiendo una única respuesta correcta dada por el sistema jurídico. Para Dworkin, existe una única respuesta correcta para cada caso jurídico, en la teoría de los sistemas; el sistema jurídico está compuesto por reglas y principios. Los principios también buscan una única respuesta correcta, cuando las reglas no la determinan. Con todo, Dworkin reconoce que no existe un procedimiento que muestre la única respuesta correcta[145]. La utilidad debe estar concentrada exclusivamente en el futuro, sin mirar el pasado a no ser que esto sea prudente desde el punto de vista estratégico[146].

Un sistema jurídico no incluye solamente el derecho explícito (el reconocido como tal y las fuentes sociales el derecho-legislación precedente, costumbre, práctica judicial), sino también principios implícitos. La aceptación de existencia de estos últimos principios respeta una realidad que no se puede obviar sin caer en un rígido reduccionismo. Existen principios que siempre estuvieron presentes, ejerciendo influencia por todo el argumento jurídico, y en los casos difíciles deben ser perseguidos. ROJO SANZ afirma que, aunque haya contradicciones en el planteamiento de Dworkin, su pensamiento tiene la virtud de remover el pensamiento positivista de la segunda mitad del siglo XX tanto del derecho anglosajón como del derecho europeo en general[147]. La solución más adecuada para la colisión o los conflictos de principios, según Ronald Dworkin, es la que cumple con los dictados de la justicia, la moral y la equidad, para atribuir legitimidad a la ley. Pero esta también es una interpretación subjetiva.

Según ALEXY, la categorización de las normas jurídicas en reglas y principios es el punto clave para la resolución de los problemas de los derechos fundamentales[148]. Norma regla y norma principio son especies de normas jurídicas y la distinción entre ellas es cualitativa. “Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe

---

[145] *Cfr*. ALEXY, Robert. “Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 5, 1988, pp. 139-154

[146] *Cfr*. DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga.* Tradução: Jefferson Luiz Camargo, Revisão da Tradução: Fernando Santos. Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2010, p.391.

[147] *Cfr*. ROJO SANZ, María José. “Em torno a los principios (Algunas reflexiones sobre Dworkin)”. *Anuario de filosofía del derecho*, nº3, 1986, p. 527.

[148] *Cfr*. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p.81.

ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas"[149].

Los principios de derechos fundamentales son mandatos de optimización dentro del discurso jurídico; en otras palabras, son directivas abiertas que son pronunciadas por medio de la sentencia. Son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, pueden ser cumplidos en diferentes grados a depender de las realidades jurídicas y fácticas. Así, en caso de conflictos entre principios, hay que tener un proceso valorativo gradual: ponderación. Las reglas poseen contenido semántico más claro y son válidas o no en determinados casos concretos, siguen la directriz 'o todo o nada', si una regla es válida, debe ser cumplida en su integralidad[150]. En caso de conflicto de normas, tienen que ser resueltas por la aparente antinomia, según los criterios de la especialidad, jerárquicos o cronológicos[151]. Cumple resaltar que los principios fundamentales son distintos de los principios generales de derecho, estos últimos son mecanismos de interpretación de las normas como un todo (reglas y principios).

Por consiguiente, podemos afirmar que los principios del Derecho de las Familias cuando regulan derechos fundamentales son mandatos de optimización, con fuerza cogente; fuerza normativa. Son normas propositivas y finalistas. Así, los principios fundamentales regulan la validez de la norma y también son utilizados cuando no existe en el sistema una norma adecuada para solucionar un caso concreto, y, si hay conflicto entre uno o más principios, hay que ponderarlos. En el Derecho de las Familias podemos citar los siguientes principios fundamentales: libertad y seguridad, de la dignidad humana, igualdad, privacidad, entre otros.

Los principios generales que regulan el Derecho de las Familias funcionan como normas de valores, normas de pretensiones axiológicas, como utiliza Alexy. Son normas de

---

[149] *Ibidem*, p. 83.
[150] *Ibidem*, pp.86-89.
[151] *Cfr.* LÔBO NETTO, Paulo Luiz. "Novas razões para a força normativa dos princípios nas relações privadas". *Revista IBDFAM: Família e sucessões.* vol. 30, Belo Horizonte, 2018, p. 10.

inspiración de la interpretación de las normas jurídicas (reglas y principios) como un todo. En el Derecho de las Familias actual podemos citar la existencia de los siguientes principios generales: principio de libertad (autonomía de la voluntad), principio de igualdad, principio de la solidaridad, el principio de la responsabilidad familiar, y el afecto.

En un Estado Social y Democrático de Derecho, es imprescindible la proclamación de la igualdad y la efectuación en su triple configuración – "como valor superior del ordenamiento jurídico, como derecho subjetivo y como comandado a los poderes públicos"[152]. El principio de la igualdad está expresado en el artículo 1º de la Constitución Española "como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art.1º) y al mismo tiempo se formula normativamente en el pórtico de los derechos fundamentales (art. 14), por un lado, como igualdad ante y en la ley, y, por otro, como el derecho a no sufrir discriminación por una serie de motivos (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, y condición social de la persona)"[153].

Dentro del campo del Derecho de las Familias, debemos buscar alcanzar una vida familiar más igualitaria donde se respeten los derechos de todos sus miembros (padre, madre e hijos). Es decir, una igualdad entre hombres y mujeres en las relaciones familiares, bien de todos los hijos, ya sean concebidos naturalmente, concebidos con la utilización de técnicas de reproducción asistida, hijos adoptivos o hijos afectivos.

En esta línea del derecho, el principio de solidaridad también es de gran importancia, considerando que en la relación entre sus miembros hay un deber de asistencia mutua, especialmente con respecto a los hijos, cónyuges, parejas y algunos familiares. El principio de la responsabilidad parental busca el desarrollo integral del niño en todas sus potencialidades, por medio del conjunto de deberes y derechos que tienen los padres con respecto a sus hijos menores de edad no emancipados, como veremos en el apartado propio en este trabajo.

---

[152] MARTÍN SÁNCHEZ, María. *Matrimonio homosexual y constitución, ob. cit.,* p.19.

[153] HERRERO OVIEDO, Margarita; OTERO CRESPO, Marta; J. INFANTE RUIZ, Francisco. "Libertad. violencia. no discriminación". En GETE-ALONSO Y CALERA (Dir.). María del Carmen, Solé Resina, Judith (Coord.). *Tratado de derecho de la persona física*. Tomo I, Thomson Reuters, Pamplona, 2013, pp. 683-684.

En las relaciones entre adultos inciden los principios de igualdad y libertad. El principio de libertad se refiere a la libre decisión y la autodeterminación, esto es, las personas poseen la libertad de escoger con quién casarse, cómo y cuándo constituir una familia, tener o no hijos. La libertad de contraer matrimonio y fundar una familia encuentra su consagración en los principales tratados sobre Derechos Humanos: *Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948*[154], *Pacto de San José de Costa Rica de 1969*[155], y *Convención de Derechos Humanos de Europa*[156].

Actualmente las personas tienen la libertad de formar una familia sea dentro del matrimonio o en una relación extramatrimonial, sea en relaciones heteroafectivas u homoafectivas. No obstante, este no es un derecho absoluto en todas las situaciones, hay algunas limitaciones impuestas por las legislaciones como el parentesco y la edad. La configuración de la constitución de las familias ha ganado amplitud y reconocimiento jurídico en la mayor parte de las legislaciones occidentales.

Variados factores de orden social, cultural y económico generan la existencia de un número cada vez más creciente de parejas convivientes en todos los países. La necesidad de estar en una relación legitimada por el Estado, con un certificado oficial, no es esencial para muchos, basta con la voluntad de consolidar un proyecto de vida en común, compartido.

El afecto es la base de las relaciones humanas, es un elemento céntrico de las relaciones familiares. Jurídicamente el afecto puede ser aplicado como un elemento central de las relaciones familiares, un valor axiológico para ser utilizado para la interpretación de las normas jurídicas familiares, como forma de potencializar la protección de la persona humana, priorizar la autonomía de privada, la igualdad, la solidaridad y la responsabilidad familiar. El afecto, por fin tiene una fuerza impulsora de las interpretaciones de materia de Derecho de las

---

[154] Artículo 16. (1) Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

[155] Artículo 17. Protección a la Familia. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

[156] Artículo 12- Derecho a contraer matrimonio. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

Familias, con la intención de aumentar la protección de la persona humana, respetadas las diferencias individuales y sociales de cada uno, bien como sus vulnerabilidades[157].

Además, ha de garantizarse la igualdad entre los miembros de la pareja, con una mayor libertad para decidir sobre las relaciones personales o patrimoniales, moldeándolas a sus necesidades concretas y reales. Así, debe existir la libertad para estar en una relación familiar de pareja, como para salir de esa relación, ya sea por un divorcio o por la disolución de la relación de hecho. Trataremos enseguida del principio de la autonomía de la voluntad, que es el punto clave de nuestro trabajo.

### 3.2 La autonomía de la voluntad en el Derecho de las Familias

Según Thomas Hobbes, es necesario que el Estado regule determinadas conductas para que el hombre no haga el mal o realice determinadas conductas consideradas inmorales. Por esta idea, el Estado sigue siendo provocado a actuar de manera que reglamente la vida de los individuos. El Estado debe actuar para proteger el orden y el bienestar social, permitiendo el desarrollo del individuo. No obstante, en algunos casos esta intervención estatal interfiere directamente en las relaciones privadas, específicamente en el Derecho de las Familias. Con todo, como vimos, la familia del siglo XXI es plural, tiene nuevos anhelos, y busca cada vez más la autonomía privada en las relaciones familiares, para formar un núcleo para alcanzar la felicidad, sin tantos reglamentos ya preestablecidos por el Estado.

Para los contratos en general, la doctrina de la autonomía de la voluntad surgió a partir del siglo XVI con el humanismo y con la reforma. Fue en el periodo del iusnaturalismo en el que esta doctrina ganó más fuerza. La escuela iusnaturalista racional del siglo XVII constituye un factor importante de laicización del derecho, pasando él a regir la sociedad civil. La voluntad era considerada soberana, siendo el elemento básico del acto jurídico. El libre albedrío estaba en la base de todo derecho natural.

---

[157] *Cfr*. CHAVES DE FARIA, Cristiano de; PAULINO DA ROSA, Conrado. *Teoria Geral do Afeto*. Editora jusPodium, Salvador, 2020, p.372.

Más tarde, en el siglo XVIII, la autonomía de la voluntad empieza a ser interpretada como fuente y fin de todo el derecho. Los ideales de la Revolución Francesa (libertad, igualdad y fraternidad) popularizaron la organización jurídica en el consenso entre las partes, dio a las palabras fuerza de ley, es decir, la voluntad llegó al punto de dogma. Los contratos contenían un carácter justo e intangible (*pacta sunt servanda)*, debiendo ser ejecutados de acuerdo con lo dispuesto por las partes. De ahí que la autonomía de la voluntad gana fuerza de un principio que domina todo el Derecho Privado[158].

La Constitución Francesa de 1791 definió los límites de la actuación del Estado y garantizó muchos derechos de los ciudadanos frente al Estado. Los espacios estaban demarcados, es decir, el Estado estaba institucionalizado y limitado; por otro lado, en las relaciones privadas, las personas podrían autorregular sus intereses[159].

El Código Civil de Napoleón, primera legislación en adoptar, en toda su extensión, el dogma de la autonomía de la voluntad estaba basado en los anhelos de la familia, propiedad privada y contrato. Todas las partes involucradas en las relaciones jurídicas eran consideradas igualmente capaces, aunque hubiera desigualdad socioeconómica entre ellas. La voluntad no era vista solamente como un elemento psicológico, interno, sino también como una fuerza real y activa. El contrato era visto como ley entre las partes[160]. Para tener voluntad es necesario conciencia formada con capacidad de reflexionar. La autonomía conquista un estatus de "dogma", es decir, la autonomía es el eje de todo Derecho Privado del siglo XIX, siendo un principio incuestionable que se admite como verdad fundamental[161].

VENEGAS GRAU explica que "el principio de autonomía de la voluntad implica que cada individuo se obliga única y exclusivamente cuando él así lo quiere: dentro de los límites establecidos o no vinculantes entre sí, y decidir el contenido de esas obligaciones. El sujeto

---

[158] Artigo 16 de la Declaración dos derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: "Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución".
[159] *Cfr.* HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão Civil – Constitucional: O negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. JusPodivm, Salvador, 2016, p.34.
[160] Art. 1.134 Código Civil Frances traducido: "Los acuerdos legalmente formados tendrán fuerza legal entre quienes los hayan efectuado. Podrán ser revocados por mutuo consentimiento, o por las causas que autoriza la ley. Deberán ser ejecutados de buena fe".
[161] *Cfr.* VENEGAS GRAU, María. *Derechos fundamentales y Derecho privado: los derechos fundamentales entre particulares y el principio de autonomía privada.* Marcial Pons, Madrid, 2004, p.43.

de Derecho es, por tanto, un hombre autónomo, capaz de ejercitar libremente su voluntad, una voluntad individual que se convierte en fuente y medida del propio Derecho" [162].

Con la Revolución Industrial, la clase burguesa, valiéndose de su condición más fuerte en la relación económica, pasó a escribir unilateralmente los contratos. Ante esta situación, empezaron a surgir las cláusulas abusivas y el contrato, que antes era instrumento de liberación, y ahora pasaba a ser medio de explotación. Esto conllevó un desequilibrio contractual y comenzaron las primeras críticas dogmáticas a la autonomía de la voluntad.

Además, los Derechos Sociales (derecho del trabajo, salud, habitación, seguridad, educación, cultura) ganan fuerza con la formación del Estado Social, dejando el Estado las nociones de *laissez-faire* y de *laissez-passer*, no intervención en la autonomía privada de los ciudadanos, para una posición más activa, actuando para garantizar derechos. Las constituciones nuevas, basadas en la *Constitución de México de 1917* y de *Weimar de 1919*, pasaron a contener más principios, estableciendo valores jurídicos de una sociedad, y propagando eso a toda la normativa infraconstitucional.

Después de la segunda mitad del siglo XX, en razón de la concienciación de la existencia de una desigualdad sea en el ámbito económico, político, social o jurídico, entre los contrayentes, se nota un incremento de las reglas, es decir, de la intervención del Estado en las relaciones privadas. El Estado debe intervenir para controlar los excesos y abusos de poder de una parte sobre la otra, procurando dar equilibrio y equidad entre las partes contratantes. En el Estado Constitucional y Social de Derecho existe la necesidad de reformular las reglas de la formación del contrato, principalmente en la contratación masiva, vigorizando la posibilidad del contratante débil de reflexionar y tener acceso a informaciones seguras de sus derechos mediante medidas legislativas y criterios jurisprudenciales[163].

Además, la autonomía de la voluntad, que antes se encontraba en causas psíquicas de una persona para firmar el contrato, pasa a ser vista como reglas extraídas de intereses

---

[162] *Ibidem*, pp. 43-44.
[163] *Cfr*. TOLOSA VILLABONA, Luis Armando. "De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo". *Revista Estudios Socio-Jurídico*s, vol. 19, nº. 2, 2017, p.15.

socialmente relevantes (la autonomía de la voluntad gana el sentido de libertad). Así que, de acuerdo con PECES-BARBA MARTÍNEZ, la autonomía posee momentos distintos. En sus palabras: "autonomía significa capacidad de elección, libertad psicológica, el poder de decidir libremente, pese a los condicionamientos y limitaciones de nuestra propia condición. No está garantizado que elijamos bien, también podemos equivocarnos, pero ese es un riesgo que debemos correr si queremos ser seres humanos dignos que escogen el camino a seguir. En el segundo momento, autonomía significa libertad o independencia moral, y resultado del deber ser, la situación del hombre que ha elegido bien, es decir, que sigue las reglas que él mismo se ha dado como consecuencia del ejercicio de la libertad de elección"[164]. De ahí que, actualmente, en esta segunda fase, la autonomía pasa a ser privada, vista como derecho individual y libertad de cada uno, con el fin de autorregular las relaciones, donde haya respeto a los límites impuestos por el legislador. Así, la autonomía privada pasa a ser vista como el espacio de libertad de cada individuo dentro del orden jurídico, debiéndose hacer una distinción entre la teoría general del contrato, que, aunque haya sido de suma importancia para la doctrina de la autonomía privada, tuvo su dogma de carácter inviolable del poder de la autonomía, limitado[165].

Hay que diferenciar la esfera individual, en la que existe el predominio de la autonomía de la voluntad, con cuestiones que pueden ser libremente pactadas en el orden público, que representa un límite para la autonomía de la voluntad, pues estas normas no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos. Hay intereses sociales que deben prevalecer en una sociedad sobre los intereses individuales; las convenciones sociales generales que influyen directamente en el Derecho de las Familias, debiendo el legislador actuar en este campo con cautela, prudencia y precaución[166].

El orden público es un límite en favor del interés general de la sociedad, vinculado a los principios constitucionales de derecho fundamental. Cada Estado define cuáles son las normas fundamentales para su presente sociedad. Entonces resulta que toda ley de orden público es imperativa, es decir, no puede ser dejada de lado por la voluntad de las partes. Existe un libre

---

[164] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. "*La dignidad de la persona …", ob. cit*., p. 69.
[165] *Cfr*. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3 ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1997, p.277.
[166] *Cfr*. LASARTE, Carlos. *Derecho de familia: Principios…, ob. cit., p. 10.*

albedrío para que las personas actúen de acuerdo con sus propias opciones, siempre que no haya violación de derechos de terceros[167].

Por eso es importante diferenciar las expresiones "autonomía de la voluntad" y "autonomía privada", que no son sinónimos. Conforme menciona FERRI, la autonomía de la voluntad da mayor relevancia a la voluntad subjetiva o psicológica, y la autonomía privada valora la voluntad objetiva, debido a la libre manifestación de la voluntad y origen de efectos jurídicos[168].

Por esto, el fundamento principal de la autonomía privada está en la concepción del ser humano como un agente moral, es decir, un agente con capacidad de raciocinio, capaz de decidir lo que es bueno o malo[169]. La sociedad es un elemento fundamental para la configuración del individuo, como condición para su desarrollo físico, psicológico y moral. Los individuos de una misma sociedad comparten necesidades, con obligaciones positivas entre los propios sujetos privados. La sociedad es un elemento constitutivo del hombre sujeto de derecho[170].

Dentro del Derecho de las Familias hay muchas normas de orden público, pues la familia es una institución básica de la sociedad y merece una protección especial, y la intervención del poder público garantiza la protección de los Derechos Fundamentales. En palabras de ROCA I TRÍAS "de aquí se deduce una importante consecuencia: los poderes públicos deben intervenir para controlar que la actividad de los miembros de la familia no produzca una lesión en los derechos fundamentales de algunos de ellos"[171]. Para la autora, la legislación española

---

[167] *Cfr*. SARMENTO, Daniel. "Os princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada". En: SALOMÃO LEITE, George (Coord). *Dos Princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. Editora Método, São Paulo, 2008, p. 198.

[168] *Cfr*. FERRI, Luigi. *La autonomía Privada*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968, p.5.

[169] El cuento "La Odisea de Homero", *que es* un poema épico, narra las aventuras de Odiseo, también conocido como Ulises, en su viaje de regreso a su tierra, desde el momento en que finaliza la guerra de Troya, muchos años después de su partida. Este cuento representa para los griegos un sistema de valores sobre el amor entre padres e hijos y la importancia de los vínculos familiares. Además, simbolizar el peregrinar del hombre en su búsqueda de la conciencia moral y en el sentido de la vida. Reflexiona sobre la mortalidad y de la necesidad de combatir el miedo para buscar nuevas salidas para vivir el presente, el hombre tiene la capacidad de decisión y comprensión.

[170] *Cfr*. VENEGAS GRAU, María. "*Derechos fundamentales y Derecho privado…*", *ob. cit*., 94.

[171] ROCA I TRIAS, Encarnación. *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona).* Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur menor, 2016, p.81

prevé una intervención para: a) controlar la efectividad del ejercicio de los derechos fundamentales, b) controlar la constitución de un estado que afecta a la condición de persona, c) controlar situaciones en que existan personas que no puedan prestar consentimiento por falta de capacidad. Todos estos casos no impiden el ejercicio de la autonomía. Esta no es incompatible con la intervención pública, ambas son valores dentro del Derecho de las Familias, que buscan proteger los derechos fundamentales de los miembros de la familia[172].

Sin embargo, los valores, que en una sociedad necesitan protección, van cambiando a lo largo de la historia. La protección de la familia patriarcal, del matrimonio y la protección de los hijos biológicos, cedió espacio para nuevas formas de protección jurídica. Conviene destacar que, aunque los principios de orden público estén impregnados en todas las relaciones del Derecho, la Familia está dentro del campo del Derecho Privado. No obstante, es importante observar que hay una cierta interrelación entre los Derechos Públicos y privados: un mismo derecho puede ser tutelado desde el Derecho Público y también protegido por medio de normas privadas que regulan las relaciones entre particulares. Debemos reflexionar si dentro de las reglas de Derecho de las Familias no son necesarios nuevos mecanismos para que sea posible flexibilizar y proteger los más diversos modos de organización familiar[173].

Como ya hemos observado, en realidad con la entrada de los principios constitucionales en las relaciones privadas, la familia deja de ser vista como una entidad autónoma, y pasar a ser un instituto de protección a sus integrantes[174]. Protección ésta frente a otro integrante y frente a manifestaciones estatales. Conforme la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la protección de la honra y dignidad prevista en el artículo 11 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969*, demanda la protección estatal de los individuos contra las acciones arbitrarias del Estado que afectan la vida familiar y privada, siendo la vida privada caracterizada por quedar libre e inmune de injerencias abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública[175].

---

[172] *Cfr. Ibidem,* pp. 81-86.
[173] *Cfr.* BORRILLO, Daniel. "La contractualización de los vínculos de familia*". Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo Perrot*, 2017, p.01
[174] *Cfr.* TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil.* Renovar, Rio de Janeiro, 2009, p.54.
[175] Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "*Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*", de 28/11/2012.

La autonomía individual es un elemento ético e intrínseco a la dignidad de la persona humana. Es lo que sostiene el libre albedrío y está directamente relacionado con la verdad y el deseo del sujeto. La autonomía significa gobernar la propia vida y ser el dueño del propio deseo y destino. La libertad de establecer una familia está estrechamente en línea con la autonomía individual, ya que se refiere a las relaciones más íntimas del ser humano, cuyo valor supremo es la búsqueda de la felicidad[176].

Con todo, esta libertad no es amplia y sin restricciones. Por ejemplo, cuando se está dentro del espacio familiar privado, algunos derechos pueden ser mitigados cuando se coloca en desprotección a alguna persona de sus miembros, en especial, frente a derechos de niñas y niños, que son naturalmente vulnerables por su condición. Así, para haber una mayor protección y seguridad, es necesario algunas reglas preestablecidas por el orden público, dentro del contexto social en el que nos encontramos, imponiendo ciertos límites a la autonomía individual.

Asimismo, la autonomía privada en el Derecho de las Familias está en los más variados tipos de pactos, como los prematrimoniales, preventivos sobre la pensión compensatoria o de convivencia de las uniones convivenciales, en previsión de ruptura matrimonial, en los testamentos y en la planificación familiar con la decisión de tener o no hijos. En todos estos casos puede haber una violación del orden público familiar haciendo que sea necesaria la intervención del Estado, principalmente para proteger los derechos fundamentales de los niños y su superior interés. Cuando hay conflicto entre el orden público y la autonomía privada debe resolverse a favor del hijo, el integrante más débil del grupo familiar[177]. Como vimos, la sociedad demanda más autonomía en sus derechos personales, buscando la protección de cada persona que compone la familia, con la protección de la dignidad de cada uno. En este panorama aparece la idea de la posibilidad de planificación y contractualización del Derecho de las Familias.

[176] *Cfr*. CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Direito das famílias, ob. cit., p.80.*
[177] *Cfr*. HERRERA, Marisa. *Manual de derecho de las familias, ob. cit., p. 63.*

## 4. Medios de planificación de las familias

Actualmente existe una mayor autonomía individual dentro del Derecho de las Familias, tanto en relación a los derechos patrimoniales, como a los extrapatrimoniales. Durante mucho tiempo, la familia fue vista como un núcleo de protección, con reglas muy rígidas, preestablecidas por el Estado (demasiadas normas de orden público). Actualmente, frente a la nueva realidad social con pluralidades familiares, se abre cada vez más el espacio para normas más flexibles y posibilidades de planear el modo de vida en familia.

### 4.1 La contractualización del Derecho de las Familias

La familia contemporánea no es establecida por un único modelo, es decir, por un "contrato de adhesión", con normas que solamente uniformizan patrones comportamentales amparados por resquicios religiosos, morales y sociales vistos como "tradicionales" por el Estado. Efectivamente, tenemos que ver el Derecho de las Familias como un mecanismo capaz de potencializar las capacidades personales de cada individuo.

En consecuencia, el contrato nos permite evaluar los vínculos familiares a partir de la pretensión a una creciente autonomía de las personas que forman una familia. Los lazos afectivos son más eficaces cuando son creados por voluntad. Por lo tanto, el contrato tendría la finalidad de reforzar la libertad individual, la igualdad y la autonomía privada.

No obstante, el contrato dentro del Derecho de las Familias no puede ser visto solamente con un enfoque en el Derecho Contractual tradicional, basado en el patrimonio. Los contratos familiares (pactos o convenios) están relacionados también con cuestiones personales y extrapatrimoniales. BORILLO define la contractualización de esta rama del Derecho como "sacar la familia de la evidencia de lo natural, lo necesario y universal para llevarla al campo de lo relativo, lo histórico, lo cultural. En segundo lugar, colocar a la familia en el terreno del convenio, facilita la creación de una esfera íntima en la que los individuos se autorregulen. Se

trata, entonces, de potencializar la autodeterminación individual de los miembros de la familia promoviendo la privacidad, la igualdad y la diversidad"[178].

La autonomía privada fue pensada para las relaciones patrimoniales para permitir que las personas tuviesen libertad para celebrar o no un contrato, bien como determinar los elementos y contenidos del contrato. Los contratos son una variedad de negocio jurídico que dependen para su formación de la participación de al menos dos personas. Los contratantes pueden establecer cláusulas que consideren convenientes siempre que no atenten contra la ley, la moral y el orden público (art. 1.255 Código Civil español). Pero la utilización de este dispositivo para las relaciones familiares no es simple.

Cuando se habla de la contractualización en el Derecho de las Familias, hay que tener en cuenta la autonomía privada de las partes, con la existencia de mecanismos que ofrezcan alternativas para la construcción personal y patrimonial de la familia. Consecuentemente, la realización de un contrato en materia familiar sería una forma de humanizar la ley, es decir, una manera de traer el ordenamiento jurídico más cerca de la voluntad de los individuos y de la realidad social. En consecuencia, los contratos dentro en el ordenamiento familiar es una alternativa para que las propias partes definan particularidades de sus vidas familiares[179].

Es posible buscar un fundamento constitucional para la autonomía privada en el Derecho de las Familias, dando legalidad y eficacia a los contratos que se celebran en el ámbito familiar, desde que haya respeto a la moral y al orden público. El principio general de la

---

[178] BORRILLO, Daniel. "La contractualización de los ...*", ob. cit.*, p.04.

[179] RAMS ALBESA afirma que: "El mundo de la familia, de los afectos y de los odios soterrados y silenciosos de las pasiones y las esperanzas vencidas, muertas inesperadamente o asesinadas, esa inmensa cantera de experiencias ajenas nunca bien conocidas en las que se ha inspirado la literatura universal de siempre y, en especial y para los tres últimos siglos, la novela, se pretende subsumir en fórmulas, mandatos y soluciones jurídicas, pero dispuestos de manera que los verdaderos actores, los que personalmente triunfan o fracasan, pese a que en ello les va la mayor parte de su vida o, más exactamente, la mayor parte de la vida más estiman, suelen quedar voluntariamente excluidos, aunque los elementos del fenómeno so sólo interesan al Derecho, como casi todo lo que concierne a los hombres y sus relaciones, sino que se visten y se desnudan conforme a pautas juridificadas y normativizadas que van desde las principales costumbres (que no sólo son materia de antropología social de los pueblos primitivos, aunque hemos aprendido mucho de ella) hasta los casuísticos y reglamentistas catálogos de despropósitos interesados de los últimos tiempos sobre adopción (una muestra más de cómo enmascarar un fracaso personal y vestirlo con ropajes propios del triunfo de la virtud altruista sobre la realidad egoísta y mezquina de ciertas vidas desvividas en afán por la adquisición de bienes materiales, unos básicos y los más bastante superfluos)." RAMS ALBESA, Joaquín. "La autonomía de la voluntad en las instituciones matrimoniales", En RAMS ALBESA, Joaquín (Director y Coord.). *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia,* Dykinson, Madrid, 2009, p. 64.

autonomía privada está previsto en la Constitución Española por el principio de igualdad (art. 14) de forma general y de modo más específico con referencia a las relaciones inter conyugales (art. 32); por el principio de libertad del individuo (art. 1.1); por el principio de seguridad jurídica (art.9.3) y por el derecho a la intimidad (art. 18.1). Todos estos principios deben ser analizados como corolario de la dignidad humana (art. 10)[180]. Además, es posible también, la utilización de figuras tradicionales del derecho patrimonial en las relaciones familiares, como como la buena fe, *venire contra factum proprio* y el abuso de derecho. La prohibición de ir contra los propios actos trata de salvaguardar la confianza generada en un tercero por un determinado acto, confianza en que no se puede contradecir después. Los miembros de una familia deben comportase de forma leal, cumpliendo los deberes y obligaciones asumidas, siendo considerado mala fe actuar, consciente e intencionalmente, de manera diversa del pactado.

Para los civilistas tradicionales no es posible que las partes pacten algo relacionado con el estatuto personal, de ahí que, por ejemplo, la configuración de la relación jurídica matrimonial realizada por el legislador no comporte creación, modificación o extinción de los deberes predispuestos. No obstante, actualmente vemos que está creciendo la utilización de los pactos, incluso con relación a materias de naturaleza personal. Por ejemplo, los acuerdos prematrimoniales ya no prevén sólo cláusulas para un futuro divorcio, cuya eficacia queda limitada a la situación de ruptura matrimonial. Actualmente los acuerdos afectan también a cuestiones de naturaleza personal de la convivencia, con descripción de la conducta de cada cónyuge durante la convivencia, inclusive en relación con la creación de los hijos y con aplicación de una responsabilidad en caso de incumplimiento de las reglas contractuales. Sin embargo, evidentemente, este es un modelo nuevo, al que no estamos acostumbrados. Lo más razonable es que "las relaciones personales dentro de la comunidad familiar se desenvuelvan en un contexto de libertad, y no bajo la amenaza, más o menos constante, de sanciones resarcitorias"[181].

---

[180] *Cfr*. GARCIA ALGUACIL, Marcia José. "Los deberes conyugales a debate". En RUIZ- RICO RUIZ, Gerardo José y otros (Coord.) *Principios y deberes constitucionales de la personalidad: su proyección de la legislación civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 181.

[181] BARRIO GALLARDO, Aurelio. *Autonomía privada y matrimonio*. Editorial Reus, Madrid, 2016, p. 65.

En relación con los deberes de fidelidad recíproca y lealdad dentro del matrimonio o unión conyugal, ALT DA SILVA, afirma que "son cuestiones que no conciernen al Estado; son decisiones que están en el plano de la autonomía y de la libertad de cada persona"[182].

En consecuencia, a partir de los nuevos formatos familiares está aumentando el número de personas que realizan acuerdos de cómo será la relación conyugal. Acuerdos estos que son contratos particulares, libremente asumidos por las partes, en los que éstas establecen sus derechos y obligaciones. Las partes disponen del libre albedrío para la definición del régimen patrimonial que regirá la vida económica y familiar, desde la realización del matrimonio o de la unión de hecho, hasta el divorcio o la muerte. También pueden hacer previsión anticipada de los efectos de una futura separación o divorcio. Los acuerdos prematrimoniales reflejan la libertad que es exigida por las nuevas parejas que buscan regir sus relaciones íntimas. Estos acuerdos son hechos para los matrimonios, así como para las uniones convivenciales.

En España, de acuerdo con ROCA I TRIAS "el ejercicio de la autonomía de la voluntad por parte de los cónyuges en la regulación de sus intereses patrimoniales ha sido admitido de forma habitual por la legislación, la doctrina y por los tribunales. Ello significa que, en esta materia, en lo que se han denominado relaciones horizontales, los cónyuges gozan de una oferta doble: o bien ejercitan su autonomía y pactan lo que crean más conveniente, tanto en lo relativo a las relaciones del matrimonio, como en lo que afecta a los efectos de la crisis matrimonial, o bien dejan de pactar o no ejercen su autonomía en todo lo relativo a estas materias y dejan actuar a las normas legales, que suplen los acuerdos. La autonomía llega hasta ciertas consecuencias de las crisis matrimoniales, especialmente en lo relativo a la reclamación de cantidades, como ocurre con la pensión compensatoria"[183].

En el Derecho español, la posibilidad de ejercer la autonomía de la voluntad por medio de negocios jurídicos privados, en el ámbito familiar, se ha formulado tradicionalmente en torno a las capitulaciones matrimoniales. Desde 1981, el artículo 1.325 del Código Civil español establece que por medio de las capitulaciones matrimoniales pueden los otorgantes

---

[182] ALT DA SILVA, Daniel. *Famílias Simultâneas: Uma abordagem à luz da autonomia privada*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p.94 (traducción libre).
[183] ROCA I TRIAS, Encarna. *Libertad y familia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p.79.

estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualquier otra disposición por razón de éste. Así, pueden los contrayentes establecer un acuerdo, antes o después del matrimonio, ante un notario, por escritura pública, que tiene por objeto regular el régimen económico del matrimonio. La materia típica de las capitulaciones es la fijación del sistema económico-matrimonial con amplia libertad, para crear el régimen económico del matrimonio que mejor apetezca a los contrayentes, antes "que remitirse a uno de los modelos o tipos regulados por el legislador (en el Código o en las Compilaciones, o incluso en una ley extranjera), o limitarse a modificar algunos aspectos concretos del régimen que hayan elegido o que les resultara aplicable. Es más, pueden limitarse a otorgar capitulaciones para expresar que el régimen legal supletorio que les corresponda, por serles antipático o inconveniente, no resulte de aplicación, sin indicar, sin embargo, cuál debería ser el sistema económico-matrimonial aplicable"[184]. Sin embargo, esta posibilidad de crear un nuevo sistema económico-matrimonial es poco utilizado en la práctica. Lo común es la utilización de uno de los regímenes previstos: régimen de bienes gananciales, régimen de separación de bienes o régimen de participación.

La gran cuestión de fondo en la materia de la autonomía, dentro de los matrimonios, es una vieja cuestión relacionada si el matrimonio es o no un contrato. Durante mucho tiempo, el matrimonio fue visto como una institución "en la que quien decide entrar no tiene la libertad de estructurar sus relaciones como crea más conveniente, porque el ordenamiento jurídico va a proporcionarle las reglas (imperativas) que van a regir sus relaciones. Aunque pueda definirse el matrimonio como "institución", ello no impedirá a los cónyuges organizar su vida de la forma que crean más conveniente a través de los capítulos matrimoniales y otros pactos tanto durante la vida del matrimonio, como en las situaciones de crisis"[185]. Parece que el mismo matrimonio, se está acercando a un esquema contractual, que permite la autonomía de quienes van a entrar en él, con una flexibilización principalmente de los deberes del matrimonio expresados en el Código Civil, como fidelidad y convivencia conjunta[186].

[184] LASARTE, Carlos. "*Derecho de familia: Principios…", ob. cit., p. 159.*
[185] ROCA I TRIAS, Encarna. *Libertad y familia*, *ob. cit*., p.83.
[186] Código Civil de España artículo 68: **"**Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo".

Además, ya se están utilizando estipulaciones contractuales para la fijación de un acuerdo en el caso de que se produzca la ruptura de la pareja.

En Estados Unidos y en Inglaterra, existe el reconocimiento de los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura como un contrato eficaz. Sin embargo, en algunos países europeos como Francia, Italia y Portugal las capitulaciones matrimoniales desarrollan una función similar a la que pueden presentar los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Aunque los acuerdos prematrimoniales no existen, como tales, en Derecho Civil común español, desarrollan una función similar a las capitulaciones matrimoniales (arts. 1315-1335 del Código Civil español) o el convenio regulador (arts. 90-101 del Código Civil español)[187]. Algunos puntos que pueden ser regulados son: el régimen económico matrimonial que se aplicará durante el matrimonio; el derecho y la cuantía de la pensión compensatoria, o la renuncia a esta; y la atribución y la distribución del uso de la vivienda[188].

Además, los pactos familiares van mucho más allá de las capitulaciones matrimoniales, pudiendo regular otros aspectos que nada tienen que ver con la economía conyugal. Para la realización de estos pactos nos podemos acoger a la regulación más genérica del artículo 1323 del Código Civil español, según el cual (los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos, y celebrar entre sí toda clase de contratos)[189]. Asimismo, con relación a cláusulas de cuestiones de naturaleza no patrimonial, el punto clave es saber cuáles son los límites a la autonomía de la voluntad en estos acuerdos. Por ejemplo, ¿un pacto de poligamia desencadena la nulidad del matrimonio por pretender la instauración de una comunidad de vida matrimonial contraria a la prevista jurídicamente? En general puede pactarse todo, siempre desde el respeto al orden público y principalmente a los derechos de los hijos.

Los llamados convenios reguladores, introducidos en el sistema español por la reforma del matrimonio efectuada en 1981, permite la expresión de la voluntad de los cónyuges que

---

[187] *Cfr*. ORTIZ VIDAL, María Dolores. "Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura en derecho internacional privado". *Revista jurídica de la Región de Murcia*, nº. 52, 2018, p.50.

[188] Sobre este punto observar el Reglamento (EU) nº 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales.

[189] El Tribunal Supremo392/2015, (Sala Primera, de lo Civil, Sección 1ª), de 24 junio de2015 (recurso 2392/2013), declaró válida y eficaz el acuerdo prematrimonial suscrito por los cónyuges en el que se fijaba el pago de una pensión vitalicia por parte del hombre a la mujer en caso de divorcio.

se separan o divorcian. Estos acuerdos, son auténticos negocios jurídicos de Derecho de las Familias con carácter contractual. El Tribunal Supremo admitió como válidos los contratos familiares atípicos en la sentencia 325/1997, de 22 de abril, que distinguió el convenio regulador del art. 90 Código Civil Español, que busca regular las consecuencias para los casos de la nulidad, separación y divorcio, y debe ser presentado ante el órgano judicial para ser aprobados por el Juez; del convenio (contrato de separación conyugal) firmado por las partes, que se trataba de un negocio jurídico de Derecho de Familia, considerado como expresión del principio de autonomía privada. En el convenio firmado por las partes hay consentimiento de ambas partes, con objeto y causa lícitos, no habiendo ningún motivo de invalidez, siendo una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas (art.1.328 del Código Civil español). Así que, la autonomía de la voluntad de los cónyuges está limitada, de la misma manera que el art. 1.255 del Código Civil español limita la autonomía de los contratantes[190]. Es decir, es posible la realización de un plan de parentalidad, desde que respecte a los derechos fundamentales, para fijar la forma en la que los padres ejercerán las responsabilidades parentales, detallando los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos, con el fin de un relacionamiento.

Consecuentemente, vienen ganando fuerza los contratos de Derecho de las Familias en las relaciones de parentalidad (*parent agreement plan*), que surgió en la doctrina norteamericana. En el contrato de parentalidad es firmado un documento entre los involucrados en la crianza de un niño, que acuerdan todo lo que uno espera del otro, antes de que nazca el niño. Son contratos firmados con el fin de la generación de hijos y crianza de niños naturales o en los casos de gestación, de sustitución, o coparentalidad. Estos contratos son firmados por parejas conyugales o por personas que quieren crear un niño juntos, sin tener un vínculo sexual entre ellos. Para que ambos padres sean respetados de la misma manera, es necesario dejar todo preestablecido con antelación. Las cláusulas pueden versar sobre las finanzas, horario de sueño, ejercicio, rutina matutina, vida profesional, alimentación del niño, etc. El contrato parental se basa en la autonomía de la voluntad, y en los principios generales de los contratos, así como en el libre ejercicio de la facultad de autorregulación. Volveremos en la cuestión de los contratos familiares más casuísticamente en el Capítulo V de este trabajo.

---

[190] *Cfr.* ROCA I TRIAS, Encarna. *Libertad y familia*, *ob. cit.*, p.96.

### 4.2 La despatrimonialización y la personificación del Derecho de las Familias

La protección dada por los códigos civiles del inicio del siglo XX para la familia se confunde con el destino de la herencia familiar, visceralmente vinculada a la legítima consanguinidad. En oposición a esa doctrina, que mantenía el patrimonio en la base de la sociedad y de la familia, basada en el sujeto universal kantiano, cuya manifestación de la voluntad era expresada en un contrato con fuerza absoluta, hoy, se habla de despatrimonialización y de personificación del Derecho de las Familias, con base en la protección de la convivencia humana con proyectos en común, unida por el afecto.

Tras la Segunda Guerra Mundial, hubo un cambio epistemológico en el Derecho Privado, dejando de regular las relaciones jurídicas en torno al patrimonio y pasando a regular las relaciones entre personas, con enfoque en la protección de la dignidad humana y los principios de la igualdad y solidaridad[191]. A este fenómeno se le denomina despatrimonialización o personalización del Derecho Privado. PERLINGIERI afirma que con esta nueva idea el Derecho Civil recuperó su vocación original de *ius civile*, destinado a ejercer la tutela de los derechos "civiles" en una nueva síntesis[192].

Este es un fenómeno conectado a las transformaciones ocurridas para la vida en sociedad en la postmodernidad, que tiene como núcleo de su ética la persona humana en todos sus atributos, de los cuales ganan espacio los aspectos afectivos de la personalidad[193]. Personas libres y capaces poseen la autodeterminación para saber qué contratar y cómo disponer de su patrimonio. El ser humano es un ente complejo, siendo el gran desafío de la sociedad postmoderna reconocer que la familia no es un núcleo patrimonial y de reproducción, sino un núcleo de afecto y amor, con individuos involucrados.

Como ya se ha mencionado, actualmente la familia está reconocida como una construcción afectiva, que se establece debido a la convivencia, confianza y la

---

[191] *Cfr*. BAPTISTA DOS SANTOS, Romualdo. *A Tutela jurídica da afetividade*. Juruá, Curitiba, 2011, p.139
[192] *Cfr*. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil, ob. cit*., p.34.
[193] *Cfr*. BAPTISTA DOS SANTOS, Romualdo. "*A Tutela jurídica da ...", ob. cit*., p. 141.

responsabilidad. El matrimonio es un acto de autonomía privada, basado en el principio del libre desarrollo de la personalidad. No se puede afirmar que hay un contenido predeterminado, como ocurría con la clásica doctrina del matrimonio que lo consideraba un acto jurídico, es decir, un acto que ya tenía los efectos jurídicos determinados en la ley, y a las personas les correspondía aceptarlos. Hoy día el matrimonio es visto como una situación de hecho conducida "por la afectividad, pero sin compromiso jurídico, a pesar de lo que pueda decir el Código Civil"[194].

En este punto, es importante resaltar que el Derecho de las Familias sufrió una profunda transformación al recibir el influjo del Derecho Constitucional, principalmente con el pensamiento de la personificación del derecho, esto es, la preeminencia de valores vitales del hombre. No se puede pensar en un Estado democrático de Derecho sin derechos fundamentales, sin la garantía del estatus básico de ciudadano libre y legal[195]. En efecto, la Constitución española proclama una serie de principios generales y de valores superiores que deben ser observados por todo el ordenamiento jurídico tales como la libertad, la justicia, la igualdad, la legalidad, la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a los derechos de los demás, entre otros. En consecuencia, lo que la doctrina apunta es que la dignidad, la libertad y la vida de las personas ganaron el centro de la atención del derecho, en lugar del patrimonio.

A pesar de todo, lógicamente hay situaciones en las que la ley debe poner límite a la libertad individual. El reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales significa decir que ellos son un límite a la autonomía privada. Los derechos fundamentales pasan a ser concebidos ya no solo como límites o prerrogativas frente al poder público, sino también frente a los particulares. ALEXY señala que la expansión de los derechos fundamentales se debe a tres aspectos: "El primero es que los derechos fundamentales han ampliado su ámbito de validez mucho más allá de la relación ciudadano-Estado, y han alcanzado un "efecto irradiador" sobre todo el sistema jurídico, han devenido ubicuos. El segundo aspecto consiste en una conexión interna entre los derechos fundamentales y el

---

[194] VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis Martínez. *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado.* 1ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 211.
[195] *Cfr.* VILLAVERDE MENENDEZ, Ignacio. *La igualdad en la diversidad: forma de Estado y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 27.

principio de proporcionalidad: si este principio es aplicable a los derechos fundamentales, entonces estos tienen necesariamente estructura de principios o mandatos de optimización. La ubicuidad se une así la optimización. Finalmente, el tercer aspecto es que el contenido de los derechos fundamentales se ha extendido mucho allá del de los derechos liberales de defensa. El objeto de los clásicos derechos de defensa se limita a la omisiones o acciones negativas del Estado. A ello se sumaron los derechos a acciones positivas del Estado, es decir, los derechos de prestación"[196].

Los derechos de la personalidad ganan relevancia cuando la persona ya ha logrado un mínimo de derechos frente al Estado. NIPPERDEY formuló la aproximación de los derechos fundamentales al Derecho Privado con la teoría *Drittwirkung der Grundrechte*. La noción de *Drittwirkung* o la efectividad directa de los derechos fundamentales en el orden jurídico privado, busca modelar la sociedad civil de acuerdo con los valores de la razón, la justicia y el progreso. La teoría fue dividida en mediata, (concediendo a los particulares una determinada posición jurídica frente al Estado, es decir, los efectos de los derechos fundamentales en las relaciones privadas es mediante la intervención de un órgano del Estado, concibiendo a los derechos como valores objetivos), e inmediata, (concediendo a los particulares una determinada posición jurídica frente a terceros, es decir, los derechos fundamentales son verdaderos derechos subjetivos y por ello no hace falta la intervención de ningún órgano estatal)[197]. En consecuencia, existe el entendimiento de que las normas constitucionales son plenamente aplicables al Derecho privado y, especificadamente, para la garantía de los derechos fundamentales.

Durante las últimas décadas, la perspectiva de los Derechos Humanos estuvo presente de forma directa o de forma transversal en todos los planes legales, así como en la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a los derechos internos, la llamada "Constitucionalización del Derecho Civil", lo que fue decisivo para esta travesía

---

[196] ALEXY, Robert. "Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección". En FERRER BELTRÁN, Jordi; MORESO MATEOS, José Juan (Directores). *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alex*y. Marcial Pons, Madrid, 2011, p.117

[197] *Cfr.* ANZURES GURRIA, José Juan. "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales". *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, nº22, ene./jun 2010, p.16.

de pensamiento. Consecuentemente, el Derecho de las Familias también sufrió una gran transformación debido a las influencias de los principios constitucionales y los tratados internacionales. Muchas normativas previstas en los Códigos Civiles nacionales como los ordenamientos en general tuvieran que ser actualizadas o pasaron a ser interpretados a través de una hermenéutica comprometida con los principios fundamentales de nuevo Derecho de las Familias.

El desafío actual fundamental que es encontrado por el Derecho de las Familias es crear una manera de conciliar y crear nuevos valores para balancear el derecho a la autonomía y la libertad de elección con los intereses del orden público.

De todo lo expuesto en este capítulo, resulta necesario indicar que actualmente no es posible concebir la existencia de una sociedad justa sin el reconocimiento de las diferencias culturales, religiosas o étnicas. La legislación deberá adecuarse a las nuevas necesidades que demanda la realidad social. El patrimonio ya no es el centro de la familia; la nueva característica predominante de la familia es la afectividad, es decir, la vida familiar está basada en la voluntad de las personas por permanecer juntas, con un cuidado mutuo. La igualdad entre las entidades familiares, matrimoniales o no matrimoniales, y la libertad de elegir cómo y con quién constituir una familia es un derecho y una garantía fundamental de los individuos.

Ante toda esta nueva realidad, para la búsqueda de la identificación de los lazos familiares, es imprescindible el uso de nuevas referencias (como el afecto), para que se adapten mejor a los deseos de la sociedad actual.

## II – CUESTIONES FUNDAMENTALES DE LA FILIACIÓN

### 1. Repensando el tradicional modelo de filiación

La filiación es una de las instituciones más relevantes en el campo del Derecho de las Familias. La relación jurídica de filiación se establece tradicionalmente entre dos personas y es por medio de ella que se atribuyen recíprocamente derechos y deberes entre padres e hijos, frente una perspectiva formal, con observancia de la incidencia de los requisitos determinados legalmente[198]. Como afirma ROCA I TRIAS "la filiación se explica como una técnica jurídica, cuya finalidad esencial es proporcionar a los nacidos un sistema de protección durante la minoría de edad"[199].

Aunque en la mayoría de los casos la relación jurídica deriva de un hecho biológico, esto no es absoluto, pudiendo el origen de la relación jurídica derivar de una adopción o de donación de semen de tercera persona en los casos de utilización de reproducción asistida, por ejemplo. Es la legislación en cada momento histórico la que fija los elementos relevantes como la verdad biológica, la voluntad de interesados, o las relaciones sociales establecidas, pudiendo conferir mayor relevancia a uno u otro hecho por medio de las presunciones legales, manifestaciones de voluntad y decisiones judiciales[200].

Es importante estudiar las clases de filiación reconocidas jurídicamente en la actualidad, pero también tener como base cuestiones más profundas sobre qué principios o valores de derecho a la filiación aspira la sociedad actual, que está en constante transformación. Ante toda esta nueva realidad, para la búsqueda de la identificación de los lazos familiares y de la determinación de la filiación, es imprescindible el uso de nuevas referencias que se adapten mejor a los deseos de la sociedad actual, como, por ejemplo, el afecto y la voluntad.

---

[198] *Cfr.* VERDERA SERVER, Rafael. *La reforma de la filiación: su nuevo régimen jurídico*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 11.
[199] ROCA I TRIAS, Encarna. *Libertad y familia, ob. cit., p. 137.*
[200] *Cfr.*VERDERA SERVER, Rafael. *La reforma de la filiación: su nuevo régimen, ob. cit., p. 12.*

Existe una necesidad de repensar el sistema de filiación, con repercusión en todos sus elementos, para que se llegue a una conclusión jurídica concreta de qué es ser madre/padre, y hasta qué punto puede llegar la autonomía privada en este tema. Es necesario establecer previamente una respuesta de quiénes ejercerán la filiación, determinando en cada caso la persona en la cual recaerá la condición de padre, madre y de hijo, y cuáles son los derechos y obligaciones derivados de esta nueva relación constituida.

Cuando se pensaba jurídicamente en la familia organizada de forma "tradicional", basada en el matrimonio entre un hombre y una mujer, los problemas e inquietudes sobre el parentesco, paternidad y maternidad eran pocos. Términos como progenitor (a) y padre/madre recaían ambos sobre la misma persona y la determinación era algo muy concreto y sencillo. Por más que la estructura de la vida familiar haya cambiado, la filiación todavía sigue teniendo una importancia transcendental en las nuevas formas de familia, la búsqueda de tener un hijo continúa siendo un sueño de gran parte de las parejas.

Actualmente, el derecho de filiación ya es visto como un derecho a la "voluntad procreacional", es decir, la voluntad de querer tener un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de educación y crianza de un niño. Estamos hablando de hijos deseados, con la libre elección, plena y consentida de una persona que quiere ser madre/padre. El desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad. Así mismo, existe la protección del derecho a la procreación por medio de los derechos fundamentales; específicamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral, y la intimidad personal y familiar. Hoy en día la sexualidad puede ser vista separada de la procreación, y del mismo modo la procreación ya no es consecuencia natural del contacto físico de un hombre y una mujer.

Aunque la maternidad actualmente ya no es vista como una obligación para las mujeres, muchas continúan con el sueño de ser madres. Algunas de las que desean tener hijos están postergando este hecho para después de la formación profesional. El número de hijos y su frecuencia cambiaron con los anticonceptivos y legalización del aborto (en los países que lo permiten, como España). Hay que añadir, además, que el retardo femenino para tener hijos es afectado por el reloj biológico, y en este punto, sin duda, los tratamientos de fertilidad

ocasionaron una metamorfosis en la filiación. Sobre la reproducción asistida, especifica FLORES ANARTE: "En un sistema que fuerza la elección femenina entre la vida profesional y la familiar, aparecen conceptuados como el milagro científico capaz de engañar al reloj biológico, garantizando a las mujeres que no tengan que renunciar a nada"[201].

Indiscutiblemente la actual autodeterminación individual tiene su punto clave en la decisión de tener o no hijos y cuándo tenerlos. Al mismo tiempo que los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, también deben establecer las condiciones para que se ofrezcan, de forma libre y responsable, los medios necesarios para que existan los servicios de atención sanitaria, asesoramiento o información[202].

Además, personas que viven relaciones homoafectivas (sean dos hombres o dos mujeres) también están buscando constituir familia y tener hijos. A estas alturas, la revolución de la medicina reproductiva es muy importante, día tras día acompañando nuevos hechos innovadores e impensables pocos años atrás.

Por todos estos incesantes cambios en la realidad social de la filiación, los juristas pasaron a buscar respuestas jurídicas para incorporar estas nuevas realidades al ordenamiento, evitando situaciones injustas. De donde resulta que la vida cotidiana en la actualidad nos permite notar la existencia de múltiples estructuras familiares. Aunque no exista el vínculo biológico, hay de hecho una relación de paternidad/maternidad con un niño o niña.

Es importante estudiar y reorganizar la estructura jurídica de la filiación, ya que por medio de ella se establecen derechos y obligaciones entre los progenitores y los seres procreados por ellos; por esto es necesario obtener previamente una respuesta de quiénes

---

[201] FLORES ANARTE, Laura. *Las técnicas de reproducción asistida en España: ¿mercantilización de la maternidad o empoderamiento femenino?* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 60.

[202] La ley Orgánica 2/2010, del 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en su preámbulo establece: "El desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar. La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual. Los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, pero, también, deben establecer las condiciones para que se adopten de forma libre y responsable, poniendo al alcance de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoramiento o información".

ejercen tal filiación, es decir, quiénes son la madre o el padre, o si hay más de uno en cada papel.

El gran problema que enfrenta el derecho de la filiación clásico son las clases de filiación, es decir, por un lado, hay que determinar la filiación (en qué casos y condiciones uno es considerado hijo de otro). Una vez determinada esta filiación, hay que establecer cuáles son los efectos jurídicos.

Hoy, en algunos casos, ya es posible tener dos padres, dos madres y quizás más, formando una múltiple filiación, como ya existe en varios países. Esto puede darse desde el momento del nacimiento, en los casos de reproducción asistida o más tarde con las familias reconstituidas, como veremos más adelante en el presente trabajo.

En esta nueva realidad hay que repensar los modelos de filiación basados en la biología, haciendo necesario que las legislaciones amplíen la gama de opciones para los reconocimientos de filiación; colocando a todos con los mismos derechos y deberes, sin ninguna discriminación debido al origen o método de concepción. "Confiar en la autonomía de los particulares, en su poder de decisión, es un tributo al realismo y al buen sentido cuando no hay un conflicto que resolver, porque su ejercicio suele ser socialmente valioso" [203].

Los reconocimientos voluntarios de un hijo, cuando son impugnados, suelen tener como base de fundo (plano interno de la persona) un conflicto entre la pareja conyugal, y es externado jurídicamente por una de las causas de impugnación del reconocimiento por vicio del consentimiento (error, violencia o intimidación) o por falta de correspondencia biológica. Este es un gran problema de dejar libre manifestación de la autonomía de la voluntad, muchas personas no observan que estos actos tienen consecuencia principalmente para la vida de los niños, que acaban siendo los mayores perjudicados.

[203] GARCIA VICENTE, José Ramon. "La filiación". En YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y CUENA CASAS, Matilde (Directores). Vol. V, *Tratado de derecho de la familia, ob. cit.,* p.79.

Por esto es necesario pensar de qué forma conciliar el principio de la veracidad biológica, con los límites temporales al ejercicio de ciertas acciones, la estabilidad y del interés público en las relaciones de filiación. Es necesario buscar mecanismos que protejan y reconozcan la parentalidad y la filiación, tanto por el fundamento biológico como socioafectivo, satisfaciendo los intereses legítimos de los padres y de los hijos. Se debe pensar en estatutos de modo más casuístico a relaciones de hecho, llegando a adaptarlos a las relaciones de filiacion legal de tipo multiparental.

## 2. Entre el interés particular de los padres a tener un hijo y el interés del hijo a tener unos padres

Para muchas personas tener un hijo es la mejor inversión de futuro, es pensar en quién va a cuidar de él en la vejez, a quién dejar el patrimonio, quién va a hacerse cargo de la preservación de la familia. El escritor cubano José Martí tiene la célebre frase: "Hay tres cosas que cada persona debería hacer durante su vida: plantar un árbol, tener un hijo y escribir un libro". Plantar un árbol y escribir un libro son actividades que solo dependen de nosotros mismos, pero tener un hijo en algo más complejo. Y este deseo de tener un hijo está llevando a las personas a buscar todos los tipos de soluciones posibles e imaginables para este logro. Por esto, es de suma importancia pensar desde ya cuáles son los límites razonables de esa búsqueda desenfrenada por un hijo.

Claramente el derecho a formar una familia, los derechos a la procreación deben ser sopesados en conformidad con los demás derechos, principios e intereses que estén en juego, principalmente con el principio del interés superior del niño. Este derecho a la procreación es un derecho un poco paradójico, como sustenta HERRERA: "Hemos dicho ya que se trata de un curioso giro adultocéntrico, en el que el niño pasa de ser sujeto de derechos a ser el objeto de los derechos de otros, sin que pueda oponer objeción alguna"[204].

[204] HERRERA, Marisa. "¿Existe un derecho al hijo? El lugar y los límites de las técnicas de reproducción humana asistida" *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº. 35, 2017, p.78.

Posibilitar por distintas formas de organización familiar que se salgan de los estándares tradicionales, que personas se tornen madres y padres, no es algo negativo en sí. Sin embargo, este escenario se encuentra con una tensión ancestral que ha estado en el centro de la discusión del Derecho de las Familias desde siempre: cómo equilibrar la autonomía de la voluntad con el orden público; cómo ponderar el interés individual de tener un hijo y el interés general (interés del Estado para satisfacer dicho deseo e incluso interés del niño en sí). El derecho a formar una familia está de manera directa y compleja conectado a la cuestión de su acceso a las diversas formas de reproducción natural o asistida.

El Código Civil español contempla el interés familiar[205], englobando cualquier forma de constitución de familia. "Siendo la familia una comunidad de personas, su interés nos conduce al interés de las personas que la conforman individualmente consideradas. Es el resultado de la suma de una serie de intereses particulares o individuales, diversos todos ellos, que nos sitúa ante un interés común"[206].

En los últimos años por medio de las últimas reformas en materia de familia, la autonomía de la voluntad pasó a permitir una modulación del régimen familiar, dando más valor a los intereses individuales de las personas. El interés familiar debe ser analizado en conjunto con la autonomía de la voluntad de los miembros que forman el grupo familiar. RIVERO HERNÁNDEZ afirma que el interés del niño puede presentarse como un interés autónomo o integrado al interés de un grupo (casi siempre el familiar). Cuando estamos frente a este segundo sentido (interés de un grupo) "el interés familiar no es supraindividual, contrapuesto al de cada uno de sus componentes, sino la suma de los intereses de los individuos que forman el grupo: hay tantos intereses individuales como personas, y cada uno debe ser valorado, aislado o en conflicto con otros según las necesidades y situación concreta de cada miembro y no por subordinación a un supuesto interés superior (supraindividual)"[207]. Así que hay que valorar el derecho de todos y de cada miembro, dando al niño un valor

[205] Ver artículos del Código Civil español: 67; 70, 103.2 y 1318.
[206] VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. "El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los progenitores". En MAYOR DEL HOYO, María Victoria (Dir.). *El nuevo régimen jurídico del menor*: *la reforma legislativa de 2015.* Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 528.
[207] RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El interés del menor*. 2 ed. Editorial Dykinson, Madrid, 2007, p. 151.

prioritario, no absoluto, que debe ser considerado de acuerdo con el principio de la proporcionalidad.

De este modo no hay dudas de que la familia, como un ente autónomo, debe ser protegida. No obstante, cada persona que la compone tiene su derecho individual a ser considerado. "Los miembros de la familia ejercitan sus derechos subjetivos, a su vez, los deberes inherentes a cada uno de los miembros deben ser ejecutados conforme a dicho interés familiar que funciona a modo de límite y fin con el objetivo de alcanzar las metas propuestas como colectividad o grupo" [208].

Sobre todo, al examinar cada caso concreto, en la situación familiar debe ser analizado un equilibrio entre la protección del niño y la protección de las relaciones paternofiliales (*STS 565/2009, de 31 de julio de 2009*[209]). No existe inconveniente en que la sociedad elija valores y clases de personas que debido a su condición especial deban tener una protección mayor. Así, debemos observar siempre el interés de un niño con relación al derecho a la procreación. En casos concretos el interés del niño puede quedar afectado, y en otros casos puede imponer su utilización no de forma absoluta para negarse o admitir un interés familiar superior. "El interés (superior) del menor se integra, pues, como prevalente, en el interés de la familia; pero no es exclusivo ni excluyente"[210].

La mejor manera para equilibrar las nuevas posibilidades alcanzadas por la biología genética, bien cómo la infinita creatividad de las personas para ser madres y padres, es definir cuáles son valores morales de nuestra sociedad que vamos a proteger, con límites razonables y sanciones legitimas, pensando en el mejor interés del niño, para que no exista una búsqueda irrestricta al derecho a filiación como forma de construcción de una familia. Por esta razón seguiremos estudiado esta problemática más profundamente.

---

[208] VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. "El interés del menor versus …", *ob. cit*., p. 531.

[209] Sentencia del Tribunal Supremo565/2009, (Sala de lo Civil, 1ª Sección), de 31 de julio de 2009 (recurso 247/2007). Afirma que el interés del niño debe estar por encima de la posibilidad de reinversión en su familia biológica. Los derechos de los padres biológicos no son absolutos cuando se trata de adoptar medidas de protección a un niño desamparado y el retorno a familia biológica no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor.

[210] RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El interés del …", ob. cit.*, p. 94.

### 3. Los efectos, reflejos y consecuencias del Derecho a la filiación

Podemos clasificar la filiación como uno de los estados civiles de la persona, pese a que no hay un concepto unánime de estado civil. En general, se designa a una cualidad personal con respecto a la capacidad de obrar, y las posiciones jurídicas fundamentales que un individuo ocupa en la sociedad[211].

Los efectos de la filiación son producidos desde el nacimiento, sea en la filiación por naturaleza o proveniente de reproducción asistida; desde la resolución judicial que constituye la filiación o desde la adopción. La determinación legal tiene efectos retroactivos, por regla general, a un momento anterior a la sentencia o a cualquier otra forma de determinación, siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la ley no dispusiere lo contrario (art.112 del Código Civil español). Asimismo, es importante dejar claro que el establecimiento de una relación de filiación genera efectos de orden personal y familiar, con reflejos patrimoniales y sociales. La filiación afecta a la persona del hijo, una vez que repercute en su identidad y en su estado personal, facilitando la identificación. Así, los efectos personales de la filiación se reflejan en la identidad, en el estatuto personal y en los apellidos[212]; en la adquisición de la nacionalidad[213] y en la vecindad civil[214].

---

[211] GARCÍA VICENTE, José Ramon. "Las acciones de filiación". En YZQUIERDO TOLSADA, Mariano; CUENA CASAS, Matilde. *Tratado de derecho de la familia*. 2a. ed. Vol. V, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p.365.

[212] Artículo 109 del Código Civil español: "La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley. Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley. El orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo. El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos".

[213] Artículo 17 del Código Civil español: "1. Son españoles de origen: a) Los nacidos de padre o madre españoles. b) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España. c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad. d) Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español. 2. La filiación o el nacimiento en España, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad, no son por sí solos causa de adquisición de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación".

[214] Vecindad civil. art. 14 y 15 del Código Civil español. La consignación de la opción de una vecindad civil presupone una declaración de voluntad cuya calificación corresponde al encargado de los artículos 116 y 227 R.R. C. A.

Estos efectos tienen el valor instrumental de identificar a la persona y hacer que esté sujeta a determinada ley personal "facilitando la identificación de la persona y proveyéndola de seguridad jurídica, al tiempo que refuerza los vínculos familiares. La asociación de la atribución de apellido a la filiación determina que la identidad personal tenga normalmente un ingrediente familiar (en la medida en que ascendientes, descendientes y hermanos comparten algún apellido) y los efectos del estatuto personal aseguran un cierto grado –en la actualidad, limitado– de unidad jurídica familiar, por aplicación del *ius sanguinis* en el régimen de adquisición de la nacionalidad y la vecindad civil"[215].

Otro efecto de la filiación se refiere a la responsabilidad parental, como deberes y obligaciones de velar por los hijos menores; la patria potestad de los padres y el derecho de los hijos menores a relacionarse con sus padres, aunque no ejerzan la responsabilidad parental. Los deberes inherentes a la responsabilidad parental son tuitivos de protección y defensa, siempre debido al interés superior de la niña y el niño. Igualmente, es atribuido el poder familiar a los padres, con todos los poderes y deberes inherentes a su titularidad y ejercicio[216]. Se forman los vínculos familiares, es decir, derechos con relación a otros parientes como hermanos y abuelos, bien como derechos sucesores y obligaciones alimentarias entre ascendientes y descendientes y entre hermanos, y derechos sucesorios con base en el principio de la solidaridad[217].

Del mismo modo, en los casos de declaración judicial que admite y es juzgada próspera una acción de impugnación de la filiación, o es declarada de cualquier modo la ineficacia del título que determinó la filiación es automática la pérdida de los efectos de la filiación, salvo aquellos que la ley permite conservar[218].

---

[215] FERRER RIBA, Josep. "Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión". En BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles y otros (Coord.). *Retos actuales de la filiación*. Tecnos, Madrid, 2018, p.299.
[216] *Cfr.* FERRER RIBA, Josep. "Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión", *ob. cit.,* p.297.
[217] Ver artículos 160.2; 143 y ss, 807 nº1y2 y 930 y ss del Código Civil español.
[218] Los efectos que la ley permite conservar son como la adquisición de la nacionalidad, si se ha poseído durante diez años en los términos del art.18CC, o el apellido, en la forma del art.53, n5 LRC 2011; arts. 59 LRC 1957y 209 y 2015 RRC. En FERRER RIBA, Josep. "Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión", *ob. cit*., p.301.

### 4. Responsabilidad parental

La vinculación entre padres e hijos tradicionalmente fue definida a partir del concepto de patria potestad, (en España el Código Civil sigue utilizando este término, estableciendo que los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres[219]). Como se indicó, el término patria potestad era utilizada en el Derecho Romano como referencia del poder del padre de familia, con prevalencia de la figura patriarcal. El hombre era la cabeza natural tanto de la mujer como de la familia.

A la luz del artículo 18 de la Convención sobre Derechos del niño de 1989, que pide empeño de los Estados para garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, él término patria potestad debe ser actualizado hacia una expresión más actual, que refleja la obligación conjunta del padre y de la madre. Con base en el proceso de humanización del Derecho Privado y sus principios constitutivos, la noción inicial de la patria potestad empieza a cambiar "al advertirse que los padres ejercen en realidad una función dirigida a posibilitar asistir a sus hijos en el ejercicio de sus derechos, a acompañarlos para la adquisición de su plena autonomía. De este modo, se pasa de las ideas de "potestad" y "autoridad" a una responsabilidad que implica justamente poner el acento, por un lado, en la primacía de destinatario- el hijo y sus derechos- y por el otro, en que el ejercicio de este rol por el adulto no puede ser "de cualquier modo" ni basarse en un puro ejercicio de autoridad, sino que se trata de una actuación funcional, dirigida a que el hijo ejerza los derechos por sí. La actuación de los progenitores comienza a registrar límites cuando se aparta del interés de los hijos, ya que puede serles perjudicial, o abusiva"[220].

El Código Civil de Brasil de 2002 cambio la expresión *patria potestad* por poder familiar. Sin embargo, algunas legislaciones más nuevas como el nuevo Código Civil y Comercial de Argentina de 2015 ya utilizan la expresión responsabilidad parental: "que

[219] Artículo 154 del Código Civil de España: "Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental".
[220] HERRERA, Marisa. *Manual de derecho de las familias*, *ob. cit.*, pp. 603-604.

revaloriza la concepción de los hijos como sujetos de derechos y pone el acento en la función de los progenitores como elemento central de la institución"[221]. La terminología responsabilidad parental empleada, refleja un cambio simbólico resaltando el deber de los padres de orientar a los hijos hacia la autonomía. Adicionalmente, la responsabilidad parental se rige por los siguientes principios del interés superior del niño, la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez[222].

La expresión responsabilidad parental, incorpora mucho más el espíritu y los principios internacionales relacionados con los derechos de los niños y persona en pleno desarrollo. El nombre dado a la institución no puede ser visto como un detalle menor, y debido a estos nuevos principios que acreditamos que deban a ser utilizados en las familias plurales, la expresión responsabilidad parental.

La responsabilidad parental se refiere al conjunto de deberes y atribuciones que se traduce en el deber de crear, educar, cuidar, mantener la asistencia material y psíquica, en resumen, proporcionar salud física y mental al niño para que tenga autonomía y pueda ser el sujeto de su propia vida[223], en suma, engloba el deber de guarda, convivencia familia y sustento. La responsabilidad parental compete conjuntamente a ambos padres. El ejercicio de la función parental debe ser efectiva en igualdad de condiciones entre madres y padres, y por principio inseparable. Debido a la posibilidad de una doble maternidad o paternidad, el art. 154.1 del Código Civil español modificado por 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, afirma que el ejercicio de esta responsabilidad (*potestad*) es de los padres. Existe, así, una titularidad conjunta.

Hay tres ámbitos de la responsabilidad parental: el aspecto personal, que indica que los padres deben velar por la seguridad y salud, proveer el sustento y estudios para el desarrollo y formación integral de los niños; aspecto patrimonial: administrando los bienes de los hijos

---

[221] MOLINA DE JUAN, Mariel F. "Autonomía progresiva de los hijos y responsabilidad parental en el código civil y comercial argentino". *Actualidad Jurídica Iberoamericana- IDIBE*, nº4, julio, 2016, p.21

[222] AIJUDEFA. "Diferencias existentes entre la patria potestad o responsabilidad parental y custodia en distintos países: España, Suiza, Países Bajos, Reino Unido, Bélgica, Argentina, República Dominicana y Chile". En ORTEGA BURGOS, Enrique (Director). *Derecho de Familia 2020*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.47.

[223] *Cfr.* CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Direito das famílias, ob. cit., p.377.*

y por fin, representar a los mismos[224]. Es una responsabilidad que debe ser ejercitada en beneficio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la privación de esta responsabilidad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño.

Al Derecho no le cabe exigir que las personas que están en los papeles de madre/padre amen a sus hijos, pero sí es posible exigir que cumplan con la responsabilidad parental. La característica principal del principio de la responsabilidad parental es ser una norma de orden público; es imperativa, es decir, son reglas irrenunciables e inalienables. No se puede permitir que haya transmisión particular de este derecho o modificación por acuerdo de las partes. Es una función de carácter personalísimo[225].

Con todo, en caso de desacuerdo de los padres podrán acudirse al Juez, que escuchará a ambos y al hijo, cuando este tenga suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Ya si estos los desacuerdos fueran frecuentes o concurriera cualquier otra causa que dificulte considerablemente el ejercicio de la responsabilidad parental, podrá el Juez atribuirla total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones, por el plazo máximo de 2 años (art. 156, 2 del Código Civil español). En el caso de que el desacuerdo sea meramente incidental o episódico, tanto la titularidad como el ejercicio de la responsabilidad parental sigue siendo de ambos padres, pero el Juez asume una postura arbitral, decidiendo cuál de ellos tiene mejor condición de decidir en un caso concreto[226].

Con la ruptura de los lazos afectivos entre los padres, debe garantizarse la continuación de las relaciones familiares entre los padres e hijos, teniendo el menor impacto posible en la vida de los niños. Por eso, en la mayor parte de los casos, la titularidad de la responsabilidad

---

[224] *Cfr*. MARTÍNEZ CALVO, Javier. *La Guarda y custodia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 28.
[225] *Convención Internacional de los Derechos del Niño* (párrafo noveno del Preámbulo); *Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño; Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959; Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (artículos 23 y 24), *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (artículo 10).
[226] *Cfr*. LASARTE, Carlos. *Derecho de familia: Principios …, ob. cit.* p. 347.

parental sigue siendo conjunta, aunque la guardia o custodia haya sido atribuida a uno solo en sentencia judicial de separación o divorcio. La convivencia entre padres e hijos con afecto y cariño debe seguir después de una ruptura conyugal. El divorcio de una pareja no puede significar la separación de los padres con los hijos.

La extinción de la responsabilidad parental solo se acaba por la muerte o declaración de fallecimiento de los padres o del hijo, por la emancipación del hijo, o por la adopción del hijo. Cuando los hijos hubieren sido incapacitados, la responsabilidad quedará prorrogada, cuando lleguen a la mayoría de edad[227]. En estos casos la extinción solo ocurre cuando es declarada la cesación de la incapacidad o cuando el incapacitado contrae matrimonio[228]. La privación de la responsabilidad parental puede ocurrir total o parcialmente por sentencia judicial, que se fundamente en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial[229]. Esa privación solo puede ocurrir atendiendo el mejor interés del niño. La jurisprudencia ya ha decidido que no es causa de la privación la existencia de relación distante entre padre e hijo, falta de contacto debido la residencia en otro país o mismo en los casos de pena de privación de libertad por sí sola considerada[230]. En suma, para haber una privación debe tratarse de incumplimientos graves y reiterados, de índole personal o patrimonial. Gran parte de los casos de privación de la responsabilidad ocurren en los casos de expediente de adopción, puesto que si los padres están privados de la responsabilidad parental deben ser oídos en los expedientes, pero su oposición no es vinculante[231]. Por fin, existe la posibilidad de suspender la responsabilidad parental con carácter temporal y pasajero. Lo importante es observar que la privación como la suspensión buscan proteger a los niños y no a sancionar a los padres.

Además, la responsabilidad parental ha cambiado, hoy más que un vínculo jurídico, la relación de filiación posee un vínculo afectivo entre padres e hijos. Esto porque entre los

---

[227] La patria potestad será eliminada próximamente del Código Civil español cuando entre en vigor la *Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad* en el ejercicio de su capacidad jurídica. La cita Ley deroga el actual artículo 171 del CC, que regula la patria potestad prorrogada y rehabilitada.

[228] Artículos 169 y171 del Código Civil español.

[229] Artículo 170 del Código Civil español.

[230] *Cfr*. LASARTE, Carlos. *Derecho de familia: Principios ..., ob. cit.,* p.358.

[231] Artículo 177 del Código Civil español: "3. Deberán ser oídos por el Juez. 1.Los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no fuera necesario para la adopción".

deberes inherentes al poder familiar están el deber de convivir, de cuidado, de educación, crianza, alimentos, entre otros aspectos, que son fundamentales para el desarrollo sociopsicológico de un niño.

### 4.1 Guarda o custodia de los hijos

Mientras los padres convivan, habiendo una relación constante entre padres e hijos, la guarda y custodia de los niños menores de edad no emancipados, acaban casi por no ser percibidas, ya que son ejercitadas concomitantemente a la responsabilidad parental. Sin embargo, cuando la convivencia no es simultánea, es necesario regular los derechos y deberes de la función parental, con el cuidado personal diario del niño. A este punto específico de la responsabilidad parental es denominado guarda y custodia[232]. El carácter general de la responsabilidad parental es mantenido de forma conjunta por los padres. Como esclarecen las autoras GETE-ALONSO Y CALERA y SOLÉ RESINA la guarda y la custodia no pueden estar conectadas con los casos de ruptura de la convivencia de los padres, debería existir "una regulación general de la función/autoridad/potestad parental en la que se han de abarcar todas las situaciones de los progenitores, con independencia del vínculo que les une" [233].

Como la guarda y custodia presupone aparte de la convivencia, algunos contenidos de la función parental, en la esfera personal, patrimonial y de representación legal, acaba por causar una confusión entre la custodia y el ejercicio de la función parental, principalmente en los casos de custodia compartida. Por ende, la guarda y custodia son elementos integrantes de la responsabilidad parental y es por medio de este instrumento que se define quién se encarga de los cuidados cotidianos de los niños, es decir, quién va a comprometerse en los aspectos ordinarios de la vida de los hijos o los que no admitan demora. Aunque los instrumentos de la guardia y custodia sean similares, no son la misma cosa. "En primer lugar, porque quien es titular del derecho de visitas sólo asume funciones de guarda durante los periodos de relación y comunicación establecidos, mientras que el titular de la guarda y custodia va a ejercerlas durante la mayor parte del tiempo. En segundo término, porque el ejercicio del régimen de

[232] MARTÍNEZ CALVO, Javier. *La Guarda y custodia, ob. cit*., p. 31.
[233] GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; SOLÉ RESINA, Judith. *Custodia Compartida: derechos de los hijos y de los padres.* Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur menor, 2015, p. 61

visitas no siempre va a llevar aparejadas funciones idénticas a las que comprende la guarda y custodia. (…) En tercer lugar, debe tenerse en cuenta que mientras la guarda y custodia presupone en todo caso la titularidad y ejercicio de la *patria potestad*, es posible gozar del derecho de visitas en los supuestos en los que ni siquiera se es titular de la *patria potestad*- art 160, 1CC-. Por último, nuestro legislador ha dejado clara su intención de que ambas figuras permanezcan diferenciadas, al establecer un régimen jurídico diverso para una y otra"[234].

Tradicionalmente, sea por decisión judicial o por acuerdo entre los padres, en los casos de separación o divorcio de una pareja, la guarda de los hijos era de las madres, de manera unilateral/exclusiva. Esto pasó, durante muchos años, por la creencia de que las madres son naturalmente "cuidadoras" y a ellas les corresponde el papel de velar por los niños. Y a los padres les cabía el derecho de "visita" a los hijos. Sin embargo, esta realidad no puede ser aceptada por una sociedad que busca la igualdad entre hombres y mujeres, y aspira a la corresponsabilidad parental. Además, hay que resaltar que un padre no visita a un hijo, sino que ellos conviven, entendiendo la convivencia como participar de la vida del niño, poner límites y educar[235].

La guarda y custodia puede ser exclusiva o compartida. La guarda y custodia exclusiva, como el propio nombre sugiere, es ejercida por un solo de los padres, manteniendo el niño una relación habitual con el otro. La responsabilidad parental no es modificada, es decir, se mantiene sobre ambos los padres. La guarda y custodia compartida fue introducida en el ordenamiento jurídico español por la *Ley 15/205, de 8 de julio*, por la que se modifican el Código Civil y la *Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio*[236].

Pese a que el Código Civil español mantiene la excepcionalidad del régimen de custodia compartida, la doctrina del Tribunal Supremo de España ya no considera que dicho régimen deba ser excepcional, sino que resulta el régimen más "deseable", siguiendo su jurisprudencia

---

[234] MARTÍNEZ CALVO, Javier. *La Guarda y custodia, ob. cit.*, p.45.
[235] *Cfr.* CHAVES DE FARIA, Cristiano; PAULINO DA ROSA, Conrado. *Teoria Geral do Afeto, ob. cit.*, p.315.
[236] Art. 92.8 del Código Civil: "Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor".

(*STS 257/2013, de 29 de abril de 2013*[237]). El contenido de la custodia debe quedar limitado a la tenencia del niño y debería desaparecer la creencia errónea de que la madre/padre custodio es el que ostenta el poder sobre el menor[238]. Madres y padres poseen la responsabilidad sobre la educación, salud, bienestar y vivienda de sus hijos, de forma conjunta[239].

Claramente la ruptura del vínculo conyugal entre los padres no acaba con las obligaciones de éstos con los niños, ya que el niño mantiene el derecho de convivir con ambos, existiendo una corresponsabilidad parental de los padres, debiendo ambos participar igualitariamente. Sin embargo, la custodia compartida en su literalidad solo sería posible en los casos en que los padres convivan. En verdad, este término se refiere a un sistema de guarda alternada o sucesiva, en el que los hijos alteran períodos de convivencia entre los padres[240].

La custodia y custodia compartida todavía son desconocidas en muchos casos a nivel social, siendo necesarias campañas educativas para demostrar los beneficios para los hijos de continuar conviviendo de forma igualitaria en derechos y obligaciones con las madres/padres que no viven juntos. Como ya se afirmó, un padre no puede solamente "visitar" un hijo, es decir, ir a verlo sin mayores obligaciones[241].

Además, también es importante destacar que, cuando acaba un matrimonio y existe la reconstrucción de una nueva pareja pasando el niño a convivir con un padrastro o madrastra,

---

[237] Sentencia del Tribunal Supremo 257/2013 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 29 de abril de 2013 (recuso 2525/2011). La decisión afirma que la guarda y custodia compartida no puede tratarse de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

[238] *Cfr.* AIJUDEFA. "Diferencias existentes entre…", *ob. cit*., p 59.

[239] Según el artículo 154 del Código Civil español: "Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad".

[240] *Cfr.* MARTÍNEZ CALVO, Javier. *La Guarda y custodia, ob. cit*., p.68.

[241] Por curiosidad, en el año de 219 La custodia de los hijos menores fue otorgada en el 52,0% de los casos de divorcio y separación entre cónyuges de diferente sexo. En el 58,1% se le otorgó a la madre (61,6% en el año anterior), en el 4,1% la obtuvo el padre (4,2% en 2018), en el 37,5% fue compartida (33,8% en 2018) y en el 0,4% se otorgó a otras instituciones o familiares. Según el INE (Instituto Nacional de Estadística) Datos obtenidos en el sitio del Instituto Nacional de Estadística de España. Fecha de consulta 14/01/2020.

no significa la sustitución de la madre o del padre. En realidad, cada miembro de esta nueva familia tendrá su papel determinante en el crecimiento sano del niño o adolescente. Diversas investigaciones ya demuestran que los lazos afectivos formados en el entorno familiar son indispensables para la construcción emocional y la personalidad de los niños y adolescentes. Una buena convivencia entre todos los miembros es esencial para evitar la interferencia parental, es decir, que uno de los padres haga algún tipo de manifestación de una campaña de rechazo del niño contra el otro padre, campaña que no tiene justificación por el comportamiento de éste, pudiendo haber interferencia parental[242].

El mantenimiento de convivencia con la expareja de la madre/padre, no siendo el progenitor del niño, puede satisfacer el mejor interés del niño. En la *STS 320/2011 de 12 de mayo*[243], el Tribunal Supremo de España decidió que el "derecho de visitas" debe aplicarse solamente a las relaciones entre los progenitores y sus hijos. Con todo, reconoció el derecho a relacionarse con el niño, a la pareja (mujer) de la madre biológica tras la ruptura de la relación, una vez que el niño tiene derecho efectivo a relacionarse con aquellas personas con las que le une una relación afectiva. Siendo garantizada, así, el mantenimiento del régimen de las relaciones personales entre el niño y la expareja (mujer) de su madre. Es una decisión importante que ratifica la importancia de mantener los vínculos afectivos creados por los niños.

Además, es necesario tener más políticas públicas para la transformación cultural del ejercicio de la coparentalidad. Todas las personas, sean hombres, mujeres, heterosexuales u homosexuales son responsables de las niñas, niños y adolescentes que un día asumieron tener como hijos. Esta es una responsabilidad conjunta, principalmente en los casos de posterior

---

[242] Actualmente evitase utilizar el término síndrome, como nombró GARDER, en 1985. En sus palabras: "El Síndrome de Alienación Parental (SAP) es un desorden que se desarrolla principalmente en el contexto de las disputas por la custodia de los hijos. Aunque el conflicto es en mayor medida entre los padres, puede presentarse entre otros tipos de figuras, como por ejemplo padres vs. segunda pareja, padres vs. abuelos, padres vs. otros familiares, etc. Es principalmente la manifestación de una campaña de rechazo del niño contra uno de sus progenitores, campaña que no tiene justificación por el comportamiento de este. Es el resultado de la combinación de la programación del padre adoctrinador y la propia contribución del hijo en la denigración del padre objetivo". El surgimiento del (SAP) ha modificado la práctica legal y forense en los más distintos casos judiciales como de divorcio y casos penales de abuso sexual intrafamiliar. En Gardner R.A "*The parental Alienation Syndrome".* (2 ed.). *Creative Therapeutics*, Inc, Cresskill, New Jersey, 1998. Fecha de consulta 20/03/2020.

[243] Sentencia del Tribunal Supremo 320/2011 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 12 de mayo de 2012 (recurso 1334/2008).

ruptura de pareja. Es necesaria una cooperación entre los padres y evitar las disputas familiares para un desarrollo sano del niño.

## 5. Los nuevos pilares de la filiación

La disciplina de la filiación en el siglo XXI debe estar basada principalmente en la igualdad entre los hijos y la protección integral de los niños.

### 5.1 La igualdad entre los hijos

Desde los pensamientos de Platón (*héteron*) la reflexión acerca de la diferencia de lo Mismo y lo Otro, existe. "Algo es algo porque no es otro (aunque para ser lo mismo [A=A] deba ser otro). Toda cosa es idéntica a sí misma tan sólo porque es otra respecto a las demás cosas" [244].

La igualdad es un principio expresado constitucionalmente en España en el artículo 14[245]. En un Estado Social y Democrático de Derecho, la igualdad asume una triple configuración "como valor superior del ordenamiento jurídico, como derecho subjetivo y comandado a los poderes públicos" [246]. Dentro de un marco formal, la igualdad "establece la condición general de que todos pueden ser reconocidos como sujetos del pacto, como iguales, mecanismo por el cual podrán salvaguardar sus diferencias" [247].

El principio de igualdad prohíbe al legislador dar trato distinto a personas que se encuentran en la misma situación, es decir, este principio impone al legislador el deber de "dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma

---

[244] RODRÍGUEZ MAGDA, Rosa María. "Las filosofías de la diferencia". En VALCÁRCEL, Amelia (Coord.). *El concepto de igualdad*. Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994, p. 97.
[245] Artículo 14 de la Constitución Española: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".
[246] MARTÍN SÁNCHEZ, María. *Matrimonio homosexual y constitución*, *ob. cit.*, p. 19.
[247] RODRÍGUEZ MAGDA, Rosa María. "Las filosofías de la diferencia", *ob. cit.*, p.109.

cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable, o que resulte desproporcionada en relación con dicha justificación"[248]. Es necesario que exista identidad de los supuestos fácticos que se buscan comparar, es decir, a lo que se aspira con el principio de la igualdad es que los hechos sustancialmente iguales sean tratados idénticamente con relación a sus consecuencias jurídicas.

La igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación consagra como obligación del legislador no establecer distinciones artificiosas o arbitrarias entre situaciones de hecho cuyas diferencias reales, si existen, carecen de relevancia desde el punto de vista de la razón. Sin embargo, esto no implica que todos estén en condiciones de igualdad en todo tiempo y circunstancia. En algunos casos es necesario su relativización, es decir, es necesario tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales en la medida en que se desigualan (equidad). De esta manera, la desigualdad y la discriminación jurídica, sin razones justificadas, son incompatibles con la dignidad.

Históricamente ha existido una distinción entre los hijos concebidos dentro y fuera de un matrimonio "tradicional", entre un hombre y una mujer. La influencia de la iglesia dentro de este campo del derecho ha sido fuerte. Así, existían distintas clases de hijos (legítimos, ilegítimos y legitimados), con efectos jurídicos diversos para cada clase. La finalidad "oculta" de esta normativa era la protección del patrimonio de la familia matrimonial, la moral y las buenas costumbres. La moral sexual y religiosa siempre ha sido, y sigue siendo, uno de los vectores de la regulación de las relaciones familiares.

El hijo tiene derecho a la determinación de la filiación por naturaleza que le corresponda con respecto al principio de la igualdad de la filiación, sin ninguna discriminación que dependa del estado civil de los padres. En España, la Constitución de 1931 (art. 43) declaró con valor programático que no alcanzó a ser desarrollado por legislación ordinaria, la equiparación de

[248] Sentencia Tribunal Constitucional (Pleno/AUTO 24/2005) de 18 de enero de 2005.

los hijos nacidos fuera del matrimonio a los que nacían dentro, no permitiendo la alusión de legitimidad o ilegitimidad en el Registro Civil[249].

El Código Civil español, en su redacción original, mantuvo la distinción entre filiación legítima e ilegítima. La legítima estaba basada en la procreación de los hijos dentro del matrimonio, con la presunción de paternidad del marido (eran legítimos los hijos nacidos después de ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos a su disolución o separación). Según el artículo 108, solamente la imposibilidad física del marido para tener acceso a su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo era capaz de alejar esta presunción de paternidad. Por otro lado, la filiación ilegítima tenía como base el hecho de que el nacimiento del hijo fuera efectuado en una relación extramatrimonial. Aunque la categoría de hijos naturales se sostuvo para niños nacidos de padres que, al tiempo de la concepción, podían contraer matrimonio sin dispensa o con ella (art. 119.2 del Código Civil español original). Los demás hijos ilegítimos eran en quienes no concurre la condición legal de naturales, definiéndose así por exclusión respecto de los hijos naturales; en otras palabras, serían los nacidos de padres que tenían prohibido contraer matrimonio entre sí.

La relevancia de la diferenciación entre los términos filiación legítima, ilegítima y natural, estaba en que los hijos legítimos tenían *status familiae*, los hijos naturales *status filii* y los hijos ilegítimos no naturales no tenían status familiar[250]. Esta distinción era legitimada por argumentos de mantener y preservar la familia legalmente constituida. El matrimonio era visto para el legislador como sinónimo de garantía de orden y paz. El propósito del Derecho de filiación se guiaba hacia la defensa del matrimonio. El interés del niño era nacer y quedar legítimo[251].

Todos los hijos son iguales ante la ley con independencia de su filiación (art. 39, 2 de la CE). Por tanto, la Constitución española de 1978 igualó a todos los hijos de los mismos padres

---

[249] *Cfr*. POLO ARÉVALO, Eva María. *Estudio de la discriminación de los hijos por razón de su nacimiento*. 1 ed. Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2011, p. 215

[250] *Cfr*. *Ibidem. ob. cit.*, p. 217.

[251] *Cfr*. TAMAYO HAYA, Silvia. "Hacia un modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas". *Revista Digital Facultad de Derecho-UNED*, nº. 6, 2013, p. 275.

en derechos y oportunidades, concebidos dentro o fuera de un matrimonio; respetando así el principio de la igualdad bajo la ley y la prohibición de discriminación por razón de nacimiento[252]. Estos principios pasaron a formar todo el sistema jurídico familiar español, e hicieron que el Código Civil español quedara obsoleto en materia de filiación, generando muchos problemas de artículos que conflictuaban con la Constitución.

En razón de este mandamiento constitucional, el Código Civil español fue actualizado para acabar con las distinciones existentes para con los hijos habidos fuera del matrimonio, con la *Ley 11/1981, de 13 de mayo*, que cambió la sistemática de la filiación, pasando a hablar de filiación matrimonial y no matrimonial. Por consiguiente, el desarrollo legal del principio de igualdad de los hijos ante la ley fue materializado.

La exposición de motivos de la modificación manifiesta la necesitad de equiparar en derechos y oportunidades a todos los hijos de un mismo progenitor, nacidos dentro o fuera del matrimonio, estuvieran o no sus padres casados entre sí, y pudiendo no casarse el uno con el otro. "El legislador ordinario fue claramente conservador, puesto que solo tuvo presente el principio de equiparación de todas las filiaciones para regular sus efectos, esto es, los derechos atribuidos a los hijos. Pero, en los medios para determinar la filiación, estableció importantes diferencias entre los hijos habidos en relaciones matrimoniales o extramatrimoniales. La explicación que se dio en su momento fue que si bien la circunstancia de que la filiación se produzca dentro o fuera del matrimonio debe ser irrelevante para atribuir derechos a los hijos; pero, no debe olvidarse esta situación para la determinación de la filiación puesto que el matrimonio confiere certeza a la paternidad"[253].

Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció el principio de no discriminación entre hijos, independientemente del tipo de lazo paternofilial efectivo que une madre/padre e hijo. El Tribunal de Estrasburgo inicialmente en la Sentencia *Marckx c. Bélgica del 13 de junio de 1979*, en el que expone que madre e hija fueron al tribunal afirmando que

[252] En la materia de filiación el art. 39.2 de la Constitución española: "2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad".
[253] SERNA MEROÑO, Encarnación. "El principio de igualdad en la familia", *Revista jurídica de la Región de Murcia*, nº. 44, 2010, p.152.

la ley belga no permitía el establecimiento de filiación en el acto de registro porque la madre era soltera, y exigía un reconocimiento formal, habiendo una discriminación sucesoria en cuanto a la capacidad de recibir liberalidades de sus madres por ser hijos "ilegítimos". El Tribunal aseveró que, respecto a la relación de trato entre una madre soltera y una casada, había discriminación (violación del art. 14 c/c art. 1 del Protocolo 1) y que, aunque haya un apoyo a la familia tradicional, en este caso no podía haber lesión a los intereses de la familia natural, cuyos miembros debían contar con la misma protección existente en el art. 8 que los miembros de la familia tradicional[254].

Posteriormente, en otras decisiones como *Mazurek c/ Francia, de 1 de febrero de 2000*, *Merger y Cros c. Francia, de 22 de diciembre de 2004*, *Brauer c. Alemania, de 28 de Mayo de 2009 y Genpvese c. Malta, de 11 de octubre de 2011*, es posible decir que la jurisprudencia del TEDH ha cumplido un gran papel para la consolidación del principio de no discriminación entre hijos, sin dependencia del tipo de lazo paterno-filial efectivo que une madre/padre e hijo en los diversos ordenamientos europeos, principalmente en la cuestión sucesoria[255].

Igualmente, en los casos de igualdad de derecho de los padres de hecho o naturales rige el principio de la igualdad, con algunas matizaciones. En el caso *Zaunegger c. Alemania, de 3 de diciembre de 2009*, el Tribunal destacó que la atribución de la custodia se debe basar en el interés superior del niño y que, en caso de conflicto, tal atribución debe estar sujeta a verificación de los tribunales nacionales, no trayendo el gobierno razones suficientes para justificar la diferencia de tratamiento entre padres naturales y los padres casados, y habría violación del artículo 14 con relación al artículo 8. Así, los Estados deben garantizar medidas procedimentales para averiguar en el caso concreto, cuál será la solución que mejor pauta el interés superior del niño[256].

La protección que se busca es que todos los hijos sean iguales, sean ellos biológicos (matrimoniales o extramatrimoniales), adoptivos o socioafectivos. "Sin embargo, este no es un derecho absoluto; en algunos casos pueden ser exigidas limitaciones a otros derechos

---

[254] *Cfr*. SIMÕES DE ALMEIDA, Susana Catarina. "Familia a la luz…", *ob. cit.*, pp.367-368.
[255] *Cfr*. *Ibidem*, p. 379.
[256] *Cfr*. *Ibidem*, p. 386.

(ninguno es absoluto). Lo que está definitivamente prohibido es dar tratamiento diferente para circunstancias concretas idénticas. Entre las excepciones presentes en la ley, podemos citar la determinación de la filiación incestuosa, que depende de la autorización judicial, cuando convenga al menor o incapaz. Esta excepción tiene el objetivo de proteger al niño publicitando de inmediato una relación que podría perjudicarle"[257].

Pese a existir el principio de igualdad entre los hijos, en algunas situaciones específicas, quizás no imaginadas por el legislador en su tiempo, hoy todavía existe un desequilibrio en las relaciones de filiación, por ejemplo, en el derecho a conocer el origen genético de los niños concebidos por técnicas de reproducción asistida, derecho éste que sí poseen los niños adoptados.

### 5.2 El superior interés de los niños y niñas en las relaciones de filiación

Hasta finales del siglo XIX, las niñas y niños eran explotados por ser una mano de obra muy barata, y, además, había un alto porcentaje de mortalidad infantil. Con el crecimiento de los conflictos bélicos en Europa, la sociedad empezó a tener un interés por la protección de los niños. Las primeras reuniones celebradas en la Conferencia de La Haya ya manifestaron la preocupación por el tema de la protección de los niños, con la formulación del Convenio del 12 de junio para regular la tutela de 1902[258]. Simultáneamente, los países también empezaron a prever leyes internas sobre la protección de la infancia, con la intervención de los poderes públicos[259]. En España, se aprobó una ley de protección a la infancia en 1904, inspirada en una francesa de 1874.

Un movimiento social preocupado por la protección de la infancia convoca los primeros encuentros para regular la protección a las niñas y niños, en Bruselas, en el año 1923, naciendo

---

[257] MONJE BALMASEDA, Óscar. "La filiación: aspectos básicos." En LLEDÓ YAGÜE, Francisco (Dir.); MONJE BALMASEDA, Óscar (Coord.). *Las relaciones paterno-filiales, adopción y potestad parental.* Colección Cuadernos Teóricos Bolonia: derecho de familia III. Dykinson SL, Madrid, 2017, p. 18.

[258] Texto firmado por Alemania, Austria, Hungría, España Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Rumania, Suecia, Noruega y Suiza.

[259] *Cfr*. HERRANZ BALLESTEROS, Mónica. *El interés del menor en los convenios de la conferencia de La Haya de derecho internacional privado*.1ed. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 31.

desde entonces algunas organizaciones de protección de la infancia[260]. La aparición de instrumentos internacionales de protección se dio con la *Declaración de los Derechos del Niño*, que fue adoptada por la Asamblea General de la Sociedad de Naciones por unanimidad en septiembre de 1924. Treinta y cinco años más tarde, el 20 de noviembre de 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptaría también por unanimidad una nueva *Declaración de los Derechos del Niño*. La creación del UNICEF en 1946 y la nueva situación de la infancia después de la Segunda Guerra Mundial explica la nueva declaración, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas. Desde esta declaración, las niñas y niños son vistos como sujetos de derechos. El Convenio de Protección de Menores de 1961 en el ámbito de La Haya, cambió la forma de protección con la promoción del sujeto y protección de los intereses individuales. La familia pasó a ser vista de manera distinta, es decir, "ya no se trata solo de un núcleo en el que se transmite la vida, sino que se abre a otras dimensiones en las que se proyecta una manera novedosa de entender el cuidado de los menores y con ello se reordenan las relaciones paternofiliales"[261].

Los niños que llegaron a ser vistos como propiedad privada y patrimonio de los padres, actualmente, son reconocidos como seres con autonomía y capacidad para ser sujetos de sus propios derechos. Hoy, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, ya existe expresamente este nuevo papel de las niñas, niños y adolescentes, simbolizando la idea de que el niño o adolescente ocupa un lugar importante en la familia y en la sociedad. Así, ellos son vistos como sujetos de derechos y merecedores de protección integral, debiendo ser escuchados y teniendo una opinión validada.

Sin embargo, fue solo en 1989 cuando surgió una convención sobre los Derechos de los niños con valor normativo: la *Convención sobre los Derechos del Niño*, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, y firmada por 192 estados (Estados Unidos de América y Somalia no la han ratificado). La convención reforzó los derechos de la infancia y defendió la responsabilidad de la familia y del Estado en la vida de los niños, y la responsabilidad de los padres en materia de atención a sus hijos, fomentando el respeto a la infancia. Incluso

[260] Asociación Internacional para la Protección de la Infancia (Save the Children, fundada en 1919), la Unión Internacional de Socorros de Niños (fundada en 1920) y la Liga de Sociedades de la Cruz Roja (fundada en 1919).
[261] HERRANZ BALLESTEROS, Mónica. *El interés del menor en los convenios…, ob. cit*., p. 36

garantiza la protección y atención a las niñas y niños en situaciones vulnerables y contra toda forma de explotación y violencia[262]. Distinta de las dos declaraciones anteriores citadas, que no obligaban a ningún estado a cumplir con los derechos reconocidos, la Convención de 1989 es más vinculante [263].

La convención un después en la concepción jurídica de la infancia y adolescencia, pasando el niño a ser considerado un sujeto de derechos, en situación de vulnerabilidad por su condición de personas en pleno desarrollo. Además, la convención posibilitó que los niños fueran oídos en todos aquellos procesos en los que fueran parte y la obligación a que sus deseos sean considerados de acuerdo con su edad y madurez. Impuso también a los Estados la obligación de tener políticas que garanticen el acceso a la justicia a aquellos niños que requieran de la protección del Estado. La preocupación fundamental será el interés superior del niño, conforme el artículo 3.1 CDN[264].

El Comité de los Derechos del Niño, en la *Observación General nº.7 de 2005*, Ginebra, de 12 a 30 de septiembre, interpretó que la responsabilidad otorgada a los padres y a los tutores está conectada al requisito de que actúen en el interés superior del niño. Es un principio general de interpretación de todas las normas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la *Opinión Consultiva OC-17/02,* solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, interpretó que la expresión "interés superior del niño" implica el pleno desarrollo del niño con protección de todos los Derechos económicos, sociales y culturales[265].

---

[262] El preámbulo de la convención afirma que: "La Convención, a lo largo de sus 54 artículos, reconoce que los niños (seres humanos menores de 18 años) son individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones. Además, la Convención es también un modelo para la salud, la supervivencia y el progreso de toda la sociedad humana".

[263] *Cfr.* DÁVILLA BALSERA, Paulí; NAYA GARMENDIA, Luis María. "La Evolución de los Derechos de la Infancia: Una Visión Internacional". *Universidad Complutense de Madrid: Encounters on Education* vol. nº 7, Fall, 2006, pp. 75-77.

[264] Artículo 3.1 de la CDN: "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".

[265] Opinión Consultiva 17/02 Corte Interamericana de Derechos Humanos. V- Definición de niño. 38. El artículo 19 de la Convención Americana, que ordena adoptar medidas especiales de protección a favor de los niños, no define este concepto. El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño indica que "niño [es] todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. 39. En las Reglas de Beijing, en las Reglas de Tokio y en las Directrices de Riad se utilizan los términos "niño" y "menor" para designar a los sujetos destinatarios de sus disposiciones. De acuerdo con las Reglas de Beijing "menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por cometer un delito en forma diferente a un adulto". En las Reglas de Tokio no se establece salvedad

En la *Convención sobre los Derechos del niño de 1989* no se usa el vocablo "menor", y tampoco en las nuevas normas jurídicas, por su connotación negativa. Como afirma MIZRAHI: "Desde el ángulo de la interdisciplina –el psicoanálisis en niños– se observó que la expresión 'menor' entraña una mentalidad retrógrada que no inspira confianza al ser humano, ni adulto ni niño, en sus relaciones con los demás, y en nuestro terreno –el jurídico– se dijo que el término no se corresponde con lo que manda nuestra Constitución, pues dicha alusión comporta un estigma discriminatorio que cosifica al niño. Por lo demás, el uso constante de "menor" pareciera querer poner el acento –consciente o inconscientemente– más en la inmadurez que en la potencialidad de los hijos, con la posible consecuencia de marginarlos y trabar su papel protagónico en el campo de las relaciones humanas" [266].

El Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, ha publicado la *Observación General nº14* sobre el derecho al interés superior del menor, previsto en el artículo 3.1 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, en 2013, afirmando una triple perspectiva: como un derecho, un principio y una regla de procedimiento[267]. Además, en este documento,

alguna al límite de dieciocho años de edad. 42. En definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por "niño" a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad. Fecha de consulta 31/08/2019.

[266] MIZRAHI, Mauricio Luis. *Responsabilidad parental*. 1 ed. Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p.888

[267] El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la convención y sus protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos. En BARTOLOMÉ TUTOR, Aránzazu. *Los derechos de la personalidad del menor de edad: su ejercicio en el ámbito sanitario y en las nuevas tecnologías de la información y comunicación*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 67.

el comité elabora una lista para la evaluación del interés superior, que no es numerus clausus, es decir, permite una flexibilidad para considerar también otros criterios posibles[268].

En sede europea podemos citar la Carta Europea de Derechos del Niño aprobada por el Parlamento Europeo el 8 de julio de 1992, el *Convenio de La Haya sobre Protección del Niño y Adopción Internacional del 29 de mayo de 1993* y la *Recomendación 1443 de 2000 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa*, que traen disposiciones incorporadas internamente por muchos países, como España (Código Civil español, art. 108 a 141en materia de filiación y *Ley 26/2015 del 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* ).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene aplicando el principio del superior interés de los niños, reconociendo principalmente, sobre todo, lo que se refiere al reconocimiento de lazos familiares. Entretanto, su actuación es todavía muy pequeña en este punto. El Tribunal casi siempre suele contestar apenas a lo que han preguntado, sin adentrarse en cuestiones teóricas del interés superior del niño[269].

---

[268] El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General nro. 14 del año 2013, definió el concepto del "interés superior del niño", subrayando que "es un concepto triple: a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El art. 3º, párr. 1º, establece una obligación intrínseca para los estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados parte deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos".

[269] *Cfr.* SANZ CABALLERO, Susana. "La Jurisprudencia del TEDH sobre el interés superior del niño: La custodia y los derechos de visita como casos de estudio". En SANZ CABALLERO, Susana. (Dir.) *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española.* Editorial Thomas Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 35

El artículo 39 de la Constitución española explicita el principio de la protección integral[270]. Este, más que un principio general de Derecho Privado constituye un principio constitucional; son "mandados de optimización" susceptibles de cumplimiento en diferentes grados. Reconoce el deber constitucional de los poderes públicos de asegurar (la protección integral de los hijos- art.39.2 CE) y también establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 CE).

La *Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor del 15 de enero*, de modificación parcial del Código Civil español y de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC), cambiaron la protección del niño, con la corroboración de que los niños gozan de todos los derechos que les reconoce la Constitución española y tratados internacionales de los que España sea parte[271]. Aunque el superior interés sea un concepto variable que depende de muchos factores, el principal es que se busque en cada caso lo mejor para el niño, garantice el libre desarrollo de su personalidad, evite daños y que los poderes públicos tengan este superior interés como orden público[272]. Además, los padres o las personas que tienen la responsabilidad parental son quienes deben saber lo que es mejor para los niños. El juez solo interviene en

[270] Artículo 39 de la Constitución española**: "…**1. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 2. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 3. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

[271] Artículo 2.2 Ley 1/1996 del 15 de enero "A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad".

[272] *Cfr*. CHACÓN MARTINEZ, Ana. *El interés superior del menor: historia de un reconocimiento jurídico en los derechos humanos para la infancia (siglos XVIII-XXI*). Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, Murcia, 2019, p.41.

casos de conflictos, por la razón de que se debe primar las soluciones familiares frente a las institucionales, intentando mantener al niño en la familia de origen[273].

Finalmente, una vasta reforma ha sido realizada en el sistema de protección de la infancia y adolescencia por la *Ley 26/2015, de 28 de julio* de modificación del Sistema de Protección de la Infancia y Adolescencia y la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del Sistema de Protección de la Infancia y Adolescen*cia. El superior interés pasa a tener en el ordenamiento español un contenido triple: derecho sustantivo, principio general de carácter interpretativo y norma de procedimiento[274].

El superior interés tiene contenido de derecho sustantivo en el sentido de ser necesaria la utilización de una ponderación, cuando existe la presencia de otros intereses, con la adopción de medidas que efectivamente reflejan al menor respecto a su mejor interés. Por otro lado, es un principio general de carácter interpretativo, ya que cuando existe una norma jurídica con más de una interpretación, se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Deben priorizarse las medidas que respondan al interés del menor, siempre y cuando respeten los otros intereses legítimos presentes, en la media de lo posible, y, en caso contrario, debe primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, siempre valorando los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectadas. Por fin, el superior interés del niño es una norma de procedimiento, debiendo las garantías procesales observar los derechos de los niños a ser informados, oídos y escuchados, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.

Además, es necesaria la intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos con formación suficiente para determinar las necesidades específicas de los niños; la participación de los padres, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos, y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses. La decisión debe tener en su motivación los criterios utilizados, los elementos

---

[273] *Cfr.* ADROHER BIOSCA, Salomé. "La reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades". En MAYOR DEL HOYO, María Victoria (Dir.). *El nuevo régimen jurídico del menor…ob. cit.*, p. 48
[274] *Cfr. Ibidem*., p. 41

aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas. Es primordial la existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del niño como primordial, o en el caso en que el propio desarrollo del menor o los cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión, hagan necesario revisarla. Finalmente, en los casos legalmente previstos, los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Lo más importante es que los tres contenidos poseen la misma finalidad, garantizar el respeto a efectos de todos los derechos del niño, siempre primando su desarrollo integral[275].

La interpretación y aplicación del interés superior del niño teve los criterios alterados para estar de acuerdo con la *Observación General* núm. *14, del 29 de mayo del 2013*, del Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño. El artículo 2.1 de *Ley orgánica 1/1996*, pasó a ter nueva redacción con la *Ley Orgánica 8/2015*, el interés superior del niño pasa a ser considerado primordial, con criterios de interpretación y aplicación generales definidos. Sin embargo, como "el super interés del niño" es una cláusula general, es difícil establecer un único concepto cerrado para definirlo. Es en realidad, un concepto jurídico indeterminado, que necesita una valoración en cada caso concreto para justificar la medida más apropiada al niño (*STS 323/2012, de 25 de mayo de 2012 y STS 748/2014, de 11 de diciembre de 2014*[276]).

El principio del interés superior del niño ha sido definido también por la Corte Interamericana[277] en la *Opinión Consultiva OC-17, de 28 de agosto de 2002*, como un

---

[275] *Cfr*. FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana. "Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol.51, no.151, México, ene./abr., 2018, p.117.

[276] Sentencia del Tribunal Supremo 323/2012, (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 25 de mayo de 2012 (recurso 1395/2010). La decisión afirma que l superior interés del niño determina que hijos tienen derecho a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 748/2014, (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 11 de diciembre de 2014 (recurso 30/2014). La decisión afirma que la protección del interés del niño equilibra, en la medida de lo posible, el contacto con ambos progenitores, pero resaltando que el contacto nunca podrá ser igual que antes de la crisis conyugal.

[277] La *Convención Americana de Derechos Humanos, 1969* ha sido ya ratificada por 25 estados (Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela). Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala Fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999). En esta sentencia, por primera vez, la Corte hace una remisión directa al CDN para poder dotar de contenido al artículo 19 de la CADH, así como para integrar las normas internacionales de protección de los derechos fundamentales de la infancia dentro de los estados de la región, tal como pone de manifiesto en el párrafo 194: "Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus iuris internacional de protección de

"principio regulador de la normativa de los derechos del niño", que tiene por base la dignidad humana, con las peculiaridades propias de los niños, por estar en y el desarrollo, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades[278].

En los ordenamientos anglosajones hay una lista de situaciones en la que el concepto del principio de superior interés es tratado como una cláusula general; debiendo la autoridad interpretarlo de la mejor manera posible, como el ordenamiento inglés *Children Act de 1989*, que "entre los criterios, están los deseos y sentimientos del niño que serán tenidos en cuenta dependiendo de su edad y madurez, distintas necesidades básicas como las físicas, emocionales y educativas, la estabilidad del menor centrado fundamentalmente en que no se produzca un cambio en el entorno que le rodea, la capacidad de la persona a la que se otorga la custodia del menor para su cuidado, así como la satisfacción de sus necesidades, etcétera"[279]. En el ordenamiento americano *Uniform Marriage and Divorce Act*, debe ser utilizado el superior interés del niño con carácter general, por los órganos judiciales siguiendo los siguientes criterios: "los deseos del menor en torno a la persona con la que quiere estar, así como en relación al lugar de residencia, el tiempo que el menor ha estado bajo la protección del progenitor que pretende asumir la custodia y las circunstancias del mismo, los deseos de los padres relativos a la custodia y al lugar de residencia, la salud mental y física de todas las partes, etcétera"[280].

En los ordenamientos latinos y germánicos, el superior interés también es una cláusula general, con concepto indeterminado, que opera con doble sentido: "a) como instrumento informador de instituciones que afectan a las personas que se pretenden proteger (*patria potestad*, tutela, desamparo y acogimiento, adopción) para lo que da directrices para la consecución de fines constitucionales (protección de los menores); b) proporciona criterios de interpretación (eminentemente teológica) coherentes con ese principio y sistema de valores

---

los derechos de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana". A partir de este pronunciamiento, la CIDH se ha reiterado en que el art. 19 de la CADH debe interpretarse en consonancia con los principales instrumentos internacionales que se encargan de los derechos de la infancia.

[278] Corte Interamericana de Derechos Humanos- opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Fecha de consulta 03/03/2020.

[279] HERRANZ BALLESTEROS, Mónica. *El interés del menor en los convenios…*, *ob. cit*., p. 47.

[280] *Ibidem*, pp. 47-48.

subyacentes, de normas directas o conexas que alcanzan a menores; y c) deviene norma supletoria de aplicación fuera de lo tipificado (función de integración del ordenamiento)" [281].

Entonces resulta que, en materia de filiación, los órganos jurisdiccionales deben tener en cuenta la primacía del interés superior del niño en todas las demandas; sea en los casos de reclamación o impugnación de la filiación, o sea para estimular o desalentar la acción de determinación, como a la hora de fijar medidas de protección[282].

En la doctrina también es compleja la tentativa de definir el concepto del superior interés. Para GARCÍA MEDINA es "una norma deóntica o regulativa (regula conductas), que desde un punto de vista estructural (configura de forma abierta las circunstancias que constituyen sus condiciones de aplicación) es un principio en sentido estricto (no una directriz) pues exige un cumplimiento pleno al prevalecer sobre cualquier otro principio; en cuanto norma que supone razones para la acción en su dimensión directiva, este principio aportaría razones no protegidas o no perentorias, puesto que la determinación de su prevalencia requiere la deliberación del destinatario (autoridades diversas, y evidentemente también los tribunales); desde la perspectiva justificada o valorativa como razones para la acción, el principio del interés "superior" del menor constituye razones de corrección que presuponen valores últimos; y por último, atendiendo a la función social que cumple este principio en cuanto a norma regulativa y en relación con los poderes e intereses sociales, exige un juicio de ponderación al ser aplicado, dado que no atribuye al órgano aplicador un poder discrecional, en cuanto a los medios y los fines, ejerciendo una función negativa o de límite en la persecución de interés"[283].

---

[281] GARCÍA MEDINA, Javier. "La reforma del derecho de familia desde un enfoque de derechos Humanos". En GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (y otros). *Los derechos actuales en el derecho de familia*. Lex Nova Thomson Reuters, Valladolid, 2013, p. 168.

[282] La decisión del TEDH de 31 de mayo de 2018 asunto *Bagniewski c. Polonia*. el Tribunal afirmó que, aunque el examen de ADN permite determinar con certeza la existencia de vínculos biológicos entre diferentes personas, no puede considerarse esta una prueba concluyente en el contexto del procedimiento. Además, el derecho interno no prevé ninguna medida que permita obligar al niño a someterse a pruebas de ADN, aún más cuando goza de una filiación legítima larga. Por fin, para el Tribunal no es arbitrario ni desproporcionado la resolución del órgano jurisdiccional nacional que da más peso al interés del niño que al posible interés del solicitante en obtener la verificación de los datos biológicos.

[283] GARCÍA MEDINA, Javier. "La reforma del derecho de familia …*", ob. cit*., p. 166

Para algunos doctrinadores, esta falta de determinación conceptual y la ausencia de criterios establecidos es negativa, dado que hay un espacio muy amplio de valoración por parte de los intérpretes. Sin embargo, también hay que ver esta situación desde otro punto que puede ser positivo, porque permite que el juzgador se acerque más a la situación concreta y verifique las necesidades reales y deseos del niño[284]. Lo que es seguro es que el interés del niño debe de representar de forma conjunta o alternativa una ventaja efectiva para el niño o evitar una pérdida, un prejuicio para él. Tales posibilidades pueden tener los atributos cambiados y afectar a diferentes ámbitos de la esfera de un niño[285].

Desde el punto de vista jurídico, el interés del niño corresponde a valores y criterios jurídicos y sociales, dando respuesta jurídica a conflictos personales y de orden colectiva. De todas maneras, no se pueden alejar los valores inseridos en una sociedad en esa materia. Es el componente ético-social el que hace la aproximación de la búsqueda a lo que más interesa a los niños y adolescentes, con la máxima protección, teniendo como límite el derecho de los demás (debiendo haber proporcionalidad)[286].

Objetivamente, el superior interés del niño está en la protección de sus derechos fundamentales (dignidad, integridad física y moral, vida material y espiritual digna, libertades) y la concretización del bienestar psíquico y felicidad mínima de la persona. Con el fin de crear un equilibrio emocional y afectivo para el niño, se deben individualizar sus derechos, creando un espacio en el que pueda desarrollar sus aptitudes y la afirmación de su identidad[287].

Los niños hacen parte de un grupo de personas vulnerables que necesitan de una protección especial, siendo la infancia una etapa vital en el desarrollo de la personalidad de cualquier ser humano. Como se ha visto, la definición del interés superior del niño es complejo, siendo difícil una definición única.  Lo mejor es analizar el principio en un caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada niño, en un momento particular. El concepto de interés superior es flexible y adaptable.

---

[284] *Cfr.* RODA Y RODA, Dionisio. *El interés del menor en el ejercicio de* la *patria potestad: el derecho del menor a ser oído*. Editorial Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, p. 38.
[285] *Cfr.* RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El interés del…, ob. cit., p.* 62
[286] *Cfr. Ibidem, ob. cit.,* pp. 68-69.
[287] *Cfr. Ibidem,* pp. 274 -275.

En los casos en los que hay conflicto de intereses, es necesario analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el interés superior del niño es una consideración primordial con máxima prioridad (*STS 426/2013, de 17 de junio de 2013*[288]).

Por lo expuesto, no hay duda de que el superior interés de los niños y de las niñas demanda una protección mejor y una actualización para que sea posible el reconocimiento de vínculos de filiación de efectivamente reflejan la familiar de los niños. La filiación necesita ser repensando de forma general a la luz del principio del superior interés de los niños y a los nuevos tipos de familias. Las antiguas fórmulas de las presunciones existentes en gran parte de los códigos civiles occidentales provenientes del Derecho Romano *pater is est quem nuptiae demonstrant* que el código de Napoleón recogió, y que atribuye la paternidad de la descendencia al marido de la esposa que da a luz, ya no soluciona muchos casos actuales. En el concepto actual de filiación, la voluntad es el elemento que crea vínculo jurídico, principalmente cuando la procreación es realizada con el auxilio de los avances científicos, en caso de adopción o socioafectividad, como vamos a estudiar más profundamente en el capítulo V del presente trabajo.

### 6. Concepto actual de Parentalidad

Aunque el concepto de parentalidad en muchos ordenamientos jurídicos todavía está basado en el modelo "tradicional" de familia: heterosexual, biparental-un padre y una madre[289]-, la doctrina y la jurisprudencia empezaron a separar la conyugalidad de la

[288] Sentencia del Tribunal Supremo 426/2013, (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 17 de junio de 2013 (recurso 1789/2011). La decisión señala que no hay que establecer limitación alguna a la atribución del uso de la vivienda al progenitor otorgado por el artículo 96 CCE. El interés prevalente del niño es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus padres y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que al fin debe condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los padres. como a los alimentos presentes y futuros.

[289] *Recomendación REC (2006) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre las políticas de apoyo al ejercicio positivo de la parentalidad*, que alienta a los Estados a reconocer la importancia que revisten las responsabilidades de los padres y la necesidad de prestarles suficientes apoyos para

parentalidad; una vez que reconoce que la parentalidad no está necesariamente conectada a la conyugalidad o a la sexualidad. La familia está destinada a ser un instrumento de felicidad, es un medio para que sus miembros construyan una atmósfera de afecto, empatía, consideración y responsabilidades mutuas, no contando ésta con una estructura única de formación, como vimos.

El parentesco consiste en la relación existente entre dos o más personas derivada de una relación familiar. Los vínculos familiares poseen una mayor importancia de acuerdo con la proximidad y cercanía del parentesco. Existe tres modalidades de parentesco en la legislación española: 1- por consanguinidad: vincula a las personas que descienden unas de otras de forma directa (parentesco en línea recta; ejemplos: abuelos, padres, nietos), o indirecta (parentesco en línea colateral, ejemplos: hermanos, primos hermanos)[290]; 2- adoptivo (absoluta y totalmente equiparado al parentesco por consanguinidad); 3- por afinidad (relación existente entre uno cualquiera de los cónyuges y los parientes por consanguinidad del otro cónyuge; ejemplos: cuñado, suegro, yerno).

En Brasil el Código Civil en su artículo 1.593 define que el parentesco es natural o civil, conforme derive de la consanguinidad u otro origen. Dentro del "otro origen" la doctrina define que está el parentesco socioafectivo[291]. El parentesco socioafectivo es el parentesco ejercido por la posesión de estado, derivado de la afectividad que une las personas en una relación familiar. La parentalidad socioafectiva está consolidada en la doctrina y en la jurisprudencia brasileña, existiendo la posibilidad de reconocimiento legal de la filiación no biológica (socioafectiva) en igualdad de derechos de los niños biológicos. Este reconocimiento es hecho judicialmente para los niños menores de 12 años, y para los mayores el reconocimiento voluntario de una maternidad o paternidad socioafectiva puede ser hecha directamente ante el Registrador Civil, debiendo el solicitante demostrar la socioafectividad

---

criar a sus hijos, no contempla ni recoge la complejidad de estas familias reconstituidas. En ese documento se sigue asociando la parentalidad a los padres y a las madres, entendiendo por tales aquellos y aquellas a las que se les asigna el rol de madre y padre por los vínculos biológicos que tienen con sus hijos/as y que se utiliza en los documentos oficiales, en concreto, en este. Es decir, los roles de padre y madre están pensados desde un modelo de familia heterosexual, biparental y nuclear que precede a la definición de padre y madre.

[290] Artigos 915 e seguintes del Código Civil Español.

[291] *Cfr.* DIAS, Maria Berenice. "Multiparentalidade: uma realidade que a Justiça começou a admitir". Disponible en:http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13075)MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta.pdf, fecha de consulta 03/03/2020.

por los medios legales admitidos, así como mediante documentos, tales como: nombramiento escolar como responsable o representante del alumno; registro del niño en un plan de salud o en una agencia de seguridad social; registro oficial de que viven en el mismo hogar; vínculo de conyugalidad - matrimonio o unión estable - con el ascendente biológico; registro como dependiente del solicitante en entidades asociativas; fotografías en celebraciones relevantes; declaración de testigos con firma notarial. Siendo exigido el consentimiento del niño (*Provimento 83, de 14 de agosto de 2019 del Consejo Nacional de Justicia de Brasil*).

Existe una diferencia entre parentesco y parentalidad. El primero está relacionado con los lazos biológicos de consanguinidad real o ficticia (estatus reconocido y garantizado por el Código Civil); en cuanto el segundo, se refiere al ejercicio de las tareas relacionadas con la crianza, los cuidados y la educación de los/as niños/as (corresponden al estatus de padres, pero que los padres pueden dejar y/o compartir con otras personas, sin por ello perder esta cualidad de padres)"[292]. La parentalidad está más conectada con lo psicológico, el deseo, la voluntad de ser madre o padre. Como explica MONTAGNA "el término parentalidad es un neologismo en español, que deriva de otro neologismo del francés creado por el psiquiatra y psicoanalista Paul-Claude Racamier al reunir las palabras maternalité y paternalité. En inglés, parenthood significa el estado de ser padre y parenting, el ejercicio conjunto: maternidad y paternidad. (…). En francés, *parent* puede significar «padre, madre o miembro de la familia», de la parentèle, «conjunto de parientes, parental, relativo a los padres» (grandparents, en inglés y francés). Asimismo, *apparenter* significa (convertirse en pariente, aliarse por matrimonio y, más adelante, «tener una semejanza», a partir del siglo XVII La palabra fue exportada al inglés *parent* con el mismo significado, alguien que da vida a otro, incluyendo las palabras *parturition* y *puerpera*l. En portugués, el término *parente* no tiene la connotación de padres, se restringe al conjunto de la parentela, significando «consanguíneo, de la misma familia». Cuando la pertenencia a la familia es por casamiento y no por afinidad, se le dice pariente afín, mientras que el término parentesco, «que pertenece a la misma familia», tiene connotación de consanguinidad"[293]. Por esto, debemos utilizar la expresión parentalidad para

[292] RIVAS, Ana-María. "El ejercicio de la paternidad en las familias reconstituidas". *Portuaria*, vol XII, nº.02, diciembre de 2012, p. 39.
[293] MONTAGNA, Plinio. "Parentalidad socio-afectiva y las familias actuales". *Derecho PUCP: Revista De La Facultad de Derecho*, nº. 77, 2016, p. 226.

describir a las personas que tendrán un contacto directo con la crianza, los cuidados y la educación de las/os niñas/os.

Vivimos una realidad de familias plurales, siendo adecuado estipular la diferencia de madre/padre y progenitores, tanto para establecer papeles para nuevas personas que puedan aparecer en las familias reconstituidas, como en los casos de divorcio donde hay nuevo matrimonio con la nueva pareja de la madre o del padre, también ejerciendo la responsabilidad parental por medio de la socioafectividad. En estos casos RIVAS afirma que "el mantenimiento de las relaciones anteriores ha dejado de ser un axioma, algo evidente, y se convierte más bien en un motivo de reflexión y negociación"[294]. Debemos repensar el papel de la madrastra y padrastro, y verificar en qué casos estas situaciones pueden llegar a formar una pluriparentalidad dentro de un consenso familiar.

En la mayoría de los actos y tratados del ámbito de la organización del Consejo de Europa, la protección es dada a la persona humana como titular de derechos, del mismo modo en los casos en los que ese individuo forma parte de una unidad familiar. Por las sentencias del TEDH es posible observar la importancia que este Tribunal concede a la existencia de relación biológica de filiación frente a planeamientos que parecen pretender relajar esta importancia, o hasta extinguirla en relación con los vínculos legales de filiación "socioafectividad"[295]. En el Tribunal Europeo de Derechos Humanos las demandas son presentadas por vulneración de los arts. 6 (derecho a un proceso equitativo), artículo 8º (derecho al respeto a la vida privada y familiar) y art. 14 (prohibición de discriminación) del Convenio del Consejo de Europa de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Con todo esto, queda claro que el vínculo biológico por sí solo no tiene la fuerza suficiente para el reconocimiento de la vida familiar; sino que va unido a otro tipo de indicios.

---

[294] RIVAS, Ana-María. "El ejercicio de la …", o*b. cit*., p.31.

[295] En la sentencia *ÇAPIN v. TURKEY* de 15 de octubre de 2019, el TEDH entendió que el derecho a conocer los ascendientes biológicos entra dentro del concepto de "vida privada" que recoge el artículo 8 CEDH. Afirmando que los Estados tienen derecho a establecer unos límites temporales al ejercicio de las acciones de paternidad o filiación, dada cuenta que cabe garantizar la seguridad jurídica con respecto a las relaciones familiares, evitándose, así mismo, que los padres se vean sometidos a reclamaciones totalmente extemporáneas. Además, el TEDH también señala que el interés vital en conocer la verdad sobre la identidad biológica no desaparece con la edad, sino justo lo contrario.

## III- LA FILIACIÓN: ENTRE LA VERDAD BIOLÓGICA Y LA VERDAD SOCIAL

### 1. Entre la realidad de la sangre y la veracidad de hecho

Desde el momento en que pensamos en la familia como convivencia humana con un proyecto en común basado en el afecto, algunas preocupaciones con la filiación biológica e ideologías, religión y corrientes antropológicas dejan de ser jurídicas[296]. La vida familiar aparece cada vez más como un instrumento de autorrealización de los miembros que la componen, y no como un fin en sí misma. La familia como tal no tiene ninguna obligación o derecho; son las personas que forman el organismo familiar las acreedoras de derechos y quienes ostentan los derechos subjetivos que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza. "La familia no tiene razón de ser en ella misma, circunstancia que legitimaría su personificación, sino en las funciones y servicios que presta a sus componentes, en cuanto personas físicas unidas entre sí por lazos de sangre, afecto o por vínculos jurídicos" [297].

Un Derecho de las Familia que interviene en la vida privada de cada uno, es característico de los modelos de familias codificados, donde hay conductas definidas por el legislador. Sin embargo, la función del ordenamiento jurídico es identificar las situaciones en las que efectivamente existe vida familiar, a fin de protegerlas. Esta comprobación debe ser hecha mediante la verificación objetiva de las conductas, verificando la real intención de las partes, lo que permite, así, una cierta apertura del sistema jurídico.

Cuando se da el reconocimiento de la autonomía privada del individuo, la prioridad cambia de punto de vista y pasa a estar fijada en la protección de la personalidad y su desarrollo. De esta manera, deja de ser razonable la existencia de legislaciones con alto grado de descripción de los modelos de familia, es decir, legislaciones rígidas, que no aceptan la realización de la hermenéutica Constitucional, para ampliar situaciones no previstas expresamente. Debe existir el reconocimiento de que son los propios sujetos (en pareja o no)

---

[296] *Cfr*. NAMUR, Samir. *Autonomia privada* para..., *ob. cit,* pp.164 - 166.
[297] ALONSO PÉREZ, Mariano. "La familia y el derecho de familia", *ob. cit*., p. 58.

los que definen cómo será la convivencia entre ellos y los cuidados respecto al patrimonio familiar[298].

Se aplica, de esta forma, la concepción eudemonista de la familia (de origen griego; se justifica todo aquello que sirve para alcanzar la felicidad). No es más el individuo que existe para la familia y para el matrimonio, sino la familia y el matrimonio que existen para el desarrollo personal del ser humano, en busca de su aspiración a la felicidad. ZIGGIOTTI DE OLIVEIRA define la familia eudemonista como aquella en la que hay realización personal de los miembros que hacen parte del núcleo familiar, incluyendo la individualización de todas las formas de relacionamientos afectivos modernos[299]. Sin embargo, esta satisfacción de cada uno no busca la sumisión del otro; debe darse la sintonía entre el "yo" y el "otro", entre la realización personal y responsabilidad, entre independencia y conexión[300]. La entidad familiar debe ser protegida como un medio para buscar la felicidad de cada uno de sus individuos, debiendo el afecto ser el vínculo que mantiene las parejas juntas sean ellas homosexuales o heterosexuales, unidas o no por matrimonio civil. Cuando ya no hay comunión de vida y afecto, el mantenimiento de la conyugalidad no está justificado. Por otro lado, el final de la conyugalidad no significa el final de la familia si hay hijos, sino solo la transformación de ese núcleo familiar en binuclear[301].

El ser humano tiene el derecho a la búsqueda de la felicidad, por lo tanto, el Estado no puede encuadrar la realidad familiar de cada uno en modelos preconcebidos por la ley, transportándose la racionalidad hacia el Derecho de las Familias. Es el Derecho el que debe adecuarse a las voluntades y necesidades de las personas. Este derecho a la felicidad fue reconocido por primera vez en la Suprema Corte Americana en el caso *Meyer v. Nebraska de 1923*[302]. En este caso, un profesor alemán pidió la inconstitucionalidad de una ley del Estado

---

[298] *Cfr.* NAMUR, Samir. *Autonomia privada para..., ob.cit.*, p. 160.
[299] *Cfr.* ZIGGIOTTI DE OLIVEIRA, Ligia. *Olhares feministas sobre o direito das famílias contemporâneo: Perspectivas críticas sobre o individual e o relacional em família*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 74.
[300] *Cfr.Ibidem*, p. 76.
[301] *Cfr.* CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Direito das famílias, ob. cit., p.90.*
[302] Este precedente fue esencial para la más reciente decisión de la Suprema Corte sobre matrimonio entre personas del mismo sexo, en el caso *Obergefell V. Hodges*, de 2015, 576 US, en que la mayoría del colegiado consideró que la Constitución exige el reconocimiento, por los Estados, del matrimonio de parejas homoafectivas, en la medida en que el derecho a casarse es consecuencia esencial del derecho a la búsqueda de la felicidad.

de Nebraska que prohibía la enseñanza, en cualquier escuela privada, confesional, parroquial o pública, de cualquier idioma moderno, que no fuera el inglés, a cualquier niño. La ley buscaba ir contra los inmigrantes alemanes, en el contexto de la primera guerra mundial. Sin embargo, la Corte Americana declaró inconstitucional la ley, afirmando que el derecho a la búsqueda de la felicidad es una norma constitucional implícita y que la ley sería inválida porque interfería en la vocación de los maestros, en las oportunidades de los estudiantes para adquirir conocimientos y en la prerrogativa de los padres de controlar la educación de sus descendientes.

Después de esta decisión, el derecho a la felicidad adquirió una orientación constitucional hermenéutica, principalmente para los casos de Derecho de Familia en Estados Unidos y esta concepción ya se está expandiendo para países de c*ivil law.* En Brasil ya existen decisiones del Tribunal Supremo, que con base al derecho a la felicidad y en los derechos a la personalidad, otorgan el derecho al reconocimiento a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo y también a la multiparentalidad (existencia simultánea de paternidad socioafectiva y paternidad biológica) con la premisa fundamental de que la ley debe servir para dar la plena satisfacción de un derecho a las personas y no solo para encontrar una respuesta formal a un caso presentado a los Tribunales[303].

Principalmente en el campo del Derecho de las Familias es dónde la autonomía reproductiva humana viene ganando cada día nuevos contornos y necesidades, el replanteamiento de nuevos valores esenciales para la determinación y reconocimiento de vínculos de filiación es de una importancia trascendente. La protección a la vida privada debe incluir el respeto a las decisiones de convertirse en madre o padre de un niño.

Además, a fin de proteger el derecho a la autonomía privada y la libertad reproductiva, debe garantizarse el derecho a controlar la fecundación y la salud reproductiva (acceso a servicios de salud reproductiva)[304]. Para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y

[303] Sentencia Supremo Tribunal Federal de Brasil- (ADI 3300 / DF), del 3 de febrero de 2006; y (Recurso Extraordinário nº 898.060 -São Paulo), de 24 de agosto de 2017.

[304] El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos".

Culturales, la salud genésica significa que "la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención a la salud"[305].

El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente en el *Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994*[306], y la *Declaración y el Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, celebrada en Beijing en 1995, que contienen definiciones de la salud reproductiva y de la salud de la mujer[307].

Además, se está observando un momento de traslación de la verdad absoluta del elemento puramente biológico por elementos sociológicos y psicológicos como el afecto, o la firme voluntad de asumir el rol de madre o padre. Las últimas décadas han traído nuevas posibilidades de procreación sin relaciones sexuales que separaron la filiación de la genética. Aunque, los avances científicos en la biología cambiarán la tradicional forma de determinación de la filiación, con identificación de la verdad genética, ésta en muchos casos ya no coincide con la relación de filiación efectivamente existente. La verdad es que debemos

---

[305] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General nº. 14 "1. La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley". Referente al artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 de 16 de diciembre de 1966.

[306] De acuerdo con la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, "los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.

[307] Declaración y Plataforma de Beijing de 1995: "30. Garantizar la igualdad de acceso y la igualdad de trato de hombres y mujeres en la educación y la atención de salud y promover la salud sexual y reproductiva de la mujer y su educación; 74. (…) La falta de sensibilidad de los educadores de todos los niveles respecto a las diferencias de género aumenta las desigualdades entre la mujer y el hombre al reforzar las tendencias discriminatorias y socavar la autoestima de las niñas. La falta de educación sexual y sobre la salud reproductiva tiene profundas repercusiones en la mujer y el hombre. 94. La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos".

considerar que la relación jurídica de filiación actual debe contener elementos metajurídicos como el afecto y la voluntad.

Por todo este cambio, nos encontramos en el momento de reconsiderar el concepto de paternidad. En esta misma línea de pensamiento sostiene VERDERA SERVER que hay tres factores que sugieren este nuevo replanteamiento del concepto de paternidad. "En primer lugar, la incidencia de las técnicas de reproducción asistida. En segundo lugar, la ruptura y la sucesión temporal de relaciones horizontales en la familia, que implican que quienes no sean biológicamente progenitores asuman funciones parentales. Y, en tercer lugar, un mayor interés por los aspectos psicológicos del hijo y sus relaciones y por una visión antropológica de la paternidad, con la admisión de la posible existencia de un padre psicológico o social que tampoco coincida con quien lo es biológicamente" [308].

Si el concepto de familia no puede ser reducido a modelos estandarizados ni es lícita la jerarquización entre las diversas formas de filiación, es necesario repensar bajo el ámbito jurídico las formas por las cuales la parentalidad puede manifestarse. Claramente no es tan simple pensar en autonomía de la voluntad como forma de "contrato" para el derecho a la filiación, y como el origen de derecho y obligaciones entre padres e hijos. Sin embargo, en casos de inseminación artificial heteróloga, adopción, gestación por sustitución, y filiación por la afectividad nos hacen reflexionar sobre esta nueva situación de hecho.

Se debe repensar el concepto de la filiación, dando mayor importancia al amor, el afecto, el cuidado y la solidaridad. Debemos tener el principio del mejor interés del niño como punto clave. El vínculo de parentesco debe identificase a favor de quien el hijo considera que es su padre, aquel que asume las responsabilidades resultantes del poder familiar. MONJE BALMASEDA afirma: "El hecho biológico no puede ser constatado por sí mismo, y de ahí que el derecho establezca los presupuestos de hecho a los cuales liga los efectos de la filiación. Así, por ejemplo, el matrimonio para la filiación matrimonial o el reconocimiento para la no matrimonial. En el primer caso, porque presupone el hecho natural de que el hijo ha sido

[308] VERDERA SERVER, Rafael. "Ser padre". *Derecho Privado y Constitución*, número 30, nov/2016, p.79.

engendrado por los cónyuges y, en el segundo, porque la declaración del reconocedor revela, el hecho biológico de la procreación"[309].

Entretanto, es necesario establecer una conexión entre los derechos de reproducción, el derecho a ser madre y padre con los derechos de los hijos. Son muchos puntos que están en discusión en los tribunales con relación a la filiación; esto es porque, como vimos, la vida familiar está en constante cambio. La necesidad de las personas y las complejidades de la sociedad del siglo XXI son ingentes. Para la filiación, el tener estatus jurídico es necesario, además de que exista especificación de éste formalmente en el ordenamiento jurídico, por medio de la determinación de la filiación. El establecimiento jurídico de la filiación en regla sucede ante el Registro Civil, y la determinación judicial por la acción de reclamación o de impugnación son poco frecuentes estadísticamente, pero no podemos cerrar los ojos para los casos de niños que no consiguen tener un vínculo de filiación adecuado a su situación de hecho, y que, en consecuencia, les beneficiaría.

Sin duda, cada vez más existen nuevos instrumentos para lograr el sueño de ser madre o padre, y muchos generan polémicas, y falta de seguridad jurídica en muchos aspectos, que involucran la vida privada y el derecho de personalidad de un niño. Como ejemplo podemos citar: gestación de sustitución, con el vientre de alquiler escogido por catálogo; demanda por embriones de antiguos novios; adopciones internacionales de personas famosas de niños de países subdesarrollados; donantes de semen con gran número de niños nacidos sin existir un control o registro de control; personas que pierden la custodia de los hijos y siguen teniéndolos; o compra de niños por búsqueda de herederos[310]. Debido a éstas y otras situaciones en las que las personas ejercitan su autonomía privada en busca de un derecho que permita la realización del deseo de ser padre o madre, es necesario buscar nuevas bases para la conceptuación de parentalidad y vínculos de filiación.

---

[309] MONJE BALMASEDA, Óscar. *"*La filiación: aspectos *básicos", ob. cit*., p. 25.
[310] *Cfr.* SOLÉ RESINA, JUDITH. "El nuevo paradigma de la filiación: tener hijos es ser padres". En GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ (Coord.). *Mujer, maternidad y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 223

## 2. El valor del origen genético para la filiación

A pesar de todos los cambios que están ocurriendo en la filiación, la biología y la relación sexual es algo que continúa siendo muy importante para nosotros. La relación sexual ya no es vista solamente para la procreación y perpetuación de la especie, también es una forma de aproximar a las personas de forma afectiva. Las parejas ganan intimidad y humaniza las relaciones personales. Aunque tener hijos para solucionar problemas individuales de las personas o de la propia pareja sea algo reprobable y muy egoísta, el deseo de tener un hijo para perpetuarse es una aspiración natural[311].

Con el descubrimiento del ADN (ácido desoxirribonucleico), una molécula biológica compleja que tiene como principal función determinar la estructura de la proteína y codificar la información genética de cada persona, el factor biológico en la filiación ganó más peso. Principalmente con la popularización de los exámenes que detectan con un grado muy alto (99%) la seguridad de una determinada paternidad o maternidad, la filiación biológica ganó repercusión jurídica y los vínculos biológicos pasaron a ser importantes a fines de acciones de investigación y negación de paternidad.

A partir de ahí, gran parte de los ordenamientos jurídicos empezaron a buscar sobre la base del principio de la verdad biológica la coincidencia entre la filiación jurídica y la biológica. Y según VERDERA SERVER: "La verdad biológica, por lo menos hasta el momento, presenta como indudable ventaja que identifica necesariamente la relación del hijo con sus progenitores y que esta identificación, concreta en el acto de la generación, es independiente de la voluntad o del comportamiento posterior. Por ello, desde el punto de vista biológico, de cualquier persona puede predicarse que tiene un padre y una madre"[312]. Todavía cabe señalar que, actualmente, la filiación biológica no deriva exclusivamente de factores naturales de una relación sexual entre un hombre y una mujer; puede también derivar de la

---

[311] *Cfr.* JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael; DE LA TORRE DÍAZ, Francisco Javier. *La reproducción médicamente asistida: un estudio desde el derecho y desde la moral*. Ed. Digital. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2013, p. 10.

[312] VERDERA SERVER, Rafael. *La reforma de la filiación*…, *ob. cit.*, p. 17.

utilización de técnicas de fertilización asistida homóloga, donde se utiliza semen y óvulo de la pareja.

Desde el punto de vista biológico todas las personas tienen un padre y una madre. Las investigaciones que fueron realizadas demuestran que es muy bajo el porcentaje de personas que poseen padres o madres sin correspondencia biológica. Por ejemplo, un trabajo hecho en Alemania, que tenía por objetivo estudiar un problema genético de incompatibilidad entre padres e hijos para un trasplante de médula ósea, sirvió para mostrar que apenas el 0,94% de ellos no tenían relación biológica alguna[313]. Además, otra investigación no se limitó a la cifra actual de falsos padres, sino que realizó sus cálculos desde varios siglos atrás, cuando solo existían métodos naturales de control de la natalidad. El estudio fue realizado en colaboración con una sociedad genealógica flamenca, que se basó en unos 1.000 ciudadanos de Flandes de los que había información genealógica hasta el siglo XVII. Los investigadores aprovecharon que mientras unos marcadores genéticos tienen una frecuencia de mutación más o menos fija, otras veces rara vez cambian y comparan los individuos del mismo linaje familiar y determinaran que, entre los flamencos, el porcentaje de falsos padres en cada generación ha sido del 0,91% de media desde hace 400 años[314]. Por lo tanto, no es real que muchas personas no tengan un vínculo biológico con sus padres.

En el derecho español todas las formas de filiación por naturaleza (matrimonial y extramatrimonial) y adoptiva están equiparadas, no hay discriminaciones. Sin embargo, el criterio básico para la determinación de la filiación continúa siendo el biológico, que se impone, en la mayor parte de los casos, sobre otras consideraciones, tales como la posesión de estado. No obstante, es importante resaltar que no todas las relaciones jurídicas de filiación son derivadas de una vinculación biológica.

La identidad genética corresponde al genoma de cada ser humano y las bases biológicas de su identidad, es decir, la identidad genética de la persona humana es un bien legal protegido,

---

[313] LARMUSEAU, Maarten H. D., MATTHIJS, Koen; WENSELLEERS, Tom. "Cuckolder Fathers rare in human populations". *Ecology &Evolution*, vol. 31 n. 5, mayo 2016, pp.327-329.

[314] BERTRANPETIT, Jaume; COMAS, David; CALAFELL, Francesc; SOLÉ-MORATA, Neus. "Y-chromosome diversity in Catalan surname samples: insights into surname origin and frequency". *European Journal of Human Genetics*, vol. 23, 2015, pp. 1549-1558.

y es una de las manifestaciones esenciales de la personalidad humana. Por lo tanto, es un derecho de personalidad, un derecho fundamental, parte del principio de la dignidad humana. El principio de veracidad biológica, del cual deriva el derecho a conocer el propio origen biológico de los hijos, es un derecho fundamental y está dentro del derecho a la dignidad de las personas manifestado en el art. 10, 1 de la Constitución Española.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no reconoce que deriva del artículo 8 del Convenio del Consejo de Europa la obligación positiva de los Estados miembros de ejecutar obligatoriamente pruebas de ADN. No obstante, sí afirma que los Estados deben crear medios alternativos a la compulsión de tales prácticas para asegurar la resolución célere de un litigio que se refiera a cuestiones de filiación[315]. Además, este mismo Tribunal considera el criterio del bienestar del niño como criterio decisivo, pero con un concepto genético de bienestar, partiendo de la asunción de que el trato con el padre genético corresponde al mejor interés del niño y las circunstancias específicas su vida no son tan relevantes. De esta forma, el bienestar del niño se convierte en una verificación objetiva en el propio interés del padre genético. "Este modelo de pensamiento puede resumirse de la siguiente manera: el bienestar del menor se protege, en principio, solo cuando el padre genético goza de derechos en relación con el hijo, es decir, cuando el principio biológico, en principio, prevalece; cuando, en última instancia, el bienestar del menor y el interés del padre biológico se unen entre sí"[316].

En la sentencia *Anayo c. Alemania de 21 de diciembre de 2010*, el TEDH reconoció al padre biológico que no tenía convivencia con unos gemelos desde su nacimiento, el establecimiento de relaciones personales con los mismos, aunque la filiación de los niños se había determinado a favor del marido de la madre, de modo irrevocable. Hubo una apreciación de los esfuerzos del padre biológico para establecer contacto con los niños, sin inferir en la valoración hecha por el Estado alemán en materia de filiación. Para el TEDH el empeño que tuve el recurrente, antes y después del nacimiento para establecer contacto con los niños es

[315] El TEDH reconoce que en el caso de que el derecho interno no tenga medios procesales conducentes a la realización compulsoria de los testes de ADN, debe al menos, proveer medios alternativos que permitan a una autoridad independiente decidir, con celeridad, la cuestión de la paternidad (sentencia *Mikulic c. Crocia* de 7 de febrero de 2002).

[316] LÓHNIG, Martin. "Figuras paternas, Constitución alemana y Convención Europea de los Derechos Humanos", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.° 31, julio-diciembre de 2016, p. 383.

muy relevante. “Para el derecho alemán, una mera relación genética entre un hombre y su hija o hijo no es nunca suficiente para fundar una relación de trato, mientras sí lo es una relación social entre un hombre no genéticamente relacionado y un menor”[317]. Sin embargo, en la sentencia *Haas c. Países Bajos, de 13 de enero de 2004*, el TEDH reiteró, en un supuesto de reclamación hereditaria, que la mera paternidad biológica no supone por sí sola la creación de una familia si no existen pruebas adicionales de vida familiar. La parte pretendía disponer de acceso a la herencia de un supuesto padre biológico y exigiendo el reconocimiento de un vínculo familiar con el fallecido, sin nunca haber convivido con el mismo y quien nunca le reconoció como hijo. El TEDH declaró que la mera paternidad biológica si no va unida a otro tipo de indicios de vida familiar, no se puede suponer para la formación de una familia entre padre e hijo.

En el sistema actual, es necesario distinguir el vínculo biología de la relación jurídica de filiación, por la razón de que “ni todo progenitor es padre, ni todo padre es progenitor” [318]. Progenitor(a) es quien aporta el material genético para generar otro ser, y madre y padre son quienes crían/cuidan a otro ser; socialmente asumen los deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental[319]. La relación jurídica de filiación no puede restringirse la verdad biológica, puesto que viola el interés del niño. Afortunadamente, en el conflicto entre la verdad biológica y el principio del *favor filii* deberá haber un resultado a favor de los hijos. La verdad biológica no es un dogma en las relaciones parentales. Con la aplicación del principio *favor filii*, los juzgados deben impedir que la constatación del hecho biológico produzca al hijo más inconvenientes que beneficios. La verdad genética no puede tener un valor supremo al punto de deshacer relaciones basadas en el amor, cariño, cuidado; es decir, relaciones deseadas voluntariamente. En los últimos años, una jurisprudencia todavía mayoritaria en España viene defendiendo la primacía de la verdad biológica.

La genética es necesaria, pero ella sola no tiene la capacidad de generar una relación humana auténtica. La paternidad no puede estar conectada a una operación de fecundación.

---

[317] *Ibidem*, p. 383.
[318] VERDERA SERVER, Rafael. *La reforma de la …, ob. cit.,* p. 13.
[319] La DGRN (Dirección General de los Registros y del Notariado de España) en su art. 4 dispuso que la expresión “padre” se debe sustituir por la de “progenitor”, y la expresión “madre” por la de “progenitor B”. Este cambio en la Ley de Registro fue necesario, principalmente, para incluir una posible doble maternidad o paternidad.

La paternidad y la maternidad son algo indudablemente más profundo que el simple resultado de una relación sexual o una aportación biológica concreta. Hay elementos sociales y afectivos que pueden influir para generar un vínculo familiar y están relacionadas con la asunción de unas tareas de crianza, cuidado, educación y provisión de recursos y afectos. Los derechos e intereses del menor están mejor protegidos en el entorno de quienes le desearon y se comprometieron a tenerle y educarle, respecto a los de quienes simplemente prestaron su material biológico.

El ser humano posee la carga genética de sus padres biológicos, pero también hay un patrimonio cultural y social muy grande para la formación de la personalidad. El conocimiento del origen genético, por medio de prueba científica, satisface un derecho fundamental de la personalidad; de todas maneras, no refleja la paternidad efectiva, que es derivada de un hecho social y afectivo, y genera el estado de filiación. Notamos así, que existen otros valores sociales y culturales que deben ser sopesados en las relaciones de la filiación y no únicamente el vínculo biológico. Esta visión solo con base en la biología, se reviste de egocentrismo, ya que se olvida de derechos fundamentales de los niños que no se encuentran en el encuadramiento familiar biológico[320].

En el ordenamiento jurídico español la reforma operada por la *Ley 11/1981, de 13 de mayo* estableció un sistema de filiación basado fundamentalmente en el principio de verdad biológica. Con todo, la verdad biológica no es absoluta, una vez que hay situaciones específicas que exigen una modulación a este principio: seguridad jurídica, estabilidad de las relaciones de estado o posesión de estado. También esta misma reforma afirmó la prevalencia del interés del hijo sobre el interés del padre, teniendo el primero un tratamiento favorecido de la reclamación realizada y el segundo un tratamiento más duro. Además, la *Ley 26/2015 del 28 de julio*, ha hecho nueva redacción de los artículos 133, 136, 137, 138 y 140 del Código

[320] Curiosamente, la ciencia sigue avanzando y en 6 de octubre de 2016 en Newcastle (Inglaterra) fue revelado el caso del primer niño con ADN de tres personas. La madre, con miedo de transmitir una enfermedad genética a su descendencia, pide que la fertilicen, con espermatozoides de su marido, dos óvulos, uno propio y otro de una donante sana. Por la técnica es retirado el núcleo de los dos embriones resultantes y el núcleo de la madre se introduce en el embrión de la donante (en la mitocondria, que aporta sólo el 0,1 del ADN final), colocándose el embrión resultante en el útero de la esposa. Siendo sin duda, un comienzo de más divergencias jurídicas que vamos a tener que repensar en el derecho de filiación. En https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/la-doble-maternidad-y-el-articulo-44-5-de-la-ley-del-registro-civil/.

Civil, modificando el sistema de protección de la infancia y adolescencia. Igualmente, la reforma buscó corregir la inconstitucionalidad de los artículos 133 y 136; aunque mantuvo los plazos, la legitimidad y la posibilidad de impugnación y reclamación a la filiación matrimonial o no matrimonial, y a la existencia o ausencia de la posesión de estado de la filiación[321].

La distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial existente en la legislación hace que sea más fácil la reclamación de una filiación matrimonial y más difícil su impugnación; esto es debido a que la certeza de la paternidad está conectada a los derechos y deberes de los cónyuges. Esta información se puede extraer de la exposición de motivos de la *Ley 11/1981, de 13 de mayo*, que afirma que la justificación al régimen diferenciado a la filiación se encuentra en la protección del matrimonio y no en la filiación, lo que denota una preocupación mayor del legislador por la honorabilidad del vínculo que por la protección de la filiación.

Normalmente la verdad biológica y el principio del mejor interés del niño se concilian, pero existe la posibilidad de que, en casos específicos, la verdad biológica no sea del interés del hijo o llegue a perjudicarlo. Se pueden dar casos en los que la esposa oculte al marido la paternidad de un hijo que sea fruto de la relación extramatrimonial con un tercero. Aunque en el caso de un marido infiel, es imposible que engañe a la esposa acerca de su propia condición de madre biológica si ella no está embarazada.

### 3. Determinación de la filiación extrajudicial

Fue en la época del Imperio romano que se estableció la teoría de las presunciones legales, que hasta hoy vigora de forma absoluta en algunas legislaciones y en otras de forma parcial. Así, que lo que hoy se considera seguro puede no serlo en un futuro, hay que estar abierto a incorporar modificaciones y revisiones críticas para estar al día con el reiterado progreso científico.

[321] *Cfr*. BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles. "Retos actuales de la acción…", o*b. cit.*, p. 70.

Los problemas en relación con la determinación de la filiación, históricamente, están relacionados con la paternidad, ya que tradicionalmente rige el principio de que la madre es siempre conocida, en virtud del parto (*mater semper certa est*). Y la dificultad se concentraba en la naturaleza íntima de las relaciones causantes del nacimiento, es decir, en la dificultad de saber de qué relación concreta es derivada, en caso de que la madre estuviera con diferentes varones.

En beneficio de la madre y del hijo surgieron las presunciones legales de la paternidad matrimonial (*pater is quem nuptiae demonstrant*). Sin embargo, en la medida en que las pruebas biológicas han permitido determinar con precisión la paternidad, es necesario volver a revisar estas presunciones. Al articular el régimen jurídico de las relaciones de filiación, el legislador no puede negar la presencia de valores concretos constitucionalmente relevantes. Tanto las garantías de protección a los padres y a los hijos, como la seguridad jurídica, deben ser sopesadas para posibilitar la investigación de la paternidad tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad, como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona. Por lo tanto, por medio de la determinación extrajudicial de la filiación, pueden darse las bases de los criterios generales que siguen a la filiación, en general, en un sistema jurídico.

No obstante, el formato de la determinación de la filiación pensado al inicio de la década de los ochenta, claramente no es adecuada para los anhelos de la sociedad contemporánea. "Es probable que la simplicidad de los modelos familiares que el Código Civil tenía en mente en 1981 haya desaparecido, y que las nuevas situaciones exijan nuevas respuestas e incluso nuevos principios"[322].

El formato legislativo pensado en 1981 es el de un sistema que facilita la filiación matrimonial con relación a la filiación no matrimonial. El ordenamiento jurídico ha de establecer procedimientos por medio de los cuales sea posible dar plena eficacia y publicidad a la relación de filiación de una persona; en otras palabras, por medio de la determinación de la filiación es como se constata la maternidad/paternidad jurídica de una persona. En este

[322] *Ibidem*, p.16.

punto, la autonomía de la voluntad es reducida. Las reglas de determinación están fijadas legalmente. "Los ordenamientos más biologistas suelen permitir en mayor medida la restricción de los efectos de la filiación, y emplean este expediente tanto en casos en que el progenitor se opone a la determinación de su paternidad, como en casos en que es él mismo quien la reclama. Los ordenamientos más reacios a que se revele la verdad biológica, si ello puede trastornar el entorno familiar del hijo, necesitan recurrir menos a los expedientes limitativos de la eficacia de la filiación, porque se sirven, como alternativa regulatoria, del establecimiento de barreras a su determinación"[323].

La determinación de la filiación implica constatar, en forma legal, la identidad de los padres de un individuo y supone atribuir a determinadas personas el estatus jurídico de padre o madre. La determinación es fundamental para poder probar la filiación, pero, además, tiene una gran relevancia en su eficacia. Esto es debido a que la determinación mediante mecanismos legales tiene eficacia declarativa con relación al hecho constitutivo. Solamente después de la constatación jurídica es cuando la filiación genera efectos jurídicos. La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar, pues la filiación biológica es causa *iuris* de su eficacia[324]. Además, la determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos (art. 112 del Código Civil español).

La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil (art. 113 Código Civil español) a través de la declaración formulada en el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión del Estado. Debemos resaltar la opinión de KEMELMAJER DE CARLUCCI que afirma que "la presunción no debe fundarse en que la mujer cumple el deber de fidelidad y no tiene relaciones con terceros. Desde el punto de vista constitucional, esa presunción cumple con el objetivo de que todo niño nacido dentro del matrimonio (heterosexual u homosexual) tenga doble vínculo filial y esté inmediatamente inscrito con esa doble filiación

[323] FERRER RIBA, Josep. "Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión", *ob. cit.*, pp. 302-303.
[324] *Cfr.* TORAL LARA, Estrella. "Novedades en materia de determinación y prueba de la filiación". En LLAMAS POMBO, Eugenio (Coord.). *Nuevos conflictos del derecho de familia*. 1a. ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 317.

con respecto a su derecho a la identidad (arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño)" [325].

Para la determinación de la filiación en España, es posible por medio de una declaración formulada en el documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes, acompañada del parte facultativo, que puede ser enviada directamente desde los centros hospitalarios al Registro Civil (art. 44.2 de la *Ley de Registro Civil de 2011*[326]). En consecuencia, el artículo 45 de esta misma ley señala que la dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios comunicará en el plazo de setenta y dos horas, a la oficina del Registro Civil que corresponda, cada uno de los nacimientos que hayan tenido lugar en el centro sanitario, excepto aquellos casos que exijan personarse ante el encargado del Registro Civil. En relación a la inscripción en el Registro Civil TORAL LARA afirma que "es evidente que la inscripción en el Registro Civil y el documento o sentencia que determinan legalmente la filiación son verdaderos títulos de legitimación, pues cumplen su función principal: proporcionar una prueba rápida y sencilla de la filiación previamente determinada, pero no así la presunción de paternidad matrimonial, ni la posesión de estado"[327]. En consecuencia, la inscripción del nacimiento en el Registro Civil es el título de legitimación por excelencia y es el documento o sentencia que determina legalmente la filiación.

Existen dos mecanismos de determinación de la filiación: la realizada extrajudicialmente y la realizada por la vía judicial. El medio más común es el extrajudicial, que puede darse más tarde modificado por una sentencia judicial en los casos que se compruebe que la declaración hecha no está de acuerdo con la verdad biológica. Las determinaciones judiciales poseen carácter definitivo, no se permite la admisión de cualquier demanda que pretenda la impugnación de la filiación declarada por sentencia firmada.

Con relación a los efectos, como vimos, referente al principio de la igualdad, no puede existir diferencia entre la filiación matrimonial y la filiación no matrimonial[328]. Sin embargo,

---

[325] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. "Las nuevas realidades familiares en el código civil y comercial argentino de octubre de 2014". *Revista juscivile*.it, nº11,2014, p.322.
[326] Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.
[327] TORAL LARA, Estrella. "Novedades en materia…", *ob. cit.,* p. 319
[328] Artículo 108, I Código Civil español: "La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código".

los medios por los que se llega a la determinación son sensiblemente distintos. El hecho de que una filiación nazca dentro de una relación matrimonial o no matrimonial no puede ser modificada por la autonomía de la voluntad de las partes. Tampoco el consentimiento de los interesados puede conferir a una filiación el carácter matrimonial si existe este vínculo, es decir, "el padre no reconoce a su hijo como matrimonial o como no matrimonial, sino que lo reconoce como tal hijo"[329].

Además, es necesario recalcar que las inscripciones realizadas solo pueden ser rectificadas por sentencia firme de juicio ordinario, inclusive y con más vehemencia para los casos en que la rectificación implique contradicción del estado de filiación que conste en la inscripción en el Registro Civil, conforme la *Ley de 8 de junio de 1957*, sobre el Registro Civil[330].

El Derecho establece presupuestos de hecho para generar los efectos a la filiación, el matrimonio para la filiación matrimonial o el reconocimiento para la no matrimonial. "El primer caso porque presupone el hecho natural de que el hijo ha sido engendrado por los cónyuges, y en el segundo, porque la declaración del reconocedor revela el hecho biológico de la procreación" [331], como pasaremos a analizar.

Finalmente, es de cumplimiento aclarar que en España solo es posible una determinación de una doble filiación. Por regla, necesariamente la maternidad tiene que estar determinada. Sin embargo, existen casos en los cuales, incluso una determinación que parece ser tan segura se torna imposible, como ocurre en los casos en que un menor haya sido abandonado, sin que la madre le haya entregado en un centro sanitario. Igualmente, aunque la ley española prohíba la gestación por sustitución, existen personas que van al extranjero para

---

[329] FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio; VERDERA SERVER, Rafael. "Retos actuales de la determinación extrajudicial de la filiación", *ob. cit*., p. 20.

[330] La nueva Ley de Registro Civil, *Ley 20/2011, de 21 de julio***,** entró en vigor el 30 de abril de 2021, conforme establece su disposición final décima, en la redacción dada a la misma por la disposición final quinta de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia («B.O.E.» 19 septiembre).

[331] LLEDÓ YAGÜE, Francisco. "La determinación de la filiación y la presunción de paternidad". En LLEDÓ YAGÜE, Francisco (Dir.); MONJE BALMASEDA, Óscar (Coord.). *Las relaciones paterno-filiales, adopción y potestad parental.* Colección Cuadernos Teóricos Bolonia: derecho de familia III. Dykinson SL, Madrid, 2017, p. 25.

acceder a estas técnicas, y allí también la determinación de la filiación puede darse sin filiación materna, siendo el progenitor biológico paterno el único determinado[332]. Además, con la utilización de las técnicas de reproducción asistida legalmente reconocidas, es posible que la segunda filiación determinada sea otra materna, teniendo dos maternidades determinadas en los casos de parejas de mujeres homoafectivas. En estos casos, el lugar del padre como verdad biológica al que se refiere el Código Civil es sustituido en la ley por la voluntad de quien desea ser madre, posibilitando la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la realidad biológica, sino en una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza (*STS 740/2013, de 5 de diciembre de 2013*[333]).

### 3.1 Determinación de la filiación matrimonial

En los casos de filiación matrimonial, la determinación extrajudicial puede darse por la presunción de paternidad del marido. En la constancia del matrimonio está la presunción de que los hijos nacidos son de la pareja. En España, si la madre está casada y rige la presunción de paternidad marital[334], la inscripción del nacimiento junto con la inscripción del matrimonio de los padres determina la filiación, siendo indiferente quién y cómo se efectúe la inscripción del nacimiento. Posteriormente al matrimonio, el hijo debe nacer después de 180 días para que la presunción tenga efecto automático. En caso de que nazca dentro de los 180 días, la presunción podrá ser destruida más fácilmente sin la necesidad de acudir a la vía contenciosa; esto ocurre porque es muy probable que el hijo haya sido concebido antes del matrimonio[335].

---

[332] *Cfr*. ROBLES LATORRE, Pedro. "Reflexiones sobre algunos problemas de la determinación de la filiación materna en el ordenamiento jurídico español". En FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña (Coord.), *Tratado sobre la igualdad jurídica y social de la mujer en el siglo XXI*, Editorial Dykinson, SL, Madrid, 2019, p. 165.

[333] Sentencia del Tribunal Supremo 740/2013 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 5 de diciembre de 2013 (recurso 134/2012). La decisión afirmó que la nueva regulación legal del matrimonio ha equiparado de forma absoluta los matrimonios contraídos entre personas del mismo sexo.

[334] Artículo 116 del Código Civil de España: "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges".

[335] Art. 117 del Código Civil español: "Nacido el hijo dentro de los cientos ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado, con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo".

De esta forma, si el hijo nace antes de los 180 días, también existe la presunción con efecto automático, pero, en este caso, cuenta con declaración auténtica en contrario, formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto, y podría destruirse más fácilmente dicha presunción.

Si la madre está casada, la posibilidad de que se inscriba una paternidad distinta a la del marido de la madre depende de la comprobación de la falta de aplicación de la presunción de paternidad marital (art. 185RRC). Esa misma comprobación será necesaria si la madre está casada, para que no conste ninguna paternidad. Si se pretende que la paternidad sea asignada a un tercero distinto al marido de la madre, será necesario que concurra algún mecanismo de determinación de la paternidad. Excluida la presunción de paternidad marital, la declaración realizada por el padre en el momento de la inscripción del nacimiento y el correspondiente formulario oficial pueden determinar la paternidad (art. 120, 1 y 44.4 III del Código Civil español). En el momento de la inscripción no puede constar la paternidad no marital; pero en un momento posterior sí, con la apertura de un expediente registral para la determinación de la filiación. Habiendo controversia, existe la necesidad de intervención judicial.

En caso de separación legal o de hecho de los cónyuges por más de 300 días antes del nacimiento del hijo, solo podrá inscribirse la filiación como matrimonial si se tiene el consentimiento de ambos, porque en este caso no existe la presunción de la paternidad del marido (art. 116 Código Civil español). "El consentimiento de los cónyuges tiende a la proclamación de la paternidad marital, por lo que no parece que pueda decirse que esa paternidad ha sido simultánea. Ahora bien, el carácter matrimonial de esa paternidad sí es simultáneo al de la maternidad, porque la filiación matrimonial es indivisible"[336]. El marido, frente a la maternidad de su esposa separada, declara su certidumbre en relación con la paternidad afirma y aprueba el acto. Esta manifestación del marido separado es equiparable al reconocimiento en sentido amplio y el consentimiento de la mujer sería un requisito de eficacia[337].

[336] FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio; VERDERA SERVER, Rafael. "Retos actuales de la determinación extrajudicial de la filiación", *ob. cit.*, p. 21.
[337] *Cfr*. *Ibidem*, p. 23.

También es posible que después de establecida la paternidad y la maternidad los padres contraigan matrimonio, adquiriendo la filiación un carácter matrimonial. De todas maneras, es importante esclarecer que como los efectos de la filiación matrimonial y de la no matrimonial son idénticos, lo que va a hacer una diferencia en este cambio de cualificación de la filiación son las reglas para la impugnación.

Si la madre está casada, el reconocimiento solo es posible si no se encuentra vigente la presunción de paternidad del marido. Para el caso en el cual el reconocedor no sea el marido, se hará la inscripción de nacimiento en forma inmediata solo con la filiación materna y será abierto un expediente registral (art. 4. 3LRP/2011). En toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque se admita una aparente renuncia a la maternidad (arts. 44,4II, 54.3 y 49.4 LRC 2011). De hecho, la madre puede establecer su maternidad por la vía del reconocimiento (art. 44.7 II LRC) o producirse un reconocimiento bilateral y simultáneo.

### 3.2 Determinación de la filiación no matrimonial

Si la madre no está casada, la declaración (determinación por reconocimiento) puede ser realizada por el padre directamente en el Registro Civil. La naturaleza jurídica del reconocimiento es muy debatida en la doctrina, por la cuestión de si el reconocimiento debe corresponder a una relación biológica o no entre el reconocedor y el reconocido. La STC 138/2005 de 26 de mayo apunta que el reconocimiento es un acto personalísimo puro (no está sujeto a condición, término o modo), por lo cual el hombre afirma que existe vínculo biológico con el niño nacido. Es necesario, para la validez de este acto de consentimiento, que este no se encuentre afectado por alguno de los vicios que invalidan el mismo (error, violencia o intimidación).

La *Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil*, modificó el art. 120 Código Civil español e incorporó un nuevo mecanismo de determinación de la filiación no matrimonial: la declaración realizada en el momento del nacimiento en el nuevo formulario oficial. Así que

la paternidad no matrimonial será inscrita en el Registro Civil con la sola manifestación del padre, favorable a esta determinación.

La calidad de progenitor del reconocedor es un elemento sustancial del hecho del reconocimiento, siendo al menos una maternidad o paternidad posible (diferencia de edad entre ambos), existiendo la coincidencia con la verdad biológica. Sin embargo, es posible el reconocimiento por complacencia, en el que el reconocedor asume voluntariamente su condición de padre, consciente de la falsedad biológica; pero una vez inscrita, la constatación de la falta de realidad biológica sólo puede ser impugnada registralmente mediante el ejercicio de una acción judicial de impugnación. Se estudiará el reconocimiento por complacencia como un tema propio más adelante.

La determinación de la paternidad también puede ocurrir posteriormente a la inscripción del nacimiento en cualquier momento. En caso de reconocimiento mediante declaración del padre ante el Registro Civil, se exige el consentimiento expreso de la madre y del representante legal del hijo si fuera menor de edad, o de este si fuera mayor (art. 123 y 124 del Código Civil español). El expediente registral, como modo de determinación de la filiación, puede ser realizado por cualquier persona con interés legítimo y en cualquier momento puede promover el expediente (art. 44. 7, *Ley 20/2011, de 21 de julio*, del Registro Civil).

Hay un expediente registral (art.120.3º Código Civil español) valorado por un juez que permite determinar la filiación no matrimonial, tanto con relación a la maternidad como a la paternidad, pensado para los casos en los que, muerto el presunto progenitor, antes de proceder al reconocimiento formal de hijo, existen pruebas suficientes con respecto a la filiación.

FERNÁNDEZ CAMPOS y VERDERA SERVER afirman que la determinación matrimonial debería ser posible también en los casos de unión convivencial registrada “Parece llegado el momento de plantear la posibilidad de establecer, con efectos en orden a la determinación extrajudicial de la filiación, una presunción de paternidad no matrimonial derivada de la constancia de la convivencia como consecuencia de la inscripción e registros (jurídicos, y no meramente administrativos) de parejas de hecho, o de las manifestaciones

efectuadas en escrituras o actas notariales en relación con la existencia de la pareja de hecho (heterosexual) o con convivencia en el período de concepción"[338].

### 3.3 Determinación de la filiación por voluntad procreacional

En España se viene estudiando la tercera forma de determinación de filiación (voluntad procreacional) ante la propia evolución a la que ha llevado la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana* y las decisiones de los tribunales, principalmente en los casos de doble maternidad, en los que se permitirá la determinación de una filiación matrimonial a favor de la esposa no gestante, cuando ha prestado el consentimiento.

Esta forma de determinación tiene como base la autonomía privada de las personas que deciden tener un hijo, aunque no haya vínculos biológicos que los conecten. Las nuevas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico, y, por lo tanto, la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención al orden público internacional español, conforme a lo decidido por la *STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014*[339].

Junto al hecho biológico existen otros vínculos, como por ejemplo los derivados de la adopción o del consentimiento prestado para el tratamiento de reproducción asistida, que el ordenamiento jurídico considera como determinantes de la filiación. Reconociendo así que en la determinación legal de la relación de filiación tienen incidencia no sólo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural.

La filiación mediante las TRHA es uno de los puntos de mayor repercusión de la manifestación de la voluntad, ya que esta nueva clase de filiación se basa fundamentalmente

---

[338] FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio; VERDERA SERVER, Rafael. "Rectos actuales de la determinación extrajudicial de la filiación", *ob. cit.*, p. 27.

[339] Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 6 de febrero de 2014 (recurso 245/2012). La decisión afirma que, aunque la protección del interés superior de los niños no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución realizada por los padres intencionales de acuerdo con la legislación de California, deberá basarse por ciertos datos referentes a de la ruptura de todo vínculo de los niños con la mujer que les dio a luz y la existencia actual de un núcleo familiar formado por los niños y los padres intencionales, y la existencia de paternidad biológica en relación a uno de ellos.

en la voluntad y la responsabilidad procreacional. De cualquier forma, es necesario enfatizar que las técnicas de reproducción asistida, en algunos casos, cuestionan las reglas clásicas de la maternidad y la paternidad al provocar la disociación del elemento genético y del elemento social; esto es porque el avance de la ciencia ha provocado que el elemento genético deje de ser decisivo para determinar un vínculo de filiación. Por esta razón, actualmente se hace la distinción entre madre o padre y progenitor genético, relativizando de cierta forma el parentesco biológico; otorgando al concepto de filiación una nueva configuración que reconocemos como "parentalidad voluntaria" o "voluntad procreacional"[340]. Existe una voluntad procreacional de los progenitores, con total independencia de si estos aportan o no su material genético.

El consentimiento es el elemento que determina la filiación –como, por ejemplo, cuando hay un donante anónimo–, la paternidad en este caso corresponde a aquel que ha prestado el consentimiento, a quien ha asumido la responsabilidad parental; el vínculo biológico es irrelevante y la intervención del donante, en principio, no tiene consecuencias jurídicas. La LTRHA española admite la fecundación con semen de donante anónimo, la donación igualmente anónima de óvulos e incluso de preembriones. Por consiguiente, la propensión de que el padre legal sea el genético es alejada cuando ha donación anónima. En la LTRHA la genética es sustituida por la voluntad de ser madre o padre, con independencia del origen genético del material reproductor empleado.

En España, toda mujer mayor de 18 años podrá ser receptora de una fecundación asistida, siempre que haya prestado su consentimiento escrito, de forma libre, consciente y expresa, con independencia de su estado civil y orientación sexual (art. 6.1 LTRHA).

Para poder determinar la filiación derivada de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, es necesario el consentimiento del marido o de la mujer casada o de la pareja de hecho, de forma igualmente libre, consciente y formal. Y cuando el niño nace debe ser hecho el reconocimiento. Sin embargo, caso haya la negativa al reconocimiento, existe la presunción de paternidad del marido, siendo que la ley le determina como padre.

---

[340] *Cfr*. LAMM, Eleonora. "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida". *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24, enero 2012, p. 81.

En caso de pareja no casada no existe esta presunción de paternidad, el hombre debe reconocer al niño, aunque haya prestado el consentimiento a la fecundación. En caso de que no haya reconocimiento voluntario, será necesario un procedimiento contencioso, a través de una acción de reclamación, cuya pretensión vendrá basada en dicho consentimiento[341]. Es decir, si el hombre no es casado y ha prestado el consentimiento, plasmado en un documento, y luego se niega a reconocer la paternidad, será necesario tramitar un expediente específico. El consentimiento, sirve como prueba (escrito indubitado) para determinar la filiación por resolución recaída en expediente gubernativo tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil (art. 120. 3 del Código Civil Español).

Es importante resaltar, que, "sin embargo, no se exige el consentimiento de la madre gestante para que su cónyuge preste el consentimiento a los efectos de asumir la filiación de su hijo biológico y tampoco están previstas las consecuencias en el caso en el que la madre gestante se opusiera"[342].

Las alteraciones de la *Ley 19/2015* modificaron el apartado 3 del artículo 7, que había sido adicionado a la *Ley 14/2006*, y por la *Ley 3/2007, de 15 de marzo*, para dar cabida a las demandas de determinación de doble maternidad derivadas de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo, quedando así redactado el apartado (cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge).

Así, el consentimiento es el valor determinante en los casos de doble maternidad en las uniones homoafectivas de mujeres. En el Registro Civil existirá una inscripción de una filiación natural, aunque esto sea naturalmente imposible. "Efectivamente, la doble maternidad, basada necesariamente en las técnicas de reproducción asistida, tiene fundamento

[341] *Cfr*. BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles. "Reproducción asistida y determinación de la filiación", *REDUR*, nº8, diciembre 2010, p. 31.
[342] PANIZA FULLANA, Antonia. *Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 27.

claro en la voluntad, en este caso, de la madre no gestante. Ello hace que se acerque más a los supuestos de adopción que a la filiación por naturaleza"[343].

La verdad es que la evaluación de las demandas de uso de las técnicas de reproducción asistida, y las situaciones que se vayan produciendo con el inevitable dinamismo de la ciencia, la tecnología y la misma sociedad, abrirán caminos a nuevas respuestas éticas y jurídicas para la autonomía de la voluntad en materia de filiación. Además, todo el sistema tiene que estar basado en el superior interés del niño, exigiendo que el consentimiento sea válido y eficaz para la determinación de la filiación, garantizando al niño la protección y el cuidado que son necesarios para su bienestar. El tema de la reproducción asistida se va a estudiar en detalle más adelante en el presente trabajo.

Además, en realidad, la voluntad en materia de la filiación es el punto clave de nuestro trabajo. La paternidad y la maternidad no pueden estar basadas en un simple acto sexual entre dos personas que originan una tercera. La función parental debe ser ejercida con responsabilidad por personas conscientes de sus deberes de cuidado con un niño. La voluntad expresada de tener un hijo sea por un acto sexual o por el consentimiento, debe ser un acto más responsable de las personas. Es una nueva vida que empieza, que necesita de seguridad jurídica y social de quienes serán sus protectores, sus educadores, las personas responsables por su cuidado.

El consentimiento manifestado para la utilización de material genético de donadores no puede ser impugnada más tarde por la falta de correspondencia biológica. Este mismo hecho debería ser utilizado para los casos de reconocimiento hecho por un hombre (como manifestación de la autonomía), con conocimiento de que no existen vínculos biológicos entre él y el niño reconocido (reconocimiento por complacencia). Por haber manifestado su voluntad de forma libre y consciente, posteriormente, no podría ser reconocida como legítima la impugnación de la paternidad hecha por el padre registral, por falta de correspondencia biológica. "Los reconocimientos son declaraciones de voluntad personalísimas, voluntarias e irrevocables, y que, en consecuencia, permitir su impugnación

[343] PANIZA FULLANA, Antonia. "*Realidad biológica …", ob. cit.*, p. 34.

generalizada por falta de verdad biológica podría estar amparando conductas fraudulentas, sobre todo a raíz de la separación o el divorcio entre el reconocedor y la madre del reconocido. ¡Ya lo dice el viejo refrán: a lo hecho, pecho!"[344]. El acto volitivo también ocurre en la adopción y otros casos como estudiaremos en el capítulo IV de este trabajo.

### 4. La determinación judicial de la filiación- la búsqueda del origen biológico

Cuando una filiación no está determinada extrajudicialmente, o sí lo está, pero sin corresponder a la paternidad biológica es posible interponer una demanda judicial para la determinación de la filiación.

Para la legislación española, es premisa fundamental en materia de filiación la imposibilidad de formar parte simultáneamente de dos relaciones de filiación incompatibles; es decir, no se puede tener una pluriparentalidad (art. 113, II del Código Civil español: "No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria"). Así que, cuando la inscripción en el Registro Civil de un niño ya exista una filiación determinada legalmente, para que haya una reclamación de esta paternidad, es necesario que se impugne la paternidad ya existente.

Las acciones para la determinación legal de la filiación son la reclamación (art. 131 a 135 del Código Civil Español) y la impugnación (art.136 a 141 del Código Civil español) y deben acumularse una vez que, quien solicita una acción de filiación con relación a cierta persona, tácitamente está diciendo que no está de acuerdo con la paternidad que consta en su inscripción de nacimiento (*STS 349/2015, de 3 julio de 2015*[345]*)*. Quien tiene legitimidad para impugnar la filiación contradictoria, también está habilitado a ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial, siendo esta legitimación no solo para el proceso, sino también para la titularidad de la acción en defensa de un interés protegible. La acción de

[344] LASARTE, Carlos. "*Derecho de familia: Principios…", ob. cit., p.302.*

[345] Sentencia del Tribunal Supremo 394/2015 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 3 julio de 2015 (recurso 1404/2014). Por esta sentencia el Tribunal Supremo valora la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en el proceso de reclamación de declaración de paternidad, y declara nulidad de actuaciones, ya que no fueron demandados quienes aparecen como progenitores en el Registro Civil, siendo esta una cuestión de orden público procesal que debe ser apreciada de oficio en cualquier instante.

impugnación es accesoria, instrumental e inevitable cuando se reclama una filiación que contradice la inscrita (*STS* 892/2005, *de 14 diciembre de 2005*[346]).

La legitimación del hijo para reclamar su filiación no está sujeta a plazo, tanto con relación a la filiación matrimonial o no matrimonial y goce o no de posesión de estado. El derecho a la investigación de la paternidad por el hijo es absoluto, de acuerdo con el art. 39 CE. La paz y seguridad de la situación es un requisito que solamente el propio hijo puede alterar, reclamando una filiación diferente de la que tenga determinada con impugnación de la contradictoria. En relación con la legitimación pasiva, el hijo debe interponer la acción contra quien pretende ser declarado padre; y si éste ha fallecido, debe interponer contra los herederos o contra la madre. En caso de que haya impugnación de filiación paterna contradictoria, es necesario incluir a quien aparezca como padre registral y si ha fallecido, es necesario incluir a sus herederos.

La *STS* 208/2012, *de 11 de abril de 2012*[347] ha establecido que es un derecho del hijo accionar frente a los herederos del padre, aunque haya pasado mucho tiempo desde que conocía su origen biológico. No obstante, se pueden presentar casos en los que una reclamación de filiación tardía resulte abusiva o fraudulenta. De todas maneras, según los principios protegidos en el ordenamiento jurídico, en los cuales prima la dignidad de la persona frente a los otros derechos posiblemente vulnerados, para demostrar el fraude sería necesario comprobar el resultado contrario que produciría en el ordenamiento jurídico español. Además, solo el hecho de ejercitar la acción en el momento que el hijo considere oportuno no es considerado abuso de derecho.

Si en una demanda pidiendo las pruebas biológicas (examen de ADN) el supuesto padre se niega a la práctica de la prueba biológica de paternidad, este hecho per se no puede ser interpretado como una *ficta confessio* (confesión presunta), no siendo suficiente para la declaración de la filiación. La negativa es valorada por el juez y tiene la condición de un indicio probatorio.

---

[346] Sentencia del Tribunal Supremo 892/2005 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de.14 de diciembre de 2005 (recuso 5625/2000).
[347] Sentencia del Tribunal Supremo 208/2012 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 11 de abril de 2012 (recurso 535/2011).

El artículo 767 LEC establece que es necesario un principio de prueba para la admisión de la acción de filiación, es decir, basta que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado, para evitarse reclamaciones absolutamente infundadas. Además, la negativa a la práctica de la prueba biológica de paternidad provoca la inversión de la carga de la prueba, atribuyendo al pasivamente legitimado la carga de probar la falsead del hecho pretendido. La vinculación del afectado a la práctica de la prueba biológica es una carga procesal, su incumplimiento no puede dar lugar a imponer su realización mediante medios coactivos. Por eso, la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permite que el tribunal pueda declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios (*STS 177/2007, de 27 de febrero de 2007*[348]).

Consecuentemente, lo que notamos es que la paternidad biológica sigue con un peso importante para la fijación de la relación jurídica de filiación. Sim embargo, no es siempre que existe una correspondencia absoluta entre ambas. Los conceptos de paternidad y maternidad están más alla de la biología. La filiación está en la autonomía privada de querer ejercer las funciones parentales, está en la convivencia diaria, en el cuidado, en el desarrollo del afecto y el deseo de construir una familia.

## 5. La relevancia del afecto para la configuración de la filiación

Las relaciones humanas son construidas por diferentes vínculos de afinidad, de contraste, de diferencia, de agregación y de conflictos. Recientemente, el afecto pasó a ganar relevancia también en el raciocinio lógico jurídico de las relaciones familiares y sobre este punto vamos a estudiar en este epígrafe.

### 5.1 El amor en las relaciones afectivas

[348] Sentencia del Tribunal Supremo 177/2007 (Sala Primera, de lo Civil Sección 1º), de 27 de febrero de 2007 (recurso 2965/1996).

El amor significa la inspiración, el estímulo a la protección, el contacto físico, a la caricia, al querer el mejor del otro. Cada sociedad posee tabúes, prohibiciones y creencias con relación a la sexualidad y el amor. El hombre tiene una capacidad sexual muy grande que va más allá de la reproducción, una sexualidad única que –aparte de nuestra capacidad intelectual– nos diferencia de las demás especies animales. Como sostiene el sexólogo LUCAS MATHEU: "Así nacimos como *homo sapiens*, con un enorme vigor evolutivo, con una sexualidad muy especial y un protagonismo decisivo de la mujer, en los albores de la humanidad. El hecho sexual humano es a partir de entonces un hecho complejo, multicolor, lleno de matices y peculiaridades, que ha sido uno de los verdaderos motores de nuestra evolución. Y este hecho tan complejo ha evolucionado a su vez de forma diferente en cada una de las sociedades humanas, pero con un denominador común, una intensa necesidad de contacto, una inmensa sed de piel"[349].

El hombre solo se desarrolla estando en grupo, en sociedad. Como bien decía Aristóteles: "el hombre es un ser social por naturaleza". Además, el ser humano vive del estado de éxtasis y de la moderada frustración que el amor nos puede traer. En las palabras de Platón[350]: "es el amor quien da la paz a los hombres, la calma al mar, el silencio a los vientos, un lecho y el sueño al dolor". Para HERRERA GÓMEZ: "Las relaciones humanas son la mayor fuente de creatividad, de afecto y de conflicto para los humanos, por ello a menudo poseen una intensidad que transciende la cotidianidad. La interacción entre las personas permite la comunicación, el aprendizaje, la socialización y el intercambio de ayuda mutua, cooperación y solidaridad. Las relaciones amorosas están llenas de dolor, alegría y múltiples sentimientos a los que etiquetamos para poder controlarnos, aunque su gama de matices sea muy variada y cambiante" [351].

El amor romántico es una construcción cultural que sigue reproduciendo un ideal de amor basado en la violencia y en el control[352]. Es un mito decir que existe una persona correcta

---

[349] LUCAS MATHEU, Manuel. *Sexualidad madura*. Síntesis, Madrid, 2013, p. 11.
[350] PLATÓN. *Diálogos: alegoría de la caverna, Gorgias, el Banquete, Fedón*. Olmak Trade Sl, Barcelona, 2018, p. 176.
[351] HERRERA GÓMEZ, Coral. *La construcción sociocultural del amor romántico*. 1ed. Fundamentos, Madrid, 2010, p.78.
[352] Con relación a la violencia de género que este amor puede causar CARO GARCÍA y MONREAL-GIMENO afirman: "Las chicas creen que el "amor verdadero" requiere "entrega total" y están preparadas para ella, mientras que los chicos creen que el "amor verdadero" tendría que cumplir los requisitos del "amor de madre",

para cada uno, la persona que le hará sentirse completo. El amor romántico es, en muchos casos, idealizado. Un amor que no necesita compañerismo y trae una sensación de felicidad solo por estar junto al otro. La agonía que causa el amor hace la vida emocionante, dando una sensación de trascendencia y felicidad. Para mantenerse en ese estado de plenitud, mujeres y hombres exigen cosas imposibles a sus relaciones; se crea la obligación de mantener al otro siempre feliz, con una vida repleta de encanto.

GIDDENS afirma: "Las relaciones eróticas implican un progresivo sendero de descubrimiento mutuo, en el que el proceso de auto-realización por parte del amante es una parte tan importante de la experiencia, como lo es el acrecentamiento de la intimidad con el amado. Por tanto, la confianza personal debe ser establecida a través de un proceso de auto-indagación: el descubrimiento de uno mismo se convierte en un proyecto directamente relacionado con la reflexividad de la modernidad"[353]. Aun así, todavía existe la creencia de que ese es el amor verdadero; situación que genera mucha frustración, especialmente cuando percibimos que el otro es una persona real, con muchos defectos y muy lejos de lo que idealizamos. En las palabras de HERRERA GÓMEZ "las personas a menudo no aman a la otra persona por como es, en toda su complejidad, con sus defectos y virtudes, sino más bien por cómo querría que fuese. El amor es así un fenómeno de idealización de la otra persona que conlleva una frustración; cuanto mayores son las expectativas, más grande es el desencanto" [354].

El mito dice que el amor dura para siempre y el pensamiento de vivir por el bien del otro es un gran factor de enfermedades mentales y casos de depresión, en especial entre las mujeres que viven aún con los patrones de dependencia del hombre y la búsqueda incesante de ese

---

demandando "esa entrega total" de las mujeres. (…) Evaluar las acciones formativas en género es clave, ya que sus resultados pueden abrir nuevos caminos de acción en los procesos de enseñanza-aprendizaje; así como ayudar a los sectores implicados en este complejo problema social y de salud. Es importante hablar de buen amor –de amor maduro– y que comencemos a transmitirlo en todos los contextos, especialmente en los espacios educativos. Que aprendamos desde niños que el amor no puede estar basado en la propiedad privada, y que la violencia no es una herramienta para solucionar problemas, y de este modo ayudar en el camino hacia la igualdad. En CARO GARCÍA, Carmen; MONREAL-GIMENO, Carmen. "Creencias del amor romántico y violencia de género". *International Journal of Developmental and Educational Psychology: INFAD,* vol. 1, nº. 2, 2017, p. 54.

[353] GIDDENS, Anthony. *Consecuencias de la modernidad* (versión española de Ana Lizón Ramón). Alianza, Madrid, 1993, impreso en 2008, p. 118.

[354] HERRERA GÓMEZ, Coral. "*La construcción …", ob. cit.,* p. 120.

amor romántico. LIPOVETSKY afirma que estamos cambiando la visión del amor romántico, aquel que exigía la necesidad de estar y hacer todo juntos. Hoy hay un nuevo modelo amoroso, en el cual "no se dice que hay que formar un conjunto con el otro, no significa ser todo para el otro, compartirlo todo, no implica perderse en la pareja renunciando a una vida individual. Hoy en día vemos el final (no del amor, por supuesto) pero vemos la desaparición del modelo 'fusión' del amor"[355].

Para Platón el amor es una forma de locura. En "El Banquet" y en "Fedro" afirma que el amor se manifiesta en el deseo del bien y que todo amor es siempre amor a algo, pero que no puede ser posesión. Al mismo tiempo asevera que en el amor se está completamente desposeído del objeto amado; así el amor oscila entre poseer y no poseer, tener y no tener.

Gran parte de las personas actualmente buscan vivir un amor con un intercambio de experiencia, vivir en equilibrio, teniendo una vida independiente a pesar de estar viviendo en pareja. Ya no se espera todo del otro. La valoración de la independencia individual no acabó con el amor, pero le condujo a una nueva composición entre los sentimientos y la libre conducta de cada uno. Hay un deseo de vivir un amor basado en la amistad, pero no existe más la idea de dos transformándose en uno. Hoy cada uno mantiene su personalidad[356].

El gran inconveniente de las parejas es que las relaciones son vistas como una garantía de seguridad y solución de los problemas. La soledad trae inseguridad, pero las relaciones no hacen nada más que esto. En una relación es posible sentirse tan inseguro o más que estando solo, la ansiedad es la misma. Este es uno de los grandes problemas de las relaciones en la actualidad, como define BAUMAN, hay una fragilidad en los lazos humanos, un miedo a establecer relaciones duraderas[357]. Existe actualmente la sensación de que los amores postmodernos son superficiales, rápidos e intensos. Resulta que esto ya está abriendo caminos para que las personas tengan más de una pareja a lo largo de la vida, sea matrimonial o convivencial. Es cada vez más difícil ver relaciones "hasta que la muerte los separe".

---

[355] LIPOVETSKY, Gilles. "La familia ante el reto de la tercera mujer: amor y trabajo". La familia en la sociedad del siglo XXI. *Libro de ponencias*, v. 91, 2003, p. 83.
[356] *Cfr.* NAVARRO LINS, Regina. *A cama na varanda: arejando nossas ideias a respeito de amor e sexo*. 10 ed. Best Seller, Rio de Janeiro, 2017, p. 386.
[357] *Cfr.* BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: A fragilidade dos laços humanos.* Tradução Carlos Alberto Medeiros. Zahar, Rio de Janeiro, 2004, p. 31.

Actualmente, para muchas parejas, el amor romántico creado en el siglo XII no es suficiente para mantener una relación. Incluso, ya hay personas que creen que la fidelidad y la monogamia no son algo tan esencial para las relaciones (poliamor). La monogamia es un hecho cultural y de acuerdo con muchos estudiosos, no es algo natural del ser humano. A pesar de todo, para la gran mayoría, la fidelidad es esencial, pero no en el contexto de la moralidad antigua. Lo que se valora "es la calidad de vida, el respeto de la persona, la autenticidad en el sentimiento y en la relación (…). El plebiscito de la fidelidad traduce principalmente la expresión individualista de la vida sin mentiras y sin mediocridad"[358].

Hoy, en realidad, la autorrealización está basada en la confianza básica. Somos más individualistas. La fiabilidad está en un proyecto de vida común, algo que debe ser construido de forma conjunta, con honestidad y franqueza. Lo más importante de todo, es saber que el amor –como sentimiento de querer el bien, de cuidado– puede tener su concepto adaptado a cada sociedad, y es siempre esencial para la formación de la sociedad y de la familia. Lo más importante hoy para la constitución de una familia es la voluntad, el afecto, la intención de constituir vínculos familiares, en búsqueda de la felicidad individual y social.

### 5.2 La transcendencia de la socioafectividad para la familia y la filiación

El ser humano es racional y afectivo y la familia actual se constituye a partir de vínculos de afección. El aprendizaje ocurre por un procedimiento entrelazado entre la razón y la emoción. Las ciencias psicológicas ja identificaron que la afectividad es constitutiva de la personalidad y actúa juntamente con la inteligencia actúan en el proceso cognitivo. En la antropología también existe el reconocimiento de que la razón y la afectividad son conjuntamente determinantes para la conducta humana. Por esto es muy difícil pensar en el derecho sin este duplo parámetro[359]. Principalmente en el Derecho de las Familias es difícil exigir una imparcialidad judicial, demandando decisiones puramente racionales con la

[358] LIPOVETSKY, Gilles. "La familia ante el reto de la tercera mujer: amor y trabajo", *ob. cit*., p. 85.
[359] *Cfr*. BAPTISTA DOS SANTOS, Romualdo. "*A tutela jurídica...", ob. cit.*, p. 243.

ejecución de un silogismo (premisa mayor, premisa menor y síntesis), sin interferencia de la emoción; esto sería dejar de lado una parte de la personalidad humana.

Partiendo del supuesto de que la afectividad es inherente a la personalidad, esta tiene un valor jurídico que debe ser preservado. En las relaciones jurídicas del Derecho de las Familias, la afectividad es manifestada de forma más expresiva. BAPTISTA DOS SANTOS afirma que "las relaciones familiares, antes de ser jurídicas, son afectivas. Aun considerando al ser humano como un ente complejo, en constante desarrollo, la afectividad es construida y reconstruida a lo largo de la vida y corresponde a los estímulos que recibimos del ambiente en el que vivimos"[360].

La tradicional visión sobre la filiación es construida con base a la procreación natural de las relaciones sexuales entre un hombre y una mujer dentro de una relación de pareja (afectividad). La concepción cultural y social tradicional del parentesco y de la filiación ha cambiado; se ha establecido actualmente una distinción entre el vínculo biológico y el vínculo social. A pesar de que la biología ha sido en los últimos años la clave para la solución de cuestiones jurídicas de filiación, este entendimiento ya viene cambiando lentamente para dar más importancia a las relaciones efectivamente existentes, donde hay voluntad y afecto.

La paternidad/ maternidad, no es un hecho de la naturaleza, sino un hecho cultural, principalmente la doctrina brasileña, que pasó a ver en el afecto un valor jurídico para fines de determinación de la filiación[361]. BATISTA VILLELA nombró esta nueva realidad de "desbiologización de la paternidad" [362] y con el tiempo, el concepto adquirió nuevos contornos y se empezó a hablar en Brasil de "parentalidad socioafectiva". De esta forma, la parentalidad ganó elementos sociales y afectivos, y no exclusivamente genéticos. Para la doctrina brasileña, la afectividad es un principio constitucional implícito, con fundamento esencial en: el principio de dignidad humana, solidaridad, igualdad entre los niños independientemente de su origen, protección de la familia monoparental, familia fundada en lazos de sangre y por

[360] *Ibidem*, p. 152 (traducción libre).
[361] *Cfr*. BATISTA VILLELA, João. "Desbiologização da paternidade". *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 21, 1979, p. 402.
[362] *Ibidem*, p. 403

adopción, y vida familiar asegurada a niños y adolescentes independientemente de su origen biológico. Es una norma de interpretación.

Además, el principio de afectividad dio la sustentación y suporte para la creación y construcción de la teoría de la parentalidad socioafectiva. HERRERA explica: "La denominación socioafectividad se la debemos al derecho brasileño, que hace ya algunos años viene trabajando en el tema como un elemento central para colocar en crisis al derecho filial clásico centrado en la biología, es decir, en la idea de que la correspondencia genética entre dos personas es la razón de ser para generar un cúmulo de derechos y obligaciones entre ambos o el puente principal entre la filiación y la responsabilidad parental, para utilizar un lenguaje más contemporáneo y democrático que la permitida y vapuleada *patria potestad*"[363].

La socioafectividad es la conjunción del hecho social (socio) y la existencia del afecto (afectividad); es utilizada en Brasil para las relaciones de parentesco cuando no hay vínculo biológico. Esta terminología parece haber superado las fronteras y se ha trasladado a otros ordenamientos en los que ya se comienza a hablar del parentesco social afectivo para evidenciar la relación que existe entre personas que no son parientes entre sí; es decir, "se ha producido, entonces, lo que ha dado en llamarse "desencarnación", o sea, el debilitamiento del elemento carnal o biológico en beneficio del elemento psicológico y afectivo"[364].

Todas las formas de relaciones parentales o de filiación son, de acuerdo con esta doctrina brasileña, socioafectivas. En realidad, la parentalidad socioafectiva es considerada género, de la cual hay los dos tipos: la parentalidad biológica y la parentalidad socioafectiva en sentido estricto.

La filiación socioafectiva es resultante de la libre voluntad de las personas en asumir las funciones parentales, existiendo o no vínculo biológico. Además, el vínculo de parentesco va a identificarse a favor de quien el hijo considera ser su padre; aquel que asume las responsabilidades resultantes del poder familiar. "La posesión de estado, como realidad

[363] HERRERA, Marisa. "La noción de socioafectividad como elemento "rupturista" del derecho de familia contemporáneo". *Revista De Derecho De Familia*, nº66, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2014, p.02
[364] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "Las nuevas realidades familiares …", *ob. cit.,* p. 09.

sociológica y afectiva, puede mostrarse tanto en situaciones donde está presente la filiación biológica, como en aquellas en que la voluntad y el afecto son los únicos elementos. Para eso el ejemplo más evidente es la adopción"[365].

El Profesor portugués OLIVEIRA afirma que actualmente el amor es visto como en punto más fuerte en las relaciones familiares y existe un amor "paidocéntrico", que ubica al niño en el centro[366]. Durante tiempo, principalmente en el derecho, había un cierto pudor en incorporar los sentimientos en el ordenamiento jurídico; más recientemente se puede observar en la jurisprudencia y en algunas legislaciones, palabras como amor y afecto. Además, para este Profesor, estos criterios inseridos en el derecho cambiaron la interpretación del principio de mejor interés del niño y se reflejaron en la forma en cómo establecemos los criterios para definir maternidad/paternidad.

De la centena de fallos que surgen de los tribunales europeos podemos ver la creciente visión paidocéntrica[367]: el interés del menor prevalece tanto en los supuestos de parentesco biológico como en los casos de parentesco jurídico e inclusive en ausencia de parentesco; pero con efectivas relaciones familiares de facto. No existe una receta universal, habrá que tener en cuenta las circunstancias del caso para decidir lo que es más conveniente para los niños.

Sobre la cuestión de la importancia del afecto, el Profesor VARSI ROSPIGLIOSI de Perú[368] afirma: "El afecto, respeto, consideración que construyen una relación, incrustada en un verdadero marco de amor, sirven, sin duda, para formar un enlace cuya fuerza resultante, en última instancia, expresa una nueva arquitectura de la filiación, donde la base deja de ser

---

[365] DIAS, Maria Berenice. "Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales*". Revista Jurídica UCES Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*, no. 11, Buenos Aires, 2009, p. 84.

[366] *Cfr.* OLIVEIRA, Guilherme de. "Textos de Direito de Família". *Imprensa da Universidade de Coimbra*, *Coimbra*, 2016, p. 277.

[367] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *X. Y. Z v. Reino Unido*, de 22 de abril de 1997, en el que se avaló la relación familiar entre X. (un transexual que convivía con Y.) y Z., hijo de Y. por inseminación artificial con donante anónimo. En otras se atiende al parentesco biológico, si la ausencia de relación afectiva se ha producido en contra de la voluntad del progenitor, como en el caso "*Gorgülü v. Alemania*" del 26 de febrero de 2004, donde el padre ignoraba que tenía un hijo que la madre decidió entregar en adopción. Pero al mismo tiempo, el tribunal puede desestimar la realidad biológica en favor de los lazos ya consolidados de hecho (caso *Söderbäck v. Suecia, de 28 de octubre de 1998*)

[368] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique; CHAVES, Mariana. "Paternidad socioafectiva: la evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto. Actualidad jurídica, 57-64, 2010. Fecha de consulta 10/02/2020. Disponible en http://repositorio.ulima.edu.pe/handle/ulima/3289.

el elemento genético y tendrá en cuenta la fuerza del sentimiento, como una forma de establecimiento de vínculo paterno-filial en un verdadero proceso de construcción de la paternidad en un sentido más amplio, donde lo afectivo es efectivo". Así que la socioafectividad no está basada en el hito del nacimiento, es decir, en el hecho biológico, sino en el acto de la voluntad, que es constancia de la convivencia diaria[369]. Por consiguiente, se puede afirmar que la "desbiologización" abre el camino a la parentalidad socioafectiva fundada en lazos afectivos, haya o no vínculo biológico. Implica el ser tratado efectivamente como hijo, incluso en lo que se refiere a las obligaciones frente a la sociedad. La afectividad –que no debe ser confundida con el amor– comienza no solo a cumplir un papel relevante en la perspectiva jurídica de la composición familiar, sino que puede fundar una relación de parentesco.

La identificación de los vínculos parentales ya no se puede buscar en la realidad legal o consanguínea, es indispensable considerarla dimensión social, existencial y afectiva de la filiación. Cabe a la legislación y jurisprudencia normalizar las situaciones ya consolidadas socialmente. La socioafectividad trae nuevos parámetros para la familia y la filiación, inclusive amenaza la exclusividad de un vínculo binario en la filiación. El reconocimiento de la autonomía de la voluntad exige el enfrentamiento e inclusión de las nuevas realidades afectivas de las relaciones humanas.

### 5.3 La socioafectividad vista como el deber de cuidado

Es importante consignar que más que pagar prestaciones pecuniarias, los padres deben tener una relación de convivencia, cuidado, crianza y educación de los niños, vectores que obviamente implican la transmisión necesaria de atención y el acompañamiento del desarrollo social y psicológico del niño. El cuidado, por lo tanto, es un elemento objetivo que exige la

[369] En Canadá también hay decisiones que, aunque no mencionen expresamente la expresión socioafectividad, se han se basado en el afecto, en la situación de hecho existente para declarar la paternidad. Caso D. W. H. v. D. J. R.", 2007 ABCA 57, para. 16 (Can. Alta. C.A.); también "D. W. H. v. D. J. R.", 2009 ABQB 438, para. 107 (Can. Alta. Q.B.) (affirming the appellant's application for access); "D. W. H. v. D. J. R.", 2011 ABQB 608, para. 1 (Can. Alta. Q.B.) en los que se invoca la sección 15 de la carta con el fin de reconocer a la pareja del padre biológico el estado de "padre".

presencia y contacto, incluso si no es en persona; así como acciones voluntarias a favor del niño.

Existe una imposición legal del cuidado, como un corolario de la libertad de las personas de tener o adoptar niños; existe la autonomía para tener hijos, pero también existe la consecuente responsabilidad por el acto. Ya está siendo discutido por los tribunales si el abandono afectivo –es decir, la omisión del deber de cuidado– también puede generar responsabilidad civil. Obviamente la indemnización civil no va a compensar la posible frustración emocional de un hijo, pero será impuesta como consecuencia de la omisión de la madre o del padre en relación con las obligaciones legales respecto a sus hijos. En las palabras de la ministra del Tribunal Superior de Justicia de Brasil, ANDRIGHI "amar es una facultad, cuidar es un deber[370]". Según ella, el amor sería ajeno al campo jurídico, estando en el ámbito metajurídico, filosófico, psicológico o religioso, pero el cuidado sí es un deber. Existe un núcleo mínimo de cuidado parental que debe ser cumplido.

De acuerdo con BOFF, "el cuidado constituye el ethos fundamental del ser humano, es decir, la esencia humana no está en la racionalidad, en la autonomía de la voluntad o en las habilidades creadoras, sino en el cuidado; valiéndose del concepto de cuidado y tomando el principio constitucional de la solidaridad como el vector orientador"[371]. De ahí que la categoría del cuidado es vista como el centro de la esencia humana; es decir, lo que constituye efectivamente al ser humano es la capacidad de empatía, el cuidado del otro, del diferente.

Podemos decir que el principio de la solidaridad viene según la forma en la que se relaciona el ser humano, del cuidado, del afecto y de la sensibilidad, como corolarios de la dignidad de la persona. Entre los miembros de una familia existe una corresponsabilidad que desencadena la existencia del principio de la responsabilidad familiar, la obligación de prestar

---

[370] *Cfr.* ANDRIGHI, Nancy, Superior Tribunal de Justicia de Brasil, Recurso Especial nº 1.159.242 - SP. En esta decisión el Tribunal decidió que existe derecho a la indemnización por violación al deber de cuidado, lo que no es la misma cosa que abandono afectivo. En el Recurso Especial 757.411/MG ya había la decisión que violación de afecto no genera daño indemnizable. De esta forma el Tribunal Superior hace una distinción entre el afecto y el deber de cuidado.

[371] BOFF, Leonardo. *Saber cuidar- ética do humano, compaixão pela terra*. 10 ed. Vozes, São Paulo, 2004, p. 11.

alimentos entre madres/padres e hijas/os[372] La necesidad/obligación es recíproca, siendo inequívoca la responsabilidad jurídica y ética de la hija/o prestar alimentos a las madres/padres, en caso de necesidad[373].

El principio de la solidaridad revela su efectividad y aplicabilidad en muchas áreas del Derecho de las Familias: el principio de la convivencia familiar, el principio de la afectividad y el principio del mejor interés del niño; incluso fortalece la expresión el "deber jurídico de cuidado". Debido al principio de la solidaridad, han sido creados mecanismos jurídicos que facilitan acciones solidarias en la familia. "Cuando se habla de solidaridad, en el ámbito del derecho de familia, no se debe a hablar de virtud, porque ésta puede o no estar presente en las relaciones. No se trata, por lo tanto, de un deber ser de carácter moral, pero sí de naturaleza jurídica" [374]. Ganando así, la solidaridad y el cuidado, un valor jurídico. LÔBO afirma que "el principio de la solidaridad tiene el papel de unir a los miembros de manera democrática y no autoritaria, por medio de la corresponsabilidad"[375]. De este modo la familia merece una protección especial en la medida en que es una manifestación del cuidado y de la solidaridad entre las personas. Además, el cuidado es un valor jurídico apreciable y tiene repercusiones en la responsabilidad civil y penal[376].

Finalizando podemos decir que la afectividad es un postulado de interpretación del derecho. Es un principio interpretativo con contenido abierto. La afectividad debe ser utilizada en el Derecho de las Familias como un norte, siempre y cuando traer beneficios al favor del niño. La falta de afectividad nunca pondrá ser involucrada para deshacer una relación de filiación y una responsabilidad parental. El afecto dentro del sistema jurídico no es el sentimiento existente entre las personas.

---

[372] Sobre la solidaridad familiar como fundamento de la obligación de alimentos puede verse MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves. *La obligación legal de alimentos entre parientes*", La Ley, Madrid, 2002, págs 81 y ss.
[373] La Constitución Federal de Brasil en su artículo 229 afirma: "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade". - Y también el tema está en el artículo 1.694 del Código Civil brasileño.
[374]ANTUNES MACIEL ARANHA HAPPER, Adriana. "O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar". En OLIVEIRA DE, Guilherme; SILVA PEREIRA, Tania da (Coord.). *O cuidado como valor jurídico.* Forense, Rio de Janeiro, 2008, p. 128.
[375] *Cfr.* LÔBO NETTO, Paulo Luiz. "Família e solidariedade", *Boletim do IBDFAM*, nº 43, mar/abr. de 2007, p.05.
[376] En la responsabilidad parental está el deber de "1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral" (Art. 154.1 Código Civil español). Deber este que engloba toda clase de cuidados (materiales y morales), una vez que son deberes estándar de comportamiento.

En esta línea de pensamiento se puede afirmar que, tanto por concepción natural o por uso de las técnicas de reproducción asistida como por adopción u otro medio de filiación, los padres asumen obligaciones legales en relación con sus hijos y estas van más allá de las necesidades vitales. Es esencial la existencia de un ambiente familiar que proporcione el desarrollo de los vínculos afectivos del conocimiento y crecimiento humano, ya que es en la familia donde nos sentimos seguros y conseguimos expresar con libertad nuestro afecto. En consecuencia, la interdependencia económica y afectiva existente, refleja la idea de responsabilidad familiar, generando una expectativa con relación al comportamiento del otro.

Como hemos visto no hay dudas de que la familia es el grupo fundamental para el crecimiento y el bienestar de los niños. El derecho a la filiación es un tema delicado y complejo, aún más cuando es pensada frente a la dimensión biológica y afectiva (determinada por la autonomía de la voluntad). Hoy más que nunca, evidenciamos que el vínculo biológico entre padres e hijos no es un hecho indudable y el derecho a la filiación es una materia que está en continua transformación.

### 5.4 El afecto en las relaciones jurídicas

Después de estudiar lo que es el afecto, vamos a buscar cómo podemos ponerlo en las relaciones jurídicas, principalmente en el Derecho de las Familias. Como estudiamos la comprensión bipartida de normas jurídicas, dividida entre normas reglas y normas principios hecha por Ronald Dworkin y Robert Alexy en sus comprensiones teóricas, lo importante es no mezclar las normas principios, que poseen fuerza normativa, con los principios generales de derecho[377], estos últimos utilizados como forma de integración para los vacíos legislativos, sin fuerza vinculante.

No obstante, por el mal uso del término “principio”, existen numerosas situaciones que no tienen naturaleza de principio, pero son tratadas como si lo fueran. Principio es una

[377] Artículo 1.1 del Código Civil español: “Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

expresión plurívoca, y para establecer correctamente el encuadramiento de la teoría general del afecto es necesario tener clara las distinciones entre los principios fundamentales y los principios generales de derecho[378]. Los principios fundamentales, como observa Alexy, son mandamientos de optimización, son satisfechos en grados variables, dependiente no solo de posibilidades de hecho, sino también de posibilidades jurídicas.

Buscando una teoría general de afecto, los profesores CHAVES DE FARIA y PAULINO DA ROSA afirman que los principios de Derecho de las Familias regulan la estructura de la familia y funcionan como normas de interpretación para solucionar los conflictos entre derechos igualmente reconocidos. Cuando no existe en el sistema una norma adecuada para solucionar un caso concreto, es necesario recurrir a un principio, y si hay conflicto, hay que ponderarlos. La afectividad, efectivamente, se inclina a ser una base estructural de la interpretación y de la aplicación de las reglas y principios, constitucionales e infraconstitucionales, principalmente en el campo del Derecho de las Familias. Es, por fin, un medio, un instrumento y no la finalidad a ser buscada[379]. En una operación hermenéutica "las normas-reglas del Derecho de las Familias deben ser interpretadas (=comprendidas) a partir de la finalidad y del estado de las cosas pretendidos por los principios, utilizada la afectividad como la estructura (medio) necesario para la actividad"[380].

Así que la afectividad no es un principio fundamental con carga normativa, es un valor que debe orientar la comprensión del sistema del Derecho de las Familias. Es un valor que engloba más que el simple sentimiento de amor, es un valor referente al deber de cuidado entre los miembros de la familia, la responsabilidad que los padres deben tener al buscar un vínculo de filiación, y finalmente, una concientización sobre la responsabilidad parental.

---

[378] *cfr*. CHAVES DE FARIA, Cristiano; PAULINO DA ROSA, Conrado. *Teoria Geral do Afeto*. *ob. cit*., p. 77.
[379] *Cfr. Ibidem*, p. 362.
[380] *Ibidem*, p. 364. (traducción libre).

## IV- EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL DERECHO A LA FILIACIÓN

### 1. El ejercicio de la autonomía privada en el ámbito de filiación y la protección de los derechos de los niños

La autonomía privada ejercida frente al derecho de filiación debe respetar el valor de la dignidad de la persona humana, pensando si realmente es beneficiosa para los hijos. Ya pasamos la época en la que los niños eran vistos como objeto/propiedad de los padres y éstos deben ver en el hijo mucho más que un objeto de deseo o una necesidad para compensar algún vacío en su vida. La autonomía existente hoy para tener o no un hijo, debe ser superior a la aspiración de personas deseosas o interesadas en su existencia. Además, la reproducción no es algo individual, genera efectos sociales. Un niño es un ser por sí mismo, debe tener los derechos respetados de acuerdo con su cualidad peculiar de persona en desarrollo; así que debemos buscar que crezca en el seno de una familia que no solo le garantice un ambiente de felicidad, amor y comprensión, sino también que lo escuche, respetando sus expresiones y opiniones.

Esta mayor participación de los niños en la familia se ha establecido a partir de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de la Infancia del 20 de noviembre de 1989, donde se ha cambiado el foco para que los niños sean considerados "sujetos" de derechos. En el ámbito europeo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece como base el interés superior de los niños, dejando expreso el derecho a la protección y cuidados necesarios para el bienestar de los mismos[381]. La búsqueda de la felicidad de una persona o de una pareja reflejada en el derecho a filiación, ante las nuevas posibilidades sociales y científicas, ha traído nuevos dilemas jurídicos con resoluciones muy

[381] Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000: "Artículo 24 Derechos del menor 1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3.Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses".

difíciles; solamente la biología pasó a ser vista como una verdad científica que no refleja los sentimientos y los vínculos que realmente existen en una familia.

Durante la infancia y adolescencia se va construyendo nuestra personalidad y desarrollando nuestras capacidades. No existe mejor forma de proteger al niño y a sus intereses, que garantizarle derechos y libertad de decisión de acuerdo con su madurez. La autonomía del niño es un derecho que debe ser respetado. Para respetarse el superior interés del niño son consideradas algunas variables, tales como el bienestar personal, y connotaciones afectivas y psicológicas, apreciando de forma global la condición en que se encuentra este niño frente a una situación concreta[382].

Al niño se le debe reconocer la capacidad para actuar, siempre que demuestre madurez en el ejercicio de sus derechos[383]. El art. 12 de la *Convención de los Derechos del Niño de 1989*, determina que los Estados deben garantizar a los niños que estén en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten. Esto es así porque en algunos casos la representación legal de los padres o tutores no es la ideal. El derecho del niño a ser escuchado debe regularse para evitar la discrecionalidad y fomentarse en todos los ámbitos donde el niño se desarrolle, sin que deba ser confundida su opinión con su interés. "Como ya se viene advirtiendo, la necesidad de que los menores sean escuchados, no puede traducirse en que sea su voluntad la que haya de imponerse en todo caso, pues no es a ellos a quien corresponde tomar la decisión sobre algo tan trascendente –no hay que confundir el deseo del menor con el principio del '*favor filii'* y superior interés del menor que ha de presidir esta decisión– pero es indudable que su opinión ha de ser considerada y, cuanto menos conocida, teniendo en cuenta, además, que dentro del amplio estadio de la minoría de edad cada etapa evolutiva tiene sus propias peculiaridades"[384].

---

[382] Para el ordenamiento anglosajón este principio se denomina "*Welfare principle*". Así que los "derechos" de los padres solo son relevantes en la medida en que ayudan al tribunal a determinar la mejor solución para el niño (*Children Act 1989 s 1*).

[383] Art. 162 Código Civil español: "Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1. Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia".

[384] ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio.* Dykinson, D.L. Madrid, 2015, pp. 138-139

Además, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, se debe proporcionar al niño el derecho a ser escuchado. En consecuencia, los niños tienen el derecho a ser escuchados, así como el derecho a ser informado sobre la materia que se dilucida y que les afecta. El niño deberá ser informado en un lenguaje que sea comprensible y adaptado a sus circunstancias, al igual que deberán preverse las consecuencias de su opinión.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la *sentencia del 11 de octubre de 2016*, ha condenado al Estado español por vulnerar el derecho de los hijos menores a ser oídos en el procedimiento de divorcio, estableciendo una indemnización la madre por daño moral. La decisión del Juez de no oír a las hijas personalmente, bien como la fata de motivación para la rehúsa, puede haber perjudicado el procedimiento de divorcio[385]. Es importante puntuar que la audiencia del niño debe ser realizada por el órgano judicial competente, cuando necesaria, juntamente con un equipo técnico especializado y, además, los órganos judiciales deberán tener en consideración la madurez y el grado de conciencia de los niños.

En los casos que respectan a los derechos de los niños, por ser situaciones normalmente muy peculiares, el juez debe observar cada proceso como único. No hay una forma única de decidir procesos familiares. El juez necesita la ayuda de un equipo multidisciplinar que tenga un contacto más próximo a la familia, con psicólogos, asistentes sociales e interlocutores, que puedan proveer bases concretas para una futura decisión. El valor que el juez da al testimonio del niño y las valoraciones profesionales que los equipos psicosociales vierten sobre el caso, van a depender del concepto de credibilidad del niño que ellos tengan, respectivamente.

Como ejemplo, podemos citar un fallo de Tucumán-Argentina en el que una magistrada resolvió un controvertido caso donde dos padres se disputaban el derecho de paternidad sobre una niña de nueve años. Aunque la legislación argentina no permita la pluripaternidad, la magistrada, después de analizar el caso y escuchar a la niña, tomó una decisión escrita de forma muy sencilla para que la propia niña pudiera entender: "Juli, tenés razón cuando decís

[385] Hubo violación del art. 6 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* que afirma: "1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella".

que no querés elegir entre tus dos papás. Vos no tenés que elegir entre Jorge y Roberto. Porque según lo que hablamos y me hiciste saber, es que sentís que los dos son tus papás. Listo, eso es lo importante. Y así lo voy a escribir en esta sentencia"[386]. Este fallo demuestra cómo la justicia debe ser más humana y estar más cercana a la gente y sus problemas reales, principalmente en los casos que envuelvan a los derechos de los niños.

### 2. La autonomía en materia de filiación ejercida por la adopción

El deseo de constituir una familia con hijos ya hace tiempo que no depende de la reproducción sexual y vínculos biológicos, naciendo la relación de parentesco del acto de adopción, siendo que "adoptar equivale a integrar en una familia a alguien que no pertenece a ella por razones de consanguinidad, de sangre o descendencia, creando, pues, un estado familiar"[387]. Es duro cuando los futuros padres han pasado años intentando tener un hijo de forma natural, hasta llegar a descubrir la infertilidad; pero siguen con el sentimiento de maternidad/paternidad dentro de sí y honorablemente buscan la adopción. La adopción también puede ser un acto de amor y de voluntad de aumentar la familia, cuando personas que ya tienen hijos biológicos quieren acoger a un niño que carece de un hogar, disipando el individualismo. También existen casos de adopción hecha por personas solas que recurren a esta opción de maternidad o paternidad sin tener pareja. Para todos los casos, más que la solidaridad con los niños huérfanos, o abandonados, actualmente la adopción en un acto de la autonomía privada de las personas que buscan tener un hijo. La decisión de adoptar un hijo es noble.

No obstante, tenemos que ver la adopción desde el punto de vista de los niños, es decir, en todos los casos la adopción será concedida en beneficio del adoptado. El objetivo fundamental de la adopción consiste en que el niño que no pueda ser cuidado por sus propios padres biológicos, tenga una familia permanente[388]. Todo niño que no puede vivir

---

[386] Sentencia 11, LLF c/SCO s/Filiación, Monteros, Tucumán-Argentina, de 7 de febrero de 2020. Expte. 659/17.
[387] LASARTE, Carlos. LASARTE, Carlos. *Derecho de familia: Principios…, ob. cit., p. 324.*
[388] *Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños*, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986 - Art. "El objetivo fundamental de la adopción consiste en que el niño que no pueda ser cuidado por sus propios padres tenga una familia permanente".

adecuadamente en su familia de origen debe ser protegido por el Estado y colocado en una nueva familia. A la hora de ponderar el interés de un niño en la adopción es necesario averiguar las circunstancias concretas que le son ofrecidas y los posibles riegos al vivir con los adoptantes (considerando las características personales, recursos materiales y sociales).

El instituto de la adopción –así como la familia– han cambiado mucho a lo largo del tiempo, se han modulado de acuerdo con la forma en como las transformaciones sociales lo requirieron. En la historia más reciente, los acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial marcaron un antes y después en el papel de la motivación de la adopción. El gran número de niños y niñas que se quedaron sin familia forzaron un cambio en las costumbres de los pueblos, apareciendo la solidaridad. "Lo que se movió en el interior de aquellas gentes no fue la culpa, ni la pena, ni el afán salvador, fue la necesidad de dar una familia a niñas y niños cuyas mamás y papás habían sido arrebatados"[389]. Además, reformas legislativas fueron necesarias fortalecer los vínculos entre adoptantes y adoptados.

La adopción es un mecanismo de integración familiar definitiva para el niño que necesita protección. De ahí que la adopción tiene naturaleza doble: es un medio de protección del niño desamparado, modelada para garantizar el mejor interés del niño, y es también un tipo de filiación. Por consiguiente, por medio de la adopción la niña/o adoptado pasa a integrar plenamente la vida familiar, con los mismos derechos y obligaciones de una filiación natural. Se da la ruptura de vínculos con la familia anterior, en toda regla.

Frente a la imposibilidad de tener una filiación por naturaleza –sea por imposibilidad o voluntad de los progenitores–, la adopción surge como una salida jurídica para dar al niño una familia que, si lo desea, le permita desarrollarse garantizando su protección integral. Se proporciona al niño una familia "constituyendo artificialmente un nuevo vínculo de filiación"[390]. El apartado 3 del artículo 20 de la CDN establece el derecho del niño a la adopción como una modalidad de cuidado especial para las niñas, niños y adolescentes que deben permanecer privados de su medio familiar. Asimismo, el artículo 21 de la CDN dispone:

---

[389] ASSIEGO CRUZ, Violeta. "Motivaciones para la adopción". *Revista Padres y Maestros*, nº. 238, 1998, p. 27.

[390] MAYOR DEL HOYO, María Victoria. *La adopción en el derecho común españo*l. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 17.

"Los Estados que reconocen o permiten el sistema de adopción, cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial".

En España, con la promulgación de la Constitución española de 1978 se produce una nueva forma de entender la protección de la infancia. La regulación de la adopción en España está en los artículos 175 y siguientes del Código Civil cuyo contenido procede de la *Ley 21/1987, de 11 de noviembre,* de modificación de determinados artículos del *Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil* en materia de adopción y otras formas de protección de menores, conocida como "Ley de Adopción", en línea con los principios de la normativa internacional, y de modo especial, con la *Declaración de los Derechos del Niño de 1989.*

El contenido del Código Civil Español fue parcialmente modificado posteriormente por la *Ley 26/2015, de 28 de julio,* de protección a la infancia y a la adolescencia para adecuar el Código Civil al Convenio Europeo en materia de adopción de menores, realizado en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, instrumento ratificado por España en 2010. La *Ley 26/2015, de 28* de julio (LPIA), ha dado nueva redacción a todos los artículos del Código Civil español relativos a adopción nacional, excepto el artículo 179, adaptando una línea que profundiza los intereses de los niños y refuerza la tutela judicial efectiva en los procedimientos en la LEC. La legislación actual, equipara la filiación adoptiva y la filiación por naturaleza, no existiendo cualquier distinción entre ellas.

El primer requisito para que un niño sea puesto en adopción es estar en situación de desamparo, "no podemos dejar de recordar aquí que esta situación es un dato o circunstancia de hecho, derivado del no ejercicio, o ejercicio incorrecto, de las funciones de guarda de los menores por parte de sus padres o tutores, que se traduce en que quedan privados de la asistencia moral o material necesaria; sin perjuicio de que haya supuestos en los que los padres sí se ocupen de sus hijos, pero decidan entregarlos en adopción por motivos particular"[391]. Por regla, solamente, los niños no emancipados pueden ser puestos en adopción, la excepción existente establece que es posible la adopción de una persona mayor de edad o de menor

[391] LASARTE, Carlos. *Derecho de familia: Principios…, ob. cit., p. 327.*

emancipada cuando hay una situación de acogimiento, de al menos un año, con los futuros adoptantes o de convivencia estable entre ellos (art. 175.2 Código Civil español).

En España las comunidades autonómicas tienen competencia en materia de adopción, así el tiempo de la lista de espera y algunos requisitos puede cambiar de una comunidad a otra. La autonomía de los padres debe es limitada por algunos requisitos generales para poder adoptar un niño, como la aptitud establecida por una valoración de idoneidad, con exámenes y entrevistas para valoración psico-social. Además, el adoptante debe mayor de 25 años, o al menos uno de los adoptantes, cuando la adopción es hecha por dos personas. En cualquier caso, debe el adoptante contar diferencia de edad de no mínimo 16 años y con máximo de 45 de años con el adoptado salvo en los casos de ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal; llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo; ser mayor de edad o menor emancipado (art. 176.2 Código Civil español). Cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando.

La nueva redacción del art. 175.4[392] del Código Civil español, amplió las personas que pueden adoptar. Además de las unidas por matrimonios, heteroafectivas o homoafectivas, ahora la ley, pasa a permitir que la adopción dual sea hecha por pareja de hecho, independe de la orientación sexual de la pareja, al aludir de forma genérica a "pareja" unida, por análoga relación de afectividad a la conyugal. Así que, pasa a ser posible la adopción por parejas de hecho homoafectivas. Aunque la posibilidad de adoptar por parejas de hecho unidas en análoga relación de afectividad a la matrimonial estaba regulada a través de la citada *Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, una interpretación literal de las expresiones "al hombre y la mujer", dejaba a la margen las parejas de personas del mismo sexo. Otro punto de este art. 175.4 es subrayado por MAYOR DEL HOYO, que afirma que la luz de la literalidad del precepto, "parece que basta con que una pareja esté unida por una relación de afectividad de

[392] Art. 175.4 del Código Civil Español: "Nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Esta previsión será también de aplicación a las parejas que se constituyan con posterioridad. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, será posible una nueva adopción del adoptado".

este tipo, sin necesidad de inscripción en un registro ni otro requisito formal o sustantivo ligado a estabilidad"[393]. El Convenio europeo en materia de adopción de menores, en su artículo 7.1, permite la adopción por pareja de hecho registrada[394]. Sin embargo, el segundo párrafo menciona que los estados pueden ampliar el alcance del convenio a las parejas que vivan juntas en una relación estable[395].

Claramente la manifestación de la voluntad en adoptar un niño supone la aceptación de ciertos retos, cada niño es único y cada uno tiene sus necesidades especiales, debiendo primeramente los adoptantes aceptar y estar conscientes de que el niño es hijo biológico de otras personas de forma inequívoca. La adopción-va a hacer que el niño sea integrado a la nueva familia, convirtiendo los parientes de los familiares del adoptante parientes del niño.

La construcción de los lazos de afectividad depende mucho de estas trayectorias de la adopción, y esa relación se edificará "a partir del cruce de dos historias, la de un menor con sentimientos de abandono y la de unos adultos con expectativas, deseos y sus propios duelos, comenzando una historia en común como familia"[396]. La adopción puede ocurrir en cualquier fase de la vida un niño o adolescente. Con todo, cuando ocurre de forma temprana, siendo el niño un bebé, sin histórico traumático, la adaptación es más fácil, las crisis que pueden surgir son las misma que surge con los hijos naturales. Ya cuando hay alguna situación más grave, es necesario acudir a un profesional para que la integración a la nueva familia sea efectiva[397].

Una de las teorías que explica el establecimiento de vínculos afectivos en las familias adoptivas es "el apego", que afirma que el ser humano tiene la tendencia a crear fuertes vínculos afectivos[398]. Para un niño, el establecimiento de un mínimo de relaciones positivas y

---

[393] MAYOR DEL HOYO, María Victoria. *La adopción en el derecho…, ob. cit*., p. 35.
[394] El Convenio Europeo de Adopción del 27 de noviembre de 2008 en el artículo 7 permite la adopción: "1. a. por dos personas de sexo diferente; i. que hubieren contraído matrimonio entre sí o, ii. que constituyan, en los casos que exista esa institución, una pareja de hecho registrada; b. por una sola persona".
[395] Artículo 175.4 del Código Civil español: "nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal".
[396] ROSSER LIMIÑANA, Ana; BUENO BUENO, Agustín. "La construcción del vínculo afectivo en la adopción: La teoría del apego como marco de referencia en la intervención post-adoptiva*". International Journal Of Developmental And Educational Psychology- INFAD,* vol. 1, nº. 1, 2011, p. 334.
[397] ÁVILA ESPADA, Alejandro. "La función parental en la adopción". *Revista Iberoamericana De Diagnóstico Y Evaluación Psicológica*, vol. 1, nº 19, 2005, p. 198.
[398] *Cfr*. Ibidem, p.335.

estables ya hace surgir un sentimiento. Sin embargo, debemos advertir que incluso un niño maltratado por sus padres puede desarrollar afecto por ellos, y en el futuro presentar alguna consecuencia. Los trastornos afectivos suelen existir principalmente después del primer año de vida cuando hay adopción, generando niños inseguros, inhibidos emocionalmente y con bloqueo afectivos; aunque afortunadamente estas señales pueden desaparecer con el tiempo. Es posible restablecer la seguridad afectiva y garantizar un desarrollo psicológico saludable para las niñas/os cuando hay un hogar seguro, con una familia con capacidad para dar afecto y buscar soluciones para los conflictos, con la finalidad de mantener la relación paternofilial.

En nada se distingue la filiación socioafectiva[399] y la adopción, una vez que ambas son fruto del deseo de asumir la maternidad/paternidad, fruto de la autonomía[400]. La adopción tiene en el afecto su punto central: es un acto voluntario, siendo irrevocable por regla. Para las niñas y niños adoptados, por más que crezcan en un hogar con amor y cuidados, pueden presentarse problemas emocionales al saber que fueron abandonados, rechazados, o por la incapacidad de crianza y cuidado de los padres biológicos. Además, la necesidad de conocer los orígenes biológicos puede exigir.

Uno de los principales problemas planteados en los procesos de adopción se refiere al consentimiento de los progenitores, que debe ser libre y esclarecido[401]. La Corte Europea ya ha decidido que la adopción de un niño, sin el conocimiento o consentimiento del padre natural, puede constituir una injerencia no justificada en el derecho a la vida familiar (art. 8); como en el caso *Keegan c. Irlanda del 26 de mayo de 1994*. Solamente en casos muy especiales determinados en ley y que estén conforme al superior interés del niño, como en el caso de necesidad de tratamiento médico del niño o falta de cuidado material, es posible la privación del poder parental[402].

---

[399] Filiación socioafectiva aquí tiene el mismo sentido de los reconocimientos de complacencia que en Brasil, donde se utiliza el término "adoção à brasileira", mediante el cual se crea un vínculo de filiación, que era hasta el momento inexistente, sin existir un vínculo natural (genético).
[400] DIAS, Maria Berenice. "Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales", *ob. cit.* p. 04.
[401] Art.177.1 del Código Civil español y en las palabras de ARTERO FELIPE: "La única forma posible de prestar el consentimiento, es comparecer ante el juez y el secretario del Juzgado competente para constituir la adopción, lo que significa que no podrá utilizarse ninguna clase de apoderamiento o representación para este acto ya que se trata de un acto personalísimo". En ARTERO FELIPE, José Luis. "El elemento volitivo de la adopción". *Acciones e investigaciones sociale*s, nº 12, 2001, p. 59.
[402] SIMÕES DE ALMEIDA, Susana Catarina. Familia a la luz…. *ob. cit.*, p. 311.

Por eso con relación a la intervención de la voluntad de los interesados en la adopción es importante hacer la diferenciación entre los términos consentimiento y asentimiento. El consentimiento se refiere a los autores principales de la nueva relación paternofilial (adoptante y adoptado), mientras que el asentimiento es exigido a los sujetos que serán afectados con la adopción, pero de forma indirecta. Es necesario el asentimiento del cónyuge o pareja del adoptante en los casos de adopción unilateral, debido al objetivo de integrar el hijo a la nueva familia, por las consecuencias personales y patrimoniales que reflejan en el cónyuge o pareja (por ejemplo, la obligación de tener en su compañía al adoptado y los gastos patrimoniales repercutirán en la economía de la familia y alterará los derechos sucesorios eventuales del cónyuge)[403]. En caso de adopción conjunta es necesario el consentimiento para el acto conjunto. Asimismo, si el adoptado es mayor de 12 años, debe prestar consentimiento. Respecto al consentimiento, GARCIMARTÍN MONTERO destaca que: "en esencia no hay diferencia en cuanto a la eficacia de las actuaciones que el legislador denomina consentimiento y asentimiento, ya que en ambos casos se trata de que se acuda a presentar una voluntad conforme con la adopción que se va a constituir, son trámites obligados, y la conformidad de los citados es imprescindible para constituir válidamente la adopción"[404].

Como vimos, actualmente prima la plena equiparación de los efectos de la filiación adoptiva a la filiación por naturaleza, siendo la adopción una filiación constituida por medio de resolución judicial con previo control administrativo. Hay todo un procedimiento de comprensión, espera y el trámite judicial, hasta llegar finalmente a la integración con el nuevo miembro de la familia. Todo este método es necesario para garantizar el mejor interés de las niñas y niños, y prevenir la mercancía. De manera que la adopción tiene por fundamento el nacimiento de una relación de filiación entre el adoptado y el adoptante, que tiene los mismos efectos que la filiación por naturaleza[405]. La adopción genera todos los efectos de la filiación: apellidos, adquisición de la nacionalidad y vecindad civil, atribución del poder familiar,

[403] *Cfr*.MAYOR DEL HOYO, María Victoria. *La adopción en el derecho…, ob. cit*., p. 220.
[404] GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. "El trámite judicial de adopción". En MAYOR DEL HOYO, María (Dir.). 1 ed. *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 359.
[405] En la clasificación del Código Civil español, la filiación por adopción se funda en una relación jurídica entre adoptante y adoptado derivada de una resolución judicial (art. 108).

relación de parentesco –no solo entre adoptantes y adoptado, sino también entre el adoptado y la familia de los adoptantes–, derechos a alimentos y derechos sucesorios.

Un punto que es importante destacar y nuevo, regulado en el Código Civil español desde 2015, es la llamada "adopción abierta", que configura una excepción a la extinción del mantenimiento de contacto con la familia biológica. La ya mencionada *Ley 26/2015, de 28 de julio*, añadió el apartado 4 al artículo 178 del Código Civil Español para permitir el establecimiento judicial de alguna forma de contacto o relación entre el adoptado y la familia biológica, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia, aunque exista la ruptura de la filiación de origen jurídicamente. Cuando el mejor interés del niño recomiende, debe existir el mantenimiento de alguna forma de derecho de convivencia con la familia biológica, a través de visitas o comunicaciones con el niño, debido a la edad u otro motivo, especialmente, cuando preserve la relación entre hermanos biológicos.

Este tipo de adopción ya es utilizada en otros países tales como los Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Austria, Canadá o Nueva Zelanda. "En estos países existen dos sistemas, uno en el que el plan de contactos se constituye por un «acuerdo privado» entre las familias de origen y la adoptante, con supervisión y apoyo de las Entidades Públicas, y otro, en el que se ampara por resolución judicial tanto el contenido del plan de contactos como su modificación o terminación del mismo, aunque la iniciativa corresponda a las familias o a la Entidad pública"[406]. El segundo sistema se presenta más garantista, con supervisión judicial e intervención del Fiscal, que solamente un acuerdo con intereses privados de las familias. HERAS HERNÁNDEZ afirma que en la adopción abierta: "la supervisión administrativa, el control judicial y la posibilidad de instar la modificación, suspensión o supresión, a voluntad de todos los implicados, nos hace pensar en que esta nueva adopción, de constitución judicial, personalizada y de naturaleza consensuada, contribuirá sobremanera al propósito final de integrar familiarmente a menores adolescentes con dificultades para ser adoptados"[407].

[406] DÍEZ RIAZA, Sara. "La aplicación de la adopción abierta en España. Una visión en cifras y algo más". *Revista de Derecho UNED*, núm. 22, 2018, p. 161.
[407] HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar. "La adopción de menores y el mantenimiento de los vínculos afectivos con su familia de origen. Análisis del art. 178.4 del Código Civil". En PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (Coord.). *Homenaje a José María Castán Vázquez: Liber Amicorum,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 1019.

Para los niños esta modalidad de adopción abre nuevas posibilidades, siendo ventajosa ya que permite al niño conocer su historia, conocer su origen biológico, bien como antecedentes médicos y genéticos. Sin embargo, es necesario cambiar el tradicional pensamiento sobre la filiación, hay que preparar las familias adoptivas psicológicamente, con los equipos que intervienen en los procesos de adopción preparados para esta situación de mantenimiento de contacto con la familia biológica y dejar estipulado, con quiénes conviene el niño mantener relación o contacto, ya que para los adoptantes es compleja la estructuración de esta relación. "El desarrollo de la adopción abierta en España choca con la existencia de una concepción tradicional de la familia como esfera privada y una práctica de la adopción en la que se mantiene un estricto respeto a la confidencialidad y a la ruptura de todos los vínculos de origen"[408].

Para los adoptantes siempre hay el miedo que el contacto con la familia biológica puede ocasionar "la pérdida" del niño. Es difícil cambiar una cultura para relaciones con más transparencia, verdades, sin tantos rótulos, presa a las tradiciones. Sentimientos individualistas de los padres e intereses de las familias no pueden estar por encima del mejor interés del niño. "A los adoptantes, les importa consolidar los lazos de filiación establecidos respecto al hijo adoptado, como si éste nunca hubiera tenido otra familia anterior. Y a los "menores-mayores" adoptados, lo que más les interesa de manera inmediata es preservar su estabilidad psíquica y emocional; muy especialmente, poder continuar relacionándose, si no con los padres, al menos con sus hermanos"[409].

La autonomía privada en tener un hijo debe suponer que un hijo no es un objeto de deseo de los padres, es un ser único con necesidades propias. La afectividad que será construida para la configuración de la nueva familia deberá ser la base de toda su estructura y desarrollo de esta. Es importante destacar que esta modalidad no es recomendable para todos los casos de adopción, pudiendo existir casos que el mantenimiento de contacto con la familia biológica significa riego para el niño.

---

[408] ROSSER LIMIÑANA, Ana; BERÁTEGUI PEDRO-VIEJO, Ana. "Retos y dificultades para la implantación de la adopción abierta en España. El papel de la mediación". *Mediaciones sociales*, nº. 16, 2017, p.177.
[409] SABATER BAYLE, Elsa. "La adopción abierta en el derecho español". *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº. 4, 3, 2016, p.71.

No hay dudas que la adopción es una forma de que los padres ejercieren su autonomía privada en materia de filiación. La adopción tiene por finalidad garantizar a las niñas y niños, desprotegidos un ambiente familiar adecuado, una relación filial de igualdad con la descendencia biológica, la construcción de lazos familiar, siempre y cuando esto corresponder al superior interés del niño. Así, se nota un cambio de postura dejando de tener como principal referencia el interés de los padres adoptantes, para tener como objetivo primordial el mejor beneficio del hijo adoptado[410]. El niño debe ser el protagonista de este instituto jurídico, pese a ser la adopción una forma de que los padres, por su autonomía privada, ejercitaren el deseo de tener un hijo.

### 3.La filiación por medio de las técnicas de reproducción humana asistida

Entre los siglos XVIII y XIX muchos experimentos de reproducción fueron hechas en animales. En 1833, en Francia, fue realizada la primera inseminación artificial homóloga. Durante la Segunda Guerra Mundial, en Estados Unidos, fueron realizadas diversas inseminaciones artificiales por el ejército americano, con el transporte de esperma de soldados que estaban en el Pacífico. El científico Ingles R.G. Edwards, en 1963, empezó estudios con óvulos humanos in vitro, con el fin de aportar conocimiento para el estudio de determinas enfermedades genéticas. En 1978 nació en Inglaterra el primer bebé probeta[411], y a partir de entonces las técnicas de reproducción humana asistida se desarrollaron en todo el mundo. En España, el primer bebé concebido por técnicas de fecundación in vitro nació en 1984, en Barcelona. En 2002, la OMS valoró que 80 millones de parejas, en todo el mundo, padecían de infertilidad. En España se calcula que el 15% de las parejas en edad reproductiva sufren problemas de fertilidad. Según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), en España, en 2018, el 9% de los nacimientos fueron fruto de técnicas de reproducción asistida[412].

En la década de 1970, la aparición de técnicas de reproducción asistida posibilitó que muchas personas con problemas de infertilidad tuviesen hijos y gradualmente las

[410] *Cfr.* GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. "El trámite judicial…", o*b. cit*., p. 353.
[411] ALMEIDA NEVES BARBAS, Stela Marcos de. *Direito ao Património Genético*. Almedina, Coimbra, 2006, pp.31-34.
[412] Datos disponibles en https://www.mscbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=4691. Acceso el 10/02/2020.

posibilidades fueron creciendo, y hoy existen decenas de formas de utilización de estas técnicas impensables hace poco tiempo. Estas técnicas surgieron en la medicina como forma de "asistir", visto que no remedian los problemas de infertilidad, pero permiten la fecundación mutua de los gametos de una mujer y de un hombre[413].

Desde el inicio no se constató la problemática que estas técnicas causarían a todo el sistema de filiación, una vez que separan la reproducción humana de la sexualidad y aumentan la autonomía de la voluntad de una persona a la hora de decidir tener un hijo. Es decir, hoy en día es posible la reproducción sin sexo e incluso con la utilización de material genético de una tercera persona, todo llevado a cabo en un laboratorio médico. Cambiamos drásticamente la naturaleza de la reproducción humana.

En la actualidad, las técnicas de reproducción humana asistida no son utilizadas solo para los casos de infertilidad, hay numerosos casos para los cuales las personas recurren a estas técnicas. "La incapacidad para procrear puede ser debida a simple infertilidad o a algún tipo de esterilidad. La infertilidad es una incapacidad para la concepción que puede no ser definitiva. Se define la incapacidad de una pareja para concebir después de uno o dos años de relaciones sexuales regulares sin emplear métodos anticonceptivos. (..) Si dicha incapacidad es irreversible se suele hablar de esterilidad"[414]. Los casos más comunes de utilización son: parejas heteroafectivas con dificultad o que no puedan tener hijos de forma natural, en esto caso pueden hacerlo con material genético propio o recurrir a óvulos o esperma de un tercero; parejas del mismo sexo (dos mujeres) en la cual una gesta y la otra aporta óvulos con esperma de un tercero[415] mujer sola que recurre a donación de esperma y/u óvulo de tercero, y otras múltiples combinaciones que la ciencia está creando.

En el mundo de la ciencia prevalece la idea de que existe una distinción entre técnicas de reproducción asistida y reproducción médicamente asistida. La primera técnica, TRA

---

[413] *Cfr*. PÉREZ DEL VALLE, Carlos (Director). *Legislación sobre reproducción asistida: novedades*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p.14.

[414] JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael; DE LA TORRE DÍAZ, Francisco Javier. "*La reproducción médicamente asistida: un …", ob. cit.,* pp.11-12

[415] Una observación importante: Las familias con padres y madres de parejas homoafectivas no afectan el desenvolvimiento emocional de los niños o niñas. Investigaciones demuestran que la cualidad de la relación familiar es más importante que la orientación sexual de la pareja. PATTERSON, Charlotte J., "Children of lesbian and gay parents". *Child Development*, v. 63, n. 5, 1992, pp. 1025-1042.

(Técnica de Reproducción Asistida; ART- en inglés - Assited Reproductive Technology), engloba todos los tratamientos o procedimientos que realizan la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado solo a la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, también a la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. En la TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante. Ya la segunda técnica (MAR- en inglés Medically Assited Reproduction), incluye los casos de reproducción lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida (TRA), inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen del esposo/pareja o un donante[416].

Para algunos el valor de la técnica de reproducción humana asistida es de método terapéutico, método bien considerado al permitir tener hijos independientemente del sexo, orientación sexual y estado civil, siendo un progreso técnico. Otras personas afirman ser un progreso técnico que sirve al ser humano y no puede convertirse en un fin en sí mismo[417]. Para la Antropología: "tener un hijo propio es uno de los principales temas de la motivación de los tratamientos de infertilidad (…). El contexto del tratamiento define el significado de esta relación: relacionado genéticamente, haberle dado a luz, haberle gestado durante el embarazo. Sin embargo, 'propio' significa principalmente una relación biológica de algún tipo (…). La hija/o 'propio' implica una continuidad en la cadena genealógica. Nótese que la genealogía está relacionada con la biología y que la relación de parentesco genealógico es una transposición literal de la relación biológica. Las otras relaciones (como dirían los antropólogos clásicos) son 'ficticias'"[418].

---

[416] Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Traducido y Publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida em 2010.

[417] *Cfr.* JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael; DE LA TORRE DÍAZ, Francisco Javier." *La reproducción médicamente asistida…", ob. cit.*, p.164

[418] BESTARD CAMPS, Joan. *Tras la biología: la moralidad del parentesco y las nuevas técnicas de reproducción.* Publicaciones i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2004, p. 30.

La posibilidad de manipulación de óvulos con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación básica o experimental, o de ingeniería genética, al mismo tiempo que son un avance para la humanidad, pueden implicar temor con alcances sociales, éticos, biomédicos y jurídicos principalmente. "Al escoger la configuración genética del hijo, los padres le obligan a vivir a la sombra de alguien que vivió antes que él, lo que supone privarle de su derecho a un futuro abierto. La objeción de la autonomía puede plantearse no sólo contra la clonación sino también contra la forma de ingeniería genética que permita a los padres decidir sobre las características genéticas de sus hijos. De acuerdo con esta objeción, el problema con la ingeniería genética es que los 'hijos de diseño' no son plenamente libres; incluso las mejoras genéticas (en beneficio del talento musical, por ejemplo, o de la excelencia atlética) orientarían a los hijos hacia determinadas opciones vitales, lo que supondría una limitación de su autonomía y una violación de su derecho a escoger por sí mismos su plan de vida"[419].

Se debe agregar, que la maternidad todavía es socialmente un "deber" para las mujeres, una vez que hoy en día sigue siendo difícil creer que "la decisión de ser madre responda verdaderamente a un proceso cognitivo libre de autodeterminación y no esté condicionada por distintos procesos de coerción y sugestión"[420]. Esta cultura social acaba por cosificar la mujer, que es vista como medio para la procreación. Por esta razón, las TRHA poseen también el encargo de cambiar esta realidad y efectivar la autonomía reproductiva de las mujeres, que pueden congelar óvulos y decidir cuándo y cómo tener hijos, erradicando los prejuicios ideológicos que pueda generar de alguna forma una coacción social.

El tema de la reproducción asistida es delicado, y plantea muchas cuestiones morales y éticas. No hay duda de que cuando se trata de reproducción humana, la biología y la tecnología, avanzan muy rápidamente y la reglamentación jurídica no consigue acompañar este ritmo. No sabemos cuál es el límite para la ciencia, que ya podría hacer *cloning*, personas con características genéticas modificadas o personas con predisposición a realizar determinadas actividades, con más fuerza, más inteligentes; es un campo muy abierto. De

[419] SANDEL, Michael J. *Contra la perfección: la ética en la era de la ingeniería genética*. Marbot Ediciones, 2007, pp. 09-10.
[420] FLORES ANARTE, Laura. "Las técnicas de reproducción asistida…", *ob. cit.*, p. 126.

hecho, la autonomía de la voluntad a la hora de tener un hijo debe tener frenos impuestos jurídicamente, debido al orden público y los valores éticos.

España necesitaba regularizar las reproducciones asistidas, en razón del asincronismo existente entre la ciencia y el derecho, que origina un vacío jurídico. Por esta razón se materializó la aprobación de la *Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (LTRA)*, que fue una de las primeras legislaciones en términos mundiales en esta materia, una ley muy avanzada, que buscaba, en especial, la superación de la esterilidad de la pareja. La exposición de motivos de la citada ley enumera algunas de las técnicas de reproducción asistida como la Inseminación Artificial (IA) en que hay la introducción de espermatozoides a través de una intervención médica en el tracto reproductivo de la mujer, con semen del marido o del varón de la pareja (IAC) o con semen de donante (IAD); la Fecundación In Vitro (FIV)[421], de mayor complejidad técnica, consiste en la extracción de los gametos tanto femeninos como masculino del cuerpo para propiciar la fecundación fuera de este, en el laboratorio, que puede ser realizada con óvulos y semen de ambos en una pareja, o con óvulos y semen de donantes con Transferencia de Embriones (TE); Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG) una vez producida la estimulación ovárica y extraídos los ovocitos y los espermatozoides, los gametos generados son transferidos a las trompas de Falopio para que se produzca la fecundación[422].

Es una ley de vanguardia al reconocer por ejemplo el derecho de las mujeres solas, sin pareja, a utilizar las técnicas de reproducción asistida[423]. Además, establece que toda mujer, con más de dieciocho años al menos, podrá ser receptora o usuaria de las técnicas (art. 6.1). "La expresión toda mujer que encabeza el pasaje normativo transcrito tiene el indudable

---

[421] FIV: La fecundación in vitro (FIV) es una técnica por la cual la fecundación de los ovocitos por los espermatozoides se realiza fuera del cuerpo de la madre. La FIV es el principal tratamiento para la esterilidad cuando otros métodos de reproducción asistida no han tenido éxito. El ovocito fecundado puede entonces ser transferido al útero de la mujer, en vistas a que anide en el útero y continúe su desarrollo hasta el parto. En Glosario de Terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Traducido y Publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida en 2010.Organización Mundial de la Salud, 2010.

[422] *Cfr*. FLORES ANARTE, Laura. "Las técnicas de reproducción asistida…", *ob. cit.*, pp. 93-94.

[423] En la exposición de motivos de la *Ley 35/1988, de 22 de noviembre* en su apartado III está expreso que: "desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente".

sentido de recalcar que la eventual usuaria de las técnicas de reproducción asistida no tiene por qué estar casada, ni vivir emparejada extramatrimonialmente, ni ser viuda, etc"[424]. Esta cuestión fue confirmada por la *Ley 14/2006, de 26 de mayo*, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), que en el párrafo segundo del artículo 6.1 define: "La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual".

El consentimiento previo de la mujer como del hombre deben ser manera libre, consciente y por escrito indubitable (art. 6. LTRHA). Posteriormente, no podrá haber la impugnación de la filiación matrimonial, por falta de correspondencia genética. En estos casos será aplicada la filiación por naturaleza, aunque no hay material genético compatible entre los padres y el hijo (artículo 8.1 LTRHA).

Posteriormente, la *Ley 42/1988, de 28 de diciembre* acabó por ser derogada por la *Ley 14/2007, de 3 de julio*, de investigación biomédica, que estipula los principios y garantías de materia de biomedicina, la donación de embriones, células, tejidos y órganos.

La Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que limitaba a producción a un máximo de tres ovocitos por ciclo reproductivo. Sin embargo, la *Ley 14/2006 de 26 de mayo*, *sobre TRHA*, que es la ley vigente y que derogó la ley de 1988, eliminó este límite y el médico pasó a ser responsable por definir la cantidad, con el mantenimiento de la limitación de tres embriones para ser implantados. Segundo la Ley 14/2006, para la utilización de las técnicas de reproducción asistida, ya posibilitó que la mujer puede ser receptora o usuaria de las TRHA independente de su estado civil y orientación sexual[425].

El derecho a reproducción asistida está basado en el derecho a la salud y el derecho a la procreación, que sería un corolario de la libertad inserido en el artículo 17.1 de la Constitución

---

[424] LASARTE, Carlos. "*Derecho de familia: Principios …", ob. cit., p. 314.*

[425] Artículo 6.1 de la *Ley 14/2006, de 26 de mayo*, sobre técnicas de reproducción humana asistida: "Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual".

Española. Además, la libertad personal de tener una familia está expreso en la *Declaración de Derechos Humanos*, de 1948. Por fin, la autodeterminación de la maternidad está expresamente reglamentada en la Ley Orgánica 2/2010 del 3 de marzo de salud reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en su preámbulo al estipular que "el derecho a la maternidad libremente decidida que implica que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo, y que esta decisión sea consciente y responsable".

En Brasil el parentesco puede ser natural o civil, conforme de la consanguinidad u otro origen. El parentesco natural es género que comporta dos especies el adoptivo y el derivado de las técnicas de reproducción asistida. Para la presunción de paternidad específicamente en el artículo 1.597 del Código Civil brasileño determina que hay la presunción de concebidos en la constancia del matrimonio los niños: - por fecundación artificial homóloga, aunque fallecido el marido; - los niños nacidos a cualquier tiempo, cuando se tratar de embriones excedentarios, aunque fallecido el marido, -los niños nacidos por fecundación heteróloga, desde que haya previa autorización del marido. El Proveimiento 63 del Consejo Nacional de Justicia Brasil determina como es realizado la inscripción de nacimiento derivada de utilización de técnicas de reproducción humana asistida. Debe ser presentado al Registro la Declaración de Nacido Vivo (DNV), con la presencia del padre y de la madre, o si casados o en unión convivencial, apenas un podrá comparecer con la documentación específica, declaración con firma reconocida por notario público del director técnico de la clínica, centro o servicio de reproducción asistida, con indicación si en niño fue generado por fecundación heteróloga y el nombre de los beneficiarios. Pode ser realizado por pareja homoafectiva. El Registrador Civil en ningún caso puede exigir la identificación del donador del material genético como condición para el registro (NSCGJ/SP- Cap. XVI, Sub. I, ítem 42-A a 42-C).

No hay dudas que las tecnologías reproductivas posibilitan un nuevo camino a la autonomía privada a las mujeres para la procreación. Sin embargo, existe una cierta incertidumbre social con relación a las posibilidades y consecuencias de estas técnicas. Se trata de asuntos de enorme responsabilidad, y es necesario pensar en las técnicas de reproducción asistida desde una perspectiva ética, y argumentos fundamentados en una correcta información desde el punto de vista médico, jurídico y social.

En todos los casos de TRHA la cuestión central es saber quiénes son los progenitores, quién va a tener la paternidad o maternidad reconocida, o quienes van a tener vínculo filial con el niño y sí existe el derecho a identificación biológica.

### 3.1 La determinación de la filiación en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida

La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida tiene un régimen específico con reglas especiales determinadas por la LTRHA; pero en caso de vacío legal subsidiariamente son utilizada las reglas del Código Civil español (art. 7.1 LTRHA). De ahí que, cuando no hay una regla específica, se utiliza la reglamentación general de la filiación por naturaleza. En este sentido tanto la LTRA como LTRHA no modificaron el régimen de filiación existente en el Código Civil español.

De todas formas, hay que subrayar que en la filiación por naturaleza se busca una correspondencia entre la verdad jurídica y la verdad biológica; correspondencia esta que no siempre ocurre con la utilización de la reproducción asistida. La posibilidad de utilizar material genético de donantes hace que la voluntad, el consentimiento concedido sea el elemento central, ya que quien consiente no siempre aporta material genético.

Por lo que se refiere a la filiación, el consentimiento propiamente dicho no es fundamento para que se realice una determinación de filiación. La determinación es hecha por medio de los títulos de determinación existentes en el Código Civil español (arts. 120 y siguientes) dependiendo de si estamos ante una filiación matrimonial o no matrimonial.

En la determinación de la filiación realizada en razón de técnicas de reproducción asistida homóloga existe un paralelismo con la filiación por naturaleza. Cuando es realizada dentro de un matrimonio, con consentimiento del marido, habrá correspondencia jurídica y biológica en la filiación, igual a lo que ocurre en una filiación natural. Así, la maternidad será determinada por el parto, y la paternidad será determinada de acuerdo con la presunción de paternidad existente en el Código Civil español (art. 116).

Para los casos en los que el hombre fallezca antes de que el niño sea gestado su material genético podrá ser utilizado por su mujer hasta 12 meses después del fallecimiento. En estos casos la determinación será realizada si el hombre dio el consentimiento anterior, expresa y formalmente por escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas. El consentimiento es un acto personalísimo y no puede ser reemplazado por consentimiento de los parientes próximos o por una autorización judicial[426] y debe identificar específicamente a la mujer que va a ser fecundada (art. 9.2 LTRHA). Con la existencia de estos requisitos la determinación de la filiación se dará a la madre por el parto y al hombre fallecido por el consentimiento dado a la utilización de su material genético.

La reproducción humana asistida heteróloga está cambiando el concepto tradicional de parentesco, ya que el material genético procede de un tercero. En la determinación se sustituye el elemento biológico por el volitivo. No obstante, en la filiación matrimonial, pese a ser el elemento volitivo el más relevante, es utilizada la presunción del artículo 116 Código Civil Español para determinar la paternidad. En caso de matrimonio después de dado el consentimiento por la mujer y el marido, continúa la imposibilidad de impugnación (art. 8.1 LTRHA).

En los casos de matrimonio homoafectivo de mujeres (doble maternidad), la reforma del artículo 7.1 de la Ley TRHA por la *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas,* en razón de la posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo dada por la *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio,* posibilitó la existencia de una doble maternidad por naturaleza, permitiendo la determinación de una filiación matrimonial a favor de la esposa no gestante, cuando ha prestado el consentimiento. Solamente en el caso de doble maternidad podemos decir que el consentimiento puede determinar la filiación. Resaltamos que el apartado 3 del artículo 7 de la LTRHA, modificado por la *Ley 19/2015, de 13 de julio,* suprimió la necesidad de que el consentimiento sea dado con anterioridad al nacimiento, pasando a determinar que "cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o, de hecho, con otra mujer, esta última

[426] Auto de la audiencia Provincial de La Coruña, de 3 de noviembre de 2000.

podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge". Así, el consentimiento de la cónyuge de la madre puede ser prestado una vez nacido el hijo, y aquí es esta manifestación de voluntad la que determina la filiación. Claramente en estos casos existe una imposibilidad de aplicarse una presunción de paternidad para una filiación matrimonial[427]. Este caso es una excepción en la cual la maternidad es determinada por el parto. El Registro Civil hará una inscripción de una filiación natural de la madre que ha dado la luz y de la madre que prestó el consentimiento - Aunque el Tribunal Supremo ya hubiera decidido en la *STS 836/2013, de 15 de enero de 2014*[428] la posibilidad de determinar judicialmente la filiación no matrimonial de una relación de dos mujeres por existir interés legítimo en razón de que ambas mujeres manifestaron la voluntad de formar una familia-. Debiendo resaltar que el material genético utilizado sea de la esposa (ROPA - recepción de óvulo de la pareja), la doble maternidad solo será inscrita con el consentimiento.

Como advierte VERDERA SERVER existe diferencia entre el consentimiento dado por parejas matrimoniales heteroafectivas y homoafectivas de mujeres. El consentimiento para la realización de las técnicas de reproducción asistida (arts. 8.2 y 9.3 LTRHA) no es un mecanismo de determinación de filiación directa cuando se trata de cónyuge mujer de la madre, en este caso el consentimiento es dado ante el Registrador Civil. Ahora, en los casos de matrimonio de personas heteroafectivas, el consentimiento es dado ante el centro o servicio autorizado (art. 8.1 LTRHA), sin excluir la presunción de paternidad matrimonial[429].

Para los casos de personas no casadas, habiendo convivencia o no, la determinación de la filiación en la fecundación homóloga es hecha de forma extramatrimonial en los términos de la Ley civil (arts. 120 a 126 del Código Civil español), no existiendo una presunción de paternidad. El padre debe hacer el reconocimiento con declaración en formulario oficial ante el encargado del Registro Civil (art. 120, I Código Civil español y art. 44 apartado 7 de la *Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil*).

---

[427] *Cfr.* VERDERA SERVER, Rafael. *La reforma de la filiación…, o.b. cit.,* p.197.
[428] Sentencia del Tribunal Supremo 836/2013 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 15 de enero de 2014 (recurso758/2012).
[429] *Cfr.* VERDERA SERVER, Rafael. *La reforma de la filiación…, ob. cit.,* p. 201-202.

En caso de que el hombre fallezca, el consentimiento dado para la realización de la reproducción asistida servirá como título para iniciar el expediente registral, ya que la ley presume el consentimiento "cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido" [430].

En la reproducción heteróloga de personas no casadas, la determinación de la paternidad se dará por el consentimiento prestado, debiendo utilizarse los títulos de determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial (arts. 120 y siguientes del Código Civil español). El consentimiento dado es un documento inequívoco para tramitar el expediente registral (art. 8.2 LTRHA y art. 44 apartado 7 de la *Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil*).

La determinación de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, realizadas de acuerdo con la ley en clínicas especializadas, genera consecuencias en cuanto el consentimiento dado y a la maternidad o paternidad, en caso de parejas casadas o en unión de hecho, siendo en todos los casos prohibida de ser investigada la paternidad biológica.

### 3.2 La autonomía de la voluntad en la determinación de la filiación con utilización TRHA

En definitiva, en las técnicas de reproducción asistida prevalece el elemento volitivo (esto es, la voluntad de quien ha manifestado el deseo de ser padre) sobre la verdad biológica, y provoca la fragmentación del elemento genético y del elemento social/afectivo, con la distinción entre madre o padre y progenitor genético. Así que en el régimen de filiación en la aplicación de TRHA se sustituye la verdad biológica por la voluntad de quien desea ser progenitor. Esto se da porque uno de los principios básicos sobre los que se sustenta esta forma de filiación TRHA gira en torno al papel secundario que es dado al dato genético[431].

[430] Artículo 9 apartado 3 de la LTRHA
[431] *Cfr.* HERRERA, Marisa. *Manual de derecho de las Familias, ob. cit.,* p. 487.

En estos casos los padres van a ser los que efectivamente van a convivir con el niño. Como ya afirmamos "es a través del 'día a día' que uno se convierte en padre o madre. Como decía una pareja que seguía un ciclo de fecundación in vitro, 'ser padres quiere decir que has de criar al hijo, mantener las relaciones y los lazos. No es una cuestión puramente física'. Al mismo tiempo que se construye lo físico, se construye también el vínculo de parentesco". La voluntad procreacional es la que hace surgir el vínculo filial y todos sus derechos y deberes a él inherentes. Según GIL DOMÍNGUEZ "la voluntad procreacional puede ser definida como el deseo de tener una hija o hijo sostenido por el amor filial que emerge de la construcción subjetiva de las personas"[432].

Lo que hay que reafirmar es que toda autonomía viene junto con una responsabilidad. Los padres poseen más autonomía a la hora de decidir tener un hijo, aunque este no tenga material genético compatible con la pareja; sin embargo, esto también crea una responsabilidad por el acto, no pudiendo repudiar más tarde al hijo de ninguna forma.

Además, la pluralidad de familias que surgen de la utilización de técnicas de reproducción asistida es grande. Con todo, la decisión de utilizar las técnicas de reproducción asistida, con material genético de terceros, es aún cuestionada socialmente. Principalmente porque sale de la "normalización" de la filiación biológica correspondiente a una madre y un padre social. "Con el donante se introduce un "tercero" en la relación familiar, lo que en ocasiones provoca inquietud y ambigüedad en relación con la posición que ocupan la madre o el padre que carece de vínculo genético con el hijo. Por otro lado, existe el temor de que, si se revela al niño que ha sido concebido mediante una o un donante, este podría ser un paso previo para que el hijo quiera tener acceso a la identidad de la persona que aportó el material genético" [433]. Generando así la cuestión de si el niño concebido por TRHA con material de donante tiene o no derecho a conocer sus orígenes genéticos, como será estudiado en apartado propio.

---

[432] GIL DOMINGUEZ, Andrés. *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*. Ediar, Buenos Aires, 2014, p. 13.
[433] ÁLVAREZ PLAZA, Consuelo. "La diversidad familiar y la divulgación de los orígenes genéticos a los niños nacidos a partir de donantes y/o gestación subrogad". *IM-Pertinente*, enero-junio, 2014, p.22.

Para amenizar la influencia que podría eventualmente tener la falta de una figura paterna, en los casos de madres solteras por elección, se valen de diferentes recursos. De acuerdo con la investigación realizada por RIVAS RIVAS y JOCILES RUBIO algunos de los mecanismos utilizados son: "la disociación de los roles implicados en la figura del padre, las acciones dirigidas a la normalización de sus modelos familiares o, igualmente, la apropiación por su parte de ciertas teorías psicológicas, como la que sostiene la necesidad de un 'doble referente', uno femenino y otro masculino, para el correcto desarrollo de la niña/o, pero que no necesariamente tiene que coincidir con el constituido por los padres biológicos y/o sociales, de manera que el 'referente masculino' podría ser, por ejemplo, cualquier varón del entorno que la niña/o tomara como modelo"[434]. Así que el parentesco en la reproducción asistida heteróloga es complejo y tiene implicaciones físicas, psíquicas, sociales y emocionales para todos los involucrados.

### 3.3 Acciones de filiación en la reproducción humana Asistida

Las acciones de filiación en general buscan la verdad biológica, que una vez conocida determina la filiación o revoca la determinada por la falta de correspondencia biológica. Sin embargo, esta lógica no puede ser utilizada para las técnicas de reproducción asistida, porque la impugnación o reclamación no tiene siempre como pretensión adecuar la filiación a la verdad biológica, principalmente cuando estamos frente a la reproducción heteróloga.

En los casos de fecundación homóloga no hay tanta controversia, ya que el material biológico es de la propia pareja. En los casos de fecundación heteróloga, no podrá haber impugnación de la mujer o del hombre que han prestado el consentimiento, conforme art. 8.1 LTRHA "ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación".

[434] JOCILES RUBIO, María Isabel; RIVAS RIVAS; Ana María. "¿Es la ausencia del padre un problema? La disociación de los roles paternos entre las madres solteras por elección", en *Gazeta de Antropología*, vol. 26, Nn 1, Artículo 04, 2010, p. 20.

Sin embargo, el hombre no casado que prestó el consentimiento, pero cuya paternidad no ha sido determinada extrajudicialmente, puede ejercitar la acción de reclamación de paternidad, estando también legitimados el hijo y la madre. La mujer cónyuge de la madre biológica o pareja, con posesión de estado, puede pedir la acción de reclamación de maternidad cuando no se ha determinado la filiación, de acuerdo con el artículo 7.3 LTRHA (*STS 836/2013, de15 de enero de 2014*[435]*).*

Así, frente al gran dinamismo de la ciencia, la evolución de las técnicas de reproducción asistida y las necesidades individuales de cada uno obligan al derecho a no acomodarse y acompañar esta evolución. Sea para garantizar los derechos de los nacidos por estas técnicas, o para cambiar la mentalidad social de lo que es una familia, siempre y cuando esté demostrado que tal situación no es perjudicial para el desarrollo sano del niño. Esto garantiza que la voluntad privada, externalizada por el consentimiento de forma libre y expresa, sea la fuente de la determinación de la filiación, que no puede ser impugnada posteriormente.

### 4. La inseminación artificial doméstica

Las personas que no tienen recursos financieros para acudir a una clínica de reproducción asistida se valen de inseminaciones artificiales caseras. Normalmente el semen es adquirido por una relación de amistad o por un contrato (existe comercio electrónico de semen, aunque esto no sea reglamentado). Ahora bien, las clínicas especializadas en reproducción asistida, más que poner a disposición semen de donantes anónimos, prestan asistencia y son responsables de todo el procedimiento. No obstante, la venta del semen realizada por una persona física convierte en objeto al ser humano, lo que sería contrario a su dignidad. Con todo, hay que observar que la la adquisición del semen para la autoinseminación puede generar un acto lícito o ilícito. Se parte de que la autoinseminación es en sí, es un acto lícito, por estar respaldada por la libertad de reproducción, y no puede estar prohibida. Lo que puede ser ilícito es el modo de adquisición del semen. Por otro lado, es lícito que un hombre

[435] Sentencia del Tribunal Supremo 836/2013 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 15 de enero de 2014 (recurso758/2012). La decisión afirma que el consentimiento dado para que la madre biológica empleara técnicas de reproducción asistida y que ésta pusiera como segundo nombre del niño el primer apellido de su pareja, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer en relación homoafectiva y es medio de prueba para demandar la determinación de la filiación.

done su semen a una mujer por amistad, sin contraprestación ninguna; pero en estos casos se deben considerar las reglas generales de la determinación de la filiación[436].

La situación se vuelve preocupante ya que varias mujeres han estado utilizando la práctica de la inseminación doméstica, huyendo completamente del área de protección definida por la reproducción asistida, realizada por un médico especializado. Además, el Ministerio de Sanidad de España ya advirtió que estos métodos de inseminación caseros comportan diversos riesgos, como gestar bebés con enfermedades congénitas o portadores de ellas, contraer una enfermedad infecciosa del tipo SIDA o hepatitis, hiperestimulación ovárica, gestación múltiple descontrolada, entre otros.

En la práctica, este procedimiento es más habitual en la unión homoafectiva femenina[437]. Jurídicamente, este procedimiento contiene tres momentos: primero el "contractual", con la adquisición del semen; un segundo momento, la autoinseminación; y, por último, la determinación de la filiación, con el nacimiento del niño. Ya la determinación de la filiación depende de las reglas de cada ordenamiento jurídico[438].

Como se afirmó, la autonomía de la voluntad en la cual se basa la libertad contractual tiene como límites la ley, la moral y el orden público. En España, la inseminación artificial doméstica no está expresamente prohibida y es posible utilizar la ley TRHA y RD-*Ley 9/2014, de 4 de julio,* por la que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos, que trata como actos gratuitos; así que cuando estamos frente a actos onerosos, estos serían contrarios al ordenamiento español. Además, el monopolio de los bancos de semen es de las clínicas de reproducción asistida, no existiendo

---

[436] *Cfr*. QUICIOS MOLINA, Susana**:** "Inseminaciones artificiales domésticas. Cuestiones contractuales y de filiación". *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº. 35, ISSN 1575-720X, 2017, p. 374.

[437] La supervisora de recursos humanos Daniele Schmidt, de 35 años, y su esposa, la asistente de logística Juliana Schmidt, también de 35 años, recurrieron a la inseminación artificial casera para tener un hijo. El semen fue donado por el novio de un amigo e inyectado por Juliana, con una jeringa comprada en la farmacia, en el cuerpo de su compañera. El procedimiento se realizó en su habitación. Con tres intentos en una semana, Daniele quedó embarazada. Fecha de consulta 02/04/2020. Noticia disponible en:https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2018/07/25/fiz-inseminacao-artificial-caseira-com-produtos-de-farmacia-e-engravidei.htm.

[438] *Cfr*. QUICIOS MOLINA, Susana. "Inseminaciones artificiales domésticas…", *ob. cit*., p.367.

un mercado libre. Tampoco existe un mercado libre de células y tejidos humanos[439]. Por ser normas imperativas que tienen como finalidad regular el objeto del intercambio negocial de gametos, en esa medida, prohíben determinados contratos (art. 6.3 del Código Civil Español)[440]. Además, en estos casos no hay una manifestación de la voluntad libre y expresada de acuerdo con una ley, capaz de ser el fundamento de una determinación de filiación. Como la ley española busca que el niño tenga una doble filiación, en algunos casos, la determinación se dará con las reglas del Código Civil español. La maternidad será definida por el parto. Ya la paternidad, para ser determinada, va a depender de si estamos frente una pareja casada o no.

En los casos de filiación matrimonial existe la presunción de paternidad del marido. En la constancia del matrimonio está la presunción de que los hijos nacidos son de la pareja. En España, si la madre está casada y rige la presunción de paternidad marital[441], la inscripción del nacimiento junto con la inscripción del matrimonio de los padres determina la filiación, siendo indiferente quién y cómo efectúe la inscripción del nacimiento. Si la madre está casada, la posibilidad de que se inscriba una paternidad distinta a la del marido de la madre depende de la comprobación de la falta de aplicación de la presunción de paternidad marital (art. 185RRC). Esa misma comprobación será necesaria si la madre está casada para que no conste ninguna paternidad. Si la madre no está casada, la declaración (determinación por reconocimiento) puede ser realizada por el padre directamente en el Registro Civil. Así que la paternidad no matrimonial será inscrita en el Registro Civil con la sola manifestación del padre, favorable a esta determinación.

---

[439] *Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio,* por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos-artículo 1.1 "1. Este real decreto-ley regula las actividades relacionadas con la utilización de células y tejidos humanos y los productos elaborados derivados de ellos, cuando están destinados a ser aplicados en el ser humano. Las actividades reguladas incluyen su donación, obtención, evaluación, procesamiento, preservación, almacenamiento, distribución, aplicación e investigación clínica". 1.4 "Este real decreto-ley se aplicará a las células reproductoras en todo lo no previsto en la *Ley 14/2006, de 26 de mayo*, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y en su normativa de desarrollo."

[440] *Cfr.* QUICIOS MOLINA, Susana**:** "Inseminaciones artificiales domésticas…", *ob. cit.*, p.374.

[441] Artículo 116 del Código Civil de España: "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges".

Por ejemplo, si la madre, siendo casada, utilizó una inseminación casera con esperma de un donante, la presunción de paternidad del marido será utilizada, aunque no haya correspondencia biológica entre el padre y el niño. De todas formas, esta situación puede proporcionar problemas futuros una vez que el marido puede impugnar la paternidad por la falta de correspondencia biológica, y como no es una fecundación heteróloga hecha de acuerdo con la ley de TRHA, no hay un consentimiento expreso y formal previo que pueda obstar la impugnación de inmediato. No obstante, teniendo como base la autonomía de la voluntad privada, la responsabilidad familiar, la formación de vínculos afectivos y sociales con el niño, el Tribunal podría juzgar por la imposibilidad de *venire contra factum proprium*, en caso de que sea probado que el hombre permitió la inseminación casera hecha por la mujer.

Además, en los casos de parejas de mujeres, no existe esta presunción por criterios biológicos, y siendo una reproducción hecha fuera de los casos permitidos por las técnicas de reproducción humana asistida, la inscripción en el Registro Civil del niño, con el nombre de la segunda madre (la que no recibió el semen), dependerá de la decisión judicial. En un caso en Brasil en el que dos mujeres tuvieron una hija por inseminación casera, la inscripción en nombre de las dos no fue concedido extrajudicialmente por no tener los requisitos necesarios para las TRHA y documentación de una clínica especializada. La reclamación, por lo tanto, fue hecho judicialmente. La Fiscalía pidió que la determinación de la paternidad fuera hecha en nombre del padre biológico, para que después la pareja pudiera formalizar la adopción unilateral de la madre no inseminada. Sin embargo, el Juez afirmó que el costo del procedimiento de reproducción asistida en clínicas especializadas es muy alto, dificultando el acceso a muchas personas, y esto tampoco puede ser un obstáculo para que se logre una inscripción de acta nacimiento. Gracias a la posibilidad de maternidad socioafectiva se permitió la inscripción en nombre de las dos mujeres, por haber demostrado que existe una relación familiar efectiva construida a lo largo del tiempo, con convivencia intensa, afecto y asistencia moral y material[442].

[442] Sentencia de la 2ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de São Paulo.

Casos así están llevando a que algunos países reconozcan la multiparentalidad entre la madre, el donador y el marido, como veremos en el capítulo V de este trabajo. Para los casos de parejas de mujeres, la doble maternidad tendrá más complejidad para ser reconocida.

En Brasil se presentó un caso en el que una pareja de mujeres, con unión de hecho durante 7 meses, buscó en un grupo de Facebook un donador para hacer una inseminación artificial casera. El embarazo resultó positivo, pero la mujer no embarazada abandonó el hogar y bloqueó a la mujer embarazada de las redes, sin mantener ningún contacto. El Juzgado de familia de São Paulo decidió que la mujer que abandonó el hogar debería pagar alimentos provisorios, de acuerdo con la ley de alimentos para personas embarazadas de Brasil - *Ley 11.804/2008, de 5 de noviembre*[443], una vez probada la relación afectiva entre las mujeres. Así que ya empiezan a llegar a los tribunales conflictos en razón de inseminaciones hechas de forma casera.

Aunque sea hecha la reproducción de forma casera, lo mejor es hacer un contrato firmado por todas las partes; al menos este constituye un principio de prueba si se presentan conflictos futuros. La verdad es que en ningún caso la determinación de la filiación, hecha debido a una inseminación casera será simple y sin complicaciones jurídicas, causando prejuicios principalmente a aquél que vino al mundo sin elegir nada.

### 5. La contratación de la gestación por sustitución

La gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida en la que se separa la gestación de la maternidad, afectando el principio de que la madre es siempre cierta. Ya no podemos decir que quien ha dado a luz a un niño es la madre. Esta técnica permite formar una familia a parejas del mismo sexo, a hombres solos o a parejas que padecen de problemas de infertilidad. Por medio de esta técnica es posible la contratación de una gestación (mujer gestante), desarrollando el embarazo y también prestando su óvulo, o también puede no haber vinculación genética con la madre gestante, recurriendo a material genético ajeno.

[443] Decisón 2ºVara da Familia e Sucessão da Lapa-São Paulo. Procedimento Comum Cível - Investigação de Maternidade, Relator: Betina Rizzato Lara, fecha de 13 de noviembre de 2020.

Así existe puede ocurrir la separación entre la madre que engendra el hijo, las personas que donan material genético y las personas que ejercerán la maternidad/paternidad social. En este último caso, la diversidad de sujetos intervinientes hace más complejo el proceso reproductivo, debiendo hacerse una valorización de un contrato para la determinación de la filiación, ya que no hay compatibilidad entre lo genético, lo biológico y lo social.

En la práctica, a través de esta técnica una mujer acepta quedar embarazada, llevar la gestación a término y dar a luz a un niño para otra persona o pareja, quienes se convierten en los padres del niño. "Hablamos de gestación (y no de maternidad) porque es aquello lo que se busca; y de sustitución, porque será otra persona, que no ejercerá de madre, quien parirá para los padres comitentes (podemos también hablar en singular, cuando la maternidad o la paternidad sólo la ejerza una persona, que puede o no tener vínculos genéticos con el bebé)"[444].

Aunque sea una forma de reproducción asistida prohibida por algunos países, las parejas acaban por acudir a otros países que la permiten, causando incertidumbres jurídicas y conflictos de orden moral y ético. Es, sin duda, una forma de reproducción asistida que cambia la forma de entender la vida y la familia, abriendo nuevas puertas y visiones para la generación de una nueva vida, con repercusiones todavía imprevisibles. De cualquier forma, el sujeto de protección por el ordenamiento jurídico, en estos casos, debe ser el niño nacido[445].

Estados Unidos es el país que cuenta con mayor experiencia en gestación por sustitución. Dentro del mismo existen legislaciones diversas que varían en función del Estado en que nos encontremos. En los Estados en los que se permite, se dicta una resolución judicial en la que se reconoce a los padres intencionales como padres legales de manera directa[446]. En el Derecho internacional hay diversas legislaciones y existen dos grandes grupos de Estados: el primero considera el contrato por sustitución válido y obliga a las partes: los padres, que son los comitentes, y a la gestante, dentro de los parámetros de cada legislación. En este grupo

---

[444] ROMÁN MAESTRE, Begoña. "Gestación por sustitución: cuestión de legitimidad". *Revista Folia Humanística*, nº. 8, marzo de 2018, p. 25.
[445] *Cfr.* LUCAS ESTEVE, Adolfo. "La gestación por sustitución: derechos e intereses en conflicto". En LUCAS ESTEVES, Adolfo (editor). *La gestación por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.24.
[446] *Cfr.* WINKELS, Isabel. "La maternidad subrogada y la posible existencia de un verdadero derecho a la maternidad/paternidad subrogada". En ORTEGA BURGOS, Enrique (Director). *Derecho de Familia 2020*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.129.

están Rusia, California en EE. UU., Tailandia e India. Por un lado, países como Reino Unido, Grecia o Portugal adoptan una postura intermedia, regulando la maternidad subrogada y en definitiva admitiéndola cuando concurren ciertos requisitos, siempre que no exista compensación económica a favor de la madre gestante, es decir, que ésta lo haga de manera desinteresada. En Portugal la gestación por sustitución es permitida de forma altruista, con compensación de los gastos a la mujer gestante. En Reino Unido, por ejemplo, también se requiere que las partes sean residentes.

En Brasil no hay una norma específica para la reproducción humana asistida, solo existe la resolución del Consejo Federal de Medicina (*CFM nº 2168 de 21/09/2017*), lo que acaba dando a un consejo de fiscalización profesional una actividad legislativa que no le compete efectivamente. Además, la resolución tiene un estándar de ética médica que carece de la fuerza y alcance de una ley. La resolución permite la realización de gestación de sustitución independiente de la orientación sexual, siempre y cuando haya un problema médico que impida o contraindique el embarazo en el donante genético. La mujer que cederá temporalmente su útero debe pertenecer a la familia de un miembro de la pareja que ejercerá la maternidad/paternidad, en una relación consanguínea hasta el cuarto grado**.** Otros casos están sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. En gran parte de los casos, el médico para resguardarse pide una autorización judicial para el procedimiento. Pero el hecho de que sea un miembro de la familia quien va a aportar el vientre de sustitución, psicológicamente puede causar problemas futuros tanto para los adultos como para los niños. Imaginemos el caso de una tía como "donante de útero" y su óvulo, para que su hermano tenga un hijo con su pareja homoafectiva – los vínculos y afectos creados son muy fuertes entre la donante y el niño.

Además, ha el grupo de países que siguen el principio *mater semper certa est*, así que el hijo es exclusivamente de la mujer que da a luz; en este grupo están, por ejemplo, Alemania, Francia, Italia, Austria y España. La legislación española considera que "la madre es en todo caso la que ha llevado la gestación adelante y ha parido efectivamente al nacido. Es decir, la filiación materna es el vínculo que se establece ex lege entre el nacido y la madre gestante, con independencia de cualquier otra consideración, como si ella misma aportó o no material

genético (el óvulo u óvulos fecundados) o dicho material fue aportado por donante anónima o por la (madre) comitente" [447].

La regulación de estas prácticas, especialmente a nivel global, es necesaria, una vez que no podemos tener sistemas autorregulados basados principalmente en directrices de asociaciones profesionales[448]. Además, hay una preocupación general en estas prácticas principalmente por la posible explotación de mujeres sin recursos y cuestiones bioéticas. "La mujer gestante es la parte débil de contrato y, a falta de regulación, es la persona que debe hacerse cargo de cualquier problema que pueda surgir. Si los comitentes cambian de opinión, si se divorcian, si el feto tiene malformaciones físicas o psíquicas, si los comitentes deciden abortar o, en general, si se incumple el contrato, nos encontramos con un bebé desamparado, con una madre gestante que no lo quería, que quizás no tenga los mismos genes y que probablemente no disponga de medios económicos para hacerse cargo del bebé. En estos casos, todo lo que se ha presentado como fácil y sencillo se convierten una auténtica pesadilla en la que se ve afectado un ser humano"[449]. Es preocupante la situación ocurrida en Ucrania, por ejemplo, en la que debido a la pandemia ocurrida en 2020 y con las fronteras cerradas, los padres no pudieron ir a buscar a los bebés después de los nacimientos y estos se quedaron en las maternidades a la espera de una solución.

Pese a que en España el papel fundamental de la voluntad en la atribución de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida se viene reconociendo (exceptuando el principio de veracidad biológica sobre el que se sustenta el sistema de filiación por naturaleza)[450], la gestación por sustitución en la ley de LTRHA del país sigue siendo nula de pleno derecho[451]. Por un lado, la norma es imperativa de acuerdo con el art. 10.1 de la *Ley*

---

[447] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago. "Filiación natural y filiación adoptiva: aspectos internacionales". En GETE-ALONSO Y CALERA (Dir.), María del Carmen; SOLÉ RESINA, Judith (Coord.). *Tratado de derecho de la persona física*. Tomo I. Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2013, p.427.

[448] *Cfr.* BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. "Una Filiación: tres modalidades de establecimiento: la tensión entre la ley, la biología y el afecto". *Bitácora Millennium-DIPr: Derecho Internacional Privado*, nº. 1, 2015, p.15

[449] LUCAS ESTEVE, Adolfo. "La gestación por sustitución: …", *ob. cit.*, p.31.

[450] *Cfr.* VAQUERO PINTO, María José. "¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución? En BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles y otros (Coord.). *Retos actuales de la filiación*. Editorial Tecnos, Madrid, 2018, p. 229.

[451] *Ley 14/2006 del 26 de mayo*, sobre técnicas de reproducción humana asistida, así determina en su art. 101: "Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero".

*14/2006*, estos contratos son nulos y el bebé es de la mujer que da a luz. Existe esta prohibición para evitar el comercio y proteger a la persona. La persona humana no puede ser objeto de comercio (el art. 1.271 del Código Civil español excluye del contrato lo que está fuera del comercio, como, por ejemplo, las personas). El comercio de seres humanos es contrario a la dignidad y la integridad moral de las personas y contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) Además, el artículo 1.275 del Código Civil español determina que los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efectos, siendo ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral[452].

Adicionalmente, el punto 2 del artículo 10 de la Ley de Reproducción Asistida de España determina que la filiación por naturaleza de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. La nulidad de pleno derecho de este tipo de contrato supone, en definitiva, la determinación de una filiación legal por naturaleza de un niño nacido de un vientre de alquiler, completamente disociada de los vínculos genéticos, a pesar de que el concepto legal de gestación por sustitución es sí ya engloba la renuncia a la filiación materna[453]. Como advierte VAQUERO PINTO "la declaración de nulidad de un contrato en el que entran en juego intereses tan fundamentales, inherentes a la dignidad de la persona, no puede resolverse conforme el régimen de restitución patrimonial previsto por el Código Civil (art. 1203 y siguientes CC), de modo que se ocupa la norma de ordenar parte de las consecuencias de la invalidez. En particular, la atribución de la filiación a la mujer gestante, conforme el criterio general (art.10.2 LTRHA) y la posibilidad de que el padre biológico reclame su filiación (art. 10.3 TRHA)"[454]. Esta renuncia es parecida a la posibilidad de desconocimiento de la maternidad de la madre soltera –que ya ha sido declarada inconstitucional en la *STS 776/1999, de 21 de septiembre de 1999*[455], con base en el principio de libre investigación de la paternidad y el principio de la igualdad entre los hijos, así como la dignidad de madre e hijo y el libre desarrollo de su personalidad.

---

[452] *Cfr.* LUCAS ESTEVE, Adolfo. "La gestación por sustitución…", *ob. cit*., p.46.
[453] *Cfr.* VAQUERO PINTO, María José. "¿Debe admitirse y regularse …", *ob. cit.*, p. 230
[454] *Ibidem*, p. 236.
[455] Sentencia del Tribunal Supremo 776/1999 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 21 de septiembre de 1999 (recurso2854/1994).

Las personas que viven en países con legislaciones restrictivas tienden a buscar sus derechos en otros países con legislaciones más abiertas. Allí los comitentes contratan a la madre sustituta y es el lugar donde nace el hijo. Después regresan al país de origen con el niño y con la documentación extranjera que afirma que ellos son los padres del recién nacido; sin embargo, cuando buscan registrar la filiación en España, por ejemplo, hay rechazo[456]. No hay duda de que este es un debate muy complejo y hoy existen dos posturas: el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por la posición del Tribunal Supremo en la *STS 247/214, de 6 de febrero de 2014*[457] fue rechazada la inscripción en el Registro Civil español del acta registral hecha en California - EE. UU, debido a un contrato de gestación por sustitución hecha por dos hombres españoles y una mujer norteamericana. En el acta de nacimiento solo estaba la inscripción de los dos hombres como padres, sin mencionar nada sobre adopción. La negativa a posibilitar estas inscripciones en España se da por las siguientes razones: es necesario que haya compatibilidad de hecho y legalidad conforme a la ley española y que, con respecto al orden público internacional español, se garantice la protección de la dignidad de la mujer gestante y del niño, la ausencia de mercantilización de la gestación y la filiación, la no "cosificación" de la mujer y del niño ni la explotación de los más necesitados; además, la gestación por sustitución en países extranjeros constituye una técnica de alto costo económico, creando una gestación "censitaria". Existe la práctica del *bad forum shopping*, en la que las partes plantean la situación privada internacional ante la autoridad de determinado Estado para burlar la aplicación del derecho material español. Adicionalmente, el tribunal afirmó que, pese a la importancia del principio del interés superior del menor, su aplicación debe hacerse para interpretar, aplicar la ley y colmar sus lagunas, no para contrariar lo expresamente previsto en la misma; lo que supondría posibilitar que los jueces crearan una regla de atribución de la filiación opuesta a la claramente establecida por el legislador. La decisión del Tribunal Supremo afirma que para formalizar la relación jurídica de filiación deberá acudirse a la

[456] Hay una resolución que se pronunció en relación con el acceso al Registro Civil español de una certificación registral de California (EE.UU.), en que consta la filiación dos hijos generados por filiación por sustitución. La DGRN consideró que el derecho español no impedía el registro. El tribunal de Valencia declaró nula las certificaciones registrales de California y no podía surtir efectos jurídicos en España. Después otra decisión de la DGRN declaró posible la filiación comprobando que la mujer gestante renunció al hijo con su libre consentimiento y no había comercio.

[457] Sentencia del Tribunal Supremo 247/214 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 6 de febrero de 2014 (recurso 245/2012).

acción de reclamación de la paternidad biológica (art. 10. 3.º LTRHA) y a la formalización de las relaciones familiares "de facto" mediante la adopción o el acogimiento[458]. Así que España proporciona medios para que el vínculo de filiación sea establecido.

Desde sus primeras decisiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Mennesson c. Francia de 26 de septiembre de 2014* y *Labasse c. Francia de 26 de septiembre de 2014*, condenó a Francia porque este país no permitió la determinación de la filiación por ningún medio, incluso a través de la filiación biológica, por derivar de gestación por sustitución hecha en el exterior y negar la posibilidad de invocarse el interés superior del niño o el derecho a la vida privada del mismo ante la existencia de un fraude. Para el TEDH, los niños tienen derecho al reconocimiento de un estatus definido, una identidad legítima en el país en el que van a vivir. No habiendo este reconocimiento de la filiación a favor de los padres que ejercieron la autonomía privada y buscaron un hijo, los reflejos no van a ser solamente sobre ellos, el niño también será afectado en su vida privada, existiendo una ofensa al art. 8 de la Convención de Derechos Humanos.

Como consecuencia de los precedentes fallos del TEDH, habiéndose solicitado del Tribunal Supremo de España la nulidad de la previa sentencia *STS 247/214, de 6 de febrero de 2014*, en el *ATS del 2 de febrero del 2015*[459], afirmó que la decisión no se contrapone con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, principalmente por la diferencia en las prohibiciones de la gestación por sustitución en España y otros países europeos. El Pleno decidió que, si bien no era posible establecer la filiación como consecuencia del reconocimiento del certificado extranjero, sería posible establecerla, ya sea por el criterio genético respecto del padre biológico de los menores, o por adopción o acogimiento respecto al padre que no hubiera aportado material genético, pero que era esposo del padre biológico.

Así que el Tribunal estipuló que la unidad familiar queda igualmente protegida si se determina la filiación biológica de una de las partes y la adoptiva del otro, existiendo un núcleo

---

[458] *Cfr*. VÁZQUEZ MUIÑA, Tania. "Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014". *Actualidad Jurídica Iberoamerican*a, nº. 8, 2018, p. 89.

[459] Sentencia del Tribunal Supremo, Auto Desestimando Nulidad de Actuaciones (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 2 de febrero de 2015 (recurso 245/2012).

familiar de facto. En realidad, hubo una interpretación de la legislación de filiación para poder adaptar la realidad social al marco legal, priorizando siempre el interés superior de los niños. No obstante, el Tribunal apuntó que "la consideración primordial del interés superior del niño ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma". El Estado español, de alguna forma, posibilita la fijación de la filiación para los casos en los que la gestación de sustitución sea realizada en el exterior, protegiendo el derecho a la identidad de los niños y los derechos fundamentales.

ROCA I TRIAS, por su parte, cree que la paternidad establecida en el país del nacimiento del niño debería ser reconocida en España por la razón de que "la voluntad de los padres y el interés del menor deberían llevarnos a una solución positiva, dejando aparte la evidente posibilidad de la adopción. (…) debería distinguirse el caso en que uno de los miembros de la pareja gay fuese padre biológico; en este caso, podría interponer una acción de reconocimiento de la filiación y declarada ésta judicialmente en España, en aplicación de la presunción de paternidad, que no se excluye en los matrimonios gays, el otro cónyuge podría ser declarado copadre. (…) debe valorarse la voluntad de ambos cónyuges de asumir los derechos y los deberes inherentes a la *patria potestad*, puesto que la transferencia de los mismos no puede hacerse sin la voluntad de uno de los dos cónyuges implicados y que ambos estén dispuestos a ello"[460].

La Dirección General de los Registros y del Notariado, *por la Instrucción del 5 de octubre de 2010, para las solicitudes de inscripción en el Registro Civil de acta de nacimiento de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, pasó a dar eficacia a los contratos por entender que la certificación no lesiona principios jurídicos básicos del Derecho español, ni la organización jurídica moral general básica de la sociedad española. Es exigible una resolución judicial extranjera en la que se verificará la validez del contrato en dicho Estado, y que tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto al marco legal del país donde se ha formalizado; así como la protección de los intereses del niño y de la madre gestante con unas garantías mínimas, el cubrimiento del tráfico internacional del niño –con exigencia de exequátur en España, según

[460] ROCA I TRIAS, Encarna. *Libertad y familia*, *ob. cit.*, p. 152.

el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil–[461]. En caso de que no exista esta sentencia firme es necesario abrir un expediente en España para la inscripción de la filiación con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación. En ningún caso se admite como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante. "Se supone que será en ese expediente de inscripción, o en la acción de reclamación de la filiación, donde se tienen que valorar las circunstancias (no sabemos cuáles) que se presenten en cada supuesto, con una prueba válida y suficiente (¿?) de los hechos, datos y declaraciones de voluntad que concurran en el mismo"[462].

La *Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución* afirma que solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular solamente serán apreciadas en caso de existir una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequatur, u objeto del debido control incidental cuando proceda. Cuando no exista esta sentencia, el encargado del Registro Civil consular deberá suspender la inscripción, con base en la ausencia de medios de prueba susceptibles de apreciación dentro del procedimiento consular. Para viajar a España con el niño, el solicitante podrá obtener de las autoridades locales el pasaporte y permisos, si procede. En España se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación,

[461] Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución: "Para garantizar la protección de dichos intereses, la presente Instrucción establece como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente. La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores".

[462] WINKELS, Isabel. "La maternidad subrogada…", *ob. cit.,* p.135.

con intervención del Ministerio Fiscal, o la interposición de las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación[463].

Sin embargo, las instrucciones editadas no han resuelto satisfactoriamente los problemas jurídicos; es una exigencia contraria a la ley, ocasionando la judicialización de la función registral.

El debate se ha planteado también en el ámbito de las solicitudes de prestaciones de maternidad al INSS en razón de maternidad subrogada. El Tribunal Supremo Español, en la STS 1242/2018, de 22 de marzo de 2018[464], de acuerdo con decisiones del TJUE y del TEDH, decidió que los padres pueden tener acceso a las correspondientes prestaciones de maternidad, fundamentando su resolución en el hecho de que la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución no puede suponer que el niño sea privado de derechos; el superior interés del niño y de la familia debe ser preservado, reconociendo la protección de la maternidad y paternidad sin restricciones. Esto porque no puede haber diferenciación entre hijos, independiente de su filiación. Así deben ser aplicados por analogía los supuestos de adopción o acogimiento, respecto al acceso a las prestaciones por maternidad, a la maternidad subrogada; aunque este procedimiento sea nulo en España.

En 2017, el TEDH, en el caso *Paradiso y Campanelli v. Italia*, por decisión de la gran sala, concluyó que no sería posible permitir que el niño concebido por gestación por sustitución, sin correspondencia genética con la pareja comitente, permanezca con ellos por una paternidad adoptiva, ya que esto legalizaría una situación de hecho contra las normas del

---

[463] Instrucción de 18 de febrero de 2019**,** de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución afirma que "Las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular solamente serán apreciadas en caso de existir una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequatur, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010. El encargado o encargada del Registro Civil consular en estos casos deberá suspender la inscripción, con base en la ausencia de medios de prueba susceptibles de apreciación dentro del procedimiento consular. Dicha suspensión y las circunstancias concurrentes serán notificadas por el encargado o encargada del Registro Civil, en su caso, al Ministerio Fiscal, de conformidad con el artículo 124 del Reglamento del Registro Civil. El solicitante podrá obtener, si procede, de las autoridades locales el pasaporte y permisos del menor para viajar a España. Una vez en España, a fin de asegurar que se cumplen todas las garantías con necesario el rigor probatorio, se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación".

[464] Sentencia del Tribunal Supremo 1242/2018 (Sala de lo Social, Sección 2ª), de 22 de marzo de 2018 (recurso2770 de 2016).

Derecho italiano. Este es el caso de un matrimonio que después de varias tentativas de fecundación in vitro sin éxito decidió valerse de un vientre de alquiler para la realización del sueño de la paternidad y contrataron una empresa rusa. Para el Tribunal italiano era un caso con hechos ilegales, por haber llevado al país al niño haciéndolo pasar por un hijo biológico. Esto generó una demanda penal contra el matrimonio por alteración de filiación, falsificación documental y contravención del procedimiento sobre adopción internacional; además el juzgado de menores tramitó un procedimiento para colocar el niño en adopción.

Por la decisión final del tribunal, el TEDH determinó que las autoridades de Italia podrían legítimamente suprimir la custodia de un hijo obtenido de manera ilegal, a través del pago de un vientre de alquiler. De cualquier forma, hay que sopesar las circunstancias especiales del caso, tales como la corta duración de la relación entre los demandantes y el bebé, la condición de recién nacido, la falta de correspondencia genética y el hecho de que la demanda no tenía por objeto el registro de la inscripción del certificado de nacimiento expedido en Rusia en un Registro Civil italiano, ni el reconocimiento de esa filiación. En realidad, el asunto era relativo a la declaración de desamparo del niño por las autoridades italianas, por estas razones "no se puede extender esta doctrina de forma generalizada a otros casos", como afirma FARNÓS AMORÓS[465]. Esta solución parece más una forma de punir a los padres que actuaron infligiendo el ordenamiento jurídico, y sirve de ejemplo para que nuevos procedimientos no sean realizados.

En esta decisión se nota que para el TEDH la determinación de vida familiar depende de cada caso concreto, siendo que el vínculo genético sigue teniendo gran fuerza; la socioafectividad existente y el mejor interés de un niño de permanecer en una familia que no le abandonó fueron considerados de menor relevancia frente a la ilegalidad del acto frente a la norma italiana.

Además, el TEDH, a través de esta decisión, buscó restituir a los Estados europeos la posibilidad de luchar contra la práctica internacional de los vientres de alquiler. Pudiendo aún, esta decisión, según las circunstancias particulares del caso, para PANIZA FULLANA,

[465] FARNÓS AMORÓS, Esther. " Paradiso y Campanelli c. Italia (II**)**: los casos difíciles crean mal derecho". *Revista De Bioética Y Derecho: Publicación Del Máster En Bioética Y Derecho*, nº. 40, 2017, pp. 234-235.

"establecer argumentos para que en otros casos de gestación por sustitución se otorgue la denegación de la inscripción en el registro civil en los países que la prohíben"[466].

A pesar de que existen decisiones nacionales y del TEDH contrarias al reconocimiento del vínculo de filiación por la utilización de la gestación por sustitución, ya está claro que la mera prohibición no hace que las personas dejen de perseguir el sueño de ser madre/padre y acrediten poseer autonomía para perseguir un interés que creen legítimo. "Desde el punto de vista ético, lo que debe ser y garantizarse en la gestación y acogida es el amor por el hijo, por el que se le reconoce como tal y acompaña a lo largo de su desarrollo vital al menos hasta su independencia. El famoso juicio del rey Salomón así lo atestigua: madre es, no quien de facto lo haya parido, sino quien es digna de tamaña tarea, lo merece, porque pone en el centro de su interés el bienestar de niño, lo cuida"[467].

Aunque la legislación española prohíbe la maternidad subrogada, de hecho, los niños nacen fruto de este procedimiento, originando casos jurídicamente muy complejos. La gestación por sustitución y el malabarismo de prestar otros instrumentos jurídicos existentes en el sistema para solucionar el impase, como la adopción, pueden generar una inseguridad jurídica sobre el futuro de los niños nacidos por esa técnica de reproducción asistida. Como en el caso juzgado en octubre de 2018 por la Audiencia de Barcelona, que acabó por rechazar la adopción de dos niños nacidos por maternidad subrogada de una madre tailandesa, por parte de un hombre (pareja estable del padre biológico), ante la falta de certeza de la autenticidad de los documentos, ya que Tailandia no es parte del Convenio de Haya, lo que dificulta el control, considerando la existencia de tráfico de niños. El Auto en sí no declaró la nulidad del contrato ni se manifestó sobre la inscripción del nacimiento y de la filiación que consta del acta de nacimiento librada por el Servicio Consular de España en Bangkok, siendo el padre biológico español y madre tailandesa[468].

La verdad es que, mientras no haya una legislación para regular esta técnica de reproducción asistida con fijación de criterios básicos para su admisión, limitación o

[466] PANIZA FULLANA, Antonia. "*Realidad biológica verus…", ob. cit.,* p. 107.
[467] ROMÁN MAESTRE, Begoña. "Gestación por sustitución: cuestión…", *ob. cit.,* p. 26.
[468] Auto Civil nº 565/2018, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18, Recurso 391/2018 de 16 de octubre de 2018.

prohibición, así como las reglas para dar vínculo de filiación a los niños nacidos por esta técnica, tocará a los Tribunales una interpretación dentro del margen de la legislación actual vigente en cada caso concreto (después del nacimiento del niño), pudiendo existir decisiones muy distintas para situaciones semejantes.

Además, los avances de la medicina reproductiva y la mayor autonomía de los padres nos obligan a reflexionar sobre el tipo de sociedad que buscamos. Sin duda, para la protección integral del niño sería ideal que sólo viniera al mundo por un acto de amor, afecto y cuidado, con la certeza de que tendrá sus derechos a filiación reconocidos. Intentar proteger a las personas más vulnerables de la mercancía de vientres, considerar los derechos de personalidad del niño y regular determinadas condiciones puede ser un camino intermedio y más democrático, pero sigue siendo un tema muy controvertido. Hay que reflexionar sobre la necesidad de un patrón internacional de orientación sobre estas técnicas. "No podemos permitirnos otro Paradiso, pero debemos aprender de Paradiso"[469].

Tanto la doctrina y jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Supremo Español refuerzan la idea de que la determinación de la filiación, debido a utilización de TRHA - gestación por sustitución, es una materia de orden público que necesita la aplicación del principio del interés del niño y que debe garantizar el derecho a la integridad física y moral de la madre gestante. La autonomía de voluntad de querer ser madre y padre necesita tener límites éticos y jurídicos; necesitamos estructurar un equilibrio para la protección integral de un niño nacido por estas técnicas.

### 6. Entre la voluntad y la responsabilidad en el reconocimiento por complacencia

En los reconocimientos por complacencia una persona utiliza la autonomía de la voluntad, valiéndose de la presunción de veracidad del registro público y declara la paternidad con relación al niño que sabe que no posee su herencia genética, con el propósito práctico de tenerlo por hijo biológico y con la finalidad jurídica de constituir entre ambos una relación de

[469] FARNÓS AMORÓS, Esther. " Paradiso y Campanelli c. Italia (II**)**: los casos difíciles crean mal derecho", *ob. cit.*, p. 240.

filiación materna o paterna como la que es propia de la filiación por naturaleza[470]. Es un modelo voluntario de determinación de la filiación (art. 120.2 del Código Civil español). Consiste en reconocer a un niño como hijo aun sabiendo que no es el padre biológico; de ahí que el certificado de nacimiento conlleve esta presunción que solo puede ser refutada por el declarante si demuestra que ha incurrido gravemente en un defecto de consentimiento.

Por un lado, parece ser un gesto noble derivado de la voluntad de llenar un espacio afectivo que de otra forma quedaría vacante en la vida del niño, y así generar la paternidad por posesión de estado o afectiva, como si fuera biológica. Pero, por otro lado, es un acto viciado, contra el ordenamiento jurídico. De todas maneras, estos reconocimientos no son nulos de pleno derecho. La mejor doctrina sostiene que el reconocimiento de la filiación no requiere, por regla general, la veracidad biológica de esta; por suerte el reconocimiento inexacto es válido, aunque sea impugnable en caso de error, violencia o intimidación.

Esta filiación está apoyada en la veracidad sociológica valorando, especialmente, el comportamiento social y afectivo. De hecho, no se trata de negar de plano la eficacia del principio de verdad la biológica, sino de no darle un valor absoluto frente a otros principios existentes, como los de seguridad jurídica, protección integral de los niños y afectividad.

El Tribunal Supremo de España fijó la siguiente doctrina: "el reconocimiento de complacencia de la paternidad no es nulo por ser de complacencia […] El Código Civil español no establece como requisito estructural para la validez del reconocimiento, que éste se corresponda con la verdad biológica, no figura como tal requisito en los arts. 121 a 126 CC". La sentencia *3192/2016 del 15 de julio del Tribunal Supremo* desestimó el recurso de casación presentado por el padre no biológico, que pretendía impugnar su paternidad, determinada mediante un reconocimiento de complacencia respecto a una menor de 9 años de edad con quien había convivido aproximadamente un año. Ninguno de los requisitos del

[470] Es algo distinto del reconocimiento por conveniencia en el que también el reconocedor quiere que se determine su paternidad –aunque sabe que no es el progenitor–, pero lo hace con otros fines no tan nobles como el afecto, y sí para obtener nacionalidad, permisos de residencia, beneficios sociales. Por la Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado es difícil que se impida realizar un reconocimiento de conveniencia, pero se debe aplicar la nulidad de pleno derecho por incumplirse normas imperativas establecidas para proteger el niño cuando se trata de tramitar una adopción. En QUESADA GONZÁLEZ, María Corona. "Los retos actuales de la impugnación de la filiación", en BARBER CÁRCAMO y otros (Coord.), *Los retos actuales de la filiación, ob. cit.*, p. 16.

reconocimiento busca que haya correspondencia con la verdad biológica (art. 120 a 126 del Código Civil español); sin embargo, antes de esta sentencia, la Dirección General de los Registros y del Notariado sostenía que la regulación de la filiación en el Código Civil español está basada en el principio de verdad biológica, de modo que un reconocimiento de complacencia de la paternidad no matrimonial es nulo de pleno derecho y no podrá ser inscrito cuando en los comportamientos haya actos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad. De todas formas, la simple sospecha de que el reconocimiento no corresponde a la verdad biológica es una cuestión que escapa a la calificación del encargado del Registro Civil, que solo la puede denegar cuando, a partir de las manifestaciones solemnes de los interesados, se deduce –sin margen de dudas– la falta de veracidad del reconocimiento.

Para hacer la inscripción en el Registro Civil en ningún caso puede exigirse la prueba de ADN. La *Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria*, cuando normatiza la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial, tiene como requisito prescindible la correspondencia biológica, bastando la verosimilitud de la relación de procreación sin necesidad de prueba plena de la misma. Asimismo, existen otros principios que también advierten de la filiación más allá de la veracidad biológica: el principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares, el de la estabilidad del estado civil y, sobre todo, el superior interés del niño. Al fin y al cabo, no hay fraude a la ley porque no se busque un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él (exigencia del art. 6.4 del Código Civil español)[471].

La polémica con estos reconocimientos de complacencia surge cuando la relación afectiva de los padres–en cuyo seno tuvo lugar el reconocimiento– entra en crisis, pretendiendo, sea el reconocedor o sea la madre del reconocido, la anulación de los efectos de este. La ruptura de la pareja no es un motivo sustentable y plausible para una acción de impugnación del reconocimiento. Esta petición muchas veces se da por un acto de venganza, individualista, sin pensar en los intereses de los niños. Para muchas personas es muy difícil separar la relación afectiva entre la pareja de la relación de filiación.

---

[471] *Cfr*. QUESADA GONZÁLEZ, María Corona. "Los retos actuales de la impugnación de la filiación", en BARBER CÁRCAMO y otros (Coord.), *Los retos actuales de la filiación, ob. cit.*, p. 168

No se puede permitir que los arrepentimientos de los falsos reconocedores lleguen a demandas judiciales de impugnación de la filiación y rupturas de vínculos de filiación. Hay que empezar una concienciación de lo que está siendo hecho en el momento de reconocer un hijo por la autonomía de la voluntad. Además, la relación constante entre padres e hijos se caracteriza por una paternidad que existe, no debido a un simple hecho biológico o por presunción legal, sino como resultado de una coexistencia social y efectiva. El objetivo de una acción de impugnación de la filiación es que haya una adecuación entre la determinación de la filiación y la verdad biológica; sin embargo, esta no es la finalidad perseguida por quien impugna un reconocimiento de complacencia, una vez que ha realizado el acto sabiendo que no era el padre biológico, y por un determinado tiempo se ha comportado como madre/padre del niño de forma efectiva.

El principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y la protección jurídica del niño puede desaconsejar, el seguimiento positivo de una demanda para impugnar una filiación realizada sin ningún vicio en la manifestación de la voluntad. No existe duda de que las consecuencias patrimoniales y personales pueden ser muy perjudiciales para los niños, así que no debería permitirse la impugnación del reconocimiento de complacencia[472].

El artículo 141 del Código Civil español regula la impugnación por vicios del consentimiento: "La acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación corresponde a quien lo hubiere otorgado. La acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada por los herederos de aquél, si hubiere fallecido antes de transcurrir el año". Este régimen es válido tanto para la filiación matrimonial como para la no matrimonial.

Cabe a quien ha realizado un reconocimiento de complacencia ejercitar la acción de impugnación de la paternidad, con base a la negativa de filiación biológica. En caso de que sea probada la inexistencia de vínculo biológico, el reconocimiento hecho es ineficaz, al

[472] *Cfr.* GOÑI HUARTE, Elena. "El reconocimiento de complacencia y la protección del menor". MARTOS CALABRÚS, María Angustias (Dir). BASTANTE GRANELL, Víctor. (Coord.). *En torno a la Filiación y a las relaciones paterno- filiales.* Editorial Comares, Granada, 2018, p. 17.

menos en teoría. En caso de que el reconocimiento sea matrimonial, la acción es regulada por el art. 136 del Código Civil Español (con plazo de un año para que el marido ejercite la acción de impugnación). Cuando la filiación es no matrimonial, si el que reconoce por complacencia y la madre del reconocido no contraen matrimonio y ha existido posesión de estado, el plazo será de 4 años desde la inscripción. Esta es la doctrina que establece el Tribunal Supremo (*STS 494/2016, de 15 de julio 2016*[473]). En dicha sentencia el tribunal afirmó que, aunque el autor del reconocimiento de complacencia y la madre del reconocido hayan contraído matrimonio con posterioridad al nacimiento de este, la acción de impugnación de la paternidad que dicho reconocedor podrá ejercitar será durante el plazo de caducidad de un año. Pese a que el Código Civil establezca plazos relativamente breves de caducidad de la acción de impugnación para dar seguridad a la identidad de los niños, el hecho de que no existan requisitos para el reconocimiento "de complacencia" consigue el efecto contrario.

En los casos de los reconocimientos de complacencia, la impugnación amparada en la no correspondencia de la verdad legal con la biológica no sería algo posible, en vista de la doctrina de los actos propios, que no permite que un acto libre, voluntario y consciente, sea revocado de forma arbitraria. "No se debe permitir que un padre haga uso de la discordancia entre la realidad material y la formal que conocía desde el inicio, para impugnar judicialmente su reconocimiento y destruir así el estado civil del menor que reconoció, contraviniendo su primera declaración de voluntad, cuando la causa real de la impugnación de la filiación no es la discordancia entre realidad biológica y legal –aunque a ella se aferre– sino simplemente un cambio de voluntad. La libre manifestación de voluntad, que fija un estado civil a sabiendas de su inexactitud, no puede ser destruida por otra manifestación posterior que pretenda la destrucción de ese mismo estado"[474].

No se puede permitir una impugnación en los casos en los que el hombre, por su autonomía de la voluntad, asumió por un período la paternidad de un niño, y más tarde busca la nulidad del reconocimiento en del acta de nacimiento cuando ya existe efectivamente el

[473] Sentencia del Tribunal Supremo 494/2016 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 15 de julio 2016 (recurso 1290/2015).
[474] PERALTA CARRASCO, Manuel (Dir.); ACEDOPENCO, Ángel (Cood). *Derecho de familia: nuevos retos y realidades: estudios jurídicos de aproximación del Derecho Latinoamericano y Europeo*. Dykinson, Madrid, 2016, p.321

vínculo socioafectivo establecido con el niño. Hay que proteger el derecho del niño que ha sido tratado como hijo por años, existiendo pose de estado de hijo. Pese a que el reconocimiento fue hecho contra el sistema jurídico, genera todos los efectos jurídicos de vínculo de filiación. El padre no puede deshacer una relación que efectivamente existe y ya está consolidada, la paternidad no es un negocio jurídico sujeto al distracto.

## 7. La autonomía de voluntad y la filiación socioafectiva

La verdad sociológica y efectiva debe proteger las situaciones de convivencia consolidadas y favorables al superior interés del niño contra una posible acción de impugnación. Los factores biológicos no pueden ser vistos de manera estricta, al punto de disolver vínculos afectivos constituidos por algún período, principalmente, cuando se nota una falta de humanidad en aquel que ha hecho el reconocimiento y ahora esquiva principalmente en razón de los deberes patrimoniales. El ejercicio de la verdadera relación de paternidad no está en la genética. Un padre es también el que se revela en su comportamiento diario, de una manera sólida y duradera, capaz de fortalecer los lazos por una relación social y afectiva. No obstante, una vez que es reconocida una filiación jurídicamente y existe una relación socioafectiva establecida, esta no puede ser deshecha o rechazada a la voluntad de los agentes involucrados, dado que el mayor bien a preservar son los intereses de los niños.

El Superior Tribunal de Justicia de Brasil viene jugando diversos casos de acciones de impugnaciones de filiación con base en la ausencia de vínculo biológico. Para el Tribunal la inexistencia de vínculo biológico entre padres e hijos no es un hecho que por sí revela la falsedad de la declaración de reconocimiento. El reconocimiento de la paternidad espontaneo, cuando crea vínculo socioafectivo entre el padre registral y el niño registrado, no constituye negocio jurídico sujeto a distracto por mera liberalidad, tampoco es un acuerdo con condición resolutiva, por el fin de la relación con la madre[475].

Entendemos que en las relaciones familiares el principio de buena fe objetiva debe ser observado, dado que sus funciones integradoras y limitantes están en la figura del *venire*

[475] *Cfr*. Sentencia de Superior Tribunal de Justicia de Brasil, (RESP 1333360/SP), del 07 de diciembre de 2016.

*contra factum proprium*, es decir, en la prohibición de comportamiento contradictorio. Según la teoría de los actos propios, solo se sanciona el comportamiento objetivamente contradictorio, lo que puede generar una pluralidad de consecuencias que no necesariamente generan un deber de indemnización.

El principio de buena fe objetiva en las familias exige el cumplimento de los deberes de colaboración, lealtad, honestidad, cuidado, confianza y conducta ética entre sus miembros. Los miembros de una familia crean expectativas en otros miembros, derivadas de sus propios comportamientos; la protección legal a la confianza se construye como la única forma de protección calificada en el comportamiento humano. Por lo tanto, la confianza se eleva al paradigma de las relaciones privadas y se establecen deberes legales que obligan a los sujetos, prohibiéndoles un comportamiento contrario a las expectativas que produjo en el otro.

Además, la confianza determina una nueva forma de ver la vida familiar, imponiéndole un contenido dirigido a la protección efectiva de los valores constitucionales, en la medida en que da mayor énfasis a la dignidad de la persona humana y la solidaridad entre las personas, demostrando el compromiso de la ley con un ideal de ciudadanía[476]. De esta forma, la sociedad requiere coherencia en la conducta por parte de aquellos que utilizaron su autonomía privada para requerir una filiación que sabían que no coincidía con la verdad biológica y que, después buscan protección jurisdiccional para deshacer un vínculo ya existente efectivamente, colocando un niño en una situación de desamparo.

Desde el punto de vista del hijo, este sí continuará con el derecho constitucional a buscar sus datos biológicos, por el principio de la dignidad humana y el derecho al conocimiento genético. Que el hijo quiera buscar la paternidad biológica no significa que no tenga una relación socio afectiva con el padre registral, son dos relaciones distintas que deben generar derechos distintos.

Sin embargo, por otro lado, también no es posible imponer los deberes de cuidado, afecto y apoyo a alguien que, al no ser el padre biológico, tampoco ejerció la paternidad

[476] *Cfr*. CHAVES DE FARIAS, Cristiano. A tutela jurídica da confiança aplicada ao Direito de Família. *Anais do V Congresso Brasileiro –. Família e Dignidade Humana, IBDFAM*, 2006. Fecha de consulta 15/03/2020.

socioafectivamente. Por ejemplo, un caso en el que un novio acredite ser el padre biológico del hijo de su pareja y haga la inscripción en el Registro Civil, pero no establezca vínculo afectivo con el niño, apenas le da ayuda financiera. En este caso el padre registral podría, hipotéticamente, impugnación la filiación, caso venga a saber la verdad sobre la identidad genética del niño. De todas maneras, todavía en nuestra opinión, debería exigir un deber de crear una responsabilidad parental entre las personas. Sea hijo biológico o hijo elegido por la autonomía de la voluntad, todos deben tener en mente que no es posible renunciar a una parentalidad, por simples voluntad[477]. La decisión de poner una vida en el mundo o de registrarla como hijo, como debe ser tomada con más responsabilidad, el niño no es un objeto para satisfacer la voluntad de los padres cuando les convenga, como ya dicho.

En la actualidad, principalmente en Brasil –donde la doctrina de la socioafectividad está más desarrollada–, la jurisprudencia ejerce una función esencial en la actualización e interpretación de las leyes. Aun así, es necesario establecer parámetros mínimos para haya el reconocimiento del vínculo de parentalidad afectivo. Ya está claro que la verdad socioafectiva es tan importante como la verdad biológica, por lo tanto, la realidad legal de la filiación no solo debe basarse en lazos biológicos, sino también en el afecto que une a padres e hijos. El afecto es una condición para el desarrollo humano, para relacionarse y comprender al otro y a uno mismo, respetando la dignidad y desarrollando una personalidad sana; es una condición *sine qua non* para la dignidad humana. Sin embargo, el mayor problema es verificar la existencia o no de este afecto (con la intención de asumir responsabilidad parental) en las relaciones, visto que es un elemento subjetivo. Además ¿sería esta relación de afectividad necesaria por parte del padre, del hijo o de ambos? En otros términos, ¿para el reconocimiento de una paternidad socioafectiva es necesario reciprocidad de afecto? ¿Es posible un reconocimiento judicial de una paternidad afectiva, sin consenso?

Este es un tema muy controvertido y que causa decisiones cuestionables. Si a alguien se le permite, por alguna razón, refutar la relación de socioafectividad ya establecida y

[477] El Tribunal Superior de Justicia de Brasil ha permitido que un hijo suprima de su nombre el apellido paterno en caso de abandono afectivo. El hijo no reconocía al padre registral como su padre, por haber sido abandono, y haber sido criado exclusivamente por la madre y la abuela materna. Con todo, el Tribunal afirmó no ser posible renunciar la paternidad en sí. Sentencia Superior Tribunal de Justicia (RESP -1304718), de 05 de febrero de 2015.

consolidada, sería lo mismo que permitir la disposición de las personas sobre la crianza de los hijos; esto quiere decir que alguien podría, por ejemplo, deconstruir la relación de los hijos con sus padres[478]. El derecho a la filiación no es un derecho disponible, no es posible renunciar a él ni deshacerlo; ni el padre ni el hijo pueden deshacer una paternidad existente socioafectivamente y reconocida formalmente.

Casos en los que un niño que no tiene padre registral y es criado por un tío o por el padrastro o por otro miembro de la familia, y la relación objetiva se extiende por toda la vida de forma pública y notoria, como si hijo y padre fueran, pero existe nada formal ¿Podría este niño (o ya adulto) pedir judicialmente la declaración de una relación de maternidad o paternidad con base en la socioafectividad? Desde nuestro punto de vista, el Tribunal no podría imponer un reconocimiento compulsorio de una paternidad socioafectiva, principalmente si este pedido viene *post mortem* del "padre social", ya que éste no podrá manifestar su voluntad. Aunque la socioafectividad sea un hecho social, no puede crear un vínculo parental sin que esto sea realmente el deseo de ambos los involucrados.

No obstante, el Superior Tribunal de Justicia de Brasil ya reconoció la posibilidad de este pedido en un caso de una relación de maternidad socioafectiva que perduró por 52 años, pero sin ninguna inscripción el Registro Civil o solicitud formal para la declaración de adopción o maternidad socioafectiva por parte de la madre o de la hija durante ese período. Después del fallecimiento de la madre fue hecho el pedido judicial, específicamente para fines sucesorios[479]. Para el Tribunal existe una voluntad presumida de que esta era la voluntad del fallecido.

El simple hecho de la convivencia familiar entre personas, principalmente madrastra/padrastro e hijastro, con prácticas diarias de cuidado, por sí solo significa la transferencia de la responsabilidad parental y la voluntad de formalizar la relación para una filiación. En regla, una madrastra o un padrastro no tiene el deber de alimentar, de dar sustento material o de establecer vínculos sucesorios. Una persona puede querer al hijo de su esposa o

---

[478] *Cfr*. CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3ed. Atlas, São Paulo,2017, p. 33.
[479] Sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Brasil (Recurso Especial nº 1.291.357), de 26 de octubre de 2015.

marido y ayudarle financieramente sin tener la intención de reconocerlo como hijo, sea por medio de adopción o del reconocimiento por la socioafectividad. Hay personas que dicen tener un "hijo del corazón" sin realmente tener la intención de establecer una paternidad formalmente[480].

No hay que comparar estos casos con la adopción póstuma, en la cual el adoptante ha manifestado el consentimiento ante un juez, mediante un documento público o testamento antes de morir. El consentimiento aquí es entendido como la manifestación de la autonomía de la voluntad de querer ejercer la paternidad efectiva y social con relación al niño, es algo superior a la existencia de un sentimiento de cariño y cuidado para con él. Para que se dé el reconocimiento judicial de esta paternidad póstuma, una vez que ha fallecido el "padre socioafectivo", son necesarias un mínimo de pruebas de la intención del fallecido, quien debe haber dejado su manifestación de voluntad de establecer la paternidad en un testamento, un reconocimiento de paternidad ante un notario o al menos una declaración firmada con testigos.

### 8. Hacia la coparentalidad como nueva forma de familia

La coparentalidad es un proyecto entre dos personas que han decidido procrear un hijo juntos, sin pretender un lazo romántico o matrimonial entre ellos. Existe la idea de coparentalidad porque, así como hay matrimonios que no desean tener hijos, hay personas que quieren tener hijos sin formar una pareja; dos personas que se encuentran solo para tener y criar un hijo juntos, pero sin tener una relación afectiva o sexual entre ellos.

La idea está ganando tanta relevancia que ya existe un sistema de cooperación para juntar las personas que poseen este deseo de tener hijos, por medio de aplicativos, sitios de internet o redes sociales[481]. Inicialmente, la idea de conocer a la persona con quien se va a

[480] El Tribunal de Justicia de São Paulo ha negado la solicitud de un niño al reconocimiento de maternidad socioafectiva de tía materna y el marido de esta, por la razón que ambos crearon desde los nueve meses hasta a los doce años. Con esta edad, pasó el solicitante a vivir con su madre biológica y la conviviente de ella. En los autos no ha sido comprobado que el tío fallecido o la tía tenían la intención inequívoca de reconocer la paternidad/maternidad del solicitante, aunque existió la convivencia por un largo periodo. Solicitud que buscaba ácima de todo busca consecuencias patrimoniales. Sentencia Tribunal de Justicia de São Paulo (8ª Câmara de Direito Privado, Apelação 1000051-41.2019.8.26.0547), de 26 de marzo de 2020.
[481] Por ejemplo: prideangel.com; modamily; family4everyone.

tener un hijo a través de sitios en internet de forma colaborativa y cooperativa para la consagración y autorrealización de un proyecto parental puede ser impactante. Sin duda es una nueva realidad familiar en la cual la autonomía de la voluntad gana plena relevancia. Es una forma de realizar el deseo de ser padre y madre que rompe el paradigma tradicional del amor romántico, por la posibilidad de que dos asuman el papel de los padres, desde la planificación hasta el cuidado diario de un niño o un adolescente, sin ninguna participación amorosa entre los padres[482].

Al igual que la libertad social actual ha permitido separar el sexo del matrimonio, tampoco hace falta ser pareja para compartir la parentalidad, tan sólo son necesarios la madurez personal y el sentido de planeamiento de vida común. Hay personas que buscan la maternidad o paternidad, independiente de la orientación sexual, sin querer una relación sentimental, sin conyugalidad o sexualidad. Son nuevos padres que nunca han sido novios, casados, no vivieron juntos en el mismo techo ni tuvieron relaciones sexuales o afectivas. Lo importante es que son hijos planeados y deseados, cuyo compromiso parental será compartido por adultos que asumirán la responsabilidad de socialización, cuidado y educación de un niño.

Es difícil buscar a alguien que siempre estará en la vida de un hijo. Algunas personas creen que es más fácil empezar un proyecto de coparentalidad con un amigo por ser alguien conocido con quien ya existe confianza. Con todo, en cualquier casa no es una decisión simple, ya que puede ser un desafío cuando todas las intenciones de las partes son bien definidas y determinadas; a esto obedece la búsqueda que se está haciendo a través de la tecnología. Por este medio, la comunicación y la conexión de las personas facilita encontrar a alguien con las mismas intenciones de planificación familiar, valores de vida, conductas educacionales y disciplinares. La tecnología une personas con las mismas afinidades por medio de preguntas relacionadas con la vida individual, conductas de crianza y objetivos. La recomendación de los sitios de internet es conocer a la persona por lo menos 12 meses antes de empezar el proyecto real de tener un hijo juntos. Se celebra un detallado pacto escrito, pormenorizando cómo será la relación entre los involucrados, para dar mayor seguridad a las

[482] PAMPLONA, Rodolfo Filho; RABELO VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida. "Coparentalidade: a autonomia privada dos genitores em contraponto ao melhor interesse da criança". En *Revista IBDFAM: famílias e Sucessões* nº36, Belo Horizonte, 2019, p.30.

partes. Sin embargo, no existe un reglamento específico para este tipo de relación y los contratos servirían de base para una eventual discusión judicial posterior. Es importante señalar que, pese a no estar reglamentado, no hay ilegalidad o ilegitimidad en estas relaciones. Sin embargo, existe una dificultad de ejercer la coparentalidad con la utilización de las técnicas de reproducción asistida, una vez que no existe reglamentación para este caso.

Por ser una modalidad de formación familiar no positivada en gran parte de los ordenamientos jurídicos, es algo nuevo, y seguramente nuevas formas están por venir, no debemos temerles. A principio, lo ideal es firmar un instrumento legal, el "contrato para la generación de niños", que refleja la manifestación de la voluntad libre y clara, dirigida a regular la concepción del niño y sus reflejos futuros; incluso debe ser firmado antes de que nazca el niño para que incluya en su contenido el método de concebir el hijo. El debate avanza a otro tema interesante: los aspectos contractuales que pueden regir esta relación, especialmente en relación con la custodia, las visitas y los problemas de toma de decisiones que afectarán a la vida del niño.

Existen autores que rechazan esta posibilidad de contrato de coparentalidad, afirmando que es contra el interés superior del niño, debido al hecho de que no existe una relación de estabilidad entre los padres, y los niños no pueden decidir sobre como venir al mundo y ser criados en este modelo familiar predeterminados, siendo este un capricho egoísta de los padres[483].

Lo importante es que haya afecto, respeto y solidaridad entre padres e hijos. Estudios demuestran que los hijos serán felices independiente de la forma en la que sean engendrados, mientras estén en una familia que los cuide y les dé afecto, con la debida responsabilidad parental[484].

En la psicología hay estudios que determinan que la calidad de la relación entre los padres está fuertemente asociada con el desarrollo psicológico y el bienestar de los niños, de

[483] *Cfr*. SILVA, Regina Beatriz Tavares. "Coparentalidade: egoísmo dos genitores, sofrimento dos filhos". Fecha de consulta 10/03/2020.
[484] *Cfr*. CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. "Coparentalidade abre novas formas de estrutura familiar". *Revista Consultor Jurídico*, 13 de agosto de 2017. Fecha de consulta 10/03/2020.

modo que una relación cercana, cariñosa y con apoyo entre los padres proporciona una sensación de seguridad emocional para los niños y fomenta una actitud positiva. Cuando los padres electivos no tengan una relación afectiva preexistente, cuanta más cooperación exista entre ambos en la crianza del niño menor será la probabilidad de que el niño tenga problemas psicológicos[485].Son necesarios más estudios para saber, en la práctica, en qué medida las expectativas de los padres compartidos son alcanzadas efectivamente y cuáles son las consecuencias de esta nueva forma de crianza para el desarrollo psicológico y el bienestar de niñas y niños.

La coparentalidad es una nueva alternativa para la formación familiar de aquellos que desean procrear, sin la existencia de una relación afectiva y sexual. En este sistema, los hijos fueron planeados y deseados por ambos padres, desde el principio, por ahí que, en teoría al menos, habría una menor posibilidad de un desentendimiento futuro con relación a la responsabilidad parental y los intereses del niño. Principalmente porque no existe las emociones relacionadas con el final de una relación romántica entre los padres. A pesar de todo, son necesarios más estudios para saber en la práctica en qué medida las expectativas de los padres compartidos son alcanzadas efectivamente y cuáles son las consecuencias de esta nueva forma de crianza para el desarrollo psicológico y bienestar de niñas y niños.

[485] *Cfr.* JADVA,V; Freeman,T; Tranfield,E; Golombok. "'Friendly allies in raising a child': a survey of men and women seeking elective co-parenting arrangements via an online connection website". *Human Reproduction.*, Volume 30, Issue 8, August 2015, p. 1896–1906.

## V- LA BÚSQUEDA DE LA FELICIDAD Y LOS NUEVOS RETOS DEL DERECHO A LA FILIACIÓN

### 1. Identidad personal y el derecho a conocer el origen genético

Actualmente la revelación de la forma de concepción y de los orígenes genéticos de un niño se empieza a valorar como un hecho positivo. Hay que mantener la verdad, la franqueza y la confianza en las relaciones de filiación. Ocultar la verdad de cómo un hijo ha sido concebido, sea por técnicas de reproducción asistida, por medio de adopción o de forma natural, aunque el progenitor sea distinto del padre registral, es negar el nuevo concepto de familia que se busca, basado en la afectividad, en el amor, en la generosidad, en la solidaridad y principalmente en la sinceridad. La autonomía de la voluntad de los padres para tener un hijo supone la asunción de los compromisos de crianza, cuidado, educación, provisión de recursos y afecto; pero también la seguridad de que el niño tendrá las informaciones para desarrollar su identidad de manera completa. Además, la mentira o falta de información puede generar consecuencias negativas para el entorno familiar. El mantenimiento de un secreto como este genera un miedo constante de que pueda haber una revelación en cualquier momento[486].

La construcción de nuestra identidad sufre la influencia de diversos factores tales como genotipo, aspectos físicos, afectivos, sociales y legales. La identidad personal es un concepto amplio que incluye la verdad personal biológica y los comportamientos que representan la personalidad en el mundo exterior, incorporando las particularidades de cada uno referente a las ideas políticas, religiosas, intelectuales, éticas y humanas; en fin, todo lo que define ser uno mismo y no otra persona[487].

La personalidad posee aspectos dinámicos y estáticos. El aspecto estático está en la y biología.  Por dinámicos entendemos los elementos que son construidos toda la vida, es un

[486] *Cfr*. MACHIN, Rosana. "Anonimato e segredo na reprodução humana com participação de doador: mudanças em perspectivas". *Revista Saúde e Sociedade*. São Paulo, v.25, n.1, 2016, p. 88.
[487] *Cfr*. JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz María. *Fecundación asistida e identidad personal*. 1 ed. Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, p. 23.

fenómeno que surge de la dialéctica entre la naturaleza del individuo y el contexto social en el que se vive. Es como un "autorrelato o narración sobre uno mismo que organiza el mundo cognitivo, emocional y las acciones del sujeto, se construye evolutivamente en tensión dinámica entre las características diferenciales de cada persona, que la constituyen como ser único, y la influencia del contexto relacional y social"[488].

Existe un estudio que afirma que hasta el elemento estático de nuestra personalidad (biología) puede sufrir cambios debido a elementos sociales. La epigenética, que es el estudio de la relación existente entre las influencias genéticas y ambientales que determinan el fenotipo, ya comprobó que la convivencia y la vida social de un niño pueden incluso interferir en su ADN; por ejemplo, el formato de nuestra cara puede cambiar de acuerdo con las personas con las cuales convivimos.

Los derechos de personalidad son un grupo de derechos y libertades de ámbito personal, dado que pertenecen a las manifestaciones corporales, psíquicas y espirituales de las personas. Así, todas las personas –inclusive los niños– poseen una esfera personal ejercida de modo individual que debe ser protegida[489].

El derecho a la identidad genética puede ser utilizado principalmente para diagnosticar enfermedades genéticas, pero es algo más amplio que esto. Es posible que uno quiera buscar su ancestralidad buscando su identidad biológica solamente para conocer más de sí mismo, sin anhelar derechos jurídicos derivados de esta información. Desarrollar la identidad personal sin conocer parte esencial de nuestra historia, de nuestro genoma, para muchos, causa un daño al derecho a la historicidad personal y al principio de la autodeterminación.

Cuando pensamos en el Derecho a la filiación por el presupuesto del superior interés de la niña/niño, el derecho al conocimiento está en el núcleo del Derecho a la personalidad, va más allá de la búsqueda por la maternidad y paternidad en sí[490]. La razón ética para que la niña/o conozca su identidad es saber que él es un fin en sí mismo, es decir, que tiene derechos

---

[488] BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, Ana; GÓMEZ BENGOECHEA, Blanca. *Esta es tu historia: identidad y comunicación sobre los orígenes em adopción*. Universidad Pontificio Comillas, Madrid, 2007, pp.20-21.
[489] *Cfr*. BARTOLOMÉ TUTOR, Aránzazu. *Los derechos de la personalidad …, ob. cit.,* p. 80.
[490] *Cfr*. LÔBO NETTO, Paulo Luiz. *Familias*. Saraiva, São Paulo, 2008, p. 203.

propios y no es un medio para satisfacer los anhelos de las personas que buscan estar completos con la llegada de un hijo.

El interés del nacido constituye un bien jurídico superior al interés de los padres en mantener el secreto y la intimidad familiar: "verdad", sinceridad y confianza. Mentir seria ocultar algo que se considera vergonzoso, malo y éticamente reprobable, lo contrario del perseguido por las familias viven como una historia de amor y de generosidad[491]. El secreto no solo esconde el "problema" sino también la solución, y priva al niño de la oportunidad de preguntarse acerca de sus orígenes; pues existe una relación directa entre la revelación del secreto y la posibilidad de cuestionar el anonimato[492].

Aunque pueda existir un conflicto entre el derecho a la intimidad de los padres y del donante y el derecho del hijo, debe prevalecer este último ya que –si bien la información médica es confidencial– la cuestión cambia una vez que nace una persona[493]. El interés del nacido constituye un bien jurídico superior al interés de los padres en mantener el secreto y la intimidad familiar. El niño debe saber la verdad de cómo fue procreado, correspondiendo a los padres reforzar que fue deseado por ellos mismos y que es un miembro esencial del núcleo familiar formado. El gran problema es que muchos niños no tienen cómo saber la forma en la que fueron procreados. Por ejemplo, un estudio realizado en Suecia después de la entrada en vigor de la ley que permite el acceso a la identidad del donante muestra que muchas personas concedidas a través de gametos donados no son informadas de esto por sus padres. De todas formas, cualquier persona que tenga razones para creer que fue concebida por este método de reproducción, tiene el derecho a ser asistido por el Comité de Bienestar Social para encontrar la información disponible en el centro donde se realizó la reproducción asistida, en Suecia[494].

---

[491] *Cfr.* ALKORTA IDIAKEZ, Itiziar; FARNÓS AMORÓS, Esther. "Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio", *ob. cit.*, p 165.
[492] *Cfr.* LORENZI DE, Mariana. "El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿Una materia pendiente? *Revista de derecho, empresa y sociedad (REDS)*, nº 8, época I, enero 2016- julio 2016, p.120.
[493] *Cfr.* ALKORTA IDIAKEZ, Itiziar; FARNÓS AMORÓS, Esther. "Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio". *Oñati Socio-Legal Series*, v7, n.1, 2017, pp. 171-172.
[494] *Cfr.* AMORÓS, Esther Farnós. "Donor anonymity, or the right to know one's origins?". *Catalan Social Sciences Review*, 5, 2015, p. 08.

Una ley en sí que garantiza el derecho a conocer el origen genético no tiene repercusión positiva por completo, si las actitudes no cambian, ya que el Estado no tiene medios para obligar a los padres a revelar información sobre los orígenes de sus hijos. La verdad debe ser dicha siempre que el niño tenga la madurez necesaria para comprender la situación. Cuando uno niño conoce su historia personal esto pasa a ser algo más natural y de fácil aceptación. Ahora, caso la mentira o falsedad sobre el origen de un niño venga a ser descubierta ocasionalmente esto puede causar daños profundos en la identidad del niño, adolescente o una persona ya en la fase adulta. Habitualmente existe la sensación de traición y una desconexión con el pasado, un sentimiento de vacío y de no pertenencia a la familia.

El argumento de que pueden surgir problemas de relacionamiento o psicológico dentro de la familia, al revelar la verdad biológica de un niño es un acto de exceso de protección, es dar un amparo mayor a los padres frente a los derechos de los hijos. La autonomía de los padres al decidir como tener hijos, debe ser pensada ya frente a los derechos de los niños que van a nacer. Los cambios sociales ocurridos en los últimos años, principalmente referente a las nuevas formaciones familiares y las distintas relaciones de filiación ya no justifican el miedo de la revelación de tal información.

En el derecho español no existe una disposición expresa respecto a la obligación de los padres de informar al hijo sobre la forma en la que ha sido concebido. Así que la efectividad del derecho de niñas y niños a conocer sus orígenes biológicos depende, en gran parte, de la voluntad y predisposición de los padres a decir la verdad.

Pese no ser un derecho expreso en la Constitución española, el derecho a conocer los orígenes biológicos puede ser caracterizado como un derecho humano, fundamental y autónomo. La identidad genética de la persona humana es un bien legal protegido. Por lo tanto, es un derecho de personalidad, un derecho fundamental, parte del principio de la dignidad humana. El derecho a conocer los orígenes biológicos es, asimismo, un derecho autónomo, existe por sí mismo y por su complejidad, además de tener muchos puntos de contacto con diversos derechos y principios, como el derecho a identidad, a la integridad física y mental, a

la vida o a la intimidad, y también con los principios de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad e igualdad[495].

La interpretación de los derechos constitucionales, relativa a los derechos fundamentales y a las libertades que son reconocidos en la Constitución, debe ser hecha conforme a la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2 CE). Por ejemplo, *la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989* (art. 7.1) determina que los niños tienen el derecho a conocer a sus padres, en la medida de lo posible, obligando a los estados miembros a asegurar la efectividad de estos derechos de acuerdo con su legislación nacional y las obligaciones concretas asumidas en instrumentos internacionales. Y ¿cómo debemos entender "en la medida de lo posible"? Esto quiere decir que va a depender de las situaciones fácticas concretas de cada caso, pudiendo ser en algunos casos imposible buscar a los padres genéticos de un niño (un niño abandonado sin posibilidad de localizar la madre). No es posible retirar este derecho de forma absoluta, el derecho de buscar información debe ser resguardado[496].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* protege el interés crucial de toda persona a tener acceso a la información necesaria para comprender su infancia y los años de su desarrollo. En particular, en el caso *Misuri v. Croatia, de 4 septiembre de 2002*, prevaleció el interés del demandante de obtener informaciones precisas sobre su identidad personal sobre el interés del padre putativo a no someterse a la prueba de ADN, una vez que esta información es parte del derecho a la identidad, condición esencial para el ejercicio del principio de autonomía personal. Ya en el caso *Bensaid v. The United Kingdom, de 6 mayo de 2001*, el tribunal afirmó que el acceso a la información genética tiene trascendencia en el bienestar de las personas y la preservación de la estabilidad mental, que es considerada una condición previa indispensable para el goce efectivo del derecho a la vida privada. Además, el caso *Jäggi v. Switzerland, de 13 de julio de 2006*, estaba en conflicto con el derecho del solicitante a descubrir su parentesco, contra el derecho de terceros a la inviolabilidad del cuerpo del fallecido, el derecho al respeto de los difuntos. El Tribunal advirtió que la vida privada de la persona fallecida, de quien se propuso

[495] *Cfr*. LORENZI DE, Mariana. "El reconocimiento del derecho a conocer …", *ob. cit*, pp. 106-107
[496] *Ibidem*, p. 109.

tomar una muestra de ADN, no podía verse afectada por dicha solicitud, ya que se realizó después de su muerte y la protección de la seguridad jurídica por sí sola no podía bastar para privar al solicitante del derecho a descubrir su parentesco. Por último, en el caso *Backlund v. Finland, de 6 de julio 2010*, el Tribunal afirmó que la entrada en vigor de la nueva *Ley de paternidad del 1 de octubre de 1976* en Finlandia dio lugar a una violación de los derechos del solicitante en virtud de los artículos 8 y 14 del convenio, ya que no pudo establecer la paternidad a pesar de las pruebas de ADN concluyentes; mientras que los niños nacidos después del 1 de octubre de 1976 no enfrentaron este problema.

Con base en todos estos casos podemos inferir que el derecho a conocer los orígenes de uno mismo es un derecho esencial en el desarrollo de la identidad de un individuo, que no necesariamente tiene que evolucionar hacia un vínculo legal de paternidad, y que forma parte del derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 de la CEDH.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso *Gelman vs. Uruguay, de 24 de febrero de 2011*, afirmó que "el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos del que se trate y las circunstancias del caso". Además, en el caso *Contreras y otros vs. El Salvador, de 31 de agosto de 2011*, se ha manifestado que el derecho a la identidad está protegido bajo el derecho internacional por ser un elemento consustancial del ser humano y, por consiguiente, su violación debe interpretarse a la luz del *corpus iuris* internacional. Los artículos 18 y 19 de la Convención Americana incorporan un derecho a la identidad, de modo tal que la supresión o modificación total o parcial del derecho del niño a preservar su identidad y los elementos que lo integran puede comprometer la responsabilidad del Estado. Por último, el artículo 29 establece que "ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de (…) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno".

Es importante resaltar que, aun cuando existe (lo que debería existir) un derecho al conocimiento al origen genético, este no crea necesariamente un vínculo parental; así que no se puede pretender que quien ha donado sus gametos asuma luego una maternidad/paternidad que no fue buscada. Por esta razón, el conocimiento del origen genético satisface un derecho

fundamental de la personalidad, aunque no refleja la paternidad efectiva en todos los casos, debiendo ser realizada la diferenciación entre madre/padre y progenitores. “Un equilibrio ponderado entre la verdad biológica y la verdad jurídica, siempre atento a los derechos de las hijas e hijos no debería impedir que, aunque la verdad biológica haya sucumbido en la determinación legal de la filiación, pueda emerger aquella verdad nuevamente para garantizar la posibilidad de conocer la propia identidad”[497].

Si existe el principio de veracidad biológica y de libre investigación de la paternidad en la filiación por naturaleza, el mismo raciocinio debería ser utilizado para todos los casos de filiación, incluyendo la adopción y la reproducción asistida heteróloga. Así, es necesario tener mecanismos que posibiliten el acceso a la verdad personal (conocimiento de la maternidad y paternidad biológicos, en cuanto sea posible).

El vínculo genético ya no es la clave para la determinación de la filiación, pero sigue siendo una información valiosa para la formación de nuestra personalidad. El interés de las personas por conocer sus orígenes biológicos puede presentarse en situaciones diferentes relacionadas con la filiación: en los casos adopción y por la utilización de reproducción asistida.

### 1.1 El derecho a conocer el origen biológico en la adopción

La atribución de la filiación jurídica en la adopción se realiza en contradicción con la realidad biológica, siendo la autonomía de la voluntad el criterio para la asunción del papel de madre/padre; aquí es el derecho el que crea el vínculo jurídico de la filiación. Para satisfacer el interés superior del niño se exige la búsqueda de un modelo de familia que pueda ser proporcionado por la naturaleza, incluyendo las nuevas formas de vida familiar.

Las motivaciones que llevan a las personas a la búsqueda del origen biológico no tienen relación con la familia adoptiva, sino con la necesidad de construir la identidad integrada con todos los datos reales. El hecho de saber que fueron adoptadas lleva a algunas personas a

[497] SANCHEZ MARTÍNEZ, María Olga. "Los orígenes biológicos y los derechos de hijos e hijas: filiación y derecho a saber". *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del derecho*, nº34, dez.2016, p.313.

pensar que en algún momento hubo un abandono. La imaginación sobre lo que pasó puede ser peor, llevando a un mundo de fantasías y distracciones, lo que puede generar problemas más graves en la construcción de la identidad, relacionados principalmente con el apego y con las conductas comportamentales. Ya se sabe que el conocimiento de las razones que motivaron la separación de la familia biológica es una de las principales formas de superar el sentimiento de abandono. La apertura en las adopciones, con más transparencia y honestidad, posibilita una comunicación abierta y progresiva a lo largo de la vida del niño adoptado, con empatía de los padres adoptantes ante la necesidad del niño de conocer su historia. Saber sus orígenes biológicos y que fue adoptado no significa el deseo de conocer, de hecho, esta familia biológica, porque este es un vínculo que ya está permanentemente roto[498].

Además de la cuestión jurídica, la importancia de que el niño adoptado conozca su condición es ética, visto que cabe a los padres aceptar los orígenes y asumir el derecho de los niños a conocerlos, teniendo en cuenta que el hijo es un fin en sí mismo y no un medio de satisfacción de los propios padres. Así como existe la razón psicológica del conocimiento del origen genético para la construcción completa y sana de una identidad, también es bueno decir la verdad para mantener la comunicación familiar y garantizar el desarrollo de los niños. Son muchas las personas adoptadas que saben de este hecho en algún momento de sus vidas, y saber esto de forma accidental por algún documento encontrado o por una tercera persona es algo muy malo para la confianza y la comunicación familiar. Además, cuando las características físicas son muy distintas, el sentimiento de pertenencia a la familia del niño es menor. Hay evidencias clínicas que demuestran que cuanto más pronto la información de la verdad llegue al adoptado, su desarrollo será más saludable. Cuando la revelación ocurre en la adolescencia se dificulta el proceso de construcción de identidad, y esto es agravado cuando la revelación solo es realizada en la fase adulta, llevando a la persona a interpretar que toda su vida fue una farsa o un engaño[499].

---

[498] JOCILES RUBIO, María Isabel y SALVO AGOGLIA, Irene. "'Siempre le he contado su historia': prácticas y narrativas familiares sobre "los orígenes" en adopciones monoparentales", vol.26 no.1, *Revista Mana: Estudos de Antropologia Social*, Rio de Janeiro, Mayo- 2020, p. 03.

[499] *Cfr*. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, Ana y Gómez Bengoechea, Blanca. *Esta es tu historia: identidad y comunicación sobre los orígenes en adopción*. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, libro digital, Madrid, 2007.

Este derecho a conocer el origen se vincula al derecho a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, reflejado en el art. 10 de la Constitución española. Además, en consonancia con la Convención de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989 y el Convenio de La Haya del 29 de mayo de 1993 sobre la protección de los derechos del niño y cooperación en materia de adopción internacional, fue aprobada la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre,* sobre adopción internacional, que consagra en su art. 12 el derecho a conocer los datos sobre los orígenes biológicos[500]. Sin embargo, en realidad, no existe en los instrumentos internacionales la obligación de que los Estados faciliten al adoptado los datos sobre sus orígenes o al menos la identidad de los padres, esto queda al arbitrio de cada país. De todas formas, siendo considerada insuficiente esta ley, en 2015 se aprobó la *Ley 26/2015, de 28 de julio,* que modificó el art.180 del Código Civil reforzando este derecho[501.]Además, el párrafo 6 del mismo artículo asegura al adoptado este derecho desde que alcanza la mayoría de edad, o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales. Una importante observación es que el derecho es del adoptado exclusivamente[502]. También regula que la administración está obligada a mantener servicios especializados de asesoramiento y la ayuda para la efectiva concretización de este derecho, la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del niño y de su familia (art. 180, 5 Código Civil Español).

La adopción es constituida por una resolución judicial que será inscrita como un nacimiento en el Registro Civil, con referencia a los datos registrales anteriores (libro), que es cancelada formalmente de acuerdo con la nueva Ley de Registro Civil de 20/2011, en su artículo 44.6, que está en vigor desde el 15 de octubre de 2015 "en los casos de filiación

---

[500] Art. 12 de la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre*: "Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de procedencia de los menores. Este derecho se hará efectivo con el asesoramiento, la ayuda y mediación de los servicios especializados de la Entidad Pública, los organismos acreditados o entidades autorizadas para tal fin".

[501]Artículo 180. 5 del Código Civil español: Las Entidades Públicas asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del menor, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del menor y de su familia, y se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva. La conservación se llevará a cabo a los solos efectos de que la persona adoptada pueda ejercitar el derecho al que se refiere el apartado siguiente".

[502] Decreto 169/2015, de 21 de julio de Catalunya, tiene por objeto es regular el procedimiento para facilitar a las personas adoptadas y a las personas tuteladas y extuteladas por la entidad pública de protección en el ámbito de Cataluña, el conocimiento de sus orígenes y parientes biológicos. Art. 5.1 "Los niños y adolescentes tienen derecho a conocer, en función de su edad y capacidad, su historia personal y familiar, y si han sido separados de su familia de origen de manera definitiva, tienen derecho a conocer sus antecedentes culturales y sociales".

adoptiva se hará constar, conforme a la legislación aplicable, la resolución judicial o administrativa que constituya la adopción, quedando sometida al régimen de publicidad restringida previsto en la presente Ley"[503]. Así que en el Registro Civil es posible obtener la información que uno fue adoptado[504], pero no necesariamente la de quiénes son sus padres biológicos, entre otras cosas porque antes de la *STS 776/1999, de 21 de septiembre de 1999*[505], se permitía el anonimato de la madre, aunque el TEDH haya reconocido este derecho (*STEDH caso Odièvre contra Francia del 13 de febrero 2003*[506]). Sin duda, equilibrar estos conflictos (derecho al conocimiento de los orígenes y derecho de la mujer a conservar su anonimato) no es una tarea fácil, por esto es necesaria una reflexión mayor del tema para investigar el interés general de la sociedad y sopesar todos los derechos en juego de manera coherente, siendo el derecho a conocer el origen biológico un derecho de la personalidad que tiene su fundamento en la propia dignidad humana y el pleno desarrollo del niño, sujeto que es objeto de una protección integral del Estado. Este embate entre el derecho de conocer el origen genético también ocurre en los casos de donaciones de esperma u óvulos anónimos.

### 1.2 El derecho a conocer el origen genético en las técnicas de reproducción humana asistida heteróloga

Desde el punto de vista de los derechos del hijo es difícil argumentar cuál es la razón por la cual la ley niega a los concebidos mediante las técnicas de reproducción asistida, con semen u óvulos donados, un derecho que sí reconoce a los adoptados. La revelación al hijo de la forma en la que fue realizada la procreación no siempre es fácil ni tranquila.

---

[503] *Cfr.* MAYOR DEL HOYO, María Victoria. *La adopción em el derecho …, ob. cit.*, p.294.

[504] El Código Civil español ya está en armonía con el Convenio Europeo de Adopción, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008: Art. 22. 5. "Considerando el derecho de una persona a conocer su identidad y sus orígenes, las informaciones pertinentes relativas a una adopción se recogerán y se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que aquélla se haya hecho definitiva".

[505] Sentencia del Tribunal Supremo 776/1999 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 21 de septiembre de 1999 (recurso2854/1994).

[506] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Odièvre contra Francia* de 13 de febrero 2003, que analizó la figura del parto anónimo y sus consecuencias relativas al impedimento de conocer la identidad biológica del nacido. El tribunal reconoció el interés y el derecho de la adoptada a conocer quién es su madre biológica; sin embargo, no lo amparó en el caso concreto, por una cuestión de ponderación de los derechos e intereses de las personas afectadas, y la ley francesa que regula las posibilidades del conocimiento de los orígenes biológicos. Junto a los derechos e intereses de la hija adoptiva, se sitúan los de la madre, el padre y los hermanos biológicos y de la familia adoptiva, dotados a juicio del tribunal de idéntico valor.

En una familia formada por una madre y un padre heteroafectivos, la revelación de utilización de técnicas de reproducción asistida heteróloga puede manifestar la existencia de esterilidad o incapacidad procreacional de un miembro de la pareja e incluso generar una oscilación en la estabilidad familiar y, por último, desencadenar una búsqueda del hijo por el progenitor biológico. Por otro lado, las familias actuales son formadas con base en nuevos conceptos. La ciencia permite que la procreación ocurra en todas las formas de vida familiar, sean familias homoafectivas, heteroafectivas, monoparentales o de cualquier otra forma. Sin embargo, el hecho de que el hijo haya nacido por estas técnicas es más difícil de ocultar en los casos de familias homoafectivas o monoparentales, debido a la disonancia patente con la realidad natura[507].

La primacía de la voluntad en la procreación en los casos de utilización de las técnicas de reproducción humana asistida heteróloga es latente. Estas técnicas generan una disociación de los vínculos genéticos, gestacionales y sociales que caracterizan una filiación natural. La filiación en estos casos se basa en la decisión personalísima de una persona a elegir libre y responsablemente concebir y cuidar de un hijo. De esta forma, la gran problemática de la utilización de TRHA está en los casos de reproducción heteróloga por la utilización de material genético de terceros, principalmente por la existencia de colisión de derechos fundamentales; por un lado, está el derecho de anonimato del donante y por otro, el derecho al conocimiento de la identidad genética del concebido.

Para que se reproduzca la asistencia heteróloga es necesario disponer de los bancos de semen, en donde son almacenadas las muestras congeladas en una botella de nitrógeno líquido. Esto se hace por medio de un contrato firmado por los donantes, con una cláusula de anonimato (en gran parte de los países que permiten esta técnica); es decir, con la prohibición de revelar la identidad del donante, salvo en los casos necesarios frente a un riesgo muy grave para la vida del nacido con semen donado. Además, existe el miedo de las clínicas de que haya una disminución del número de donantes, causada por la permisión de acceder a las informaciones personales de aquellos. A pesar de todo, los países que acabaron con el

[507]*Cfr*. SANCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen. "Identidad Genética y anonimato en la fertilización asistida". *Revista actualidad Jurídica Iberoamericana- IDIBE,* número 8, feb.2018, p.150.

anonimato con el tiempo recuperaron los donantes y el perfil de los mismos cambió, pasaron a ser personas de más edad, solidarios y con más responsabilidad social.

Claramente en estos casos estamos frente a una colisión de derechos. Por un lado, existe el derecho a la vida privada, el derecho a la planificación familiar y el derecho al acceso a la ciencia por parte de los padres que acudirán a las técnicas de reproducción asistida, y por otro lado el derecho a la intimidad de los donantes que quieren preservar el anonimato y su identidad, el derecho de personalidad y la construcción de la identidad de los niños. Sobre la privacidad del donante se defiende el derecho a no saber, es decir, el donante puede no querer conocer si existen y/o quiénes son los individuos procreados gracias a sus donaciones, una vez que esta información podría dar lugar a una imagen de una madre/padre que ella (o él) no buscaba, y adicionalmente le podría causar algún daño psicológico. En consecuencia, hay que observar los derechos a la procreación con relación a los otros derechos como: la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, la vida familiar, la salud, el derecho a beneficiarse del progreso científico, e incluso el derecho a tener una hija/hijo[508]. Debemos sopesar estos derechos y definir qué valores son socialmente más relevantes.

El sujeto nacido mediante el recurso de las técnicas de reproducción asistida heterólogas ostenta la filiación por naturaleza, en la que el consentimiento (la voluntad de ser madre/padre) es prestado para el empleo de las mismas, lo que sustituye a la verdad biológica. Con todo esto, no podemos olvidar que esta verdad biológica forma parte de la personalidad de los niños. El interés del niño debe ser el principio que determina la necesidad de revelación de la forma en la que fue concebido, debiendo decidir si desea o no buscar su origen biológico, salvo que haya algún impedimento en concreto.

En la mayoría de los casos la búsqueda es más una forma de "curiosidad", ya que no tiene como fin hacer coincidir la verdad biológica con la verdad jurídica. Efectivamente, lo que hay que tener muy claro es que ser donante no es ser padre. Una cosa es ser padre con el ejercicio de la responsabilidad parental y otra muy distinta el derecho del nacido mediante técnicas de reproducción asistida a conocer o no a su progenitor y donante. Así que las TRHA

[508] *Cfr.* SANCHEZ MARTÍNEZ, María Olga. "Los orígenes biológicos…", *ob. cit.*, p.296.

relativizan el parentesco biológico, pasando a considerar como verdadera la paternidad voluntaria, afectiva y social. "El derecho del menor a conocer sus orígenes en el caso de las TRHA se presenta de una forma diferente, en la medida en que solamente le va a permitir descubrir a la persona que aportó el material genético, es decir, quién es el progenitor, pero no quién es su verdadera madre o padre"[509].

Hay países que repudian el anonimato y países que lo preconizan. Suecia fue el primer país que ya en 1984 reconoció el derecho a conocer los orígenes genéticos; países como Reino Unido, Suiza, Austria, Noruega o Finlandia han rectificado sus normativas para permitir el derecho a conocer la identidad de los donantes cuando es alcanzada la mayoría de edad y la debida madurez. Se comenzó por permitir solamente conocer al donante de semen, porque gran parte de los ordenamientos lo prohibía (algunos todavía prohíben la donación de óvulos).

Veamos algunos casos: en Austria, donde la donación de óvulos y la donación de semen para la fecundación *in vitro* está prohibida, los concebidos mediante IA (introducción de espermatozoides a través de una intervención médica en el tracto reproductivo de la mujer) con semen donado pueden solicitar información sobre el donante a partir de los 14 años por sí mismos o, si existen circunstancias médicas excepcionales, por sus representantes legales. Esta información incluye el nombre, apellidos y fecha de nacimiento del donante, nacionalidad, domicilio, nombre y apellidos de sus padres, momento en que se llevó a cabo la donación y el resultado de las pruebas médicas que se le practicaron en ese momento. En Suiza la Constitución Federal de la Confederación de 1999 reconoce constitucionalmente la legislación sobre TRA, garantizando el acceso de toda persona a sus datos genealógicos para obtener información personal sobre el donante, una vez cumplidos los 18 años, desde que sean concebidos mediante semen donado. La donación de óvulos está prohibida. Antes de que la información (nombre y apellidos del donante, fecha y lugar de nacimiento, domicilio, lugar de origen en Suiza o nacionalidad, ocupación, educación y apariencia física) sea revelada por la administración, el donante debe ser avisado. En Noruega la *Ley nº 100, de 5 de diciembre de 2003*, permite al concebido mediante semen donado recibir información únicamente sobre la identidad del donante, una vez alcanzados los 18 años. Holanda permite a los mayores de

[509] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen. "Identidad genética y anonimato…", *ob. cit.*, p. 148.

16 años concebidos con gametos donados a partir de 2004 –ya se trate de semen u óvulos– solicitar información sobre la identidad del donante, pero prohíbe a las clínicas hacer uso de gametos anónimos. Para los procedimientos realizados antes del 2004, los donantes y nacidos que deseen la información pueden inscribirse en la base de datos de ADN "FIOM" 10, que se encarga de ponerlos en contacto, o pueden solicitar información sobre el donante en la propia SDKB, en cuyo registro central las clínicas están obligadas a depositar los registros de todas las donaciones, incluidas las anteriores a 2004. En estos casos, si el donante se opone a revelar la información, la fundación no revela la identidad, salvo que existan razones específicas para conceder la información. En Reino Unido, a partir de 2004 el *Human Fertilisation and Embryology Act* permite a los concebidos a partir del 1 de abril de 2005 mediante semen, óvulos o embriones donados solicitar información identificativa sobre los donantes, cuando hayan cumplido los 18 años[510].

En otras legislaciones como las de Estados Unidos y Canadá existe una posición intermedia, con una política denominada *double track* (doble vía), que permite el acceso del nacido a datos identificativos del donante sólo cuando este último optó por una donación abierta. De manera que en este modelo el derecho a conocer los orígenes es ejercido por la voluntad del donante, teniendo un peso más fuerte el derecho del donante a su intimidad que el derecho de los niños a conocer sus orígenes genético[511]. Un denominador común entre todas las leyes que permiten identificar al donante es la disociación entre el conocimiento de la paternidad genética y el establecimiento de la paternidad legal[512].

En Portugal, por decisión del Tribunal Constitucional (*acordão n.º 225/2018, de 07 de mayo de 2018[513])* el derecho a la identidad personal (art. 26.º, n.º 1 de la Constitución portuguesa), se contempla el derecho a la historicidad personal de los nacidos por técnicas de reproducción asistida heteróloga. Además, afirma que el derecho al conocimiento de su

[510] Información identificativa del donante es: su nombre y apellido; fecha y lugar de nacimiento; apariencia; y última dirección postal conocida. La información no identificativa del donante consiste en datos físicos; fecha y país de nacimiento; estado civil; grupo étnico; si fue adoptado y si tiene hijos, incluido su número y sexo; religión; ocupación; intereses; habilidades; y razones por las cuales donó.
[511] *Cfr*. MUÑOZ GENESTOUX, Rosalía; RAÚL VÍTTOLA, Leonardo. "El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo". *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, vol. 11, nº. 39, 2017, p. 207-228
[512] *Cfr*. AMORÓS, Esther Farnós. "Donor anonymity...", *ob. cit*., p. 04.
[513] Arcordão Tribunal Constitucional Portugués 225/2018 (proceso nº95/17), de 07 de mayo de 2018.

identidad genética engloba la constitución genómica de las personas nacidas por esta técnica, y en los casos de las personas concebidas por técnica de gestación por sustitución, existe el derecho al conocimiento a la identidad epigenética, *como derecho al conocimiento*, en toda la integralidad del procedimiento ontogenético que antecedió su nacimiento.

En España la procreación mediante las técnicas de reproducción asistida es objeto de regulación en la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, modificada el 14 de julio de 2015. En regla, existe el anonimato del donante, sin embargo, este anonimato es relativo ya que es posible que las receptoras de gametos y los hijos obtengan información general sobre el donante. En casos excepcionales que comporten peligro para la vida o la salud del hijo o debido a leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable. En ninguna circunstancia la revelación de la identidad del donante en los casos autorizados por la ley implica la determinación legal de filiación (art. 8.3 de la ley TRHA). De acuerdo con VIDAL PRADO, la revelación de la identidad va más allá de las características biológicas del donante, que solucionarían solamente problemas médicos tales como enfermedades hereditarias: "el hombre es algo más que un cuerpo biológico, y de alguna manera la personalidad humana puede necesitar en algún momento de su vida –no digo que siempre se vaya a dar esta situación– conocer quién es la persona gracias a la cual ha sido engendrado, por motivos puramente psicológicos, más allá de la pura materialidad[514]".

El Comité de Bioética de España (CBE) ya ha hecho una recomendación en un informe para que las donaciones de espermatozoides y óvulos dejen de ser anónimos, en su reunión plenaria del 15 de enero de 2020. El órgano consultivo del Ministerio de Sanidad divulgó una conclusión puntual queriendo la reforma legal del artículo 5.5 de la Ley de reproducción humana asistida para que se suprima el anonimato en la donación de semen y óvulos, ya que debe prevalecer el principio del interés superior del niño y el derecho a conocer su origen biológico frente el anonimato del donante. El informe también resalta la necesidad de un Registro Nacional - Sistema de Información de Reproducción Humana Asistida (SIRHA) –que ya está en fase de implementación– y ayudará en el control del número de donaciones

[514] VIDAL PRADO, Carlos. "El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna". R*evista jurídica de Navarra*, nº 22, 1996, p. 269.

realizadas y a reducir la posibilidad de que una misma persona realice diversas donaciones en distintas clínicas de reproducción[515].

Existe un caso interesante, resuelto en la *SAP Las Palmas, 16 mayo 2016*[516], en que una pareja de hecho después de hacer una reproducción asistida homóloga en una clínica, con el nacimiento de dos gemelos, descubrieron que, los hijos no eran biológicamente del hombre conviviente, sino de un tercero anónimo. Debido al error de la clínica, esta fue condenada a indemnizar el daño patrimonial (pérdida de pensión de alimentos) y daño moral por la imposibilidad de los niños identificaren a su padre biológico y consecuentemente la imposibilidad conocer sus orígenes biológicos. Habiendo el reconocimiento de daño moral por violación del derecho a la identidad de los hijos, que los acompañará durante toda su existencia. La decisión identifica que la identidad personal es un derecho inmaterial cuya lesión genera un daño moral indemnizable[517].

Además, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa emitió en 2019 la Recomendación 2156, de 12 de abril, en la que propone la supresión del anonimato, pero sin efectos retroactivos, es decir, todas las futuras donaciones de gametos y el uso de espermatozoides y ovocitos donados anónimamente estarían prohibidos. El niño, cuando alcance los 16 o 18 años sería informado (idealmente por el Estado) de la existencia de información complementaria sobre las circunstancias de su nacimiento y él mismo podría decidir cuándo acceder a esta información sobre la identidad del donante, y si desea iniciar el contacto (idealmente después de haber tenido acceso a servicios de orientación, asesoramiento y apoyo antes de tomar una decisión). Además, los Estados miembros deben crear registros nacionales de donantes y de personas concebidas a través de la reproducción humana asistida, con el objetivo de viabilizar el derecho de acceso a la información por parte del hijo. Adicionalmente, también tiene el propósito de controlar el número máximo de donaciones por parte de un donante, minimizando así las posibles relaciones de consanguinidad. La

[515] Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida: Disponible en hhtp://cnrha.sanidad.gob.es.
[516] Sentencia Audiencia Providencial GC 951/2016, (Sección Quinta de la Audiencia Provincial), de 16 mayo 2016 (recurso 461/2013).
[517] *Cfr.* VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de. "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España". *Actualidad jurídica iberoamericana*, n º. 8, 2018, p.13

Recomendación determina que el donante debe ser protegido de cualquier solicitud para determinar la paternidad o de un reclamo de herencia o paternidad.

El interés del niño debe ser el punto clave para la revelación o no de la forma en la que fue concebido ya que, como se ha indicado, él es la parte más vulnerable de estas relaciones humanas. Así, el hijo debería tener la potestad de decidir si quiere o no acceder a estas informaciones, a partir de su mayoría de edad o de alcanzar la capacidad suficiente o algún otro criterio definido, idealmente después de pasar por un servicio de apoyo. Cuando el Estado impide el acceso a información identificativa o no identificativa sobre el donante, está privando al concebido con gametos de un aspecto importante de su autonomía individual y el libre desarrollo de la personalidad, hiriendo la dignidad e integridad moral, la identidad, la intimidad, la integridad física y la salud de los niños concebidos. "Estos derechos, junto a otras circunstancias, como evitar relaciones incestuosas involuntarias, han encontrado en el derecho a conocer los orígenes biológicos una forma de satisfacer los derechos de las hijas e hijos, sin necesidad de que esto conlleve una modificación de la filiación legalmente atribuida"[518]. Además, es de suma importancia tener un registro público para almacenar las informaciones de los donadores y de los niños nacidos por las técnicas de reproducción asistida, de forma duradera y segura, así como lo hay para las informaciones de adopción. De hecho, así se estarían protegiendo mejor los datos personales en casos de TRHA. *La Ley de Protección de Datos europea- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016*[519] define los datos genéticos y biométricos como categorías especiales y sensibles[520].

Vimos que la biología ya no es la clave para la determinación de la filiación, pero sigue siendo una información valiosa para la formación de nuestra personalidad y necesita ser almacenada de forma segura. Tanto en la adopción como en la concepción mediante TRA heterólogas, el conocimiento de los orígenes debe percibirse como una responsabilidad

[518] SANCHEZ MARTÍNEZ, María Olga. "Los orígenes biológicos y …", *ob. cit*., p.310.
[519] *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016* relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).
[520] En España existe un registro público en fase de implementación - el sistema de información de reproducción humana asistida (SIRHA)- que tiene la finalidad de gestionar la información de los donantes, las donaciones realizadas y el uso de estas en las personas receptoras. También garantizan la trazabilidad y la codificación de las donaciones en cuanto a la identificación de las estas a través del código único europeo.

pública y privada compartida entre el Estado y los padres, pues ambas situaciones requieren un grado de intervención pública que no se da en el contexto de la reproducción sexual, por ejemplo, respecto a los casos de ocultación de la paternidad por parte de la madre.

Teniendo como base el superior interés de los niños y el equilibrio que debe haber entre la verdad biológica y la verdad jurídica, no sería posible argumentar que la verdad jurídica y socio afectiva existente fuera una negativa de la posibilidad de conocer la propia identidad. El hijo tiene el derecho de conocer su origen biológico, es un derecho de la personalidad, incluso en la reproducción natural.

### 2. El reconocimiento e impugnación de filiación - casos controvertidos

Las acciones de impugnación y reclamación o reconocimiento tienen tradicionalmente como finalidad determinar quién será determinado como madre o padre biológico de una persona o de excluir un vínculo de filiación ya existente. En las acciones de filiación, el juez siempre ha de optar por alterar o mantener el *statu quo* familiar existente o el que existió por un tiempo, decidiendo qué interés legítimo es prevalente en la situación de hecho ((verdad biológica o verdad social)[521].

Con las premisas en los nuevos valores familiares, donde hay una valoración de la verdad, del vínculo afectivo, la afectividad y la autonomía, debemos construir valores sobre la necesidad de la madre de revelar la verdadera paternidad de su hijo al marido, al conviviente o al novio. Así, cuando ellos estén conscientes de la verdad, podrán decidir con autonomía si quieren asumir una paternidad de un hijo, aunque no haya correspondencia biológica. La excusa de ocultar la verdad para proteger la familia, frente a una infidelidad ocurrida, ya no tiene sentido en la familia del siglo XXI. La lealtad familiar es el objetivo a ser buscando y la cultura a ser injerida, mediante mecanismos de responsabilidad civil que puedan cohibir actitudes que no revelen la verdad y causen perjuicios principalmente para los niños y niños.

[521] *Cfr*. QUICIOS MOLINA, María Susana. Casos recientes que plantean el difícil equilibrio entre la búsqueda de la verdad biológica y la estabilidad del estado civil de filiación". *Derecho Privado y Constitución*, nº 29, 2015, p.264.

Es necesario puntuar que las acciones de filiación no tienen un valor absoluto frente al interés del niño y a la protección de la situación familiar ya establecida. En muchos casos, la protección integral del niño y su superior interés pueden caminar hacia el mantenimiento de la situación de un hecho existente, aunque sea contraria a la verdad biológica. Aunque el niño tenga derecho a buscar su verdad biológica, esta, por sí, ya no es razón suficiente para fundamentar una filiación sin una comprobación de que el vínculo biológico satisface el mejor interés del niño.

Históricamente, cuando una acción de reclamación de la paternidad era propuesta por el niño (representado por la madre o representante legal), existía una presunción de que el mejor interés estaba en la prevalencia de la verdad biológica. Este posicionamiento viene cambiando en la jurisprudencia de muchos países, principalmente en los casos donde ya existe una paternidad social efectiva. Así que, en los casos en los que haya un padre registral socioafectivo que se ha comportado como tal desde el nacimiento, con convivencia, atención y cuidado, no hay porque reconocer la preponderancia de una paternidad biológica sobre la afectiva. La paternidad sociológica es un acto de elección, basado en la libertad de aquellos que aman y tienen afecto, lo que a veces no ocurre con aquéllos que son sólo la fuente biológica (progenitores). Aunque lo ideal es la existencia conjunta de la paternidad jurídica, biológica y socio afectiva, el reconocimiento de estas últimas no significa un desprecio por el elemento biológico, sino una atención mayor a los nuevos paradigmas que surgen de las nuevas instituciones familiares.

En las nuevas estructuras parentales y conyugales no es fácil llegar a una solución ideal de justicia, hay que sopesar diversos derechos, buscar el significado real de relación de parentesco, perseguir el mejor interés de las niñas y niños y finalmente, buscar lo que determinará la felicidad de los sujetos. La formación de la personalidad, una buena estructura psíquica, el carácter e incluso la dignidad de un niño están directamente relacionados con la convivencia con los padres efectivos (sean padres biológicos o socioafectivos) y el entorno familiar general y social que serán creados.

La autonomía privada tiene como elementos esenciales la reciprocidad, la solidaridad, la buena fe y la confianza, que concretan la perspectiva del Derecho de las Familias personalizado. La familia, al convertirse en un espacio para la realización de la afectividad y la dignidad humanas para cada uno de sus miembros, marca el cambio de la función económica-política-religiosa-procreacional a esta nueva función. Estas líneas de tendencia son parte del fenómeno legal-social llamado "repersonalización" de las relaciones civiles, que valora el interés de la persona humana más que sus relaciones patrimoniales[522], como ya mencionamos. El vector de protección del sistema de filiación debe ser el mejor interés del niño y la voluntad de este de mantener o no un vínculo de paternidad o maternidad. Por consiguiente, deben ser rechazadas las demandas que buscan deshacer vínculos con fundamentos en intereses solamente de la pareja, de la familia o el mejor interés de los padres.

Teniendo en cuenta que no estamos en un mundo ideal en el que todos al nacer ya tienen definidos los padres que ejercerán con responsabilidad la parentalidad, independiente de la existencia o no de vínculos biológicos descubiertos posteriormente, dependemos de mecanismos jurídicos para que pueda existir un control de las reclamaciones e impugnaciones de paternidad y maternidad.

La Constitución española reconoce el derecho a la investigación de paternidad de forma imprescriptible (art. 39.2 CE) para que el hijo investigue su paternidad. Esta investigación tiene como objetivo el establecimiento de vínculos jurídicos y biológicos entre padres e hijos, permitiendo que se realicen pruebas biológicas para comprobar tal hecho y alcanzar una convicción fiable, dado que sus resultados son absolutos (*STS 07/94, de 17 de enero de 1994*[523]). Cuando la Constitución establece que "la ley posibilitará la investigación de la paternidad", significa que la investigación está concebida como un instrumento que va a permitir, a quien desee saber, quién es su padre biológico. En este sentido afirma ROCA I TRIAS que la acción de investigación "tiene una clara finalidad, que consiste en establecer la relación paterno filial con el progenitor biológico, porque en definitiva, permite constituir la relación parental o patria potestad, de modo que cuando la finalidad de la acción es distinta,

---

[522] *Cfr*. LÔBO NETTO, Paulo Luiz. "A repersonalização das relações de família". *Revista Jus Navigandi***,** Teresina, año 9, n. 307, 10 mayo 2004.

[523] Sentencia del Tribunal Supremo 07/94 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 17 de enero de 1994 (recurso de amparo 1.407/1992).

no puede defenderse su utilización como remedio constitucional a otros aspectos de la propia filiación, y por ello no será posible interponerla para descubrir los propios orígenes, ya que la finalidad de las acciones es distinta. (…) En definitiva y según las interpretaciones del Tribunal Constitucional, la verdad biológica se investigará a través de las acciones de filiación cuando de lo que se trata es de fijar o excluir una paternidad a los efectos de identificar al titular de la patria potestad"[524].

Pese a que la biología es el vector central de la legislación actual de filiación, y que las soluciones dadas por el legislador están basadas en la concordancia de la filiación legal con la biología o la estabilidad del estado civil[525], es necesario hacer una reflexión más profunda de estos paradigmas. Los vectores sociales y afectivos pueden ser más benéficos para los niños en muchos casos.

No hay dudas de que este tema es uno de los más difíciles del Derecho de las Familias, principalmente por los cambios sociales y las posibilidades científicas que surgen a cada día, lo que ocasiona que lleguen casos intrincados con decisiones difíciles para los tribunales. Como ejemplo, un caso muy complejo que ocurrió en Estados Unidos: una pareja que solamente practicó sexo oral y la mujer quedó embarazada por haber utilizado el semen del acto sin el consentimiento del hombre. La mujer fue acusada de "robar" el semen. Desde el punto de vista jurídico biológico se comprobó que, el hombre es el padre. No obstante, el Tribunal no reconoció la filiación en sí, aunque tenga ordenado el pago de una pensión alimenticia al niño, los demás deberes y responsabilidades derivados de una filiación no fueron concedidos[526]. Casos así están ocurriendo todos los días, y llevan a los tribunales cuestiones familiares muy complicadas en las que no hay una subsunción inmediata de la ley, debiendo los jueces sopesar los derechos. Creemos que de la misma forma que cada día se está dando más autonomía privada para que las personas puedan ser padres y madres, hay que crear mecanismos para que haya una responsabilización mayor de los actos. Toda libertad

[524] ROCA I TRIAS, Encarna. *Libertad y familia*, *ob. cit*., pp.128-129.
[525] *Cfr.* QUICIOS MOLINA, María Susana. "Casos recientes que plantean el difícil equilibrio entre la búsqueda de la verdad biológica y la estabilidad del estado civil de filiación". *Derecho Privado y Constitución*, nº 29, p.264.
[526] *Cfr*. JACOBS B., Melanie. "My Two Dads: Disaggregating Biological and Social Paternity". *Digital Commons at Michigan State University College of Law.* 38 Ariz. St. L.J. 809, 2006, p. 821.

debe ser ejercida dentro de los límites, principalmente cuando estamos frente a derechos de los niños.

Veamos los casos en los cuales una paternidad o maternidad puede ser impugnada o reclamada a lo largo de la vida del niño.

### 2.1 Reclamación de la paternidad

Con la acción de reclamación de paternidad o filiación se pretende que se reconozca la filiación entre un hijo y su padre, buscando una determinación judicial de la filiación. Esta acción tiene plazos legitimados distintos dependiendo de si la filiación a declarar es matrimonial o no, y si está respaldada por posesión de estado o no.

Como vimos, el sistema del Código Civil español busca que la paternidad jurídica se corresponda con la paternidad biológica (reclamación de la paternidad en sentido estricto). También existe la posibilidad de una reclamación sin cuestionamiento de la correspondencia biológica, simplemente haciéndose una investigación de la validez y de la eficacia del mecanismo utilizado para el establecimiento de la relación jurídica de filiación (reclamación en sentido amplio). Se trata de una acción declarativa que afecta el título, no habiendo discusión de la filiación real; de ahí que la filiación podrá ser determinada de otra manera, sea judicial o extrajudicialmente (no hay cosa juzgada)[527].

Para la presentación de la demanda de investigación de paternidad se exige un principio de prueba de los hechos. El control de viabilidad previo de la demanda de filiación no puede consistir, de ninguna manera, en una prueba absoluta que busque la plena convicción del juzgador sobre la petición instada en la demanda. El artículo 767, apartado 1, de la *Ley 1/2000, de 7 de enero*, Ley de Enjuiciamiento Civil- LEC afirma: "En ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde". Este artículo impone un requisito de procedibilidad, al condicionar la admisión de la demanda a una prueba anticipada de los

[527] *Cfr.* VERDERA SERVER, Rafael. *La reforma de la filiación*…, *ob. cit.*, pp.2205-206.

hechos en los que la misma se funde. "En este aspecto, es usual que se anuncien los datos de identificación personal de los testigos propuestos sobre los que interesa su testimonio. De igual forma, es recomendable que se ofrezca información relativa a los hechos de los que pueden ser conocedores estos sujetos"[528].

La SAP Pontevedra del 26 de septiembre de 2014 constituye un hito jurisprudencial al negar que el interés del niño coincide con la determinación de la filiación conforme a la verdad biológica[529]. Además, ya es posible ver una inquietud nueva del Tribunal Supremo de España en cuestión de la aplicación del principio de verdad biológica, teniendo en vista la *STS 441/2016, de 30 junio de 2016*[530], que determinó la posibilidad de que el interés del hijo menor no coincida con la determinación de su filiación biológica y la impugnación de la formalmente establecida. En esta demanda la madre Encarna, que actúa en defensa de los intereses de su hija, formuló demanda de reclamación de filiación contra Gines e impugnación de filiación matrimonial contra don David, con el argumento de que existe paternidad biológica en favor de Gines. Don David contestó la demanda, entre otras cosas, afirmando que no visualiza error en el reconocimiento de paternidad existente; el superior interés de la niña estaba en permanecer en una familia consolidada con tíos y abuelos, en un entorno familiar estable desde su nacimiento. Mientras que el padre biológico no mantiene ningún contacto o cualquier tipo de relación afectiva con la niña. Por su parte, Gines no fue encontrado en la dirección que indicó la demandante para recibir notificaciones, así que fue emplazado por edictos, y al no contestar a la acción fue declarado en rebeldía. Al final, el Tribunal Supremo afirmó que la madre, bajo el pretexto de buscar la verdad biológica, no estaba actuando según los intereses de la niña sino por motivos personales distintos. Además, por ser un derecho contrario a los intereses de la niña y por carecer de representación legal para el ejercicio de este tipo de demanda, la madre necesitaría un defensor público.

---

[528] FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura. "La filiación natural y la libre investigación de la paternidad: el avance científico como factor exigente de cambios jurídicos". *RDUNED. Revista de derecho UNED*, nº. 21, 2017, p.120. Además, hoy en día está jurisprudencialmente asentado que para la admisión bastará con el ofrecimiento de la realización de la prueba biológica.

[529] *Cfr.* BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles. "El conflicto entre la verdad biológica y el interés del hijo menor en las acciones de filiación: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2016 (441/2016)" En YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Coord.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil.* vol. 8, Editorial Dykinson, Madrid, 2017, p.336.

[530] Sentencia del Tribunal Supremo 441/2016 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 30 de junio de 2016 (recurso 1957/2015).

Adicionalmente, en este caso podríamos decir que don David demostró que el interés de la niña está en permanecer en la familia que la amparó, protegió y educó desde su nacimiento; inclusive siendo este un derecho bidireccional, es decir, los padres también poseen el derecho al mantenimiento del vínculo familiar existente, frente una socioafectividad construida efectivamente. El estado de filiación decurrente de la estabilidad de los vínculos afectivos construidos diariamente entre padre e hijo constituye un fundamento esencial para la atribución de la maternidad o la paternidad. Igualmente, este fundamento no influye en relación con el derecho de cada persona a conocer su origen genético, son dos situaciones distintas: una tiene naturaleza de Derecho de Familia y la otra de Derecho de personalidad[531].

En realidad, la verdad biológica no es un fin en sí misma, es un instrumento para que todos tengan definidos un padre y una madre (ya que esto es necesario de acuerdo con la biología). En caso de que el niño tenga un padre registral socioafectivo que haya asumido la responsabilidad parental efectivamente, la verdad biológica pierde este carácter instrumental, ya que una doble parentalidad fue determinada por otras vías. Ahora, caso distinto ocurre cuando no hay nadie desempeñando las funciones parentales, debiendo entonces buscar en la biología el vínculo que dará base para la determinación[532].

La gran diferencia se va a dar cuando en el ordenamiento jurídico exista un caso de paternidad socioafectiva ya reconocida, lo que permitirá también la búsqueda del origen biológico, surgiendo una pluriparentalidad, en caso de que sea de interés del niño. En muchos países ya se está abriendo la posibilidad de una pluriparentalidad, como veremos en tema propio de este trabajo.

### 2.2 Impugnación de la filiación matrimonial

En España las acciones de reclamación de paternidad poseen diferentes legitimaciones, plazo y efectos de la posesión de estado dependiendo de si estamos frente a una reclamación

---

[531] *Cfr*. LÔBO NETTO, Paulo Luiz. "Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária". *Revista CEJ*, Brasília, vol. 8, n27, out-nov, 2004, p. 47-56.
[532] *Cfr.* VERDERA SERVER, Rafael. "Ser padre", *ob. cit.,* pp.109-110.

matrimonial o no matrimonial. La posesión de estado[533] es una situación de apariencia que limita las acciones de impugnación en sus aspectos principales de legitimación y plazo de ejercicio y que amplía las acciones de reclamación. Es una situación que denota que entre el presunto hijo y la madre o el padre existe una relación filial efectiva. La existencia de posesión de estado facilita la adecuación de la filiación formal a la vivida, mediante la imprescriptibilidad de la acción, aunque en presencia de una filiación de contrato ya determinada; el carácter personal de la filiación también se inclina a limitar en este caso la legitimación a progenitores e hijos. "En realidad, tendría más sentido abordar la acción de reclamación sin posesión de estado desde la misma premisa del 131 CCE: la existencia o no de una filiación ya determinada. Sobre todo, si ostenta posesión de estado. Aquí sí resulta afectada la seguridad jurídica y la estabilidad del hijo, además de la honorabilidad del matrimonio si la filiación determinada es matrimonial"[534].

De esta forma se da la declaración de la filiación cuando hay posesión de estado (acción declarativa de filiación). En esos casos no se discute la maternidad o paternidad en sí, sino el mecanismo o título de su determinación; la constitución de la filiación ocurriría cuando hay búsqueda de la verdad biológica (reclamación en sentido estricto). Por todo esto, para la mayoría, la acción de reclamación de paternidad en todo caso declara una paternidad y no la constituye, porque la paternidad se da desde que tuvo lugar[535]. Puede parecer que la acción de reclamación y de declaración en sentido amplio fueron aproximadas, aunque no son iguales. La posesión de estado es un medio subsidiario de acreditar una filiación determinada, un criterio de prueba para su determinación judicial y un criterio para ampliar la legitimación de

---

[533] EVANGELIO LLORCA define la posesión de estado como: "*nome*n" –uso habitual y constante de los apellidos del supuesto progenitor-; el "*tratactu*s" –comportamiento continuado y afectivo del padre hacia el hijo traducido en alimentación, educación y asistencia económica y moral y no en esporádicas atenciones; y, la "fama" o "*reputati*o" –proyección de la aparente relación paterno filial sobre el entorno y círculo social. En EVANGELIO LLORCA. Raquel. "El concepto de posesión de estado de filiación". En MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (Coord.). *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*. Estudios Ramón Areces, vol. 2, Madrid, 2001, p. 1859

[534] BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles. "Retos actuales de la acción de reclamación de la filiación*"*. En BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles y otros (Coord.). *Retos actuales de la filiacion*, Tecnos, Madrid, 2018, p.77.

[535] Puede existir abuso de derecho en la acción de reclamación de paternidad de post mortem, cuyo propósito se concentra en el interés de herencia de los niños que, durante mucho tiempo, no ignoraban la existencia del padre biológico que espera él morir para ir a los tribunales con una acción de investigación. En *Cfr*. MADALENO, Rolf. "O abuso do direito no direito de família". *Revista IBDFAM: famílias e Sucessões*, nº35, Belo Horizonte, 2019, p. 30.

la acción de reclamación y restringir su impugnación[536], presupuestos idénticos para la reclamación matrimonial y la no matrimonial.

Existe la posibilidad de que una de las partes –incluso después de que se haya formado una relación de filiación sólida– ya no quiera que esta relación continúe, principalmente en los casos de ruptura de pareja. Así, con el objetivo de cesar los efectos legales decurrentes de esa relación, uno propone una acción de impugnación de filiación, por no existir correspondencia biológica entre el impugnante y el niño.

No obstante, si a alguien se le permite refutar por alguna razón la socioafectividad ya establecida y consolidada, sería lo mismo que permitir la disposición de las personas en querer seguir o no siendo padres de un niño. Entendemos que esto no es posible ya que estamos tratando de derecho indisponible, razón por la cual, después de verificar la existencia de socioafectividad sólida y efectiva, no debería ser posible pedir la impugnación de esta relación por falta de relación biológica[537]. De todas maneras, legalmente en España, todavía existe la posibilidad de impugnación de la maternidad y la paternidad, diferenciando los casos entre la existencia de una relación matrimonial o no matrimonial y existiendo la presencia o ausencia de posesión de estado. Además, estas acciones están sujetas a plazos de caducidad, los cuales no tienen otro fin que el de proteger el interés superior del niño.

La acción de impugnación efectuada por el marido para oponerse a la paternidad tiene plazo de un año desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil, en caso de enterarse de que no existe un vínculo biológico con el niño (art.136 Código Civil español[538]); sin embargo, el plazo no empezará en caso de que el marido ignore el nacimiento[539]. Si el marido, pese a conocer el nacimiento e inscripción, desconoce que no es el padre biológico, se contará

---

[536] *Cfr*. BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles. "Retos actuales de la acción de reclamación de la filiación", *ob. cit*., p. 72.
[537] *Cfr*. CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade ..., ob. cit.*, 2017, p.33
[538]Art. 136 del Código Civil Español: "1. El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero.
[539]La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido en los plazos de las acciones de impugnación sirven tanto para al derecho a conocer el propio origen, como a la seguridad jurídica y no deben prevalecer aquellas presunciones que contradigan la realidad. El *a quo* de computado es del conocimiento o desvelamiento de la verdad (verdad biológica).

desde que tenga conocimiento (*STS 743/2016, de 21 de diciembre de 2016*[540]*)*. No se exige un nivel mínimo de buena fe del marido, pudiendo este afirmar que no tenía ningún indicio que podría indicar que no era el padre biológico (*STS 73/2012 de 20 de febrero de 2012*[541]). Así que "el marido tiene en su mano la llave para que empiece a correr el plazo de ejercicio de la acción de impugnación"[542]. Además, la acción de impugnación de la filiación por el marido rompe la presunción legal de paternidad después de la separación de hecho. En un caso en el que tras ocho años de separación de hecho se interpuso demanda de divorcio, y el supuesto padre solo tuvo conocimiento del nacimiento del hijo debido a un procedimiento de jurisdicción voluntaria sobre acogimiento; se entendió que el plazo no era del procedimiento de filiación no marital una vez que hubo quiebra del fundamento de la presunción legal de paternidad matrimonial, es decir, imprescriptible debido a la falta de posesión de estado (*STS 240/2015, de 12 de mayo de 2015*[543]).

En los casos en los que el marido fallezca antes de un año desde la inscripción o antes de tener conocimiento sobre el nacimiento del hijo, la paternidad podrá ser impugnada por sus herederos por el tiempo que falte para completar el plazo. Si el fallecido marido no sabía del nacimiento, cada heredero tendrá el plazo de un año desde que se conoció el nacimiento[544]. No existe reglamentación para el caso en el que el marido muere sin conocer la falsedad de la paternidad, y el silencio es interpretado como una negativa a la legitimidad de los herederos por derecho propio a impugnar la filiación, por el fundamento de ser una acción personalísima. Así que "fallecido el marido sin haberse dado el hecho determinante para el nacimiento de la

[540] Sentencia del Tribunal Supremo 743/2016 (Sala Primera, de lo Civil, Sección 1ª), de 21 de diciembre de 2016 (recurso 939/2016). La decisión afirmó que la demanda la demanda de impugnación se ha interpuesto dentro del plazo de un año a que se refiere el artículo 136 CC- "desde que tuviera tal conocimiento".
[541] Sentencia del Tribunal Supremo 73/2012 (Sala Primera, de lo Civil, Sección 1ª), de 20 de febrero de 2012 (recurso 1840/2010). La decisión afirmó que el "diez a quo" fue fijado con la comunicación por SMS de la mujer al escribir al exmarido la inexistencia de vínculo biológico y sugerencia de una prueba de ADN.
[542] VERDERA SERVER, Rafael. *La reforma de la filiación…*, *ob. cit., p. 235.*
[543] Sentencia del Tribunal Supremo 240/2015, (Sala Primera, de lo Civil, Sección 1ª), de 12 de mayo de 2015 (recurso 72/2014).
[544] Art. 136 del Código Civil español: 2. Si el marido, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, desconociera su falta de paternidad biológica, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento. 3.Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en los párrafos anteriores, la acción corresponderá a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo".

acción, ya no puede surgir en la cabeza del heredero"[545]. En estos casos sobresalen los principios de seguridad jurídica, protección de los hijos y estabilidad del estado civil.

Por otro lado, cuando la acción de impugnación es realizada por el hijo, hay una distinción cuando hay posesión o no de estado[546]. Si existe posesión de estado**,** el hijo podrá impugnar la paternidad en el plazo de un año desde la inscripción en el Registro Civil. Si es menor de edad, el año contará desde que alcance la mayoría de edad; si el hijo tiene la capacidad limitada judicialmente, desde que recobre la capacidad suficiente; si es mayor de edad y desconoce la falta de paternidad biológica, el plazo contará desde que tenga conocimiento; si es menor o tiene la capacidad modificada judicialmente, la madre o su representante legal o el representante legal o el Ministerio Fiscal podrán ejercitar la acción en el mismo plazo; si falta la posesión de estado, el hijo podrá ejercitar la acción en cualquier momento (la acción es imprescriptible).

Es importante resaltar que el hijo tiene una legitimación diversa del marido porque el hijo tiene legitimación siempre, sin plazo, para reclamar su paternidad matrimonial o extramatrimonial y acumular a ella la impugnación de la determinación matrimonial realizada. En consecuencia, el descubrimiento extemporáneo de la verdad solo impediría al hijo la impugnación exclusiva, excepto si es acompañada de la reclamación de la paternidad[547].

---

[545] BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles. "El ajuste de las acciones de filiación: planteamiento y resultados". En MAYOR DEL HOYO, María Victoria (Dir.). *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p.470.

[546] Artículo 137 del Código Civil español: "1. La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o tuviere la capacidad modificada judicialmente, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o recobrare capacidad suficiente a tales efectos. El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o tuviere la capacidad modificada judicialmente, corresponderá, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad, a su representante legal o al Ministerio Fiscal.2. Si el hijo, pese a haber transcurrido más de un año desde la inscripción en el registro, desde su mayoría de edad o desde la recuperación de la capacidad suficiente a tales efectos, desconociera la falta de paternidad biológica de quien aparece inscrito como su progenitor, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento.3. Cuando el hijo falleciere antes de transcurrir los plazos establecidos en los párrafos anteriores, su acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos.4. Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos".

[547] *Cfr.* BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles. "El ajuste de las acciones de filiación…", *ob. cit.*, pp. 472-473.

La imprescriptibilidad para el hijo es reconocida por el Tribunal Supremo. En la *STS 771/2014, de 12 de enero de 2015*[548],en la cual una hija, cuando tenía más de 30 años, conoció su verdad biológica en el año 1992 e intentó una relación con la madre biológica, pero esta resultó frustrada. Por lo tanto, la relación afectiva y de posesión de estado que tenía con los padres registrales permaneció hasta sus fallecimientos, recibiendo ella la respectiva herencia. Sin embargo, cuando murió la madre biológica, la hija pidió la reclamación de la filiación materna extramatrimonial y la declaración de nulidad del testamento dejado. Para el Tribunal Supremo el retraso en el ejercicio de la acción no constituye por sí abuso de derecho en razón de la imprescriptibilidad de la acción, que busca la protección de la persona. No obstante, no podemos dejar de mencionar que esta situación causa grave inseguridad jurídica y es una situación que concede solamente beneficios patrimoniales. Conforme el comentario de la Profesora BARBER CÁRCAMO no existe justificativa plausible para la negación de concurrencia de abuso de derecho y ejercicio de acción imprescriptible, ambos institutos jurídicos se mueven en planos distintos: la imprescriptibilidad define el ejercicio de la acción desde el único factor del tiempo, y el abuso de derecho constituye un límite al ejercicio de cualquier derecho. Lo que es indispensable, al menos en estos casos, es la existencia de un límite (plazo de caducidad) conectado al conocimiento de la verdad biológica, por razones de coherencia interna del sistema[549].

La libre investigación de la paternidad protegida por el derecho busca la protección de la persona dentro del Derecho de las Familias, es decir, con los derechos y obligaciones asociados a tal condición familiar, y la posibilidad de un derecho imprescriptible tan genérico en este campo puede llevar a existencia de abuso de derecho. "Pero quien reclama que se determine su verdadera filiación, impugnando la contradictoria que lleva disfrutando y aprovechando desde su nacimiento, muchos años después de haber alcanzado la mayoría de edad y de haber conocido su verdadera filiación y cuando ya han fallecido tanto el padre

[548] Sentencia del Tribunal Supremo 771/2014 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 12 de enero de 2015 (recurso 2069/2012).

[549] *Cfr.* BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles. "Comentario de la sentencia del tribunal supremo de 12 de enero de 2015 (260/2015): Imprescriptibilidad de la acción de reclamación de la maternidad no matrimonial por el hijo: inaplicación de la doctrina de los actos propios" en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (editor). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil.* Vol. 7, Editorial Dykinson, Madrid, 2017, p. 467.

putativo como el biológico, no parece que esté necesitado de la protección dispensada por el artículo 39"[550].

Además, el fundamento de la investigación de paternidad biológica contradice la paternidad socioafectiva existente, en el principio de dignidad de persona humana, ya que esta es una construcción cultural y no un dato de la naturaleza. De hecho, la contradicción es evidente al manejar el principio de dignidad humana con la intención de garantizar a una persona el derecho a la herencia dejada por el presunto padre.

El estado de filiación, como explicamos, es el resultado de una vida familiar duradera. Así, cuando no existe paternidad de ningún tipo, el artículo es aplicable para asegurar el reconocimiento del estado de afiliación a alguien que nunca lo tuvo. Como ya se ha demostrado, no existe la exclusividad del origen genético para determinar la paternidad.

### 2.3 Impugnación de la filiación no matrimonial

Por la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, *STS 441/2016, de 30 junio de 2016*[551], se estableció que la madre tiene legitimación activa para reclamar la paternidad no matrimonial e impugnar la paternidad contradictoria en su propio nombre durante el plazo de un año (arts. 133.2 y 134 del Código Civil español). En cambio, no tiene esta legitimación para proponer estas acciones representando al hijo, visto que hay un conflicto de interés. Solamente el hijo puede reclamar e impugnar la filiación cuando sea alcanzada la capacidad civil; sin embargo, este conflicto de intereses no se aplica cuando el hijo carece de una paternidad determinada (artículo 765 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La acción también puede ser propuesta por los herederos del hijo, si el hijo fallece antes de los plazos señalados y la acción corresponde a sus herederos por el tiempo que falte hasta

[550] QUICIOS MOLINA, María Susana. "Casos recientes que plantean el difícil equilibrio …", *ob. cit.*, pp. 291-292.
[551] Sentencia del Tribunal Supremo 441/2016 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 30 de junio de 2016 (recurso 1957/2015).

alcanzar dichos plazos (*STS 939/2016, de 21 de diciembre de 2006)*[552]. Para BARBER CÁRCAMO el legislador se ha excedido con esta previsión; hay aquí una protección mayor del interés patrimonial que del interés personal, tanto por una interpretación literal de la norma como por la razón de analogía con el artículo 136 del Código Civil español que señala que, si el hijo fallece antes de tomar conciencia de la paternidad equivocada, los herederos no podrán impugnarla[553].

Otro caso es cuando se da la impugnación de la filiación no matrimonial, donde también existe la distinción de reglamento dependiendo de si hay o no posesión de estado[554].Si existe posesión de estado, el hijo puede impetrar la acción de impugnación de maternidad/paternidad hasta el plazo de 4 años, una vez inscrita la filiación, en caso de que goce de posesión de estado. Los hijos tendrán, en todo caso, acción durante un año después de alcanzar la mayoría de edad o de recobrar capacidad suficiente a tales efectos.

La redacción original del art. 133 del Código Civil establecía que únicamente el hijo podía reclamar la filiación no matrimonial en caso de inexistencia de posesión de estado; empero la jurisprudencia concedía la legitimación al padre para la acción de reclamación de paternidad. El pleno del Tribunal Constitucional en la *STC 273/2005 del 27 de octubre de 2005*[555] declaró la inconstitucionalidad del párrafo primero, artículo mencionado, por la razón de no conceder legitimación al progenitor, restringiendo el derecho de acceso a jurisdicción (art.24.1 de la CE). Desde esta fecha hasta el 2015 se permitió que el progenitor reclamara la paternidad cuando no existía posesión de estado, equiparando la imprescriptibilidad de la acción para progenitor e hijo. Del mismo modo se permitía, por el art. 134, la posibilidad de

---

[552] Sentencia del Tribunal Supremo 939/2016 (Sala de Lo Civil, Sección 1ª), de 21 de diciembre de 2016 (recurso 939/2016). La sentencia afirma: "La carga de la prueba de que el padre registral sabia su no paternidad corresponde a quien invoca la caducidad de la acción pues lo contrario lo obliga a demostrar un hecho negativo como es el conocimiento".

[553] *Cfr*. BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles. "El ajuste de las acciones de filiación…", *ob. cit*., p. 473.

[554] Artículo 133 del código civil español: "1. La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponderá al hijo durante toda su vida. Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare mayoría de edad o recobrare capacidad suficiente a tales efectos, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos. 2. Igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en el plazo de un año contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación. Esta acción no será transmisible a los herederos quienes solo podrán continuar la acción que el progenitor hubiere iniciado en vida".

[555] Sentencia del Tribunal Constitucional 273/2005 del 27 de octubre de 2005 (BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2005).

que el padre impugnara la paternidad determinada y contradictoria para toda la vida. De esta forma, no solo cualquiera de los progenitores formalmente determinados puede reclamar la filiación no determinada del otro (la madre, la paternidad y el padre, la maternidad), sino que también quien se afirma como progenitor sin estar formalmente determinado, puede impulsar una acción para conseguir que su estatus de parentalidad sea determinado[556]. La *STS 707/2014, de 3 de diciembre de 2014*[557] resuelve sobre una demanda de reclamación de paternidad sin posesión de estado, concediendo legitimidad al progenitor no matrimonial sin posesión de estado para reclamar que se declare la filiación. Esta decisión ocurrió antes de la reforma del artículo 133 del Código Civil, decidiendo solo por la imprescriptibilidad (no existía el plazo de caducidad de un año del art. 133.2[558]). Pero incluso con la reforma, el Tribunal podría haber juzgado por la carencia de interés legítimo del progenitor biológico y abuso de derecho; no es en cualquier caso que un progenitor no matrimonial está legitimado para que se declare su paternidad biológica, esto puede ser peligroso para la paz familiar y no ser lo mejor para un niño o una persona ya en fase adulta. En este sentido afirma QUICIOS MOLINA "todos los derechos, prescriban o no, se reconocen porque el interés subyacente merece la protección del ordenamiento frente a otros con los que pudiera entrar en conflicto, interés que deja de merecer esta protección si su ejercicio, dentro del plazo posible (los años establecidos o toda la vida del titular), es abusivo"[559]. Claramente, un padre que sabe desde el nacimiento que es el padre biológico y espera la fase adulta para reclamar la paternidad, cuando ya existe una familia efectiva, abusa de su derecho.

En casos de legislaciones europeas que poseen plazos para que el hijo reclame su verdadera filiación, se ha invocado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el caso *Backlund contra Finlandia, de 6 de julio de 2010*, se determinó que el establecimiento de límites temporales a las acciones de filiación es compatible con el convenio, pues responde al interés general de mantener la certeza de las relaciones familiares. En el presente caso, el hijo reclama

---

[556] *Cfr*. BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles. "El conflicto entre la verdad biológica…", *ob. cit*., p.344.
[557] Sentencia del Tribunal Supremo 707/2014, (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 3 de diciembre de 2014 (recurso 1946/2013).
[558] Art. 133, 2 Código Civil español: Igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en el plazo de un año contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación.
[559] QUICIOS MOLINA, María Susana. "Casos recientes que plantean…", *ob. cit*., p. 292.

la filiación cuando tiene 65 años y cuando ya habían pasado más de 20 años de haber entrado en vigor una ley que concedía cinco años a los nacidos antes de ley para reclamar su verdadera paternidad.

Para finalizar, imaginemos un caso en el que se pida la reclamación de paternidad no matrimonial, acumulada con la impugnación de la matrimonial. Al final de la acción, el conjunto del material probatorio aportado resulta ser inexacto, no solo por la filiación impugnada sino también la reclamada (no hay relación biológica con el padre registral ni con el nuevo "padre" reclamado). Es decir, si se constata la falsedad de la filiación efectivamente ya existente y no se puede obtener un resultado firme sobre la veracidad de la filiación reclamada, en caso de que sea aceptada la impugnación de la paternidad matrimonial ¿podría dejar al niño sin padre? ¿sería éste el mejor resultado para su mejor interés? Claramente no. En la relación de filiación deben estar preservadas las relaciones concretamente existentes socialmente como afectivamente.

### 2.4 Impugnación de la filiación por vicio del consentimiento

La impugnación de la paternidad también puede ocurrir debido a una filiación matrimonial o no matrimonial realizada por vicio de consentimiento (art. 140 del Código Civil español). Este error se refiere al descubrimiento de inexistencia de vínculo biológico con el reconocido. La acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación caduca a un año del reconocimiento, o desde que cesó el vicio de consentimiento (art. 141 del Código Civil español). Debemos resaltar una vez más que en los casos de reconocimientos de complacencia no existe ningún vicio en la determinación de la filiación, ya que en estos casos el reconocedor estaba seguro de que el niño no era su hijo biológico.

El Superior Tribunal de Justicia de Brasil, en decisión reciente de octubre de 2020[560], permitió que fuera deconstruida por inexistencia de vínculo genético una paternidad por error

[560] Sentencia Superior Tribunal de Justicia de Brasil (RESP 1.741.849-SP) de 20 de octubre de diciembre de 2020.

substancial, ya que la determinación fue hecha en la constancia de matrimonio y con la creencia de la existencia de correspondencia con la verdad biológica. En este caso, el padre registró a las hijas y las vio crecer normalmente dentro de una familia. No obstante, cuando las hijas estaban con 12 y 9 años, a causa de comentarios de personas próximas indagando la diferencia física entre las niñas y el padre, él vio la necesidad de solicitar un examen de ADN para aclarar las dudas. Cuando salió el resultado de la falta de correspondencia biológica entre él y las hijas, el hombre rompió todo el contacto que tenía con ellas y demandó una acción de impugnación de la paternidad. Cabe enfatizar que la acción para que el padre conteste la paternidad de los hijos matrimoniales en Brasil es imprescriptible (art. 1.601, del Código Civil brasileño). Con todo, la jurisprudencia ya venía decidiendo que en estos casos no sería posible romper el vínculo de paternidad determinada por la existencia de una paternidad socioafectiva.

El punto diferenciador de esta decisión es que el Tribunal llevó en consideración la inexistencia de lazos afectivos y cualquier comunicación con las niñas por parte del padre registral, después de que él supo la verdad, generando un lapso temporal de 6 años entre el rompimiento de la relación y esta decisión del Tribunal Superior, sin ningún contacto entre las partes. No hay dudas de que esta es una decisión compleja para el tribunal, sin embargo, no fueron utilizados los mejores vectores para la toma de esta decisión. Claramente, fue juzgado el derecho del padre de impugnar una filiación que no le correspondía biológicamente ni socioafectivamente construida sobre premisas falsas, pero en este caso, vamos a dejar dos niñas "huérfanas de padre vivo", sin derecho a alimentos o sucesiones. Un rompimiento unilateral por parte del padre no debería ser capaz de deshacer un vínculo efectivo que existió y fue construido a lo largo de 9 y 12 años. El derecho puede imponer una paternidad, aunque el padre no concuerde con ella, la responsabilidad de cuidar de un niño no puede ser rota por cuestiones subjetivas. Este es el problema de no tener los parámetros mínimos de una socioafectividad, definidos como responsabilidad parental legalmente establecida. Las decisiones acaban por darse caso a caso, sin una uniformidad. Esta situación podría ser comparada al de una pareja que fue a una clínica de reproducción asistida para hacer una reproducción homóloga, y años después fue revelada la utilización de semen de un tercero, sin que el padre tenga vínculo biológico con el niño. Esto puede acarrear una conmoción psicológica en la familia y por consiguiente una indemnización civil contra la clínica, pero el

vínculo de filiación existe y no puede ser deshecho. Se trata de niños y no de objetos que pueden ser devueltos por problemas de fabricación.

El Tribunal de Roma, *Ordinanza de 20 de agosto de 2014* juzgó un caso de intercambio erróneo de embriones, es decir, una pareja que acudió a las TRHA para tener un hijo con inseminación homóloga y acabó por recibir el material genético de otra pareja. La decisión se basó en los principios generales que informan el sistema de filiación, pues la ley italiana no prevé una acción como la entablada y acabó por decidir que la vida se forma y se desarrolla en el útero materno con una conexión simbólica muy fuerte entre la madre y el concebido, considerando, de esta forma, como progenitores legales a la madre gestante y al marido de ésta, aunque no exista una relación biológica entre ellos[561].

El Pleno de la Sala Primera, Tribunal Supremo de España con base en el artículo 1895 del Código Civil, en la *STS 202/2015, de 24 de abril de 2015*[562], ha resuelto –no sin división (dos magistrados formularon un voto particular)– que no procede estimar la demanda de cobro de lo indebido contra la madre del menor, ejercitada por quien ha venido pagando alimentos al hijo, siendo legal y no biológicamente el padre. Es considerado un deber alimentar mientras esté determinada legalmente la paternidad (aunque no coincida con la verdad biológica). En definitiva, el Tribunal Supremo considera que, aunque la realidad biológica es la base principal de las relaciones de paternidad, han de valorarse otras consideraciones, principalmente cuando se está frente a los efectos secundarios y las demandas exitosas de impugnación de paternidad.

Sin duda, son muy complejas las problemáticas presentadas en las acciones de filiaciones. Inicialmente, hay que educar y estimular a la gente a tener más responsabilidad a la hora de una determinación de filiación, toda la autonomía de la voluntad resulta una responsabilidad. Además, se debe vislumbrar en qué casos estas acciones no son usadas en intereses particulares de adultos, sin dar importancia al mejor interés del niño. Una infidelidad conyugal puede causar un dolor grande al ser revelada, pero aún así, la liquidez de las

[561] VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de. "Dos casos de responsabilidad civil en el ámbito de la reproducción asistida". *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política, Universidade Lusófona do Porto*, nº12, 2018, p.64.
[562] Sentencia del Tribunal Supremo 202/2015 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 24 de abril de 2015 (recurso1254/2013).

relaciones conyugales no puede ser pasada a las relaciones de filiación. Ser padre y ser madre son funciones que no están conectadas con la biología o con la relación afectiva de los padres.

### 2.5 Reconocimiento de la segunda maternidad

Tradicionalmente la maternidad es observada por el hecho biológico de engendrar un nuevo ser, aunque en la actualidad ser madre es más que eso. No podemos negar la condición de madre en casos de adopción, y las madres sociales o las madres por reproducción asistida, en los casos de parejas homoafectivas. Fueron pensadas diversas vías para el reconocimiento de un vínculo jurídico entre una mujer y el hijo nacido de su pareja femenina, como por ejemplo: la gestación de una mujer y la adopción de la otra, adopción simultánea o sucesiva por ambas mujeres, encargo de ambas para una gestación por sustitución, consentimiento de la consorte ante la gestación por la esposa mediante técnica de reproducción asistida (art. 7.3 LTRHA y art. 235-13.1 Ley 25/2010 de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia), consentimiento de la consorte ante la gestación de la esposa por inseminación natural[563].

En los casos de utilización de las técnicas de reproducción humana asistida en relaciones entre personas del mismo sexo –específicamente mujeres–, la segunda maternidad es determinada necesariamente por el consentimiento de la mujer, de acuerdo con el artículo 7.3 de la LTRHA que afirma que cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o, de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge. El consentimiento prestado tiene valor sin exigencia temporal, operando como una ficción legal, una vez que en estos casos la verdad biológica no coincide con la jurídica para la determinación de la filiación, dando así una mayor relevancia para la autonomía de la voluntad de las personas. Ya el art. 131 del Código Civil español tiene como principal efecto la determinación de la doble maternidad por otra vía distinta del artículo 7.3 de la LTRHA, es decir, busca regular la acción de reclamación de la

[563] *Cfr*. GÓMEZ PERALS, Miguel. "Doble maternidad legal en parejas homosexuales femeninas". En GARCÍA RUBIO, María Paz (Coord.). *Mujer, maternidad y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 163.

filiación en base al interés legítimo de la reclamante y sobre la base de una constante posesión de estado[564].

El Tribunal Supremo de España ha tenido la oportunidad de pronunciar que el criterio de la verdad biológica debe ceder ante otras realidades que distorsionan y se alejan de la biológica y son originadas por los avances científicos, en especial por la amplia posibilidad de actuación sobre la reproducción humana. Por ejemplo, los casos *STS 5765/2013, de 5 diciembre de 2013*[565] y *STS 608/2014, de 15 de enero de 2014*[566], es esta última decisión el Tribunal ha juzgado el caso de una pareja homoafectiva que ha tenido un hijo por reproducción asistida, y una mujer de la pareja reclamaba la inscripción del hijo como suyo, una vez que fue denegada la posibilidad por la irretroactividad de la legislación que permite la filiación por dos mujeres casadas. Al fin, en Tribunal Supremo vuelve a aplicar el artículo 131 del Código Civil español que permite a cualquier persona con interés legítimo que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado.

Efectivamente, la distinción de estas dos decisiones es, hasta entonces, que la reclamación de la filiación con invocación del artículo 131 del Código Civil español solo se había llevado a cabo por parejas heteroafectivas. La protección del interés superior del niño refleja la necesidad de dar seguridad jurídica a las relaciones de filiación. La voluntariedad de la generación está tanto en las uniones convivenciales como en el matrimonio, sean matrimonios homoafectivos o heteroafectivos. Al final, el tribunal reafirma los derechos fundamentales de las madres que poseen el interés legítimo a la acción de reclamación por posesión de estado[567].

Por seguridad jurídica, la declaración de voluntad promulgada conforme al art. 7.3 de la ley TRHA es irrevocable y formal, pudiendo ser prestada ante el encargado del Registro Civil en la clínica donde se hará el procedimiento o ante el notario. Esta declaración puede ser tácita

---

[564] *Cfr.* BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. "Cuestiones varias en torno …", *ob. cit.*, p. 300.
[565] Sentencia del Tribunal Supremo 5765/2013 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 5 de diciembre de 2013 (recurso 134/2012).
[566] Sentencia del Tribunal Supremo 608/2014 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 15 de enero de 2014 (recurso 758/2012).
[567] *Cfr.* DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, María Soledad. "Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal: A propósito de las SSTS de 5.12.2013 y 15.1.2014", *Revista para el Análisis del Derecho*, nº. 1, 2015, p.31.

frente al ejercicio de la acción judicial de reclamación de maternidad o de la posesión de estado[568].

En el ámbito registral se nota un avance en la Dirección General de los Registros y del Notariado. La *Resolución DGRN del 8 de febrero de 2017* (1ª), referente a la inscripción de filiación materna, afirma que en virtud de la nueva redacción del artículo 44.5 de la *Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil*[569], es inscribible la filiación como hijo matrimonial a favor de la cónyuge de la madre biológica de un niño, sin que sea preciso justificar el uso de técnicas de reproducción asistida[570]. Aunque el alcance de la resolución sea relativizado por la especial situación de hecho a la que se refiere: mujeres casadas, con hijos anteriores que ya fueron inscritos con la doble maternidad y que pugnan sobre la necesidad o no de la existencia de un certificado de la clínica especializada para que se produzca la determinación.

Ahora bien, la reclamación de la determinación de maternidad por la mujer no gestante es muy frecuente, lo que no ocurre con la acción de impugnación por falta de relación

---

[568] *Cfr*. GÓMEZ PERALS, Miguel. "Doble maternidad legal en parejas homosexuales femeninas", *ob. cit*., p.165.

[569] Artículo 44.5. de la *Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil*: "También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge".

[570] *Cfr*. En el caso una mujer española y una mujer irlandesa, casadas en 2007, con domicilio en Alicante, solicitaron en 2016 la inscripción matrimonial, pero sin necesidad de justificar la utilización de TRHA, en virtud de lo establecido en el artículo 44.5 de la Ley del Registro Civil de 2011, reformado por la Ley 19/2015, de 13 de julio, alegando que la pareja se había casado el 14 de agosto de 2007 y que ya eran madres de otros dos hijos inscritos con la doble filiación. El encargado del Registro Civil denegó la inscripción de la filiación del nacido por considerar que es necesario acreditar que la gestación se ha producido como consecuencia del uso de técnicas de reproducción asistida, entendiendo que el artículo 44.5 de la nueva Ley del Registro Civil, que prácticamente reproduce el contenido del apartado tercero del art. 7 de la Ley 14/2006, no se puede interpretar desconectado del apartado cuarto, según el cual la filiación, a efectos de la inscripción de nacimiento, se determinará conforme a las leyes civiles (que siguen respondiendo al principio de unidad de la maternidad) y a la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida (que introduce una ficción legal no basada en la realidad biológica pero solo cuando la gestación es consecuencia de técnicas de reproducción asistida), no siendo tampoco aplicables las presunciones del Código Civil en tanto que responden a un esquema normativo distinto. Al final la Dirección General acordó estimar el recurso y revocar la resolución apelada, por entender que la intención del legislador fue facilitar la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres, independientemente de que hayan recurrido o no a técnicas de reproducción asistida. Todo ello sin perjuicio de las acciones de impugnación de la filiación que pudieran tener lugar en caso de que la gestación no lo hubiera sido como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida contempladas en la LTRHA, pues la filiación establecida en ese caso no quedaría amparada por la condición de inimpugnable que contempla el artículo 8 de la citada ley. Fecha de consulta 01/04/2020. Disponible en https://www.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2017/03/Res-8-Feb-2017-doble-filiacion-materna.pdf.

biológica[571]. Sin embargo, la acción de impugnación del hijo de esa maternidad debe ser admitida, en caso de que no haya la socioafectividad comprobada, por el principio de la igualdad con los hijos de parejas heteroafectivas, pero recordando que no será posible constituir una paternidad con el donante de esperma.

### 2.6 La acción de investigación de paternidad con reflejo solo en el derecho a la personalidad

Aunque todavía no exista una acción de paternidad como mera declaración de la verdad biológica como consecuencia de un derecho a conocer el origen genético, derivado del derecho de la personalidad, es algo que debemos empezar a pensar como forma de igualar los derechos de todos los hijos.

En muchas demandas existe todavía una confusión entre el derecho a la personalidad, que es absoluto y oponible a todas las demás personas y no genera efectos de parentalidad, y el reconocimiento de filiación decurrente de relación socioafectiva desarrollada entre padres e hijos biológicos o no, por la convivencia familiar, que tiene origen en las relaciones familiares[572]. Aunque el ordenamiento acabe, un día, por reconocer a las personas el derecho a conocer su origen biológico en cualquier caso (reproducción natural, adopción, reproducción asistida heteróloga y otros) procesalmente lo correcto no es a través de la acción de investigación de paternidad, ya que lo que se busca es aclarar el origen genético, debiéndose hacer una acción de reconocimiento de vínculo biológico.

Cuando una persona es adoptada o cuando es concebida por medio de semen o óvulos de donadores, o hasta cuando el padre que formalizó la inscripción en el Registro Civil no es el bilógico, donde la maternidad o paternidad existente formalmente no coinciden con la biológica, defendemos una posibilidad de una demanda solo para conocer el origen genético sin afectar los vínculos de parentalidad. Es importante existir en el sistema legal una diferenciación entre las acciones, debido a la posibilidad de que uno quiera solamente conocer

[571] *Cfr*. GÓMEZ PERALS, Miguel. "Doble maternidad legal en parejas homosexuales femeninas", *ob. cit.* p.166.
[572] *Cfr*. LÔBO NETTO, Paulo Luiz. *Famílias. ob. cit*., p. 206.

su origen biológico, sin efectos filiatorios y patrimoniales. Y esto sí, debe ser imprescriptible. Ahora las acciones de reclamación de paternidad que buscan el reconocimiento del vínculo de filiación dentro del Derecho de las Familias, este debe ser ejercitado sin abuso de derecho, respectando la buena fe, la paz familia, las relaciones familiares ya existentes y principalmente el mejor interés del niño, deben ser ejercidas dentro de un plazo fijado, principalmente ya existe una paternidad determinada.

### 3. Familias recompuestas y el vínculo de filiación

Históricamente las familias recompuestas eran formadas debido al fallecimiento de un miembro de la familia y la legislación pensada en la protección de los niños en dichos casos. Sin embargo, actualmente, el mayor número de familias recompuestas está formado por la ruptura de la unión de una pareja. Afirma ROCA I TRIAS: "Hoy es la voluntad la que predomina en la recomposición, porque la voluntad ha producido la descomposición del núcleo familiar anterior y la voluntad produce su recomposición. Pero la idea de fatalidad aún continúa dominando las soluciones que el derecho prevé para evitar los perjuicios a los menores, porque lo que fundamentalmente se busca es su integración en la nueva familia, y se diluye la primera para crear una sensación de 'normalidad'"[573].

La vida familiar de una pareja ya no está formada por vínculos indisolubles, en realidad hoy se nota un crecimiento de familias formadas en segundas nupcias o uniones de hecho. De ahí que las familias recompuestas muchas veces sean formadas con la existencia de hijos procedentes de una relación anterior, formando nuevos vínculos afectivos entre todos los involucrados en la nueva formación familiar y creando un cuestionamiento más para el paradigma biologicista del parentesco, principalmente por la disociación entre las relaciones conyugales y las relaciones filiales. Por este motivo podemos afirmar que una vez más el afecto es el elemento esencial para la institución de la vida familiar, uniendo a los miembros como cómplices de amor y felicidad.

[573] ROCA I TRIAS, Encarna. *Libertad y familia*, *ob. cit.*, p. 141.

Los vínculos familiares no se forman por obligación sino por la verdadera intención de formar una familia. La familia como una institución comandada por un jefe fue reemplazada por una familia que busca el diálogo y la voluntad de estar juntos por el afecto. Con la segunda formación de una vida familiar se crea una red social cada vez más compleja, con nuevos lazos de parentesco y una variedad de personas que ejercen prácticamente la misma función: dos madres, dos padres, medio hermanos o varias abuelas, siendo así posible coexistir en una misma vida familiar, los míos, los suyos y nuestros hijos[574].

Los cambios e indagaciones que las familias recompuestas están trayendo para el campo del Derecho de las Familias son muy diversos. Como ejemplo tenemos los derechos/obligaciones que van asociados a la filiación jurídica: la biparentalidad, la creencia en la exclusividad de dos figuras parentales (solo una madre y un padre), la especificidad de los roles de parentesco frente a otros como los de amistad, la posibilidad o no de elegir la pertenencia a un grupo de parientes y los roles a desempeñar dentro del mismo (rol paterno, materno, filial, de hermandad) y por último, la identificación y delimitación de los términos que utilizamos para dirigirnos y referirnos a aquellos que reconocemos como nuestros parientes (madre, padre, hija, hijo, hermana, hermano, abuela, abuelo)[575]. De esta forma se hace un estudio más profundizado de los derechos y deberes de los hijos que son criados en estos nuevos arreglos familiares.

### 3.1 Papel del cónyuge o pareja estable de un progenitor respecto a los hijos de éste

Tras una separación, divorcio o viudez nuevos arreglos familiares pueden surgir, con una nueva persona integrando la familia. En estos casos tenemos que pensar cuál será el papel de este nuevo integrante principalmente en relación a las niñas y los niños, que eventualmente ya existan en la familia. La constitución de una familia no es estática, en realidad, hoy es cada vez más difícil que una persona mantenga la misma estructura familiar para toda la vida. Diversas razones llevan a las familias a reconstituirse.

---

[574] *Cfr*. MACEDO VALADARES, Maria Goreth. "Os meus, os seus e os nossos: As famílias mosaico e seus efeitos jurídicos". Publicado el 24/03/2010. Fecha de consulta 10/03/2020.
[575] *Cfr.* RIVAS RIVAS, Ana María. "El Ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas". *Revista de Trabajo Social*, vol. 12, 2, 2012, p. 30.

De ahí que lo que existe actualmente es la formación de una familia compleja con multiplicidad de vínculos, donde aparecen nuevos hijos, hermanos, abuelos y tíos. Es difícil definir el lugar que cada uno ocupa y cuáles son los derechos decurrentes de estas relaciones, y esto ocurre porque la amplitud de los modelos de familia no está siendo acompañada por una paralela flexibilidad de las funciones o posiciones asumidas por cada uno, lo que se traduce en complejas situaciones. Solamente pensamos en las categorías tradicionales y de perfiles conocidos: padre/hijo, cónyuge, conviviente. La frecuencia de familias reconstituidas propicia la necesidad de diseñar un régimen adecuado para quienes desempeñan funciones familiares sin la existencia inicial de vínculos de paternidad. Los roles codificados son muy sencillos para la complejidad y la diversidad de situaciones actuales[576]. Además, muchos hijos son abandonados emocionalmente por sus padres biológicos y terminan siendo criados moral y cariñosamente por las segundas mujeres o maridos de sus padres biológicos, los cuales tienen la custodia, formando así un caso de filiación socioafectiva.

Por todo esto, no es necesario el abandono para que nazca una nueva relación entre niños y madrastras o padrastros, la convivencia diaria ya puede generar una afinidad entre ellos y llevar a formar vínculos afectivos. Este nuevo adulto va a convivir –en algunos casos– diariamente con el niño, convirtiéndose en un padre psicológico; frente a un padre ausente e inactivo, él llena las necesidades del niño relativas a la paternidad[577].

A pesar de que vemos la creciente presencia de madrastras y padrastros en las vidas de niñas y niños, sigue habiendo una desconfianza en relación con los mismos, quizás por la idea peyorativa que aún tenemos en nuestra mente de los personajes de Disney, como la madrastra de la Cenicienta, caracterizada por su maldad y egoísmo. Por motivos como este, algunos autores prefieren usar la nomenclatura madre o padre social. Las madrastras y padrastros deberían tener un papel jurídico preponderante en el desarrollo de la vida familiar, en relación con los hijos de su cónyuge. La propia ley debería exigir una participación más activa, fundada en la aceptación de un compromiso con estos niños desde el momento mismo que se decida

[576] *Cfr.* VERDERA SERVER, Rafael. "Ser padre", *ob. cit.,* pp.118-119.
[577] *Cfr.* MONTAGNA, Plinio. "Parentalidad socio-afectiva y las familias actuales. *Derecho PUCP: Revista de la facultad de derecho*, nº. 77, 2016, p.225.

una unión en pareja[578]; esto porque es a través de la convivencia que las personas acaban creando el afecto, la preocupación con el cuidado, y el niño gana confianza con la madre o padre social hasta llegar a reflejar la idea de una segunda madre o padre.

La recomposición familiar no es nueva en la sociedad, aunque anteriormente estas situaciones resultaban de la viudez. Normalmente, en los casos de viudez, la madrastra o el padrastro ocupan, en cierto modo, un papel que había quedado vacío en la familia; pero con la reestructuración de la familia tras un divorcio o la separación de una pareja, pueden surgir una o dos nuevas personas que pasaron a hacer parte de la vida del niño también, y esto nos hace reflexionar sobre los papeles que cada uno tendrá en esta familia recompuesta.

### 3.1.1 El papel de la madre o del padre social en España y países europeos

En España los hijos del cónyuge (hijastras/os) y el cónyuge de la madre/padre (madrastra/padrastro) son considerados parientes afines de primer grado (SAN 157/2015 de 2 de octubre[579]).De todas maneras, si no hay un acuerdo firmado por ambos padres biológicos concediendo los derechos de custodia a una madrastras o padrastro, las escuelas, hospitales y otros proveedores de servicios médicos no están obligados a divulgar ninguna información ni a seguir las instrucciones dadas a una madrastra o padrastro.

En el Derecho español, en casos especiales de adopción, podrá existir el mantenimiento de los vínculos jurídicos con la familia biológica, en las situaciones en las que el adoptado es hijo del cónyuge o de la pareja de la persona que lo ha adoptado, aunque el consorte o la pareja de su progenitor biológico haya fallecido. Esta opción mencionada suaviza los efectos de la extinción de los vínculos jurídicos del progenitor fallecido, una vez que permite la continuación del contacto con los parientes de esa rama familiar, cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la

[578] *Cfr*. DURÁN ACUÑA, Luis David. "Derechos y deberes entre padrastros e hijastros (propuesta normativa)". *Revista de Derecho Privado*, nº. 6, 2000, p. 04

[579] Sentencia de la Audiencia Nacional 157/2015 (Sala de lo Social), de 2 de octubre de 2015 (recurso 200/2015). Por esta sentencia fue analizado los permisos retribuidos por fallecimiento y hospitalización de familiares - AENA y la interpretación del término afinidad. Concluyendo que deben incluirse como afines de primer grado los hijos del cónyuge (hijastras/os) y el cónyuge del padre/madre (madrastra/padrastro).

conyugal. También subsisten los vínculos con la familia de origen cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, y el adoptante (cónyuge del progenitor) y el niño adoptado mayor de doce años así lo soliciten. Esta alternativa busca una opción para la adopción, principalmente de niños de edad más elevada[580](art.178.2, b Código Civil español).

En España también es posible la adopción unilateral del hijo del cónyuge o de la persona unida por relación de afectividad a la conyugal, con el objetivo de facilitar a quien de hecho está viviendo y actuando como "padre", es decir, permitir que una familia de hecho también pase a ser legal[581]. Aquí también prima la equiparación en plena igualdad entre las uniones de hecho al matrimonio, sin que haya necesidad de que esta unión esté inscrita en un registro ni de otro requisito formal[582]. Para que tal adopción sea posible es necesario que haya convivencia previa con el adoptado, siendo ésta presumida tras la vivencia como familia con el hijo de la pareja matrimonial o conviviente. También es necesario que el adoptante tenga plena capacidad de obrar, sea mayor de 25 años, y existan más de catorce años de diferencia entre el adoptante y el adoptado. La ley no establece el período mínimo en que la pareja debe estar unida, que debería ser de un año por coherencia al plazo establecido en el artículo 176.3 del Código Civil español.

Con relación al otro padre registral del niño, podrá estar vivo desde que esté privado de la potestad, sometido a una causa de privación de la potestad, haya dado su asentimiento o haya fallecido. En caso de que sea un hijo adoptivo, el otro padre adoptivo deberá haber sido excluido de las funciones tuitivas y de los derechos decurrentes de la adopción[583]. En los casos en los que un padre ha fallecido, BARBER CÁRCAMO afirma que hay una ruptura con la familia de origen de este padre, sin que haya una manifestación de esta familia, lo que puede generar perjuicios a la persona y al patrimonio del niño. Lo ideal sería una solución al

---

[580] *Cfr.* MAYOR DEL HOYO, María Victoria. *La adopción en el derecho*…, *ob. cit*., p. 346.
[581] Artículo 176.2 2.ª del Código Civil español establece que la adopción podrá ser constituirá cuando concurrir la siguiente circunstancia**: "**Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal".
[582] *Cfr.* MAYOR DEL HOYO, María Victoria. *La adopción en el derecho…*, *ob. cit.*, pp. 169-170.
[583] El Tribunal Supremo en la Resolución 647/2017 de 6 de abril de 2017 ha confirmado que los descendientes por afinidad, nombrados herederos por testamento, se integran en el grupo III y no en el grupo IV de parentesco en el Impuesto sobre Sucesiones, también cuando la persona que servía de nexo entre el causante y estos descendientes, el progenitor, haya fallecido antes. Esta resolución es bienvenida, dado que puede suponer un menor coste fiscal para los hijastros y que existían sentencias y doctrina contradictorias en esta materia.

mantenimiento de las relaciones por medio de la constitución de una adopción abierta[584], ya mencionada en el cap. IV, apartado 2 del presente trabajo. En el mismo sentido, son las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos *Söderbäck c. Suecia, de 28 de octubre de 1998 y Eski c. Austria, de 25 de enero de 2007* en las que el Tribunal consideró que lo mejor era conceder la adopción, debido al interés superior del niño y considerando que entre la madre y padre naturales había una relación limitada; el niño ya se encontraba plenamente inserido en la familia y consideraba al compañero del progenitor como su padre[585].

Adicionalmente, existe una distinción entre la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental, ya que este último puede recaer sobre un gran número de personas, inclusive sobre la madre o padre social. Dar al nuevo miembro de la pareja algún estatus sobre los hijos puede ayudar y beneficiar al niño cuando los padres biológicos están divorciados o uno de los padres ha fallecido[586].

Los derechos de las madres/padres sociales ya existen en algunos países europeos con regímenes distintos. En Reino Unido la reforma de *Adoption and Children Act 2002*, *part 2 section 112*, ya incluyó una referencia a la *step-parent relationship* (relación con la madrastra/padrastro), de forma que cuando la madre/padre de un niño –que tiene la responsabilidad parental– se casa con un tercero en vínculo con el niño, la ley reconoce que ambos padres pueden, de común acuerdo con el padrastro, prever que el padrastro tenga la también la responsabilidad parental del niño. En caso de que no haya un acuerdo el tribunal puede, a solicitud del padrastro, ordenar que el padrastro tenga la responsabilidad parental del niño.

---

[584] *Cfr.* BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles. "La filiación adoptiva". En YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Editor). *Tratado de derecho de la familia*. Vol. V, 2a. ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p.691.
[585] *Cfr.* SIMÕES DE ALMEIDA, Susana Catarina. "Familia a la luz...", o*b. cit.*, p. 312.
[586] El Artículo 2.8 del *Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003*, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, entiende por titular de la responsabilidad parental, cualquier persona que tenga la responsabilidad parental sobre un menor. Este Reglamento ha sido renovado por *Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019*, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, entrará en vigor en partir del 22 de agosto de 2022.

En Reino Unido los padres biológicos pueden celebrar un acuerdo sobre quién va a tener la responsabilidad parental del niño; en Finlandia esto depende del orden judicial; en los Países Bajos esta atribución a la pareja social solo puede ocurrir cuando el niño o joven no tiene vínculos legales con el segundo padre; en Austria la adquisición de responsabilidades de la madre o padre social puede disminuir las responsabilidades parentales de uno de los padres; en Portugal la *Ley 61/2008, de 13 de octubre*, ha introducido una nueva regla al artículo 1906, n.º 4 de Código Civil afirmando que el progenitor que tiene el ejercicio de la responsabilidad parental puede ejercitarla o delegarla, autorizando así al padre que vive con el niño o a quien está con él temporariamente a delegarle este ejercicio, sin necesidad de autorización del otro padre del niño. Quien es titular de la responsabilidad parental tiene el poder de cederla[587].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la resolución *Söderbäck c. Suecia, de 28 de octubre de 1998*, primó los lazos afectivos al permitir una adopción del compañero del progenitor custodio sobre la relación biológica del padre. El niño, de hecho, consideraba el compañero del progenitor y ahora su padre adoptivo como su padre, ya estando plenamente integrado en la familia[588]. Este también es un caso que se podría resolver por la multiparentalidad, como veremos en el tema propio del presente trabajo.

### 3.1.2 El papel de la madre o del padre social en Países de América

**a) Argentina**

En el Código Civil y Comercial de Argentina de 2015 (art. 630) existe la llamada adopción de integración. La adopción de integración siempre mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante.

En consonancia con la pluralidad familiar, el Código Civil y Comercial Argentino permite que la adopción de integración sea posible para las parejas en unión convencional,

[587] *Cfr.* OLIVEIRA, Guilherme de. "Critérios jurídicos da parentalidade". *Imprensa da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 2016, p.290.
[588] *Cfr.* SIMÕES DE ALMEIDA, Susana Catarina. "Familia a la luz…", o*b. cit.*, p. 312.

aunque no sea una unión instituida formalmente, debiendo solamente demostrar la convivencia. La idea del Código de integrar la nueva pareja del padre o de la madre a la vida del niño deriva de la necesidad social de consolidar un vínculo afectivo ya existente entre el adoptante y el hijo de su cónyuge o conviviente en el marco de una familia. En caso de que el adoptado tenga un solo vínculo filial de origen, los efectos de la adopción serán iguales a los de la adopción plena; pero si el adoptado tiene la doble filiación de origen, el juez podrá crear consecuencias jurídicas con algunos o varios miembros de la familia adoptiva o de origen (art. 621CC y Com).

Se busca así ampliar estos vínculos con la integración de un tercero que no formaba parte de la familia originalmente. La titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental es transferida al adoptante, con derecho de comunicación con la familia de origen, subsistencia del deber alimentario y conservación del apellido de origen, en caso de que esto sea lo solicitado. De cualquier forma, esta opción solo es recomendable cuando uno de los progenitores no tiene una convivencia intensa con el niño. El Juzgado Civil de Personas y de Familia de Salta, Argentina, en noviembre de 2019, concedió al padrastro la adopción plena y no la integrativa, ya que el adolescente no mantiene vínculo con su padre biológico, habiendo realizado un vínculo, de manera cabal, con el adoptante, que en forma sostenida viene desempeñando su cuidado con seriedad, compromiso y dedicación, y con quien convive hace años[589]. Es decir, cada caso concreto deberá revelar cuál es la mejor opción para resguardar el mejor interés del niño; en algunas situaciones mantener los lazos biológicos no refleja la situación en concreto vivida por el niño, y en ocasiones ni siquiera le beneficiará de algún modo.

Para los casos en los que ambos progenitores siguen conviviendo con el niño y un tercero –pareja de la madre o del padre– quiera integrarse a la vida del niño, el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina creó la figura del 'progenitor afín' para describir al cónyuge o conviviente de la madre o padre del niño[590]. Los progenitores afines vienen a sumar en la crianza de los niños, lo que requiere que exista una coordinación y solidaridad familiar.

[589] JUZG. CIVIL DE PERS. Y FAM nº 3, Salta, Salta; 13/11/2019; Rubinzal on line; RC J 433/20B., L. S. s Adopción.

[590] Artículo 672 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina: "Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente."

"A los progenitores afines se les imponen deberes de colaboración en la crianza, atribuciones suficientes que hacen en la vida cotidiana, al desarrollo del día a día, como por ejemplo colaborar en las tareas de cuidado, traslados, concurrir y compartir reuniones escolares, ocuparse de cuestiones relacionadas con la salud del hijo de su pareja o cónyuge, incluso estar habilitado para ingresar a salas hospitalarias como las de cuidados intensivos, de acceso restringido y limitado habitualmente solo a parientes. La imposición de este tipo de deberes jurídicos implica la posibilidad de exigir frente a terceros la posibilidad de su ejercicio" [591].

Es importante destacar que el progenitor afín fue adicionado en la legislación argentina dentro de las responsabilidades parentales, es decir, esta figura puede imputar una obligación alimentaria subsidiaria, con características propias. A pesar de que el niño cuente con uno o ambos progenitores, la figura del progenitor afín refuerza la protección a los niños, creando una obligación alimentaria subsidiaria frente la ausencia o imposibilidad del obligado principal: los padres. La figura del progenitor afín es el comienzo para un nuevo concepto de padre y madre, basado en aquellas personas que conviven con un niño prestándole cuidado, afecto y educación. La nueva pareja de la madre o del padre es un nuevo integrante de la familia, que hará parte de la construcción de identidad y personalidad del niño.

De todas formas, en estos casos no hay una sustitución de parentalidad; el progenitor afín tendrá una función complementaria, conservando los progenitores un rol principal. No se da la creación de vínculos parentales, solamente se amplía el número de adultos responsables por el niño. La solidaridad familiar obliga a una asistencia mutua, pudiendo exigir del nuevo compañero o cónyuge de la madre o del padre del niño que preste asistencia alimentaria también, mientras exista la convivencia o el matrimonio. Este es un pequeño paso para abrir las discusiones sobre los nuevos roles que estos integrantes injeridos en una familia pueden ejercer en la vida en niño.

**b) Brasil**

[591] HERRERA, Marisa. *Comentarios a los artículos Arts. 529 a 536 Arts. 555 a 593*. En CARAMELO, Gustavo; HERRERA, Marisa; PICASSO, Sebastián (Coord.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. 1a ed. TomoII, Infojus, Ciudad autónoma de Buenos Aires, 2015, p.522.

En Brasil, frente a la teoría de la socioafectividad, que sigue siendo construida, ya es posible crear vínculos parentales entre la nueva pareja de la madre o del padre –sean casados o unidos por unión de hecho– y el niño, aunque exista una doble filiación establecida. Cuando ya existe una convivencia afectiva estable y consolidada socialmente entre el progenitor del niño y su pareja, es posible solicitar la filiación por la socioafectividad judicialmente, siendo el niño menor de 12 años. Si el niño es mayor de 12 años, el pedido puede ocurrir directamente en el Registro Civil de las Personas Naturales, debiendo en este caso ser oído el testimonio del niño. Pese a existir la figura de la adopción unilateral, la misma está en desuso en Brasil, debido a la posibilidad del establecimiento de parentalidad por la socioafectividad. Este parece ser un instituto más adecuado, ya que refleja una situación fáctica existente; en estas situaciones existe afecto y cuidado entre los involucrados: el padre socioafectivo cría a un hijo por cuenta de su autonomía, por su opción, con amor, cuidado y ternura; de hecho, tiene al niño como un hijo. La posibilidad de este reconocimiento socioafectivo deriva de múltiples juzgados de tribunales estaduales y del Superior Tribunal de Justicia de Brasil, que acabó por ser reglamentado por el *Proveimiento 63 y 93 del Consejo Nacional de Justicia de Brasil* (órgano de fiscaliza y reglamenta los Registros Civiles en Brasil[592]).

Así que una relación filial puede establecerse exclusivamente a través del vínculo afectivo. La convivencia y el afecto, en muchos casos, crea vínculos más sólidos que la propia biología, lo que significa que el niño quiere ver como padre, de hecho y jurídicamente, a quien siempre lo ha tratado públicamente como hijo. Además, para los casos de madrastras y padrastros que ejercen la crianza de niñas y niños conjuntamente con los padres biológicos como si fueran hijos suyos, es permitida la utilización de la socioafectividad para legitimar y regularizar tal situación. El juez o el registrador civil, dependiendo de la edad del niño, dará fe de la existencia del vínculo socioafectivo a través de la verificación objetiva de elementos concretos para demostrar los tres criterios de posesión del estado de los niños: tratamiento (*tractatio*), reputación (*reputatio*) y nombre (*nominatio*). La prueba objetiva es realizada a través de todos los medios legales admitidos, así como por documentos tales como:

[592] Provimento 63 de 14 de noviembre de 2017 Consejo Nacional de Justicia de Brasil, que establece modelos únicos de certificados de nacimiento, matrimonio y defunción, para ser adoptados por las oficinas de registro civil de personas naturales, y prevé el reconocimiento voluntario y la anotación de la paternidad y la maternidad socioafectiva en el Libro "A" y el registro de nacimiento y emisión del respectivo certificado de niños que se han sometido a reproducción asistida; sumado a las alteraciones de la Provisión 83 de 14 de agosto de 2019.

nombramiento en la escuela como responsable o representante del estudiante; registro del niño en un plan de salud o en una agencia de seguridad social; registro oficial de que viven en el mismo hogar; vínculo de conyugalidad –matrimonio o unión estable– con el ascendente biológico; registro como dependiente en entidades asociativas; fotografías en celebraciones relevantes; así como la declaración de testigos con firma notarial. Esto suele suceder en los casos en los que la nueva pareja de la madre o del padre del niño fueron responsables por su crianza debido a la muerte de uno de los padres, o inexistencia de una doble filiación. Pero la gran novedad en el reglamento brasileño es que la socioafectividad también puede ocurrir cuando hay concomitancia de relaciones de filiación en las familias reconstituidas, ocasionando una multiparentalidad.

La formación de la familia moderna no-consanguínea tiene por base la afectividad y los principios de la dignidad de la persona humana y la solidaridad y la posibilidad del reconocimiento de un filiacion socioafectiva posibilita la formación de la identidad y de la personalidad de una persona de acuerdo con vida social efectiva. Por esto, el Tribunal de Justicia de São Paulo confirmo la existencia de la maternidad socioafectiva de una madrastra que crio un niño desde los 2 años de edad, ya que su madre biológica murió días después del parto. La demanda solicitaba el derecho del niño en mantener los dos datos de la madre biológica en el acta de nacimiento en respecto a memoria de la madre, aunque pedía el reconocimiento de la existencia de la maternidad socioafectiva. Aunque sería posible la adopción unilateral, el niño no quería una nueva inscripción en el Registro Civil solo con el nombre de la madre adoptiva. Para el Tribunal la solicitación no evidencia ninguna forma de reprobación social y solamente confirma jurídicamente una situación ya existente de hecho a muchos años, siendo legitima la demanda, sin violación al orden jurídico[593].

Un punto importante es que este vínculo de filiación socioafectivo deriva de la autonomía privada de las personas. La pareja de la madre o del padre va a solicitar judicial o extrajudicialmente su inclusión en el acta de nacimiento para el encargado del Registro Civil, generando todas las obligaciones legales en igualdad de derechos con un niño biológico o adoptado, es decir, derecho a la inclusión del apellido de la madre/padre socioafectivo,

[593] Sentencia Tribunal de Justicia de São Paulo, (1ª Câmara de Direito Privado, Apelação 0006422-26.2011.8.26.0286) de 14 de agosto de 2012.

derechos a alimentación y derechos sucesorios. Muchas veces el nuevo compañero de la madre o del padre sigue el desarrollo y la crianza regular del niño, siendo un miembro directo y responsable conjuntamente en la educación, en la alimentación, en el cuidado, en la orientación y otros actos necesarios en la planificación familiar responsable; pero entendemos que esta socioafectivad deriva de la autonomía privada y no puede ser impuesta judicialmente. No porque la pareja de la madre o padre tenga una buena relación con el niño, necesariamente lo considera un hijo y así desea que sea reconocido judicialmente; esto también puede no ser lo mejor para el niño. Cada familia tiene su historia, no en todos los casos agregar el nuevo miembro afectivo del padre o de la madre a la inscripción de nacimiento del niño sea de interés para el niño.

No se puede presumir que en todos los casos de familias reconstituidas vaya a existir una socioafectividad. En caso de reconocimiento judicial *post mortem* esto solo será posible si el fallecido ha dejado una declaración de voluntad clara, y de ser el padre socioafectivo del niño, por medio de testamento, de documento público o documento particular con seguridad jurídica. El Superior Tribunal de Justicia de Brasil estableció que declaraciones de impuestos sobre la renta, certificados escolares y póliza de seguro de vida son válidos para este fin, junto con la comprobación de existencia de hecho de la pose de estado de hijo[594].

Aunque no haya un reconocimiento de un vínculo de filiación, es posible que el hijastro o hijastra judicialmente solicite la inclusión del apellido de familia de su padrastro o madrastra a su nombre con la concordancia de estos (art. 57, párrafo 8 de la ley de Registros Públicos de Brasil). El cambio del nombre no proporciona otros efectos jurídicos, como vínculo paterno-filial, continuando la existencia del parentesco solamente por la afinidad. Una vez más, queda demostrado que la autonomía privada puede ser utilizada para balancear cuál es la voluntad familiar, dependiendo del mejor interés del niño: tener un nuevo vínculo parental socioafectivo con el padrastro o madrastra o solo acrecentar el apellido familiar. Ya que el nombre es un derecho de personalidad y busca una identificación personal y social de la persona, en una unidad familiar[595].

---

[594] Sentencia Superior Tribunal de Justicia de Brasil – (Recurso Especial 1.328.380-MS), de 25 de mayo de 2016.

[595] *Cfr*. CHAVES DE FARIA, Cristiano de; PAULINO DA ROSA, Conrado. *Teoria Geral do Afeto, ob, cit*., pp.300-301.

Además, la jurisprudencia brasileña ya se viene posicionando en algunas decisiones por la posibilidad de que la relación entre madrastra o padrastro e hijastro genere una obligación alimentaria, debido al principio de solidaridad familiar (deber recíproco y fraterno entre los familiares, y aunque no haya vínculo biológico existe el afectivo) y la verificada dependencia económica del niño. Por ejemplo, en el caso de que exista el pago de escuela y actividades extracurriculares por parte del padrastro por un largo tiempo, no podría después parar de hacer estos pagos, en caso de que sea demostrado el binomio necesidad-posibilidad[596]. Esta obligación –según la doctrina brasileña– sería temporal, ya que tiene aplicación excepcional basada en el principio de la solidaridad. Como no existe una obligación alimentaria, primero deberá ser constituida judicialmente para postular alimentos provisoriamente.

**c) Estado Unidos**

En muchos estados de los Estados Unidos se les garantizaron visitas regulares a los padrastros, siempre primando el mejor interés del niño, por ejemplo, en California[597].También se da el caso de que cuando una u otra madre/padre no pueda prestar el cuidado, el niño puede quedarse con los padrastros. Por ejemplo, en Utah, el padrastro puede quedarse con la responsabilidad parental del niño, probando que hay un vínculo emocional entre ellos y una relación de padre-hijo[598]. En Delaware, cuando sucede la muerte o discapacidad del padre con custodia, la madrastra/padrastro que residía con el padre fallecido o discapacitado puede solicitar la custodia, incluso si hay un padre natural sobreviviente[599]. En Florida un miembro de la familia extendida (pariente de un niño dentro del tercer grado por sangre o por matrimonio con la madre/padre), o la madrastra/padrastro de un niño –si está actualmente casado con la madre/padre– puede iniciar una acción por la custodia temporal del mismo[600].

[596] Tribunal de Justicia de Santa Catarina, Agravo de Instrumento n. 2012.073740-3, de São José, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, publicado el 14-02-2013.
[597] CAL. FAM. CODE § 3101(a), West 2004.
[598] UTAH CODE ANN. § 30-5a-102, Lexis Nexis, 2013.
[599] DEL. CODE ANN. tit. 13, § 733 (2009)
[600] FLA. STAT. § 751.011 (2017); Mohorn *v. Thomas* de 2010.

Así que, por todo lo estudiado, podemos notar que la parentalidad actualmente va mucho más allá de "madres" o "padres" biológicos. Existen otras personas que comparten la vida diaria de los niños, con asunción de responsabilidades que deben ser vistas y reconocidas por el ordenamiento jurídico. Otorgar protección a las familias reconstituidas, reconociendo jurídicamente situaciones existentes de hecho, es proteger el superior interés del niño, es dar efectos jurídicos a una situación deseada por los miembros de una familia. No obstante, las nuevas formaciones familiares, el reconocimiento de un doble vínculo de parentalidad (sea una madre y un padre, sea dos padres o dos madres), no engloba todas las situaciones existentes actualmente. En muchos casos, en razón de la utilización de técnicas de reproducción asistida o de las múltiples formaciones familiares, un niño de hecho tiene una multiparentalidad.

## 4. Multiparentalidad

El reflejo a la autonomía privada otorgada a las personas para crear y/o deshacer un núcleo familiar, es la existencia de pluralidad en los modelos familiares. La paternidad biológica no necesariamente corresponde con la paternidad legal, como ya hemos visto; sin embargo, por mucho tiempo, la paternidad biológica ha servido como el único medio en que la ley estaba basada para establecer beneficios y obligaciones en relación a los vínculos de filiación. Además, de la misma forma, en los casos en los que tradicionalmente era posible la determinación de una filiación por adopción o social, la premisa fundamental siempre era la existencia de dos padres, es decir, dos vínculos, normalmente una madre y un padre. La dupla maternidad o paternidad, principalmente debido a los avances de las técnicas de reproducción asistida y la posibilidad de adopción por parejas homoafectivas, ya es una realidad en gran parte de las legislaciones occidentales. Sin embargo, esta posibilidad no modifica la existencia de vínculo de filiación binario, pues sigue existiendo apenas 2 personas con vínculo de filiación con un niño.

El sistema binario de filiación ya no es más satisfactorio para los nuevos anhelos familiares, los diversos casos actuales pueden necesitar la ampliación de los vínculos de maternidad y paternidad en la inscripción en el Registro Civil. En la reproducción asistida heteróloga, cuando existen más de 3 personajes involucrados (por ejemplo, un hombre

donante de semen, una mujer donante de óvulo y un embrión implantado en una tercera mujer) y todos ellos desean el vínculo de filiación con el niño, difícilmente la filiación binaria tendrá un reconocimiento pacífico y capaz de solucionar un conflicto que sea de mejor interés para el niño. Diversas legislaciones ya permiten la inscripción del niño en los casos de utilización de TRHA en nombre de dos mujeres (más frecuente) o en nombre de dos hombres. Sin embargo, la discusión ahora pasa a ser: la posibilidad del donante del material genético, que también mantiene relación con el niño, puede tener el vínculo de filiación reconocido junto con la pareja que deseó el niño.

Aun así, con el modelo de las familias reconstituidas en el que uno o ambos cónyuges provienen de una relación anterior con hijos, se han producido nuevos efectos en el Derecho de las Familias: la pluralidad de relaciones parentales. La nueva convivencia surgida puede constituir vínculos socioafectivos. Más que una madrastra o padrastro, el niño puede reconocer en este nuevo miembro de la familia una nueva madre o un nuevo padre, sin romper los lazos con la madre o padre "primitivo". Finalmente, en los casos de descubrimiento de la verdad biológica distinta de la verdad social después de un período de convivencia con el padre social, no siempre es fácil fijar el mantenimiento de la filiación binaria. Por esto la nueva familia tornase una agregación de nuevas personas; existe una suma, lo que puede terminar por generar una multiparentalidad.

Ser madre o padre implica ejercer diferentes papeles y todos estos papeles en algunas sociedades pueden repartirse entre diferentes personas reconocidas (multiparentalidad), sin deshacer o disminuir el estatus de padre o madre. Aun así, hasta ahora en nuestra cultura, ha sido muy difícil pensar en la posibilidad de compartir estos papeles, porque se piensan como términos excluyentes y en singular: una sola madre, un solo padre.

Es innegable que la sociedad está avanzando cada vez más para dar más relevancia a los lazos de afectividad; no solo los biológicos, especialmente con respecto al parentesco y la filiación. La base para la existencia de la multiparentalidad es ante todo igualdad entre la filiación biológica y la filiación afectiva[601].

[601] *Cfr.* CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade…, ob. cit.*, p. 148.

Este es un tema que debe ser estudiado con mucho cuidado. No en todos los casos una triple filiación garantiza el mejor interés del niño, ciertos parámetros mínimos deben ser definidos legalmente. El derecho al reconocimiento jurídico de esta relación, de hecho, está estrechamente vinculada a la búsqueda del "ethos" del ser humano, que significa encontrar su lugar en el mundo, llevando en consideración que el entorno familiar es el lugar donde hay mayor desarrollo personal, donde comienza la búsqueda del "yo", así como la constitución de valores y costumbres[602]. Todo niño tiene una historia de vida y procura un reconocimiento de sus vínculos familiares para su desarrollo sano y efectivo.

El establecimiento de una regla fija entre la biología y la realidad social es un difícil dilema actual. Si optamos por la biología en todos los casos puede ser que el niño solo reciba el apoyo financiero que la ley obliga al padre, sin tener ningún contacto afectivo, llegando incluso a conflictos de animosidad, y al mismo tiempo retirando la posibilidad de que algún otro padre social establezca esa relación parental. Por otro lado, rechazar la biología como base de la paternidad parece ignorar por completo la importancia de la identidad genética.

Muchas legislaciones no reconocen el derecho del niño a tener una madre o un padre biológico y otro socioafectivo. Algunas decisiones son tomadas con base en la biología y otras por la estabilidad de las relaciones familiares, manteniendo los vínculos ya formados. Sin embargo, hay situaciones en las que la dificultad no está en la prevalencia de un vínculo sobre el otro, sino en la coexistencia de estas relaciones. La pluralización de papeles de los directamente involucrados en el contexto familiar puede conducir a conflictos sobre responsabilidad parental, ya que es prácticamente imposible en la vida cotidiana separar por completo el papel del padre afectivo o del padre biológico, requiriendo una compatibilidad de conducta y armonía de todos en el nuevo modelo familiar[603].

---

[602] *Cfr*. VERSIANI PENNA, Saulo; REIS ARAUJO¸ Deborah Nayara dos. "Famílias brasileiras reconstituídas e a multiparentalidade: adequação do direito à realidade socioafetiva". *Revista IBDFAM: famílias e Sucessões* nº21, Belo Horizonte, 2017, p. 33.

[603] *Cfr*. La multiparentalidad es un hecho legal contemporáneo, fácilmente perceptible en el contexto de las familias reconstituidas, en el que tanto el padre biológico como el padrastro/madrastra, que terminan ejerciendo como padres socioafectivos la responsabilidad parental, generando acumulación de roles padre/ madre, no exclusivamente, sino inclusivos e incluso complementarios. En BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina; LIMA RODRIGUES, Renata de. "Multiparentalidade como fenômeno jurídico contemporâneo". *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, vol. nº 14, 2010, p. 92.

Aunque un conflicto interno pueda surgir en el niño por estar en una familia plural, es fundamental dejar claro cuáles son los papeles de cada uno en la vida del mismo, siempre debiendo decirle la verdad de acuerdo con su madurez. Esto es una novedad para todos nosotros y dependerá de una buena relación entre los involucrados en la situación, de modo que sea posible asegurar los lazos afectivos con tolerancia, consideración y armonía, para estimular el afecto y el respeto del niño, y con esto expandir los lazos existentes dentro de la familia. Un hecho es cierto, más allá de los argumentos a favor y en contra, efectivamente en la realidad social y familiar, muchos niños van a crecer en una familia conformada por más de dos vínculos parentales.

La familia en Estados Unidos también está cambiando socialmente y con ella las decisiones judiciales y las leyes, con la finalidad de reconocer diferentes formas de configuraciones familiares y derechos a la filiación aparte del binario madre y padre. En 1973 la Conferencia (UPA)[604]para proteger los derechos de niños de relaciones no matrimoniales reconoció que, aunque no haya vínculo biológico, si una persona registra un niño y durante los primeros años de vida está participando de la crianza activa del mismo y es reconocido socialmente como el padre, esto constituye una acción más fuerte que la biología[605].

Por ejemplo, podemos mencionar como ocurre la pluriparentalidad en Estados Unidos (*dual paternity*), construida por la Corte Suprema del estado de Louisiana[606]. En Lousiania

[604] En 1973, todos los estados americanos adoptaron la "Uniform Parentage Act"-, que introdujo un marco para establecer la paternidad de los hijos de parejas casadas y solteras. La Ley creó criterios para que los Tribunales identifiquen a los padres legales de un niño, independientemente del estado civil de los padres. La primera revisión importante de la UPA fue en 2002, que abordó la reproducción médicamente asistida, inclusive sobre contratos de sustitución de gestación, sin embargo, no fue adoptado por todos los estados. Además, como resultado de la decisión de la suprema Corte Americana, que legalizó el matrimonio de personas del mismo sexo en todo E.E.U.U., en 2017 la UPA recibió otra revisión, cambiando algunos términos a un lenguaje más neutral en cuanto al género para proteger a los niños nacidos de matrimonios del mismo sexo, actualizado las disposiciones de la gestación por sustitución, permitió en las TRHA el derecho del niño a acceder a información médica e identificación del donante (si el donante estuvo de acuerdo), impide el establecimiento de una relación padre-hijo entre un hijo y uno de los padres, si ese hijo fue el resultado de una agresión sexual, y agregó una regla para que los estados establezcan un estado parental de facto de un padre legal que no está biológicamente relacionado con el niño. Fecha de consulta 10/04/2020.

[605] *Cfr*. JACOBS B, Melanie. "My Two Dads: Disaggregating Biological and Social Paternity". Ariz. St. L.J. 809, 2006, p.822.

[606] *Smith v. Cole de 1989 (*553 So. 2d 847). El caso tenía por base establecer la obligación del padre biológico, cuando el niño es concebido durante el matrimonio de la madre con otra persona y, por lo tanto, mismo el hijo

existe la presunción de que el marido es el padre de los hijos de su mujer, "creyendo" la ley que hay una relación biológica y social en esta paternidad. Así que, si un hombre está casado con una mujer y ésta tiene una relación extraconyugal que resulta en el nacimiento de un niño, el marido, que no es el padre biológico, será primeramente el padre del nacido. El marido tiene un año para presentar una demanda contra esta paternidad. Aunque el padre biológico después venga a ser identificado y legalmente tenga que responsabilizarse por el niño también, ambos seguirán con la responsabilidad debido a la doctrina de la "*dual paternity*". La Suprema Corte de Louisiana estableció el principio de que el padre biológico tiene la responsabilidad parental del niño, aunque haya otro padre registral que tenga la posesión de hecho, estableciendo así la paternidad doble.

Ahora es un hecho social y biológico que algunos niños poseen más de una madre/padre, y la ley no puede dejar atrás esa evolución de la familia. En 2013 California fue el primer estado en EE. UU que aprobó un estatuto, legalizando la posibilidad de que un niño tenga más de dos padres legales (*Senate Bill nº*. 274 *Chapter* 564)[607]. La ley tiene por fundamento que las familias son diferentes una de las otras, y si no enlaza todas las formas de relaciones familiares existentes, no está asegurando el mejor interés de los niños, ya que no existe una caja o un molde fijo de familia. Existe, por ley, la presunción de que un hombre es el padre de un niño si estaba casado y cohabitaba con la madre del niño. Además, si de modo voluntario el hombre firma la declaración de paternidad, esta tiene la fuerza y el efecto de un reconocimiento de paternidad, sujeto a ciertas excepciones. Incluso se da la presunción de paternidad cuando el hombre estuvo casado o intentó casarse con la madre antes o después del nacimiento del niño, o si él recibe al niño como suyo y abiertamente lo sostiene. Estas últimas presunciones dependen de la sentencia que establece la paternidad.

### 4.1 La multiparentalidad por las Técnicas de Reproducción Asistida o con la "donación" de material genético

haya sido registrado como legítimo de esa otra persona, el padre biológico tiene la obligación de mantener a su hijo, aplicando la doble paternidad.

[607] S.B. 274, 2013-2014 Reg. Sess. (Cal. 2013)

En la multiparentalidad existe un reconocimiento de relación de parentalidad con más de dos personas, siempre y cuando el vínculo binario sea perjudicial para el niño, o no corresponda a su mejor interés, observando todos los factores relevantes, como las necesidades físicas y psicológicas.

En el Condado de Suffolk - New York, la Corte Suprema en el caso *Dawn M. v Michael M.*, de 8 de marzo de 2017, concedió la custodia triple a un niño. En la situación fáctica tres personas comenzaron una relación, Dawn y Michael estaban casados y empezaron juntos una relación con una vecina (Audria), quien después pasó a vivir con ellos en una relación poligámica. Los tres decidieron tener un hijo juntos. Primero intentaron hacerlo por inseminación artificial utilizando el esperma de Michael para ser implantado en el útero de Audria, pero como no estaban casados el médico rehusó realizar el procedimiento. Frente a eso, los tres decidieron tener el hijo por métodos naturales –por relación sexual entre Michael y Audria– y establecieron que los tres cuidarían del niño de forma conjunta. Después de un tiempo Dawn se mudó con Audria y pidió el divorcio a Michael y la custodia del niño. El Tribunal reconoció que, de hecho, el niño admitía tener dos madres, llamando a las dos de "mamá", pese a que Dawn no tenía vínculo biológico o no había adoptado al niño. Finalmente, el Tribunal ordenó la custodia triple, frente el plan de parentalidad convenido entre sus progenitores genéticos[608].

En Canadá, el tribunal de Ontario en 2007[609], profirió una sentencia conocida como "*three parents case*": en el caso de una mujer que vivía en una pareja homoafectiva y tuvo un hijo beneficiándose de la ayuda de un amigo. El Tribunal decidió que el interés superior del niño era tener tres figuras parentales, dos madres y un padre. El padre biológico (un amigo de la pareja homoafectiva) participaba de la vida del niño, sin embargo, el niño desde su nacimiento había quedado al cuidado exclusivo de ambas mujeres. Los tres involucrados no pretendían la exclusión de la filiación paterna originalmente establecida, querían el reconocimiento de la relación de filiación a los tres involucrados, y el tribunal de apelación canadiense lo admitió con una base en el desarrollo de las nuevas técnicas de concepción

[608] Decisión disponible en: https://law.justia.com/cases/new-york/other-courts/2017/2017-ny-slip-op-27073.html-. Acceso el 20/03/2020.
[609] Sentencia *A.A. v. B.B.*, de 13 de sep. de 2007, ONCA 2 (CanLII).

resultantes de la aplicación de las TRHA, en conjunción con la doctrina del interés superior del niño. El impacto social ocasionado por los avances científicos fue analizado por la Corte de Ontario, una vez que ellos amplían directamente la protección de su actuación, por necesitar llenar los vacíos legales que se le son presentados en los casos concretos. Por fin, la decisión fue basada en el interés superior particular del niño, lo que no pasó a ser un precedente para ser utilizado indiscriminadamente en el reconocimiento de familias de padres múltiples[610].

En la Columbia Británica, en 2011, fue registrada una niña como hija legal de una pareja de lesbianas y su amigo, y los tres padres se encuentran entre los primeros canadienses en lograr un acuerdo de paternidad legalmente plural[611]. Además, la Corte de Columbia Británica de Canadá determinó que la ley que tornó las relaciones poliamorosas legales es constitucionalmente válida. Aun así, es una relación distinta de la bigamia y la poligamia, que define a las personas que participan en dos o más matrimonios. En 2017, la corte en la provincia marítima de Terranova y Labrador reconoció a tres adultos solteros como los padres legales de un niño nacido dentro de una relación de poliamor. El Juez Robert Fowler, de la división de derecho familiar de la Corte Suprema de Terranova y Labrador afirmó: "La sociedad cambia continuamente, al igual que las estructuras familiares". Y debido al superior interés del niño fue autorizado la inscripción en el Registro Civil con vínculo de filiación triple. La provincia de Columbia Británica en Canadá aprobó una legislación provincial de Derecho de Familia que establece un rango de formaciones familiares multiparentales, incluidos cuatro padres legales. La ley presume que madre y padre de un niño son los que poseen vínculos biológicos entre sí; sin embargo, si se utiliza la reproducción asistida, los padres pueden incluir hasta dos personas que pretenden tener el hijo, un donante de esperma y un donante de un óvulo, una madre sustituta, y un cónyuge de una madre sustituta[612].

En Argentina, pese al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, expresando que no es posible tener más de dos vínculos filiales (artículo 558[613]), la jurisprudencia ya viene

---

[610] *Cfr*. OLIVEIRA, Guilherme de. "Critérios jurídicos da parentalidade", *ob. cit*., pp. 290-292.
[611] *Cfr*. MARVEL, Stu. "The Evolution of Plural Parentage: Applying Vulnerability Theory to Polygamy and Same-Sex Marriage". *Emory Law Journal*, Vol. 64(6), 2015, p.2088.
[612] Family Law Act, S.B.C. 2011, c. 25 (Can.), *Under Part 3 of the act.* available at http://www.bclaws.ca/civix/document/id/ complete/statreg/11025_01.
[613] Código Civil y Comercial Nacional- Argentina. Artículo 558. Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos: "La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida,

decidiendo a favor de la multiparentalidad, con base al interés superior de los niños. Por esta máxima en la que nadie puede tener más vínculos filiales, en caso de que alguien quiera establecer un vínculo de filiación con un niño que ya tiene dos vínculos, debe obligatoriamente impugnar un vínculo existente. "Se trata de una regla de orden público que prima sobre la autonomía de la voluntad y el posible deseo de tres personas de co-criar a un niño y tener los tres un vínculo filial con esa persona"[614].

Por una decisión administrativa del gobierno de la provincia de Buenos Aires, el 23 de abril de 2015 (caso "Antonio") fue registrado el primer niño con pluriparentalidad (con dos madres y un padre). Dos mujeres casadas proyectaron tener a su hijo con la ayuda de un amigo que donó el semen para la inseminación. El hombre, más que un donante, siempre se portó como un verdadero padre y no renunció a su derecho a reclamar la filiación en el marco del procedimiento de fertilización asistida. Además, los tres involucrados habían acordado premeditadamente formar parte de la vida del niño, de su cuidado, ejerciendo los derechos y obligaciones que derivan de la responsabilidad parental. Así, el Registro Civil de la Provincia de Buenos Aires reconoció la triple filiación del niño y permitió la incorporación del tercer apellido[615].

Pese a existir en la adopción en España el reconocimiento de la doble maternidad para parejas de mujeres a través de la utilización de las TRHA y de la doble paternidad para las parejas de hombres, todavía no existe el reconocimiento de una multiparentalidad. Seguramente esta es una disposición que pronto llegará también a las cortes españolas, por tratarse de una situación de hecho presente en todos los países en los que se permite la utilización de técnicas de reproducción asistida. Por los criterios existentes para determinar la filiación: el gestacional (*mater semper certa est*), el genético y el social –ya reconocidos por el Tribunal Supremo– se podrá, quizás un día, reconocer una multiparentalidad por el principio del mejor interés del niño y para adecuarse a la realidad social actual. Evidentemente existen

matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación".

[614] HERRERA, Marisa. *Manual de derecho de las familias. ob. cit.,* p.438.

[615] Noticia disponible en infojusnoticias.gov.ar/nacionales/un-nino-podra-tener-los-apellidos-de-sus-mamas-y-su-papa-en-la-ciudad-9126.html. Acceso el 10/08/2020.

todavía muchas críticas y cuestionamientos sobre decisiones como estas y si efectivamente son beneficiosas para los niños.

Además, la multiparentalidad puede ser derivada de otras situaciones aparte de las técnicas de reproducción asistida y de parejas homoafectivas de donadores de gametos que efectivamente participan en la vida de los niños, como en los casos de familias reconstituidas.

### 4.2 La multiparentalidad debida a la socioafectividad

Cuando pasamos a entender que la filiación puede derivar de la convivencia, del cuidado, de la dedicación y de la posesión de estado, la socioafectividad ganó relevancia jurídica, como ya se indicó en capítulos anteriores. Además, cuando fue reconocida la igualdad de la parentalidad biológica y socioafectiva, pudiendo ambas coexistir armoniosamente, principalmente en las familias reconstituidas, también abrimos camino para el reconocimiento de una multiparentalidad. El reconocimiento de la multiparentalidad está basado en los derechos de personalidad, que se visualizan a través de la imagen que se tiene. En muchos casos los niños reconocen efectivamente a la madre o padre biológicos y a las madrastras o padrastros como los padres efectivos, sin que la existencia de uno descarte la presencia del otro, con el mismo nivel de afectividad e importancia en la vida del niño.

Se puede citar un fallo judicial en Córdoba - Argentina[616], en el que un matrimonio tenía la guardia judicial de una niña desde 2010, pero este se disolvió y la excónyuge formalizó un nuevo matrimonio con otra pareja. Las tres personas solicitaron la demanda de adopción plena pluriparental. La niña fue escuchada y afirmó que consideraba como padres a ambos hombres. La jueza titular declaró la inconstitucionalidad y la anticonvencionalidad del tercer párrafo de los artículos 558 y 634 inciso “d” del Código Civil y Comercial de Argentina y reconoció los vínculos afectivos entre las tres personas y la niña, ordenando la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Para la jueza, el vínculo filial binario era contrario a los principios de igualdad, no discriminación e identidad previstos en la Constitución Argentina y en pactos internacionales. Se presenta en este caso una evolución de la relación

[616] Sentencia número dos (02), Córdoba (Expte. S.A.C. nº 3.515.445), de 18 de febrero de 2020.

familiar y una integración capaz de generar un vínculo filial adoptivo de forma pluriparental, manteniendo el superior interés de la niña que efectivamente considera que tiene dos padres y una madre, conforme a su realidad familiar.

En Brasil, el psicoanalista MONTAGNA relata una anécdota con un niño, Hélio, que en el contacto inicial dijo: "yo tengo dos padres". Tenía el padre biológico que consta en su acta de nacimiento y su padrastro que había pedido el reconocimiento de la paternidad socioafectiva después de divorciarse de la madre de Hélio. El niño contó al psicoanalista que se sentía diferente por tener dos padres, y al mismo tiempo afortunado y con mala suerte. Estaba viviendo una segunda ruptura de la relación de pareja de su madre, pero, ganaba a más un padre. Nunca es fácil la reconstrucción de una familia y la capacidad de resiliencia en estas situaciones, principalmente para los niños[617].

Por casos como este, la Suprema Corte de Brasil por medio *Repercusión General 622, de 24 de agosto de 2017*[618] reconoció la posibilidad de multiparentalidad. Esta se dio en razón de un fallo en que una adolescente de 16 años, asistida por su madre, solicitó la anulación de su paternidad registral y demandó a su progenitor, después de saber la verdad de su paternidad biológica. En primera instancia, el judiciario reconoció la paternidad biológica solamente, sin embargo, el padre registral recurrió al Tribunal Supremo alegando posesión de estado y la paternidad socioafectiva de la adolescente, y alegó que el origen genético no genera efectos parentales o hereditarios, teniendo en cuenta la necesidad de hacer una separación de los orígenes genéticos y el establecimiento de la filiación biológica. Por todo esto, la Corte Suprema, aún sin un pedido expreso de la requirente por la doble paternidad, manifestó que era posible la paternidad socioafectiva, declarada o no en registro público, concomitante con la paternidad biológica, generando consecuencias tanto patrimoniales como extrapatrimoniales.

Aunque los hechos no demostraban que hubiera una filiación socioafectiva con ambos padres, ya que la adolescente no tenía una relación afectiva con el padre biológico, el Tribunal reconoció la posibilidad de que los jueces determinen la multiparentalidad cuando la situación

---

617 *Cfr*. MONTAGNA, Plínio. "(Multi)parentalidade e subjetivação". *Revista IBFAM* nº17, Belo Horizonte, 2016, p. 115.
618 Sentencia Supremo Tribunal de Brasil (Plenário, RE nº 898.060), de 24 de agosto de 2017.

compruebe corresponder al mejor interés del niño. Afirmar la paternidad socioafectiva, sea declarada o no en el registro público de nacimiento, no impide el reconocimiento del vínculo de filiación concomitante basado en el origen biológico, con sus propios efectos legales.

El derecho de buscar al padre biológico existe, pero no podemos retirar la responsabilidad parental al padre que ha cuidado del niño por años y es reconocido por todos como tal, ya que esto podría causar daños emocionales, sociales y psicológicos, principalmente cuando el niño ya está en una edad en la que puede comprender lo que ocurre. Por lo tanto, el padre no solo es el que procrea un hijo biológicamente, sino principalmente el que se presenta socialmente como un padre, es reconocido como tal por la sociedad y cultiva lazos de afecto durante mucho tiempo. El vínculo de filiación afectiva se establece con el tiempo, con la convivencia, con el cuidado, la asistencia material, psicológica, con dedicación de amor y afecto.

Para el reconocimiento de la multiparentalidad, en este contexto, la evaluación de la socioafectividad existente es esencial, incluso para la protección de la persona humana y su dignidad. Así que la decisión ya citada por la Corte Suprema Federal de Brasil (*RG 622 de 24 de agosto de 2017),* abrió el camino para el reconocimiento de nuevas formas de relaciones parentales, siempre y cuando estén basadas en el afecto[619].

En un fallo del tribunal de Justicia de São Paulo[620], una mujer pidió un reconocimiento de maternidad socioafectiva con pedido de rectificación de la inscripción del registro de nacimiento, en razón de que la madre biológica había fallecido en el parto y el niño fue criado por la madrastra desde los 2 años de edad. Aunque la solicitante podría adoptar en principio, por respeto a la memoria de la madre biológica y para el mantenimiento de los lazos familiares con la familia biológica, buscó el reconocimiento de una declaratoria de maternidad socioafectiva para añadir su nombre a la inscripción de nacimiento del niño. Fundamentando que la socioafectividad está amparada en la cláusula general de tutela de la personalidad humana –que garantiza la filiación como elemento fundamental en la formación de la

---

[619] *Cfr*. AGUIRRE, João. "Reflexões sobre a multiparentalidade e a repercussão geral do STF". *Revista Electrónica Direito e Sociedade - REDES*, vol. 5, nº. 1, 2017, p.23.
[620] Sentencia Tribunal de Justicia De São Paulo (Apelação cível nº0006422-26.2011.8.26.0286), de 14 de agosto de 2012.

identidad y definición de la personalidad de un niño–, fue reconocido el derecho, pasando a constar en el acta de nacimiento del niño la maternidad socioafectiva, concomitante con la maternidad biológica.

En otro caso juzgado por el Superior Tribunal de Justicia, el marido de la madre asumió voluntariamente la paternidad del niño, aunque sabía que no era su hijo biológico; del reconocimiento se estableció un vínculo afectivo que se fortaleció con el paso del tiempo. Por su parte, el padre biológico, desde que tuvo conocimiento de la posibilidad de serlo, buscó el reconocimiento de su paternidad; inicialmente mediante la realización del examen de ADN y posteriormente con la presentación de esta acción. Al obtener el derecho de visitas pudo convivir con el niño cuando tenía poco más de dos años y establecer también una relación paternal. Los elementos fácticos del caso revelaron que el niño poseía dos padres, surgiendo así un modelo familiar diferente a la concepción tradicional, debido a la presencia concomitante tanto de vínculos establecidos por la relación afectiva como los que se originan en la ascendencia biológica, y cuya solución para el mejor interés del niño es la multiparentalidad[621].

En una demanda juzgada por el Tribunal de Justicia de São Paulo la opinión del niño fue determinante para el reconocimiento de la multiparentalidad. La solicitud fue presentada por niño, representado por su genitora, para la homologación judicial de un acuerdo realizado entre el padre biológico y el padre que reconoció al niño. Las partes acordaron en hacer la alteración del nombre del padre en la inscripción de nacimiento del niño, para constar el nombre del padre biológico. La madre afirma que, aunque estuviera casada en la fecha del nacimiento del niño, estaba separada de hecho y en una relación amorosa con otro hombre (el padre biológico del niño). Sin embargo, la inscripción fue hecho por el marido de la mujer, con la ciencia que él no era el padre biológico del niño. El Juez escucho a lo adolescente (con 13 años en la fecha de la audiencia) que afirmó reconocer a los dos hombres con sus padres, no consiguiendo decidir por una exclusión de uno y la inclusión de otro. Por esta razón, el

[621] Sentencia Superior Tribunal de Justicia de Brasil (Recurso Especial nº 1.548.187 – SP), de 13 de septiembre de 2018.

Tribunal decidió por la mutiparentalidad, por reflejar la realidad de hecho vivida por el adolescente y no representar ningún prejuicio a este[622].

La sociedad experimenta constantemente cambios que reflejan la conducta social y acaban por generar efectos jurídicos relevantes, lo que impone a los operadores jurídicos que acompañen estos cambios sociales. A menudo, la ley no parece mantenerse al día con esta constante mutabilidad y puede haber omisiones en la legislación con respecto a ciertos asuntos. Por esta cuestión en Brasil se está buscando la desjudicialización de los procesos, y como el Congreso Nacional es muy conversador, difícilmente leyes como estas serían aprobadas. A causa de esto, el Consejo Nacional de Justicia[623]está editando procesos administrativos para regular estas situaciones. Por el proceso 63 sumado al 83 se da el permiso para el reconocimiento de una doble maternidad o paternidad en los casos de socioafectividad comprobada a ser realizado directamente en los Registros Civiles, desde que el niño tenga más de 12 años y el ministerio público sea favorable. Además, solo es posible el reconocimiento unilateral, es decir, incluir un ascendente socioafectivo; para la inclusión de un segundo es necesario acudir al Poder Judicial, y debe darse el consentimiento de los dos padres registrales y del niño. Vale la pena mencionar que, a partir del acto, el niño reconocido tendrá todos los derechos legales reflejados en el derecho a la filiación, incluida la herencia, en igualdad de condiciones con los otros niños sin distinción alguna. Cabe señalar que el Registrador Civil debe informar a las partes de tal efecto legal frente al principio de la decisión informada. En caso de que el Registrador Civil tenga sospecha de fraude, falsedad, mala fe, vicio de la voluntad, simulación o duda sobre la efectiva existencia de pose de estado, debe negar el acto justificadamente y remitir la solicitud al juez competente[624].

Se seguirán discutiendo casos más complejos en los Tribunales, que tiene a su disposición varios instrumentos para emitir un juicio cognitivo amplio. De todas formas, todavía no hay una reglamentación para los efectos surgidos por este reconocimiento, así que

---

[622] Sentencia Tribunal de Justicia de São Paulo (8ª Camera de Direito Privado- Apelação Cível Nº 1007430-61.2018.8.26.0161), de 14 de abril de 2021.
[623] Conselho Nacional de Justiça de Brasil, Provimento 63 de 14 de noviembre de 2017, c/c el Provimento 83 de 14 de agosto de 2019.
[624] *Cfr*. BARBOSA e SILVA, Erica; TARTUCE, Fernanda. "Reconhecimento de paternidade socioafetiva no cartório de registro civil: mudanças significativas". *Revista IBDFAM: famílias e Sucessões* nº35, Belo Horizonte, 2019, p. 49.

no se sabe todavía cómo queda en estos casos el derecho de guarda, alimentos, la responsabilidad parental y el derecho a la sucesión, causando así una gran inseguridad jurídica.

Por todo esto, en nuestra opinión, la multiparentalidad no puede ser reconocida en todos los casos en los que existe un padre biológico y un padre social. La suposición de dos madres o dos padres no puede proteger casos con objetivos simplemente patrimoniales o egoístas. Además, hay que distinguir el derecho a conocer el origen genético del derecho a la parentalidad. El hijo tiene derecho a conocer su origen genético, sin que esto signifique deshacer la maternidad o paternidad socioafectiva existente o sumar una nueva maternidad o paternidad. El caso juzgado por la Corte Suprema de Brasil –que fue utilizado como paradigma para el reconocimiento de la multiparentalidad– no fue el mejor ejemplo, debido a que la adolescente ya tenía un padre registral que le proporcionó un hogar con amor y afecto; al saber que éste no era su padre biológico ella buscó una acción de investigación de la paternidad, aunque nunca había tenido contacto directo o afecto por este hombre que acabó por reconocerse como el padre biológico. Aunque la adolescente pudiera tener interés en conocer su identidad biológica, su real intención no era crear una multiparentalidad, nunca fue éste su cometido. El Tribunal, para no deshacer una paternidad ya consolidada y reconocer la paternidad biológica, terminó por reconocer las dos, creando una multiparentalidad. Con todo, este es un caso distinto del reconocido por el Tribunal de Córdoba - Argentina, en el que la niña efectivamente convivía y reconocía socialmente a dos hombres como sus padres.

Por esto son necesarios parámetros más concretos para el reconocimiento de una multiparentalidad, para evitar la inseguridad. Creemos que una multiparentalidad basada en la socioafectividad solo puede ser determinada cuando en el niño y en la madre/padre existe esta voluntad. Una relación socioafectiva existente durante años tampoco podría ser disuelta por la voluntad de uno que alega no tener vínculo biológico con el niño. Además, el vínculo biológico solo dará margen a una multiparentalidad cuando también exista la posesión del estado con respecto al hijo.

### 4.3 Consecuencias jurídicas de la multiparentalidad

El sistema de doble vínculo filial que está vigente en gran parte de los códigos civiles –inclusive el de España– no acompaña la necesidad de las nuevas familias del siglo XXI, principalmente con respecto a las técnicas de reproducción asistida y las familias reconstituidas, como en los casos que estudiamos. Este reconocimiento hecho por decisiones judiciales, sin un replanteamiento total del sistema familiar en los sistemas de "*civil law*", puede dejar muchos derechos con lagunas, ya que el reconocimiento jurídico de una multiparentalidad trae, consecuentemente, reflejos en diversos institutos jurídicos. Las decisiones para determinados casos específicos no observan el sistema jurídico en su totalidad, solamente deciden un punto específico.

El Derecho de las Familias es un complejo de normas en el que debe existir el diálogo y la uniformización entre ellas; esto porque los cambios en las relaciones de parentalidad generan reflejos en el derecho de custodia, alimentos, responsabilidad parental, derecho a la sucesión, etc. Todos estos derechos deben ser repensados para esta nueva realidad.

Con relación al derecho al parentesco, al permitir la multiparentalidad también debe asegurarse el reconocimiento del parentesco advenido, es decir, si un niño tendrá dos padres y una madre en su acta de nacimiento, también tendrá 6 abuelos y tendrá asegurada la relación de parentesco con los tíos, hermanos de estos padres y con los otros hijos que los padres ya tengan o vayan a tener. Deben ser observados, inclusive, los impedimentos matrimoniales decurrentes de la relación de parentesco. El niño también tendrá derecho al apellido de familia de todos los padres.

Otro punto por definir es el de la responsabilidad parental, que deberá ser de todos los padres registrales. Además, el sistema de guarda y custodia deberá ser definido de forma que asegure el mejor interés del niño. Sin duda, en los casos en que los padres (ahora hablando de tres o más) no vivan juntos, será compleja la definición de la convivencia y residencia del niño. La pensión alimenticia se basa en el principio de solidaridad familiar, así como el deber de prestar alimentos se extenderá a todos los padres, siendo necesaria una definición sobre cómo será la división entre ellos.

Aunque el niño pueda tener múltiples padres en su acta de nacimiento, biológicamente siempre tendrá solo dos. El reconocimiento al derecho de saber quiénes son sus padres biológicos también ha de ser reglamentado.

Los derechos sucesorios en multiparentalidad también se verán afectados. El niño tendrá el derecho a recibir la herencia de todos los padres y al revés, lo que también es correcto. En caso de que el niño fallezca antes que los padres, ellos tendrán los derechos sucesorios, si este no ha dejado otros herederos estipulados. Acreditamos que en este caso lo correcto sería la sucesión por cabeza, es decir, la herencia dividida igualmente entre todos los padres registrales.

Por fin, el gran objetivo de aceptar una multiparentalidad es sustentar el derecho de las personas en virtud del principio de la dignidad y del afecto –tan característicos de los seres humanos– reconociendo las relaciones interpersonales presentes en la sociedad y el mantenimiento de lazos parentales existentes en la vida del niño, garantizando su mejor interés. Así que el reconocimiento de una multiparentalidad debería producir todos los efectos de la filiación automáticamente, sean de origen existencial o patrimonial.

## CONCLUSIONES

I

La conceptualización de familia no es de fácil definición por englobar elementos sociales y culturales de una sociedad, bien como elementos particulares de cada relación afectiva de convivencia. Es un concepto que está en constante transformación. En el presente para la existencia de una formación familiar, elementos económicos y reproductivos perdieron importancia frente al afecto, el cuidado y la autonomía. No existe un concepto rígido y único de familia. En verdad, ante la pluralidad de formaciones familiares existentes actualmente, no debemos hablar de "Derecho de Familia", sino de "Derecho de las Familias". Esta aceptación plural de familia es importante, puesto que, así como el Derecho deriva de una construcción social, él también ayuda a cambiar valores y costumbres de una comunidad, para que tengamos una sociedad más justa y democrática, con una política de compromiso moral.

II

El afecto está adquiriendo estatus legal, inclinándose cada día más a ser la base estructural de la interpretación general y de la aplicación de reglas y principios de la organización del Derecho de las Familias. Los vínculos afectivos son fomentados por la convivencia entre padres e hijos y valores son transmitidos por medio de esta relación. Un ambiente familiar sano y verdadero es esencial para el desarrollo de la personalidad y de la estructura psíquica de un niño. La familia formada con base en el cuidado y en el respeto mutuo, aceptando a la característica individual de cada uno, trae un nuevo paradigma con una mayor humanización y universalización de los derechos.

III

La relación afectiva de una pareja y la relación de filiación moderna son manifestaciones del cuidado y de la solidaridad entre las personas. Mientras haya afecto, habrá una familia, unida por lazos de libertad y responsabilidad, y consolidada en simetría, en colaboración, en la comunión de la vida. Sin embargo, existe una diferencia entre la relación de pareja y la

relación de filiación. En la primera, la autonomía privada de las partes es mayor, con la posibilidad de romper el vínculo por la falta de afectividad; ya en la segunda, no puede existir autonomía privada para deshacer un vínculo de filiación regularmente constituido. La falta de amor hacia un hijo jamás podrá ser argumento para la falta de cuidado y para impugnar una filiación.

## IV

Estamos viviendo tiempos de muchas dudas internas en las relaciones personales; al mismo tiempo que tenemos el deseo de libertad, tenemos el deseo de buscar nuevas formas de vivir una relación afectiva. En la búsqueda de la felicidad, las parejas son deshechas y remodeladas. Familias con "los hijos míos, los tuyos y los nuestros" están cada vez más presentes (familias reconstituidas). La regulación jurídica de la familia no busca solucionar los problemas personales individuales de las parejas que sufren una crisis y acaban en una ruptura. Al Derecho apenas le cabe ofrecer medios para llegar a soluciones racionales, principalmente cuando involucra derechos de terceras personas que poseen protección integral (niñas y niños). Los contratos de familia son cada vez más importantes para la prevención de litigios; sin embargo, la autonomía privada contractual no puede ir contra la dignidad humana, la igualdad entre mujeres y hombres, o tolerar cualquier tipo de violencia física, psicológica o patrimonial, dejando de asegurar los derechos y garantías de los niños.

## V

En las nuevas configuraciones familiares reconstituidas, las madrastras y padrastros ganan un nuevo rol dentro de la familia; aunque no podemos imponer a estos nuevos miembros una responsabilidad que corresponde a los padres. El divorcio y la ruptura de la pareja no puede significar una quiebra de los vínculos parentales, la convivencia entre los padres e hijos debe mantenerse. La responsabilidad parental sigue siendo de ambos padres, y por esto es necesario fortalecer la cultura de una responsabilidad compartida, para la creación de vínculos afectivos por medio de una convivencia constante, bien como para la ratificación de los derechos y obligaciones existentes entre padres e hijos. La consolidación de una igualdad de hecho entre los padres y la valorización de los diferentes papeles de cada miembro de la

familia no se va a lograr de un día para otro, depende de un tiempo para que sea absorbido por la sociedad, y también de acciones positivas para acelerar e instruir este nuevo proceder de la responsabilidad parental.

VI

Aunque los principios de orden público estén diseminados en el Derecho de las Familias, la familia está en el campo del Derecho Privado. Es necesario reflexionar sobre nuevos mecanismos para una mayor protección de las diversas formaciones familiares. La autonomía privada prevalece en las nuevas relaciones afectivas, asociada a una idea de autorresponsabilidad (existe un equilibrio entre autonomía y responsabilidad); la intervención del Estado es esencial para garantizar la protección de la vida familiar, sin violar la privacidad de las personas. Las limitaciones deben existir solamente debido a un interés familiar, es decir, por la protección de principios justos y armónicos que buscan la preservación de la solidaridad y afectividad. Así, la autonomía privada pasa a ser vista como el espacio de libertad de cada individuo dentro del orden jurídico.

VII

Los lazos de sangre ya no revelan por sí mismos la existencia de familia o de vínculos parentales, es necesario agregar la existencia de una relación efectiva de convivencia. El afecto tiene sentido más allá del amor, y quiere decir también asunción de derechos y deberes inherentes a la responsabilidad parental (cuidado). La posesión de estado, como realidad sociológica y afectiva, puede mostrarse tanto en situaciones donde está presente la filiación biológica, como en aquellas en las que la voluntad y el afecto son elementos esenciales. La posesión del estado de hijo –y en consecuencia el vínculo paterno– son reconocidos a favor de aquel que utilizó el apellido (*nominatio*), por ser tratado por el padre como un hijo (*tractatio*), y disfrutó del reconocimiento de su condición de descendiente en la comunidad (*reputatio*).

VIII

La filiación es un fenómeno cultural complejo. Es por medio del Derecho de filiación que se atribuye una cualificación jurídica a la relación de parentesco, estableciendo formalmente derechos y deberes entre padres e hijos. La evolución científica responsable por la popularización del examen de ADN reforzó la importancia del criterio biológico para la adecuación del vínculo de filiación, tanto para realizar el derecho fundamental a buscar la identidad genética como para definir una emanación natural del derecho a la personalidad. Sin embargo, el vínculo biológico no es más el centro del derecho de filiación, y no es algo trascendental. Aunque la biología sigue siendo utilizada en la mayoría de los casos para la determinación de la filiación, ya no es la única clave existente, tampoco debe ser vista como la preponderante. De hecho, el Derecho de filiación es una técnica jurídica que busca dar a los niños un sistema de protección, buscando su mejor interés.

IX

Durante mucho tiempo, principalmente en el Derecho, había un cierto pudor en trasladar los sentimientos hacia el ordenamiento jurídico. Sin embargo, el afecto existente en las relaciones familiares no puede ser dejado al margen de la interpretación legislativa. La biología, los vínculos sociales (afectivos) y la voluntad deben ser considerados como categorías posibles para la determinación de la filiación, estando todos en igualdad de relevancia. Por consiguiente, pasamos a diferenciar al progenitor (proveedor de material genético) de la madre/el padre (quien ejerce efectivamente la responsabilidad parental). La filiación socioafectiva es el resultado de la libre voluntad de las personas en asumir las funciones parentales y esta puede darse por concepción natural, por el uso de las técnicas de reproducción asistida, por adopción, por un reconocimiento, o simplemente por la pose de estado. Ser madre/padre es más que asumir las obligaciones legales con relación a sus hijos, es cuidar a diario, convivir, educar y ser responsable.

X

La adopción y más recientemente las técnicas de reproducción humana asistida demostraron que el Derecho a filiación es una construcción cultural de las personas, no es un hecho de la biología. La apertura a la posibilidad de conseguir el sueño de tener un hijo con el material genético de terceros demostró que no es necesaria la conexión entre la biología y el derecho a filiación. En realidad, la filiación depende de la voluntad de las personas de querer ser padres, para desarrollar y vivir su proyecto de felicidad. Aun así, el derecho de filiación todavía está pensado, sobre todo, en el derecho de reproducción de los padres y el derecho a constituir una familia, pero no en el superior interés del niño. En este punto necesitamos reflexionar más.

XI

El hijo tiene siempre el derecho a buscar su origen biológico, es un derecho de la personalidad. Aunque en los casos de reproducción asistida con utilización de material genético de terceros la revelación de la verdad al hijo pueda traer algún aspecto incómodo para los padres, es algo necesario. El niño tiene el derecho a conocer su verdadera identidad genética, siempre y cuando tenga la madurez efectiva para este entendimiento. Todos nosotros necesitamos distintas informaciones para formar nuestra identidad, y la genética hace parte de la construcción de la personalidad. Para el sostenimiento de las relaciones familiares actuales es necesario mantener la verdad, la franqueza y la confianza en todas las relaciones, principalmente en las de filiación.

XII

Mientras no logremos una sociedad más responsable a la hora de reconocer la paternidad de los niños y comprendamos que la relación de una pareja es independiente de la relación de filiación, vamos a seguir con acciones de reconocimiento e impugnaciones de filiación en los Tribunales. Estas acciones deben ser utilizadas en casos muy específicos: por ejemplo, cuando no existe un padre o madre formalmente reconocidos. Ahora para los casos que ya existe uno reconocido, que ejerce concretamente las funciones parentales, aunque no exista

correspondencia biológica, difícilmente el superior interés del niño será por el cambio de la paternidad, con preeminencia de la biología. Por eso, para los casos de reconocimiento de complacencia, lo único que podría defenderse, analizando muy bien el caso concreto, es la posibilidad de una impugnación de la paternidad, dentro de un plazo legal razonable, existiendo un interés para el niño. En esto caso, además, la acción basada en la falta de correspondencia biológica debe acompañar la indicación de un supuesto padre biológico, y la inexistencia de formación de vínculos sociales (afectivos) con el niño. No es legítimo dejar un niño sin ningún padre, esto, como regla general va contra su superior interés.

XIII

Lo más importante es que se produzca un cambio de mentalidad y entendamos que reconocer un hijo es asumir una responsabilidad perenne, sea hijo biológico o hijo por el ejercicio de la autonomía de la voluntad; todos deben tener en mente que no es posible renunciar a una parentalidad. La decisión de traer una vida al mundo o de reconocer a un niño como propio debe ser tomada con más responsabilidad. El niño no es un objeto de satisfacción de la voluntad de los padres de ejercer la parentalidad cuándo y cómo les convenga. Más que una responsabilidad con los hijos, hay una responsabilidad social de las funciones parentales, pues de ellas depende el futuro de la sociedad que estamos creando.

XIV

Cada miembro de la familia tiene una responsabilidad funcional específica. A la hora de reconocer a un niño, la persona debe saber que está asumiendo una relación de parentalidad, exista o no un vínculo biológico. La mujer que oculta la paternidad de un hijo a su pareja actúa de manera abusiva y de mala fe. La sexualidad femenina ya no es un tabú, la protección de una familia constituida no es fundamento para ocultar el origen biológico de un niño. Un ambiente de confianza y verdad siempre será más sano para el desarrollo de los niños.

XV

El reconocimiento institucional de la multiparentalidad implica, en la posibilidad de relativización del sistema binario de filiación, y solo puede ser permitida en casos que beneficien al niño. Por más que parezca controvertido, la pluralidad de vínculos parentales ya es una realidad de hecho para muchos niños. Lo importante es que el niño tenga claro cuál es el papel de cada miembro de la familia, de acuerdo con su madurez. De cualquier forma, no es en todos los casos que tener tres o cuatro personas como madre o padre es lo mejor para un niño. Esto debe pasar por un estudio multidisciplinar y tener una modulación de efectos definida legalmente.

XVI

Biológicamente, hasta hoy, todos tenemos carga genética de un hombre y una mujer. Sin embargo, no necesariamente un hombre y una mujer van a ejercer los papeles de madre y padre; este rol puede recaer también en terceras personas, sin vínculos biológicos con el niño. En los casos de las familias reconstituidas en las que hay una convivencia afectiva durante muchos años entre los padrastros o madrastras y los hijastros, sin que haya la ruptura del vínculo parental y afectivo con la madre o el padre, puede acabar por existir, en la práctica, una multiparentalidad. Esta pluralidad de vínculos de filiación debe ser reconocida jurídicamente siempre y cuando esté demostrado que esto refleja el mejor interés del niño, debiendo el niño ser oído cuando tenga edad y madurez compatible.

XVII

El papel de la ley es organizar y apoyar toda la gama de situaciones existentes, haciendo que todas las personas vivan bajo su manto regulador y protector, y dirigiendo el hecho de la adaptación a la norma legal. En una sociedad compleja y plural, los ordenamientos jurídicos necesitan acoger diversos modelos familiares, dando protección a vínculos de filiación distintos del biológico, con un replanteamiento de todo el sistema de filiación. La ley debería reflejar los anhelos de la comunidad, inclusive de las minorías, asignando sentido a las normas de acuerdo con los nuevos paradigmas sociales. De todas formas, algunos cambios culturales

llevan un tiempo para ser implementados y aceptados socialmente. Por esto, ceben los tribunales hacer una integración y una interpretación, ponderando los principios en conflicto, a fin de proteger los Derechos humanos y principalmente el superior interés de los niños.

XVIII

El Derecho no puede precisar con exactitud los límites del interés superior de los niños o adolescentes para cada caso concreto, entonces los operadores deben usar valores de racionalidad y justicia, frente a los parámetros legales. Es un concepto amplio en el que las normas jurídicas pueden resolver problemas abiertos mediante el análisis axiológico. La idea de un tribunal aislado y conservador, preso en conceptos ultrapasados, ya no puede ser tolerado. Un tribunal debe tener un enfoque multidisciplinario, con análisis sólidos incorporados a la observación integral, que tenga en consideración la vida y el desarrollo de la personalidad del niño a lo largo del tiempo. Debe respetarse el orden público, pero la existencia de un vacío en la norma jurídica no puede significar la negativa de asegurar derechos que ratifiquen relaciones familiares y de parentalidad socialmente presentes. El Derecho de las Familias requiere jurisdicción propia y jueces especialistas en infancia; se trata de una rama que necesita personas con un trato más humanista, para buscar soluciones a través de la mediación y de las prácticas colaborativas, procurando que la autonomía de las personas sea garantizada y las necesidades de cada uno sean escuchadas.

XIX

Pese a que el Derecho de filiación español todavía estar basado tradicionalmente en los orígenes biológicos y las presunciones decurrentes del matrimonio, la pluralidad familiar, los cambios en la sexualidad y los avances de la medicina biogenética son hechos sociales que requieren nuevas respuestas legales. Urge replantearse la estructura de la filiación y sus reflejos en el Derecho de las familias como un todo. Tenemos que salir de la zona de conforto, enfrentar y dar soluciones adecuadas a situaciones nuevas que eran inimaginables hace algunos años, tales como engendrar un hijo en un útero ajeno, la posibilidad de la existencia de tres padres registrales, y la maternidad/paternidad derivada de la socioafectividad. El futuro

depende de las nuevas generaciones, el derecho de los niños necesita una protección prioritaria efectiva.

XX

La solidaridad intrafamiliar resulta imprescindible en tiempos de crisis. En esos años 2020 y 2021 estamos viviendo una de las épocas más críticas de la historia reciente de la humanidad, y grandes cambios sociales y culturales están por venir. Vivíamos, quizás, en un escenario irreal globalizado de premisas muy frágiles, de una libertad extrema. La autonomía de la voluntad individual utilizada hasta la última ratio para una búsqueda de la felicidad ilimitada, sin aceptar nuestra condición de seres humanos limitados. Tenemos que reconsiderar lo colectivo y la solidaridad social, aprender a respetar más el espacio propio y el espacio del otro. Vivimos en una constante antagónica: la "solidaridad" existente es egoísta, una vez que objetivamente lo que se busca es la felicidad propia de cada uno. La verdadera solidaridad solo se desarrolla en un ambiente recíproco de comprensión y cooperación, ayudándose mutuamente cuando sea necesario. Precisamos utilizar cada vez más la mediación y los acuerdos. Las relaciones humanas van a cambiar, la tecnología ayuda con eso. Al mismo tiempo vemos que la tolerancia con el otro, en las relaciones familiares y de filiación, disminuye. Vivíamos en una sociedad frenética, sin tiempo para nada. Cuando nos es impuesta una pausa, estar en casa con nuestra familia hace que nuevos conflictos exploten. El Derecho solo no será capaz de resolver todas las cuestiones para proteger los intereses en juego. Es el momento de reflexionar, tener más empatía con el otro, buscar el sentido real de la vida con las personas que realmente nos quieren e invertir tiempo y cuidado en estas relaciones, además de dar más valor a las cosas pequeñas.

No somos el centro del mundo, no tenemos el control de todo. Evidentemente estamos en la mitad de un cambio de mentalidad y de un proceso de revaluación de valores esenciales de la sociedad. El desconocimiento, lo nuevo, genera inseguridad y miedo, pero los cambios son necesarios para el crecimiento y la reafirmación de la necesidad de los seres humanos de vivir en una sociedad, dentro de una familia conectada mediante vínculos afectivos para alcanzar la felicidad.

## BIBLIOGRAFIA


ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*. Dykinson- D.L, Madrid, 2015.

ADROHER BIOSCA, Salomé. "La reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades". En MAYOR DEL HOYO, María Victoria (Dir.). 1 ed. *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

AGUIRRE, João. "Reflexões sobre a multiparentalidade e a repercussão geral do STF". *Revista Electrónica Direito e Sociedade - REDES*, vol. 5, nº. 1 ISSN-e 2318-8081, 2017, págs. 269-291.

ALEGRE MARTINEZ, Miguel Angel. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. Secretariado de Publicaciones, Léon, 1996.

ALEXY, Robert. *Dignidad humana y proporcionalidad*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2015.

- "Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, ISSN 0214-8876,1988, págs. 139-151.

- *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

- "Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección". En; FERRER BELTRÁN, Jordi; MORESO MATEOS, José Juan (Directores). *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Marcial Pons, Madrid, 2011.

ALKORTA IDIAKEZ, Itiziar; FARNÓS AMORÓS, Esther. "Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio". Ejemplar dedicado a Derechos reproductivos y reproducción asistida. Género, diversidad Sexual y familias en plural. *Oñati Socio-Legal Series*, v7, n.1, ISSN 2079-5971, 2017, págs.148-178.

ALMEIDA NEVES BARBAS, Stela Marcos de. *Direito ao Património Genético*. Almedina, Coimbra, 2006.

ALONSO PÉREZ, Mariano. "La familia y el derecho de familia". En CUENA CASAS, Matilde; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano; (Directores*). Tratado de derecho de la familia*, Vol I, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.

ALT DA SILVA, Daniel. *Famílias Simultâneas: Uma abordagem à luz da autonomia privada*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016.

ALVARADO PLANAS, Javier; MONTES SALGUERO, Jorge J.; PÉREZ MARCOS, Regina Maria; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Dolores Del Mar. *Manual de historia del derecho español*, Sanz y Torres, Madrid, 2016.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique; CANCIO ALVAREZ; FIGUERUELO BURRIEZA, Angela, NUÑO GÓMEZ, Laura (Dirección), María Dolores, Ángela (Coord.). *Estudios interdisciplinares sobre igualdad*. 2 ed. Iustel, Madrid, 2011.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago. "Filiación natural y filiación adoptiva: aspectos internacionales". En GETE-ALONSO Y CALERA (Dir.), María del Carmen; SOLÉ RESINA, Judith (Coord.). *Tratado de derecho de la persona física*. Tomo I. Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2013.

ÁLVAREZ MUNÁRRIZ, Luis; GUERRERO MUÑOZ, Joaquín. *Biotecnología y familia: factores socioculturales y éticos*. 1a. ed. DM, Murcia, 1999.

ÁLVAREZ PLAZA, Consuelo. "La diversidad familiar y la divulgación de los orígenes genéticos a los niños nacidos a partir de donantes y/o gestación subrogad". *IM-Pertinente*, ISSN 2346-2922, enero-junio -2014, pags.17-43.

AMORÓS, Esther Farnós. "Donor anonymity, or the right to know one's origins?". *Catalan Social Sciences Review*, nº5, ISSN: 2014-6035, 2015, págs.01-10.

- "La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología", *Anuario de derecho civil*, vol. 68, nº 1, ISSN 0210-301X, 2015, págs. 5-61.

ANDREU MARTÍNEZ, Belén. "La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido? R*evista para el Análisis del Derecho*, nº 2, ISSN-e 1698-739X, 2018,págs.1-35.

ANGUITA VILLANUEVA, Luis A. "Acuerdos prematrimoniales: el modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española". En RAMS ALBESA, Joaquín J. (Dir. y Coord.). *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*. Dykinson, Madrid, 2009.

ANTUNES MACIEL ARANHA HAPPER, Adriana. "O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar". En; OLIVEIRA DE, Guilherme; SILVA PEREIRA, Tania da (Coord.). *O cuidado como valor jurídico.* Forense, Rio de Janeiro, 2008.

ANZURES GURRIA, José Juan. "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales". *Cuestiones constitucionales revista mexicana de derecho constitucion*al, nº22, ISSN-e 1405-9193, ene./jun -2010, págs. 3-51.

ARENDT, Hannah. (Traducción Roberto Raposo). *A condição humana.* 10ed. Florence Universitária, Rio de Janeiro, 2007.

ARTERO FELIPE, José Luis. “El elemento volitivo de la adopción”. *Acciones e Investigaciones Sociales*, nº 12, ISSN 1132-192X, 2001, págs. 53-76.

ASSIEGO CRUZ, Violeta. “Motivaciones para la adopción”. *Revista Padres y Maestros*, n . 238,ISSN 0210-4679, ISSN-e 2255-1042,1998, págs. 26-30.

ATIENZA, Manoel. *Filosofía del Derecho y transformación social*. Editorial Trotta, Madrid, 2018.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”. *Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho*, nº. 27, ISSN: 1405-0218, 2007, págs. 07-28.

ÁVILA ESPADA, Alejandro. "La función parental en la adopción"'. *Revista Iberoamericana de Diagnóstico y Evaluación Psicológica*, vol. 1, nº 19, ISSN 1135-3848, 2005, págs. 191-204.

BAPTISTA DOS SANTOS, Romualdo. *A Tutela jurídica da afetividade*. Juruá, Curitiba. 2011.

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles. "Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales” *Derecho Privado y Constitución*, nº28, ISSN 1133-8768, 2014, págs. 93-136.

- “Comentario de la sentencia del tribunal supremo de 12 de enero de 2015 (260/2015): Imprescriptibilidad de la acción de reclamación de la maternidad no matrimonial por el hijo: inaplicación de la doctrina de los actos propios” en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Editor). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil.* Vol. 7, Editorial Dykinson, Madrid, 2017.

- “El ajuste de las acciones de filiación: planteamiento y resultados”. En MAYOR DEL HOYO, María Victoria (Dir.). *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

- “La filiación adoptiva”. En YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Editor). *Tratado de derecho de la familia*. Vol. V, 2a. ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

- “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja-REDUR*, nº8, ISSN-e 1695-078X, 2010, págs. 25-37.

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles; QUICIOS MOLINA, Susana; VERDERA SERVER, Rafael (Coord.). *Retos actuales de la filiación*. Editorial Tecnos, Madrid, 2018.

BARBOSA e SILVA, Erica; TARTUCE, Fernanda. “Reconhecimento de paternidade socioafetiva no cartório de registro civil: mudanças significativas”. *Revista IBDFAM: famílias e Sucessões* nº35, ISSN nº2358-1670, Belo Horizonte, 2019, págs. 41-50.

BARRIO GALLARDO, Aurelio. *Autonomía privada y matrimonio*. Editorial Reus, Madrid, 2016.

BARTOLOMÉ TUTOR, Aránzazu. *Los derechos de la personalidad del menor de edad: su ejercicio en el ámbito sanitario y en las nuevas tecnologías de la información y comunicación*. Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

BASSET, Úrsula C. "Una identidad latinoamericana: el derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista de* Derecho (UCUDAL). 2da época, año 14. n° 17, 2018.

BATISTA VILLELA, João. "Desbiologização da paternidade". *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 21, ISSN Eletrônico- 1984-1841, 1979, p.401-418.

BATLIWALA, Srilatha. "El significado del empoderamiento de las mujeres: nuevos conceptos desde la acción". En LEÓN, Magdalena. *Poder y empoderamiento de las mujeres*. T/M Editores, Santa Fe de Bogotá, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: A fragilidade dos laços humanos.* Tradução Carlos Alberto Medeiros. Zahar, Rio de Janeiro, 2004.

BEAUVOIR DE, Simone. *El Segundo sexo*. Gallimard, Madrid, 2005.

BENEDITO MORANT. *La atribución de la filiación. Sistemas civil y canónico*. Atelier, Barcelona, 2017.

BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, Ana; GÓMEZ BENGOECHEA, Blanca. *Esta es tu historia: identidad y comunicación sobre los orígenes en adopción.* Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2007.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. "Cuestiones varias en torno a la determinación de la filiación por doble paternidad". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº9, ISSN 2386-4567, 2018, págs. 276-309.

- "La reclamación de la filiación no matrimonial: legitimación y efectos". R*evista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº77, ISSN 0210-0444, 2019, págs. 357-393.

BERROCAL LANZAROT, Ana Izabel; CALLEJO RODRIGUEZ, Carmen. *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la ley orgánica 8/2015, de 22 de julio y la ley 26/2015, de 28 de julio*. Wolters Kluwer,1ed. Madrid, 2017.

BESTARD, Joan; CHACÓN, Francisco (Directores). "Familias. Historia de la sociedad española (del final de la Edad Media a nuestros días)". *Revista de investigación acerca de la dimensión histórica de los fenómenos sociales,* nº. 7, ISSN-e 2255-3851, 2017, págs. 407-420.

BESTARD CAMPS, Joan. *Tras la biología: la moralidad del parentesco y las nuevas técnicas de reproducción*. Publicaciones i edicions de la Universitat de Barcelona, 2004.

BERTRANPETIT, Jaume; COMAS, David; CALAFELL, Francesc; SOLÉ-MORATA, Neus; "Y-chromosome diversity in Catalan surname samples: insights into surname origin and frequency". *European Jornal of Human Genetics*, vol. 23, ISSN 1018-4813, 2015, págs. 1549-1558.

BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. "Una Filiación: tres modalidades de establecimiento: la tensión entre la ley, la biología y el afecto". *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, nº. 1, ISSN-e 2444-3220, 2015, págs. 1-16.

BOFF, Leonardo. *Saber cuidar- ética do humano, compaixão pela terra*. 10 ed. Vozes, São Paulo, 2004.

- "Justiça e cuidado: opostos ou complementares?". En OLIVEIRA, Guilherme de; SILVA PEREIRA, Tania da. (Coord.). *O cuidado como valor jurídico*. Forense, Rio de Janeiro, 2008.

BORRILLO, Daniel. "La contractualización de los vínculos de familia. Derecho de familia". *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Abeledo Perrot, nº 79, 2017, págs. 01-28.

BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina; LIMA RODRIGUES, Renata de; "Multiparentalidade como fenômeno jurídico contemporâneo". *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, vol nº 14, ISSN 2358-3223, 2010, págs 89-106.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*, Renovar, Rio de Janeiro, 2013.

CAMPUZANO DÍAS, Beatriz. "La política legislativa de la UE en DIPr de familia. Una valoración de conjunto". *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 5, nº 2, ISSN-e 1989-4570, 2013, págs. 234- 264.

CARAMELO, Gustavo; HERRERA, Marisa; PICASSO, Sebastián (Coord.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado.* 1a ed. TomoII, Infojus, Ciudad autónoma de Buenos Aires, 2015.

CARO GARCÍA, Carmen; MONREAL-GIMENO, Carmen. "Creencias del amor romántico y violencia de género". *International Journal of Developmental and Educational Psychology: INFAD*, vol. 1, nº. 2, 2017, pp. 47-56.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3 ed, Atlas, São Paulo, 2017.

CASTRO JOVER, Adoración (Coord.). *Interculturalismo y derecho*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

CHACÓN MARTINEZ, Ana. *El interés superior del menor: historia de un reconocimiento jurídico en los derechos humanos para la infancia (siglos XVIII-XXI).* Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, Murcia, 2019.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano de; PAULINO DA ROSA, Conrado. *Teoria Geral do Afeto*. Editora jusPodium, Salvador, 2020.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano. A tutela jurídica da confiança aplicada ao Direito de Família. *Anais do V Congresso Brasileiro –. Família e Dignidade Humana, IBDFAM*, 2006.

COLLIER, Paul. *The future of capitalism: Facing the anxieties*. Allen Lane, London, 2018.

COMINS MINGOL, Irene. *Filosofía del cuidar: una propuesta coeducativa para la paz*. Icaria Antreazyt, Barcelona, 2009.

CORREA BASCUÑAN, Mario. "Influencia del cristianismo en la evolución del derecho romano hacia el derecho natural en materia de relaciones de familia". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 7, nº1-6, ISSN 0716-0747, 1980, págs. 502-518.

CRUZ ÁNGELES, Jonatán. *Derechos humanos y nuevos modelos de familia: estudio en el marco de los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2018.

CRUZ FERNÁNDEZ, María. "Breve reseña histórica de la regulación legal de la adopción en España". *Temas de psicoanálisis*, núm. 8, Julio, 2014, págs. 02-14.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. "Coparentalidade abre novas formas de estrutura familiar". *Revista Consultor Jurídico*, 13 de agosto de 2017.

- *Direito das famílias*. Forense, Rio de Janeiro, 2020.

DÁVILLA BALSERA, Paulí; NAYA GARMENDIA, Luis María. "La Evolución de los Derechos de la Infancia: Una Visión Internacional". *Universidad Complutense de Madrid: Encounters on Education*, vol.7, ISSN 1494-4936, Fall-2006, págs.71-93.

DE COUTO GÁLVEZ, Rosa (Coord.). *Derecho de las relaciones familiares y de los menores*. Dykinson, Madrid, 2018.

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, María Soledad. "Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal: A propósito de las SSTS de 5.12.2013 y 15.1.2014", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº. 1, ISSN-e 1698-739X, 2015, págs. 1-35.

DE LA TORRE VARGAS, Maricruz Gómez. *Sistema Filiativo: filiación biológica*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

DE LA TORRE, Natalia. “La triple filiación desde la perspectiva civil”. *Revista de derecho privado y comunitario*, ISBN 978-987-30-0677-7, 2016, págs. 117-143.

DEL ÁGUILA TUESTA, Frieda Roxana. "Identidad genética y filiación", *Vox Juris*, vol. 28, nº. 2, ISSN1812-6804, 2014, págs. 225-249

DELGADO ROJAS, Jesús Ignacio. “Dignidad Humana”. *Eunomía: Revista En Cultura De La Legalidad,* nº. 15, 2018, págs. 176-197.

DIAS, Maria Berenice. “Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales”. *Revista Jurídica UCES- Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*, nº 13, Buenos Aires, ISSN 2591-5266, 2009, págs. 83-89.

- *Filhos do afeto*. 2 ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.

- “La familia Homoafectiva”. *Revista Jurídica Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*, nº 11, Buenos Aires, ISSN 2591-5266, 2007, págs.07-25.

- *Manual de direito das famílias*. 12ed. Editora dos Tribunais, São Paulo, 2017.

- Multiparentalidade: uma realidade que a Justiça começou a admitir”. Disponible en:http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13075)MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta.pdf.

DÍEZ RIAZA, Sara. “La aplicación de la adopción abierta en España. Una visión en cifras y algo más”. *Revista de Derecho UNED*, núm. 22, ISSN 2255-3436, 2018, págs.159-182.

DIOS FERNÁNDEZ, Eider de. “Domesticidad y familia: ambigüedad y contradicción en los modelos de feminidad en el franquismo”. *Feminismo*, nº23, ISSN 1696-8166, 2014, págs. 23-46.

DONATI, Pierpaolo. *Manual de sociología de la familia*. EUNSA, Navarra, 2003.

DURÁN ACUÑA, Luis David. “Derechos y deberes entre padrastros e hijastros (propuesta normativa)”. *Revista de Derecho Privado*, nº. 6, ISSN-e 0123-4366, 2000, págs. 04-16

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. (Tradução Jefferson Luiz Camargo, Revisão da Tradução: Fernando Santos). Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2010.

ELORZA SARAIA, Juan Daniel. *Valores y normas: Argumentacíon jurídica y moral crítica a propósito de Robert Alexy*.1 ed. Editorial Arazandi- Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

ERRÁZURIZ TORTORELLI, Cristina. “Sobre la protección internacional de la familia” *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21, nº 2, ISSN 0716-0747,1994, págs. 365-370.

EVANGELIO LLORCA. Raquel. "El concepto de posesión de estado de filiación". En MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (Coord.). *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*. Estudios Ramón Areces, vol. 2, Madrid, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Del Rey, Belo Horizonte.1996.

- *Direito de familia: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

FARNÓS AMORÓS, Esther. " Paradiso y Campanelli c. Italia (II**)**: los casos difíciles crean mal derecho". *Revista De Bioética Y Derecho: Publicación Del Máster En Bioética Y Derecho*, nº. 40, ISSN 1886-5887, 2017, págs. 231-242.

FERNANDEZ BAQUERO, María Eva. "Definición jurídica de la familia en el derecho romano". *Revista de derecho UNED*, nº10, ISSN 22553436, 2012, págs.147-176.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura. "La filiación natural y la libre investigación de la paternidad: el avance científico como factor exigente de cambios jurídicos". *Revista de Derecho UNED*, nº. 21, ISSN 22553436, 2017, págs. 109-148.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña (Coord.), *Tratado sobre la igualdad jurídica y social de la mujer en el siglo XXI*, Editorial Dykinson, SL, Madrid, 2019.

FERNÁNDEZ HAWRYLAKA, María; GRAU RUBIO, Claudia; "Relaciones de parentesco en las nuevas familias: disociación entre maternidad/paternidad biológica, genética y social". *Gazeta de antropología*, nº. 31, ISSN-E 2340-2792, 2015, págs.01-14.

FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana. "Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol.51, no.151, México, ISSN 0041-8633, ene./abr.- 2018, págs.107-134.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. Madrid: Dykinson, 2008.

FERRER BELTRÁN, Jordi; MORESO MATEOS, José Juan (Directores). *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy.* Marcial Pons, Madrid, 2011.

FERRER RIBA, Josep. "Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión". En BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles; QUICIOS MOLINA, Susana; VERDERA SERVER, Rafael (Coord.). *Retos actuales de la filiación*. Editorial Tecnos, Madrid, 2018.

FERRI, Luigi. *La autonomía Privada*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968.

FISS, Owen. "¿Qué es el feminismo?". *Themis Revista De Derecho*, nº. 32, ISSN 0214-8876, 1995, págs. 319-335.

FLORES ANARTE, Laura. *Las técnicas de reproducción asistida en España: ¿mercantilización de la maternidad o empoderamiento femenino?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. *A cidade antiga*. (traducción Frederico Ozana Pessoa de Barros). Ebooks Brasil, 2006.

GALLO VÉLEZ, Ana Silvia. *Los reconocimientos de complacencia em el Derecho Común español*. Dykinson, Madrid, 2017.

GARCIA ALGUACIL, Marcia José. "Los deberes conyugales a debate". En RUIZ- RICO RUIZ, Gerardo José y otros (Coord.) *Principios y deberes constitucionales de la personalidad: su proyección de la legislación civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GARCÍA MEDINA, Javier. "La reforma del derecho de familia desde un enfoque de Derechos Humanos". En GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (y otros). *Los derechos actuales en el derecho de familia*. Lex Nova Thomson Reuters, Valladolid, 2013.

GARCÍA-VÁZQUEZ, Sonia. "El derecho constitucional a la protección de la intimidad familiar: La impronta garantista de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". *Anuario da Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, n. 19, ISSN-e 2530-6324, 2015, págs. 261-281.

GARCÍA VICENTE, José Ramon. "La filiación". En YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y CUENA CASAS, Matilde (Directores). Vol. V, *Tratado de derecho de la familia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. "El trámite judicial de adopción". En MAYOR DEL HOYO, María Victoria (Dir.). 1 ed. *El nuevo régimen jurídico del menor*

GARDNER, Richard. A. *The parental Alienation Syndrome: The Parental Alienation Syndrome: A Guide for Mental Health and Legal Professionals*. Creskill. Creative Therapeutics, New Jersey, 1998.

GARRIDO GÓMEZ, Isabel. *La política social de la familia en la Unión Europea*. Madrid: Dykinson, 2000.

GAY MONTALVO, Eugeni (Director). *El derecho de familia y los nuevos modelos de familia: novedades doctrinales y jurisprudencia: libro homenaje a Encarna Roca Trías*. Aranzadi, Pamplona, 2015.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen. *Tratado de derecho de la persona física*. Tomo I. Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2013.

- *Tratado de derecho de la persona física. Tomo II*. Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2013.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; SOLÉ RESINA, Judith. *Custodia Compartida: derechos de los hijos y de los padres*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

GIDDENS, Anthony. *Consecuencias de la modernidad* (versión española de Ana Lizón Ramón). Alianza, Madrid, 1993, impreso en 2008.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. "La filiación por poliamor (o múltiple filiación) una mirada constitucional y convencional". *Revista de derecho privado y comunitario*, ISBN 978-987-30-0677-7, 2016, págs. 101-116.

- *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*. Ediar, Buenos Aires, 2014.

GÓMEZ PERALS, Miguel. "Doble maternidad legal en parejas homosexuales femeninas". En GARCÍA RUBIO, María Paz (Coord.). *Mujer, maternidad y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, Maricela. *La verdad biológica en la determinación de la filiación. Colección de monografías de derecho civil*. (ebook). Dykinson, Madrid, 2013.

GONZÁLEZ ORVIZ, Maria Eloina. *Modelos de guarda y custodia. Síndrome de alienación parental*. Editorial Bosch, Barcelona, 2010.

GONZALO MUÑOZ, Rodrigo. "La reproducción asistida y la filiación. Especial referencia al caso de las parejas de mujeres homosexuales". *Actualidad jurídica Iberoamericana*, nº 9, ISSN 2386-4567, 2018, págs. 376-401.

GRAEFF, Fernando René. *Filiação biológica, filiação socioafetiva e multiparentalidade*. Jurúa, Curitiba, 2019.

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente; MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia; CRESPO ALLUÉ, Fernando. *Los derechos actuales en el derecho de familia*. Lex Nova Thomson Reuters, Valladolid, 2013.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2005.

HALBIDE, Gustavo. *Derecho de Familia: en el Código Civil y Comercial*. 1 ed. San Isidro: Centro Norte, 2016.

HARBERLE, Peter. "La dignidad como fundamento de la comunidad estatal". En: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. Madrid: Dykinson, 2008.

HARMATIUK MATOS, Ana Carla; TARTUCE, Flavio, y otros (Cons. Editorial). *Revista IBDFAM: famílias e Sucessões* nº21, Belo Horizonte, ISSN 2358-1670, 2017.

- *Revista IBDFAM: Família e sucessões*, vol. 30., Belo Horizonte, ISSN 2358-1670, 2018.

- Revista IBDFAM: Família e Sucessões, nº35, Belo Horizonte, ISSN 2358-1670, 2019.

HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar. "La adopción de menores y el mantenimiento de los vínculos afectivos con su familia de origen. Análisis del art. 178.4 del Código Civil". En PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (Coord.). *Homenaje a José María Castán Vázquez: Liber Amicorum*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

HERNÁNDEZ ORBEGOZO, Ainhoa. *Filiación*. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

HERRANZ BALLESTEROS, Mónica. *El interés del menor en los convenios d la conferencia de la haya de derecho internacional privado*.1ed. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2004.

HERRERA GÓMEZ, Coral. *La construcción sociocultural del amor romántico*.1 ed. Fundamentos, Madrid, 2010.

HERRERA, Marisa. "¿Existe un derecho al hijo? El lugar y los límites de las técnicas de reproducción humana asistida". *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº. 35, ISSN 1575-720X, 2017, págs.115-144.

- *Comentarios a los artículos Arts. 529 a 536 Arts. 555 a 593*. En CARAMELO, Gustavo; HERRERA, Marisa; PICASSO, Sebastián (Coord.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado.* 1a ed. TomoII, Infojus, Ciudad autónoma de Buenos Aires, 2015.

- "La noción de socioafectividad como elemento "rupturista" del derecho de familia contemporáneo". *Revista De Derecho De Familia*, nº66, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2014, págs. 295-453

- *Manual de Derecho de las Familias*. 1ed. Ciudad autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015.

HERRERA, Marisa; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; LAMM, Eleonora. "Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino". *Revista Derecho Privado -Ediciones Infojus*, Año nº1, SAIJ: DACF120032, 2012, págs. 03-45.

HERRERO OVIEDO, Margarita; OTERO CRESPO, Marta; J. INFANTE RUIZ, Francisco. "Libertad. violencia. no discriminación". En GETE-ALONSO Y CALERA (Dir.). María del Carmen, Solé Resina, Judith (Coord.). *Tratado de derecho de la persona física*. Tomo I, Thomson Reuters, Pamplona, 2013.

HUGUET RÁMIA, Emili; GENÉ BADIA, Manuel. “La investigación biológica de la paternidad”. *Med Integral*, vol 40, nº 9, ISSN 0210-9433, 2002, págs. 415-422.

HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão Civil – Constitucional: O negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. JusPODIVM, Salvador, 2016.

IRIGOYEN TROCONIS, Martha Patricia. “La Mujer Romana a través de fuentes literarias y jurídicas”, en GONZÁLES MARTÍN, Nuria (Coord.). *Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau. Tomo I-Derecho Romano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional de México-UNAM, 2006.

JACOBS B, Melanie. “My Two Dads: Disaggregating Biological and Social Paternity”. Ariz. St. L.J. 809, Michigan State University of law, 2006, págs. 810-857.

JADVA,V; Freeman,T; Tranfield,E; Golombok. “‘Friendly allies in raising a child’: a survey of men and women seeking elective co-parenting arrangements via an online connection website”. *Human Reproduction*, Volume 30, Issue 8, August 2015, págs.1896-1906.

JOCILES RUBIO, María Isabel; SALVO AGOGLIA, Irene. “‘Siempre le he contado su historia’: prácticas y narrativas familiares sobre “los orígenes” en adopciones monoparentales”, vol.26 no.1, *Revista Mana: Estudos de Antropologia Social*, Rio de Janeiro, May 15, ISSN 1678-4944, 2020, 35p.

JOCILES RUBIO, María Isabel; RIVAS RIVAS; Ana María. “¿Es la ausencia del padre un problema? La disociación de los roles paternos entre las madres solteras por elección”, *Gazeta de Antropología*, vol. 26, Nº1, Artículo 04, ISSN 0214 7564, 2010, págs. 01-23.

JOUVE DE LA BARREDA, Nicolás. "La genética y la dignidad del ser humano". *Cuadernos de bioética*, vol. 24, nº.80, ISSN1132-1989, 2013, págs. 91-100.

JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael; DE LA TORRE DÍAZ, Francisco Javier. *La reproducción médicamente asistida: un estudio desde el derecho y desde la moral*. Ed. digital. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, e-book ISBN: 978-84-362-6660-3 UNED-e PDF, 2013.

JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz María. *Fecundación asistida e identidad personal*. 1 ed. Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. “Las nuevas realidades familiares en el código civil y comercial argentino de octubre de 2014”. *Revista juscivile.it*, nº11, ISSN 2281-3918, 2014, págs.321-338.

KLESSE, Christian. “Marriage, Law and Polyamory: Rebutting Mononormativity with Sexual Orientation Discourse?” *Oñati socio-legal series*, v. 6, n. 6, ISSN 2079-5971, 2016, págs. 1324-1347.

KOHEN, Beatriz. *El género en la justicia de familia. Miradas y protagonistas*. 1ed, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008.

KONRAD, Hesse. *Derecho Constitucional y Derecho Privado.* Editorial Civitas, S.A., Pamplona, 2016.

LAMM, Eleonora. "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida". *Revista de Bioética y Derecho*, nº24, ISSN 2545-6385, 2012, págs. 76-91.

LARMUSEAU, Maarten H. D., MATTHIJS, Koen; WENSELLEERS, Tom "Cuckolded Fathers rare in human populations". *Ecology &Evolution*, vol. 31 n. 5, mayo 2016, p.327-329.

LASARTE, Carlos. *Principios de Derecho Civil.* Tomo VI. 16 ed. Marcial Pons, Madrid, 2017.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Las estructuras elementares del parentesco*. Traducción: Marie Therèse Cevasco. Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1988.

LINACERO DE LA FUENTE, María (Directora). *Tratado de derecho de familia: Aspectos sustantivos, procedimientos, jurisprudencia, formularios*. 2 ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

LIPOVETSKY, Gilles. La familia ante el reto de la tercera mujer: amor y trabajo". La familia en la sociedad del siglo XXI. *Libro de ponencias*, v. 91, 2003.

- *La tercera mujer: Permanencia y revolución de lo femenino*. (Traducción Rosa Alapont). Editora Anagrama, Barcelona, 2007.

LLAMAS POMBO, Eugenio (Director). *Acciones Civiles*. La Ley, 3.ed., Vol.1, Madrid, 2019.

- (Coord.). *Nuevos conflictos del derecho de familia*. 1a. ed. La Ley, Madrid, 2009.

LLAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio. "Tolerancia, Laicidad y diálogo intercultural". En: CASTRO JOVER, Adoración (Coord.). *Interculturalismo y derecho*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco. "La determinación de la filiación y la presunción de paternidad". En LLEDÓ YAGÜE, Francisco (Dir.); MONJE BALMASEDA, Óscar (Coord.). *Las relaciones paterno-filiales, adopción y potestad parental.* Colección Cuadernos Teóricos Bolonia: derecho de familia III. Dykinson SL, Madrid, 2017.

LÔBO, Paulo. *Famílias.* Editora Saraiva, São Paulo, 2008, 407p.

- "A repersonalização das relações de família". *Revista Jus Navigandi***,** Teresina, año 9, n. 307, 10 mayo 2004.

- “Família e solidariedade”, *Boletim do IBDFAM*, nº 43, mar/abr. de 2007.

- “Novas razões para a força normativa dos princípios nas relações privadas”. *Revista IBDFAM: Família e sucessões.* vol. 30, Belo Horizonte, 2018.

- Transformações jurídicas da Família no Brasil”. Publicado em 12/02/2018 em http://genjuridico.com.br/2018/02/12/transformacoes-juridicas-familia-brasil.

LÓHNIG, MARTIN "Figuras paternas, Constitución alemana y Convención Europea de los Derechos Humanos", R*evista de Derecho Privado- Universidad Externado de Colombia*, n.° 31, ISSN digital: 2346-2442, julio-diciembre de 2016, págs..377-383.

LÓPEZ, Cristina. “Familia, cambio y Estado del Bienestar”. *Revista de intervención socioeducativa*, nº4, ISSN 1135-8629,1996, págs. 26-37.

LORENZI DE, Mariana. "El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿Una materia pendiente? *Revista de derecho, empresa y sociedad (REDS)*, nº. 8, época I, ISSN: 2340-4647, enero 2016- julio 2016, págs. 101-124.

LUCAS ESTEVE, Adolfo (Editor). *La gestación por sustitución*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 484p.

LUCAS MATHEU, Manuel. *Sexualidad madura*. Síntesis, Madrid, 2013, 175p.

MACEDO VALADARES, Maria Goreth. “Os meus, os seus e os nossos: As famílias mosaico e seus efeitos jurídicos”. Publicado el 24/03/2010. Fecha de consulta 10/03/2020.

MACHIN, Rosana. “Anonimato e segredo na reprodução humana com participação de doador: mudanças em perspectivas”. *Revista Saúde e Sociedade*. São Paulo, v.25, n.1, ISSN 1984-0470, 2016, págs.83-95

MARCOS CELESTINO, Mónica. “La Ley de las XII Tablas”. *Revista De Filología Clásica y Hebrea*, Tomo 51, nº155, ISSN0018-0114, 2000, págs. 353-383.

MARTÍN SÁNCHEZ, María. *Matrimonio homosexual y constitución*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MARTÍNEZ CALVO, Javier. *La Guarda y custodia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, José Luis. “La familia en la Constitución española” *Revista Española De Derecho Constituciona*l, Año nº 20, n 58, ISSN 0211-5743, 2000, págs.11-43.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves. “La igualdad de género en Derecho privado”. En: ÁLVAREZ CONDE, Enrique; y otros (Coord.). *Estudios interdisciplinares sobre igualdad*. 2ª ed., Iustel, Madrid, 2011, págs. 644-671

- *La obligación legal de alimentos entre parientes*”, La Ley, Madrid, 2002.

MARTÍNEZ TORÍO, Alejandro. “El poliamor a debate”. *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 17, ISSN (ed. digital): 2013-9993, 2017, págs. 75-104.

MARTOS CALABRÚS, María Angustias (Dir); BASTANTE GRANELL, Víctor (Coord). *En torno a la filiación y a las relaciones paterno filiales*. Comares, Albolote, Granada, 2018.

MARVEL, Stu. “The Evolution of Plural Parentage: Applying Vulnerability Theory to Polygamy and Same-Sex Marriage”. *Emory Law Journal*, vol. 64, ISSN 00944076, 2015, págs, 2048-2088.

MAYOR DEL HOYO, María Victoria (Directora). *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor,2017.

MAYOR DEL HOYO, María Victoria. *La adopción en el derecho común español*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, Comunidad de Madrid, Ayuntamiento de Madrid (Organización). *Libro de ponencias del Congreso La familia en la sociedad del siglo XXI*, Gráficas Ancares, Madrid, 2003, p. 83-91.

MIZRAHI, Mauricio Luis. *Responsabilidad parental*. 1 ed. Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.

MOLINA DE JUAN, Mariel F. “Autonomía progresiva de los hijos y responsabilidad parental en el código civil y comercial argentino”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana-IDIBE,* nº4, ISSN 2386-4567, julio- 2016, págs. 15-33.

MONJE BALMASEDA, Óscar. “La filiación: aspectos básicos.” En LLEDÓ YAGÜE, Francisco (Dir.); MONJE BALMASEDA, Óscar (Coord.). *Las relaciones paterno-filiales, adopción y potestad parental*. Colección Cuadernos Teóricos Bolonia: derecho de familia III. Dykinson SL, Madrid, 2017.

MONTAGNA, Plínio. "Parentalidad socio-afectiva y las familias actuales”. *Derecho PUCP: Revista de la facultad de derecho*, nº. 77, ISSN 0251-3420, 2016, págs. 219-233.

- “(Multi)parentalidade e subjetivação”. *Revista IBFAM* nº17,ISSN nº2358-1670, Belo Horizonte, 2016,pags. 113-128.

MORENO FLÓREZ, Rosa María. *Alteración de las circunstancias en derecho de familia: instituciones viejas para tiempos nuevos*. Dykinson, Madrid, 2018.

MORENO SECO, Monica. “El miedo a la libertad religiosa: autoridades franquistas, católicos y protestantes ante la Ley de 28 de junio de 1967”. *Anales de Historia Contemporánea*, nº17, ISSN 0212-6559, 2012, págs. 351-364.

MUÑOZ GENESTOUX, Rosalía; RAÚL VÍTTOLA, Leonardo. “El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo”. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Vol. 11, nº. 39, ISSN 1870-2147,2017, págs. 207-228.

NAMUR, Samir. *Autonomia privada para a constituição da família*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2014.

NAVARRO LINS, Regina. *A cama na varanda: arejando nossas ideias a respeito de amor e sexo*. 10 ed. Best Seller, Rio de Janeiro, 2017, 476p.

OCANÃ RODRIGUEZ, Antonio. *La Filiación en España- Jurisprudencia Y Doctrina*. Comares, Granada, 1993.

OLIVEIRA, Guilherme de. “Textos de Direito de Família*”. Imprensa da Universidade de Coimbra*, Coimbra, ISBN-Digital 978-989-26-1113-6, 2016, págs.01- 689.

- “Critérios jurídicos da parentalidade”. *Textos de Direito da Família Imprensa da Universidade de Coimbra*, ISBN 978-989-26-1112-9, Coimbra, 2016, p. 271-306.

OLIVEIRA, Guilherme de; SILVA PEREIRA, Tania da (Coord.). *O cuidado como valor jurídico*. Forense, Rio de Janeiro, 2008.

ORTEGA BURGOS, Enrique (Director). *Derecho de Familia 2020*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

ORTIZ VIDAL, María Dolores. “Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura en derecho internacional privado”. *Revista jurídica de la Región de Murcia*, ISSN 0213-4799, nº. 52, 2018, págs. 46-74.

PALOMO DEL RÍO, María Helena. “Nuevos modelos de familia: retos legislativos y jurisprudenciales. Las nuevas uniones familiares”. En ORTEGA BURGOS, Enrique (Director). *Derecho de Familia 2020*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

PAMPLONA, Rodolfo Filho; RABELO VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida. “Coparentalidade: a autonomia privada dos genitores em contraponto ao melhor interesse da criança”. En *Revista IBDFAM: famílias e Sucessões* nº36, Belo Horizonte, 2019.

PANIZA FULLANA, Antonia. *Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

PARDILLO HERNÁNDEZ, Agustín. *El derecho de familia en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

PARDO LÓPEZ, María Magnolia. “La proyección de los principios constitucionales de igualdad y de libertad sobre el derecho de familia durante la Revolución Francesa y el posterior viraje del Código Civil de Napoleón -apuntes para una reflexión”. *Anales de derecho*, nº23, ISS 1989-5992, 2005, págs.293-302.

PASCUAL MEDRANO, Amelia. “La dignidad humana como principio jurídico del ordenamiento constitucional español”. En CHUECA, Ricardo (Coord.). *Dignidad humana y derecho fundamental* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

PATTERSON, Charlotte J., “Children of lesbian and gay parents”. *Child Development,* v. 63, n. 5, 1992, Doi:10.2307/1131517, p. 1025-1042.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del derecho*. 2ed. Dykinson, Madrid, 2003.

PELE, Antonio. “La dignidad humana: modelo contemporáneo y modelos tradicionales”. *Revista Brasileira De Direito,* Vol. 11, nº. 2, 2015.

PENCO, Ángel Penco. *Derecho De Familia*. Dykinson, Madrid, 2013.

PERALTA CARRASCO, Manuel (Director.); ACEDOPENCO, Ángel (Coord.). *Derecho de familia: nuevos retos y realidades: estudios jurídicos de aproximación del Derecho Latinoamericano y Europeo*. Dykinson, Madrid, 2016.

PEREÑA VICENTE, Montserrat. “Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI”. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, ISSN 1870-2147, nº29, 2012, págs.130-149.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos (Director). *Legislación sobre reproducción asistida: novedades.* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B (Coord.) *Homenaje a José María Castán Vázquez. Liber Amicorum*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

PÉREZ VALLEJO, Ana María. “El doble “sí” de las mujeres a la maternidad y al empleo en el siglo XXI”. En GARCÍA RUBIO, María Paz (Coord.). *Mujer, maternidad y Derecho,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil.* 3 ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1997.

PITCH, Tamar. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad.* Editorial Trotta, Madrid, 2003.

PLATÓN. *Diálogos: alegoría de la caverna, Gorgias, el Banquete, Fedón*. Olmak Trade Sl, Barcelona, 2018.

POLO ARÉVALO, Eva María. *Estudio de la discriminación de los hijos por razón de su nacimiento*. 1 ed. Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2011.

PORTANOVA, Rui. *Ações de filiação e paternidade socioafetiva: com notas sobre direito Belga e Corte Europeia dos Direitos Humanos.* Editora livraria do Advogado, Porto Alegre, 2016.

POUS DE LA FLOR, María Paz y TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes (Coordinadoras). *Protección Jurídica del menor*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2017.

QUESADA GONZÁLEZ, María Corona. "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico". A*nuario De Derecho Civi*l, vol. 47, nº 2, ISSN 0210-301X1994, págs. 237-304.

- "Los retos actuales de la impugnación de la filiación", en BARBER CÁRCAMO y otros (Coord.), *Los retos actuales de la filiación.* Editorial Tecnos, Madrid, 2018.

QUICIOS MOLINA, María Susana. "Casos recientes que plantean el difícil equilibrio entre la búsqueda de la verdad biológica y la estabilidad del estado civil de filiación". *Derecho Privado y Constitución*, nº 29, ISSN 1133-8768, 2015, págs. 263-303.

- "Inseminaciones artificiales domésticas. Cuestiones contractuales y de filiación". *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº. 35, ISSN 1575-720X, 2017, págs. 363-383.

QUIÑONES ESCÁMEZ, Anna. "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada: en torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009". *Revista para el Análisis del Derecho*, nº. 3, ISSN-e 1698-739X, 2009, págs. 02-42.

RAMOS MORALES, María Leonor. "La solución de conflictos de la familia ensambladas". En: LÓPEZ PELÁEZ, Patricia; SÁCHEZ GÁRCIA, Arnulfo (Coord.). *La solución alternativa de conflictos en los nuevos modelos de familia*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

RAMS ALBESA, Joaquín (Director y Coord.). *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia.* Dykinson, Madrid, 2009.

RAVIOLI, Ana. "La familia monoparental como manifestación de la postmodernidad". *Revista Investigación y Docencia*, v. 38, ISSN 1514-2469, 2005, págs.121-137.

RIVAS RIVAS, Ana-María. "El ejercício de la paternidad em las famílias reconstituídas". *Portularia: revista de trabajo social*, vol XII, nº.02, ISSN 1578-0236, dec. 2012, págs. 29 -41.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El interés del menor*. 2 ed. Editorial Dykinson, 2007, Madrid.

ROBLES LATORRE, Pedro. “Reflexiones sobre algunos problemas de la determinación de la filiación materna en el ordenamiento jurídico español”. En FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña (Coord.), *Tratado sobre la igualdad jurídica y social de la mujer en el siglo XXI*, Editorial Dykinson, SL, Madrid, 2019.

ROCA I TRÍAS, Encarnación. *Familia y cambio social* (De la «casa» a la persona). Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

- *Libertad y familia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

ROCHA ESPÍNDOLA, Martín “La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad”. *Revista Actualidad jurídica Iberoamericana*, nº 2, ISSN 2386-4567, 2015, págs. 43-86.

RODA Y RODA, Dionisio. *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad: el derecho del menor a ser oído*. Editorial Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

RODRÍGUEZ MAGDA, Rosa María. “Las filosofías de la diferencia”. En VALCÁRCEL, Amelia (Coord.). *El concepto de igualdad*. Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994.

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Ronald Dworkin y los principios generales del derecho*. Editorial Porrúa, Lomas Santa Fe, México, 2007.

ROJO SANZ, María José. “En torno a los principios (Algunas reflexiones sobre Dworkin)”. *Anuario de filosofía del derecho*, nº3, ISNSN 2659-8973, 1986, págs.517-525.

ROMÁN MAESTRE, Begoña. “Gestación por sustitución: cuestión de legitimidad”. *Revista Folia Humanística*, nº. 8, ISSN-e 2462-2753, marzo de 2018, págs. 24-41.

ROSSER LIMIÑANA, Ana; BERÁTEGUI PEDRO-VIEJO, Ana. “Retos y dificultades para la implantación de la adopción abierta en España: El papel de la mediación”. *Mediaciones sociales*, ISSN-e 1989-0494, nº.16, 2017, págs. 175-191.

ROSSER LIMIÑANA, Ana; BUENO BUENO, Agustín. "La construcción del vínculo afectivo en la adopción. - La teoría del apego como marco de referencia en la intervención post-adoptiva". *International Journal of Developmental and Educational Psychology: INFAD. Revista de Psicologia*, vol. 1, nº. 1, ISSN 0214-9877, 2011, págs. 333-340.

SABATER BAYLE, ELSA. “La adopción abierta en el derecho español”. *Actualidad jurídica iberoamericana*, ISSN 2386-4567, nº. 4, 3, 2016, págs. 66-93.

SALAR SOTILLOS, María José. “La familia en la jurisprudencia del tribunal constitucional español”. *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº. extra 8, ISSN 2386-4567, 2018, págs. 196-225.

SALOMÃO LEITE, George (Coord). *Dos Princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. Editora Método, São Paulo, 2008.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen. "Identidad Genética y anonimato en la fertilización asistida". *Revista actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 8, ISSN 2386-4567, febrero de 2018, págs.138-155.

SANCHEZ MARTÍNEZ, María Olga. "Los orígenes biológicos y los derechos de hijos e hijas: filiacion y derecho a saber". *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del derecho*, nº34, ISSN 1138-9877, diciembre de 2016, págs. 294-301.

SANCIÑENA ASURMENDI, Camino (Directora); CARBAJO GONZÁLEZ, Julio (Coord.). *La Voluntad privada en las relaciones jurídico-familiares*. 1a. ed. C: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

SANDEL, Michael J. *Contra la perfección: la ética en la era de la ingeniería genética*. (traducción Ramon Vilà Vernis). 1ed. Marbot ediciones, Barcelona, 2007.

- *Justiça- O que é fazer a coisa certa.* (tradução Heloisa Matais e Maria Alice Máximo). 4 ed. Ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2011.

SANZ CABALLERO, Susana. "La Jurisprudencia del TEDH sobre el interés superior del niño: La custodia y los derechos de visita como casos de estudio". En SANZ CABALLERO, Susana. (Dir.) *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española.* Editorial Thomas Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

SARMENTO, Daniel. "Os princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada". En: SALOMÃO LEITE, George (Coord). *Dos Princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. Editora Método, São Paulo, 2008.

SERNA MEROÑO, Encarnación. "El principio de igualdad en la familia". *Revista jurídica de la Región de Murcia*, ISSN 0213-4799, nº. 44, 2010, págs. 144-157.

SIMÕES DE ALMEIDA, Susana Catarina. *Familia a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Juruá, Lisboa, 2015.

SOLARI, Néstor E. *Matrimonio entre personas del mismo sexo*. Ley 26.618. 1 ed. Buenos Aires: La ley, 2011.

SOLÉ RESINA, JUDITH. "El nuevo paradigma de la filiación: tener hijos es ser padres". En GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ (Coord.). *Mujer, maternidad y Derecho,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

TAMAYO HAYA, Silvia. "Hacia un modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas*". Revista Digital Facultad de Derecho-UNED*, nº6, ISSN-e1989-6085, 2013, págs. 261-316

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Renovar, Rio de Janeiro, 2009.

TOLOSA VILLABONA, Luis Armando. "De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo". *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol 19, nº2, ISSN 0124-0579, 2017, págs.13-61.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Manual de historia del derecho español*.18ªed. Tecnos, Madrid, 2010.

TORAL LARA, Estrella. "Las últimas reformas en materia de determinación extrajudicial de la filiación: las importantes omisiones del legislador y sus consecuencias". *Derecho Privado y Constitución*, nº30, ISSN 1133-8768, 2016, págs.289-33.

- "Novedades en materia de determinación y prueba de la filiación". En LLAMAS POMBO, Eugenio (Coord.). *Nuevos conflictos del derecho de familia*. 1a. ed. La Ley, Madrid, 2009.

TOURAINE, Allain. *¿Podremos vivir juntos?: iguales y diferentes.* PPC, Madrid, 1997.

VALCÁRCEL, Amelia (Coord.). *El concepto de igualdad.* Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, ROSARIO. "Identidad: derecho y género". En GETE-ALONSO Y CALERA (Directora), María del Carmen; SOLÉ RESINA, Judith (Coord.). *Tratado de derecho de la persona física. Tomo I*, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2013.

VAQUERO PINTO, María José. "¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución? En BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles y otros (coord.). *Retos actuales de la filiación*. Editorial Tecnos, Madrid, 2018.

VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique; CHAVES, Mariana. "Paternidad socioafectiva: la evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto". *Revista Actualidad jurídica*, ISSN 1812-9552, 2010, págs. 57-64.

VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis Martínez. *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado.* 1ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

VÁZQUEZ MUIÑA, Tania. "No se puede inscribir en el Registro Civil español la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014". *Actualidad jurídica Iberoamericana*, nº8, ISSN 2386-4567, 2018, págs. 80-96.

VENEGAS GRAU, María. *Derechos fundamentales y Derecho privado: los derechos fundamentales entre particulares y el principio de autonomía privada*. Marcial Pons, Madrid, 2004.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de. “Dos casos de responsabilidad civil en el ámbito de la reproducción asistida”. *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política, Universidade Lusófona do Porto*, nº12, ISSN 2184-1020, 2018, págs. 55-71.

- “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España”. *Actualidad jurídica iberoamericana,* ISSN 2386-4567,Nº. 8, 2018, págs. 11-31.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. “El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los progenitores”. En MAYOR DEL HOYO, María Victoria (Dir.). *El nuevo régimen jurídico del menor*: *la reforma legislativa de 2015.* Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

VERDERA SERVER, Rafael. *La reforma de la filiación: su nuevo régimen jurídico*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- "Ser padre". *Derecho Privado y Constitución*. nº 30, ISSN 1133-8768, nov-2016, págs. 75-126.

VERSIANI PENNA, Saulo; REIS ARAUJO¸ Deborah Nayara dos. “Famílias brasileiras reconstituídas e a multiparentalidade: adequação do direito à realidade socioafetiva”. *Revista IBDFAM: famílias e Sucessões* nº21, Belo Horizonte, 2017.

VIDAL PRADO, Carlos. “El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna”. *Revista jurídica de Navarra*, ISSN 0213-5795, nº 22, 1996, págs. 265-282.

VILLAVERDE MENENDEZ, Ignacio. *La igualdad en la diversidad: forma de Estado y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

WINKELS, Isabel. “La maternidad subrogada y la posible existencia de un verdadero derecho a la maternidad/paternidad subrogada”. En ORTEGA BURGOS, ENRIQUE (Director). *Derecho de Familia 2020*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Editor). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercanti*l. Vol. 7, Editorial Dykinson, 1 ed. Madrid, 2017.

- *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*. Vol. 8, Editorial Dykinson, Madrid, 2017.

- *Tratado de derecho de la familia*. Vol. V, 2a. ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

ZIGGIOTTI DE OLIVEIRA, Ligia. *Olhares feministas sobre o direito das famílias contemporâneo: Perspectivas críticas sobre o individual e o relacional em família*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016.

## ANEXOS:

**BRASIL- DECISIÓN DEL SUPREMO TRIBUNAL QUE RECONOCIÓ LA UNIÓN HOMOAFECTIVA COMO UNA ENTIDAD FAMILIAR, Y QUE DE ELLA SE DERIVAN TODOS LOS DERECHOS Y DEBERES QUE EMANAN DE LA UNIÓN DE HECHO ENTRE HOMBRES Y MUJERES.**

ADI 4277 / DF - DISTRITO FEDERAL
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Relator(a): Min. AYRES BRITTO
Julgamento: 05/05/2011
Publicação: 14/10/2011
Órgão julgador: Tribunal Pleno

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. a proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. direito à intimidade e à vida privada. cláusula pétrea. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. tratamento constitucional da instituição da família. reconhecimento de que a constituição federal não empresta ao substantivo "família" nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. a família como categoria sócio-cultural e princípio espiritual. direito subjetivo de constituir família. interpretação não-reducionista. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. União estável. normação constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano. identidade constitucional dos conceitos de "entidade familiar" e "família". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família".

Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", verbis: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". 5. Divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. Interpretação do art. 1.723 do código civil em conformidade com a constituição federal (técnica da "interpretação conforme"). Reconhecimento da união homoafetiva como família. procedência das ações. ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do código civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**BRASIL- RESOLUCIÓN QUE PREVÉ LA POSIBILIDAD DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO CIVIL O LA CONVERSIÓN DE UNA UNIÓN DE HECHO EN MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.**

RESOLUÇÃO Nº 175 DE 14/05/2013, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,
CONSIDERANDO a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo no 0002626-65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de maio de 2013;
CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo;
CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário;
CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo;
CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988;
RESOLVE:
Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.
Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.
Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**BRASIL- DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE RECONOCIÓ LA POSIBILIDAD DE MULTIPARENTALIDAD.**

RE 898060 / SC - SANTA CATARINA
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. LUIZ FUX
Julgamento: 21/09/2016
Publicação: 24/08/2017
Órgão julgador: Tribunal Pleno

Ementa: Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes. 1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem. 2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo. 3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187). 5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011. 7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada "família monoparental" (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). 10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (I) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (II) pela descendência biológica ou (III) pela afetividade. 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser. 12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio)* e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*). 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). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: "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".

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**BRASIL- DECISIÓN MULTIPARENTALIDAD**

ARE 1114299 / DF - DISTRITO FEDERAL
RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
Julgamento: 06/12/2018
Publicação
PROCESSO ELETRÔNICO
DJe-267 DIVULG 12/12/2018 PUBLIC 13/12/2018
Decisão
DECISÃO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL JULGADA – PROVIMENTO.
1. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, reformando o entendimento do Juízo, julgou procedente o pedido de retificação de certidão de nascimento de menor para que conste o nome do pai biológico em substituição ao sociafetivo. No extraordinário cujo trânsito busca alcançar, o recorrente afirma violados os artigos 1º, inciso III, e 227, cabeça e § 6º, da Constituição Federal. Alude ao decidido no recurso extraordinário 898.060. Discorre sobre a multiparentalidade e a possibilidade de inclusão do nome do genitor em conjunto com o daquele que participou da criação e educação da criança e com ela desenvolveu vínculo afetivo.2. Eis a síntese do acórdão recorrido: (…)7. Manter documentado no registro que o requerido é o pai do menor quando se sabe que esta circunstância não corresponde com a realidade, em nada influi para que a formação de um vínculo familiar efetivo, capaz de contribuir para a formação e o desenvolvimento da criança.8. No que se refere à multiparentalidade, tem-se que inexiste permissivo legal em nosso ordenamento jurídico que ampare o registro simultâneo de dois pais ou duas mães, podendo, inclusive, causar reflexos não previstos na seara sucessória e previdenciária. Precedentes deste TJDF e do STJ.A decisão impugnada está em contrariedade com a jurisprudência do Supremo. Confiram com a ementa do recurso extraordinário nº 898.060/SC, relatado no Pleno pelo ministro Luiz Fux, julgado sob a sistemática da repercussão geral: Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes. 1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem. 2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo. 3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187). 5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do

ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011. 7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada "família monoparental" (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). 10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade. 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser. 12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio). 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). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: "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."2. Ante o precedente, ressalvado entendimento pessoal, conheço do agravo e o provejo. Julgo desde logo o extraordinário, conhecendo-o e provendo-o para, reformando em parte o acórdão recorrido, determinar a inclusão do nome do pai biológico no termo de nascimento do menor, concomitantemente com o do pai socioafetivo.3. Publiquem.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**BRASIL- INSTITUYE MODELOS ÚNICOS DE ACTAS DE NACIMIENTO, MATRIMONIO Y DEFUNCIÓN PARA SER ADOPTADOS POR LAS OFICINAS DE REGISTRO CIVIL PARA LAS PERSONAS FÍSICAS, Y PREVÉ EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO Y LA ANOTACIÓN DE LA PATERNIDAD Y MATERNIDAD SOCIOAFECTIVA EN EL LIBRO "A" Y EL REGISTRO DE NACIMIENTO Y EXPEDICIÓN DEL RESPECTIVO CERTIFICADO DE LOS HIJOS QUE HAYAN SIDO SOMETIDOS A REPRODUCCIÓN ASISTIDA.**

PROVIMENTO N. 63, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2017.

Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro "A" e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.

O CORREGEDOR NACIONAL DE JUSTIÇA, usando de suas atribuições, legais e regimentais e

CONSIDERANDO o poder de fiscalização e de normatização do Poder Judiciário dos atos praticados por seus órgãos (art. 103-B, § 4º, I, II e III, da Constituição Federal de 1988);
CONSIDERANDO a competência do Poder Judiciário de fiscalizar os serviços notariais e de registro (arts. 103-B, § 4º, I e III, e 236, § 1º, da Constituição Federal);
CONSIDERANDO a competência da Corregedoria Nacional de Justiça de regulamentar a padronização das certidões de nascimento, casamento, óbito e certidão de inteiro teor (art. 19, caput, da Lei de Registros Públicos);
CONSIDERANDO a existência de convênio firmado entre a Associação dos Registradores de Pessoas Naturais (ARPEN-Brasil) e a Receita Federal do Brasil (RFB) que viabiliza a integração da Central Nacional de Informações do Registro Civil (CRC) com o banco de dados da RFB;
CONSIDERANDO a gratuidade da incorporação do número do Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) aos documentos de identidade civil da União, dos Estados e do Distrito Federal e, mediante essa integração de dados, a possibilidade de verificação do cumprimento dos requisitos de elegibilidade para concessão e manutenção dos benefícios sociais pelo órgão concedente (art. 9º da Lei n. 13.444, de 11 de maio de 2017);
CONSIDERANDO a possibilidade de a naturalidade do cidadão corresponder à do município em que ocorreu o nascimento ou à do município de residência da mãe do registrando, desde que localizado em território nacional, cabendo a opção ao declarante no ato de registro de nascimento (art. 1º da Lei n. 13.484, de 26 de setembro de 2017);
CONSIDERANDO a possibilidade, no caso de adoção iniciada antes do registro de nascimento, de o declarante optar pela naturalidade do município de residência do adotante na data do registro;
CONSIDERANDO a necessidade de constar no assento de casamento a naturalidade dos cônjuges (art. 1º da Lei n. 13.484/2017);
CONSIDERANDO a importância da integração de dados para aumentar a confiabilidade da documentação e diminuir as possibilidades de fraudes no país, além de contemplar as fontes primárias de todo e qualquer cidadão concernentes ao nascimento, casamento e óbito, que compõem a base de dados da CRC;
CONSIDERANDO o eventual interesse de pessoa física de solicitar, quando da expedição de nascimento atualizada, a averbação de outros documentos, de forma a facilitar seu acesso a programas sociais e reunir informações em documento único;
CONSIDERANDO o sistema de registro eletrônico, que facilita a interoperabilidade de dados (arts. 37 e seguintes da Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009);
CONSIDERANDO o direito do adotado de acesso irrestrito a todos os procedimentos e incidentes da adoção (art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente);
CONSIDERANDO a existência de regulamentação pelas corregedorias-gerais de justiça dos Estados do reconhecimento voluntário de paternidade e maternidade socioafetiva perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais;
CONSIDERANDO a conveniência de edição de normas básicas e uniformes para a realização do registro ou averbação, visando conferir segurança jurídica à paternidade ou à maternidade socioafetiva estabelecida, inclusive no que diz respeito a aspectos sucessórios e patrimoniais;
CONSIDERANDO a ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial da paternidade e maternidade socioafetiva, contemplando os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana como fundamento da filiação civil;
CONSIDERANDO a possibilidade de o parentesco resultar de outra origem que não a consanguinidade e o reconhecimento dos mesmos direitos e qualificações aos filhos, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, proibida toda designação discriminatória relativa à filiação (arts. 1.539 e 1.596 do Código Civil);
CONSIDERANDO a possibilidade de reconhecimento voluntário da paternidade perante o oficial de registro civil das pessoas naturais e, ante o princípio da igualdade jurídica e de filiação, de reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva;
CONSIDERANDO a necessidade de averbação, em registro público, dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação (art. 10, II, do Código Civil);
CONSIDERANDO o fato de que 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 (Supremo Tribunal Federal – RE n. 898.060/SC);
CONSIDERANDO o previsto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal e no art. 1.609 do Código Civil;
CONSIDERANDO as disposições do Provimento CN-CNJ n. 13, de 3 de setembro de 2010, bem como da Resolução CNJ n. 175, de 14 de maio de 2013;
CONSIDERANDO o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família, com eficácia erga omnes e efeito vinculante para toda a administração pública e demais órgãos do Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal, ADPF n. 132/RJ e ADI n. 4.277/DF);
CONSIDERANDO a garantia do direito ao casamento civil às pessoas do mesmo sexo (Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1.183.378/RS);

CONSIDERANDO as normas éticas para uso de técnicas de reprodução assistida, tornando-as dispositivo deontológico a ser seguido por todos os médicos brasileiros (Resolução CFM n. 2.121, DOU de 24 de setembro de 2015);
CONSIDERANDO a necessidade de uniformização, em todo o território nacional, do registro de nascimento e da emissão da respectiva certidão para filhos havidos por técnica de reprodução assistida de casais homoafetivos e heteroafetivos;
CONSIDERANDO a competência da Corregedoria Nacional de Justiça de expedir provimentos e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos serviços notariais e de registro (art. 8º, X, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça);
CONSIDERANDO as sugestões encaminhadas à Corregedoria Nacional de Justiça, bem como as decisões proferidas nos autos dos Pedidos de Providência n. 0006194-84.2016.2.00.0000, 0002653-77.2015.2.00.0000, 00003764-28.2017.2.00.0000 e 0005066-92.2017.2.00.0000, em trâmite no Conselho Nacional de Justiça,
RESOLVE:

Seção I

Das regras gerais

Art. 1º Os modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotados pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais em todo o país, ficam instituídos na forma dos Anexos I, II e III deste provimento.
Art. 2º As certidões de casamento, nascimento e óbito, sem exceção, passarão a consignar a matrícula que identifica o código nacional da serventia, o código do acervo, o tipo do serviço prestado, o tipo de livro, o número do livro, o número da folha, o número do termo e o dígito verificador, observados os códigos previstos no Anexo IV.
§ 1º A certidão de inteiro teor requerida pelo adotado deverá dispor sobre todo o conteúdo registral, mas dela não deverá constar a origem biológica, salvo por determinação judicial (art. 19, § 3º, c/c o art. 95, parágrafo único, da Lei de Registros Públicos).
§ 2º A certidão de inteiro teor, de natimorto e as relativas aos atos registrados ou transcritos no Livro E deverão ser emitidas de acordo com o modelo do Anexo V.
Art. 3º O oficial de registro civil das pessoas naturais incluirá no assento de nascimento, em campo próprio, a naturalidade do recém-nascido ou a do adotado na hipótese de adoção iniciada antes do registro de nascimento.
§ 1º O registrando poderá ser cidadão do município em que ocorreu o nascimento ou do município de residência da mãe na data do nascimento, desde que localizado em território nacional, cabendo ao declarante optar no ato de registro de nascimento.
§ 2º Os modelos de certidão de nascimento continuarão a consignar, em campo próprio, o local de nascimento do registrando, que corresponderá ao local do parto.
Art. 4º As certidões de nascimento deverão conter, no campo filiação, as informações referentes à naturalidade, domicílio ou residência atual dos pais do registrando.
Art. 5º O número da declaração do nascido vivo, quando houver, será obrigatoriamente lançado em campo próprio da certidão de nascimento.
Art. 6º O CPF será obrigatoriamente incluído nas certidões de nascimento, casamento e óbito.
§ 1º Se o sistema para a emissão do CPF estiver indisponível, o registro não será obstado, devendo o oficial averbar, sem ônus, o número do CPF quando do reestabelecimento do sistema.
§ 2º Nos assentos de nascimento, casamento e óbito lavrados em data anterior à vigência deste provimento, poderá ser averbado o número de CPF, de forma gratuita, bem como anotados o número do DNI ou RG, título de eleitor e outros dados cadastrais públicos relativos à pessoa natural, mediante conferência.
§ 3º A partir da vigência deste provimento, a emissão de segunda via de certidão de nascimento, casamento e óbito dependerá, quando possível, da prévia averbação cadastral do número de CPF no respectivo assento, de forma gratuita.
§ 4º A inclusão de dados cadastrais nos assentos e certidões por meio de averbação ou anotação não dispensará a parte interessada de apresentar o documento original quando exigido pelo órgão solicitante ou quando necessário à identificação do portador.
§ 5º As certidões não necessitarão de quadros predefinidos, sendo suficiente que os dados sejam preenchidos conforme a disposição prevista nos Anexos I, II, III e IV, e os sistemas para emissão das certidões de que tratam referidos anexos deverão possuir quadros capazes de adaptar-se ao texto a ser inserido.
Art. 7º Será incluída no assento de casamento a naturalidade dos cônjuges (art. 70 da Lei de Registros Públicos).
Art. 8º O oficial de registro civil das pessoas naturais não poderá exigir a identificação do doador de material genético como condição para a lavratura do registro de nascimento de criança gerada mediante técnica de reprodução assistida.
Art. 9º Os novos modelos deverão ser implementados até o dia 1º de janeiro de 2018 e não devem conter quadros preestabelecidos para o preenchimento dos nomes dos genitores e progenitores, bem como para anotações de cadastro que não estejam averbadas ou anotadas nos respectivos registros.
Parágrafo único. As certidões expedidas em modelo diverso até a data de implementação mencionada no caput deste artigo não precisarão ser substituídas e permanecerão válidas por prazo indeterminado.
Seção II

Da Paternidade Socioafetiva

Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

§ 1º O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação.

§ 2º Poderão requerer o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva de filho os maiores de dezoito anos de idade, independentemente do estado civil.

§ 3º Não poderão reconhecer a paternidade ou maternidade socioafetiva os irmãos entre si nem os ascendentes.

§ 4º O pretenso pai ou mãe será pelo menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido.

Art. 11. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação.

§ 1º O registrador deverá proceder à minuciosa verificação da identidade do requerente, mediante coleta, em termo próprio, por escrito particular, conforme modelo constante do Anexo VI, de sua qualificação e assinatura, além de proceder à rigorosa conferência dos documentos pessoais.

§ 2º O registrador, ao conferir o original, manterá em arquivo cópia de documento de identificação do requerente, juntamente com o termo assinado.

§ 3º Constarão do termo, além dos dados do requerente, os dados do campo FILIAÇÃO e do filho que constam no registro, devendo o registrador colher a assinatura do pai e da mãe do reconhecido, caso este seja menor.

§ 4º Se o filho for maior de doze anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá seu consentimento.

§ 5º A coleta da anuência tanto do pai quanto da mãe e do filho maior de doze anos deverá ser feita pessoalmente perante o oficial de registro civil das pessoas naturais ou escrevente autorizado.

§ 6º Na falta da mãe ou do pai do menor, na impossibilidade de manifestação válida destes ou do filho, quando exigido, o caso será apresentado ao juiz competente nos termos da legislação local.

§ 7º Serão observadas as regras da tomada de decisão apoiada quando o procedimento envolver a participação de pessoa com deficiência (Capítulo III do Título IV do Livro IV do Código Civil).

§ 8º O reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva poderá ocorrer por meio de documento público ou particular de disposição de última vontade, desde que seguidos os demais trâmites previstos neste provimento.

Art. 12. Suspeitando de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida sobre a configuração do estado de posse de filho, o registrador fundamentará a recusa, não praticará o ato e encaminhará o pedido ao juiz competente nos termos da legislação local.

Art. 13. A discussão judicial sobre o reconhecimento da paternidade ou de procedimento de adoção obstará o reconhecimento da filiação pela sistemática estabelecida neste provimento.

Parágrafo único. O requerente deverá declarar o desconhecimento da existência de processo judicial em que se discuta a filiação do reconhecendo, sob pena de incorrer em ilícito civil e penal.

Art. 14. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento.

Art. 15. O reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade socioafetiva não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica.

Seção III

Da Reprodução Assistida

Art. 16. O assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos de documentação exigida por este provimento.

§ 1º Se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer ao ato de registro, desde que apresente a documentação referida no art. 17, III, deste provimento.

§ 2º No caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna.

Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

I – declaração de nascido vivo (DNV);

II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários;
III – certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.
§ 1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação.
§ 2º Nas hipóteses de reprodução assistida post mortem, além dos documentos elencados nos incisos do caput deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.
§ 3º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho gerado por meio da reprodução assistida.
Art. 18. Será vedada aos oficiais registradores a recusa ao registro de nascimento e à emissão da respectiva certidão de filhos havidos por técnica de reprodução assistida, nos termos deste provimento.
§ 1º A recusa prevista no caput deverá ser comunicada ao juiz competente nos termos da legislação local, para as providências disciplinares cabíveis.
§ 2º Todos os documentos referidos no art. 17 deste provimento deverão permanecer arquivados no ofício em que foi lavrado o registro civil.
Art. 19. Os registradores, para os fins do presente provimento, deverão observar as normas legais referentes à gratuidade de atos.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**BRASIL- ALTERACIÓN DEL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO Y LA ANOTACIÓN DE LA PATERNIDAD Y MATERNIDAD SOCIOAFECTIVA PREVISTA EN EL PROVIMIENTO 63**

PROVIMENTO Nº 83, DE 14 DE AGOSTO DE 2019.

Altera a Seção II, que trata da Paternidade Socioafetiva, do Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017 da Corregedoria Nacional de Justiça.
O CORREGEDOR NACIONAL DE JUSTIÇA, usando de suas atribuições, legais e regimentais e
CONSIDERANDO o poder de fiscalização e de normatização do Poder Judiciário dos atos praticados por seus órgãos (art. 103-B, § 4º, I, II e III, da Constituição Federal de 1988);
CONSIDERANDO a competência do Poder Judiciário de fiscalizar os serviços notariais e de registro (arts. 103-B, § 4º, I e III, e 236, § 1º, da Constituição Federal);
CONSIDERANDO a ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial da paternidade e maternidade socioafetiva, contemplando os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana como fundamento da filiação civil;
CONSIDERANDO a possibilidade de o parentesco resultar de outra origem que não a consanguinidade e o reconhecimento dos mesmos direitos e qualificações aos filhos, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, proibida toda designação discriminatória relativa à filiação (art. 1.596 do Código Civil);
CONSIDERANDO a possibilidade de reconhecimento voluntário da paternidade perante o oficial de registro civil das pessoas naturais e, ante o princípio da igualdade jurídica e de filiação, de reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva;
CONSIDERANDO a necessidade de averbação, em registro público, dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação (art. 10, II, do Código Civil);
CONSIDERANDO o fato de que 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 (Supremo Tribunal Federal – RE n. 898.060/SC);
CONSIDERANDO o previsto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal;
CONSIDERANDO a competência da Corregedoria Nacional de Justiça de expedir provimentos e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos serviços notariais e de registro (art. 8º, X, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça);
CONSIDERANDO a plena aplicação do reconhecimento extrajudicial da parentalidade de caráter socioafetivo para aqueles que possuem dezoito anos ou mais;

CONSIDERANDO a possibilidade de aplicação desse instituto jurídico aos menores, desde que sejam emancipados, nos termos do parágrafo único do art. 5º, combinado com o art. 1º do Código Civil;
CONSIDERANDO a possibilidade de aplicação desse instituto, aos menores, com doze anos ou mais, desde que seja realizada por intermédio de seu(s) pai(s), nos termos do art. 1.634, VII do Código Civil, ou seja, por representação;
CONSIDERANDO ser recomendável que o Ministério Público seja sempre ouvido nos casos de reconhecimento extrajudicial de parentalidade socioafetiva de menores de 18 anos;
CONSIDERANDO o que consta nos autos dos Pedidos de Providência n. 0006194-84.2016.2.00.0000 e n. 0001711.40.2018.2.00.0000.
RESOLVE:
Art. 1º O Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:
I - o art. 10 passa a ter a seguinte redação:
Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.
II - o Provimento n. 63, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 10-A:
Art. 10-A. A paternidade ou a maternidade socioafetiva deve ser estável e deve estar exteriorizada socialmente.
1º O registrador deverá atestar a existência do vínculo afetivo da paternidade ou maternidade socioafetiva mediante apuração objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos.
2º O requerente demonstrará a afetividade por todos os meios em direito admitidos, bem como por documentos, tais como: apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretenso filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade - casamento ou união estável - com o ascendente biológico; inscrição como dependente do requerente em entidades associativas; fotografias em celebrações relevantes; declaração de testemunhas com firma reconhecida.
3º A ausência destes documentos não impede o registro, desde que justificada a impossibilidade, no entanto, o registrador deverá atestar como apurou o vínculo socioafetivo.
4º Os documentos colhidos na apuração do vínculo socioafetivo deverão ser arquivados pelo registrador (originais ou cópias) juntamente com o requerimento.
III - o § 4º do art. 11 passa a ter a seguinte redação:
4º Se o filho for menor de 18 anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá o seu consentimento.
IV - o art. 11 passa a vigorar acrescido de um parágrafo, numerado como § 9º, na forma seguinte:
"art. 11 .....
.....
9º Atendidos os requisitos para o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva, o registrador encaminhará o expediente ao representante do Ministério Público para parecer.
I – O registro da paternidade ou maternidade socioafetiva será realizado pelo registrador após o parecer favorável do Ministério Público.
II - Se o parecer for desfavorável, o registrador não procederá o registro da paternidade ou maternidade socioafetiva e comunicará o ocorrido ao requerente, arquivando-se o expediente.
III – Eventual dúvida referente ao registro deverá ser remetida ao juízo competente para dirimí-la.
V - o art. 14 passa a vigorar acrescido de dois parágrafo, numerados como § 1º e § 2º, na forma seguinte:
"art. 14 .....
.....
1ª Somente é permitida a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou do materno.
2º A inclusão de mais de um ascendente socioafetivo deverá tramitar pela via judicial.
Art. 2º. Este Provimento entrará em vigor na data de sua publicação.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**BRASIL- LICENCIA-MATERNIDAD A LA MADRE NO EMBARAZADA, EN CASOS DE UTILIZACIÓN TRHA.**

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. LUIZ FUX
Julgamento: 07/11/2019
Publicação: 19/11/2019
Órgão julgador: Tribunal Pleno
Ementa

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA-MATERNIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE À MÃE NÃO GESTANTE. DIREITO À IGUALDADE, À DIGNIDADE HUMANA E À LIBERDADE REPRODUTIVA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. PLURIPARENTALIDADE. MANIFESTAÇÃO PELA REPERCUSSÃO GERAL.

Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencido o Ministro Edson Fachin. Não se manifestou o Ministro Gilmar Mendes. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Edson Fachin. Não se manifestou o Ministro Gilmar Mendes. Ministro LUIZ FUX Relator

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**ARGENTINA- DECISIÓN POR LA POSIBILIDAD DE PLURIPARANTALIDAD**

PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN CENTRO JUDICIAL MONTEROS
Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación
JUICIO: L.F.F. c/ S.C.O. s/ FILIACION. EXPTE Nº 659/17
Monteros, 07 de febrero de 2020

Advertencia preliminar al lector: En resguardo del derecho a la intimidad que asiste a las partes en este juicio, los verdaderos prenombres, han sido modificados a uno ficticio, e incorporados al texto, con el fin de facilitar la lectura de esta resolución y evitar los efectos de la despersonalización que, a mi entender, genera el mero reemplazo por las iniciales de los actores. Dra. Mariana Josefina Rey Galindo. Jueza.

AUTOS Y VISTOS: Para resolver en este expediente titulado: "L.F.F. c/ S.C.O. s/ FILIACION. EXPTE Nº 659/17." y; Esta sentencia (decisión final en este proceso) se desarrollará en las siguientes partes: I) Antecedentes del caso (resumen de los elementos agregados y del procedimiento), II) El relato de la historia. La decisión final y las explicaciones que desarrollo para llegar a esa solución (análisis completo y detallado de las circunstancias del caso y los argumentos jurídicos y no-jurídicos que –entiendo aplican para la resolución), III) El fallo: es la parte titulada como "Resuelvo", en donde hago conocer técnica y precisamente mi decisión y sus alcances (es decir, qué implica). Anticipo que no voy a escatimar ni tinta ni empeño para desarrollar esta decisión. Pues el Estado -en este caso el Poder Judicial- está obligado a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos que disponga y del esfuerzo para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de las personas[625]. 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"[626] . 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. A continuación, despliego cada punto. I) ANTECEDENTES DEL CASO: Este expediente (conjunto de documentos) se inicia con la demanda (petición ante la justicia) que presenta el Señor Roberto L., con el propósito de lograr el reconocimiento legal como padre de Juli S. Por esa acción judicial, lo que pretende Roberto L. es la impugnación de la filiación[627] paterna del Señor Jorge S., quien figura como padre de Juli en el acta de nacimiento. El escrito de demanda está agregado en las páginas 02 a 06. Como se puede observar, el Señor L. realiza su presentación con el patrocinio (asistencia jurídica) del Dr. Jorge Rubén Molina, M.P 59 C.A.S., y constituye domicilio a los fines de las notificaciones de este proceso en el casillero N° 210 de este Centro Judicial. Indica que es el padre biológico de Juli S., y es por eso que dirige la demanda en contra del Señor Jorge S., quien reconoció a la niña como su hija. Luego expone –brevemente- la historia de vida que tuvo con la Sra. Lucía C. (mamá de Juli) y señala que se casó con ella meses después que nació la niña. En la página 11 y 12 se agregan el acta de nacimiento de la niña y el acta de matrimonio entre L. y C.. Con todo ello, y por lo que pretendía inicialmente el Sr. L., dispongo enviar el expediente a la Señora Agente Fiscal de este Centro Judicial para que opine sobre la incorporación de la Señora Lucía C. a este proceso, pues ésta última no había sido inicialmente convocada por el accionante (como co-demandada). Ver página 15.

[625] *Convención de los Derechos del Niño* -artículo 4º), *Convención Americana de los Derechos del Hombre*- artículo 2º.
[626] Antoine de Saint-Exupéry, "El Principito"
[627] Diccionario de la Real Academia Española: 'Conjunto de los datos identificativos de un individuo' y, en especial, 'procedencia de una persona respecto de unos determinados padres'. Otro: "La filiación es un derecho jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico" en https://es.wikipedia.org/wiki/Filiacion.

El Agente Fiscal[628] emite su dictamen (opinión técnica), en el cual considera que debe incluirse en este expediente a la Señora Lucía C. y a la niña Juli S. por entender que la participación procesal de ambas es necesaria. En consecuencia, según decreto del 01 de febrero de 2018 (página 21), dispongo enviar copia de la demanda al Sr. S. y a la Sra. C.. Asimismo, ordeno correr vista (que tome conocimiento del estado del expediente) a la Defensora de Niñez de este Centro Judicial, quien representa complementariamente a la niña. En ese ínterin, el Señor L. se presenta con otro abogado, el Dr. Roberto Charcas y constituye domicilio procesal en casillero Nº 251. En las páginas 34 a 38 agregamos la contestación que hace el Señor Jorge S.. Este último se presenta con el patrocinio de la Dra. Ingrid Lausberg MP 7091 CAT, y constituye domicilio en casillero Nº 292. En dicho escrito, solo plantea la excepción de prescripción y la caducidad[629] de los plazos legales para interponer su reclamo. Sustenta su argumento en lo dispuesto en el artículo 593 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN). De esa pieza procesal, puede leerse que la paternidad biológica de Roberto L., no fue ni un hecho ni un aspecto controvertido por Jorge S.. Del planteo de prescripción se ordena correr traslado (es decir que Roberto L. sepa y diga algo respecto del planteo de S.). Ver página 39. En la hoja 41, Roberto L. responde a las cuestiones de esos plazos vencidos, y refiere que todo eso es contrario a los derechos que se consagran en la Convención de los Derechos del Niño. Por otro lado, la Sra. Lucía C. no contesta demanda. Tampoco se presenta en este juicio. Con todo ello solicito nuevamente la intervención de la Sra. Agente Fiscal. Al mismo tiempo, en la página 51 dispongo correr vista a la Defensoría de Niñez para que emita opinión técnica en relación a los planteos sobre la identidad de la niña, y las cuestiones procesales planteadas en el expediente. A la par, y a los fines de garantizar los derechos de fondo y de forma (es decir los que ya se estaban ventilando sobre la identidad de Juli y su derecho a participar activamente en este juicio) dirijo oficio al Colegio de Abogados del Sur, a fin que proponga a algún profesional preferentemente especializado en materia de infancia, que pudiera asesorar y asistir técnicamente a la niña si ella lo quisiera. En la página 55, es agregada la contestación del oficio por parte de las autoridades del Colegio de Abogados del Sur, informando sobre la propuesta de dos profesionales: las Dras. Fátima de la Barra y Nelly del Valle Espíndola. Sin embargo, la niña no tomó contacto con ninguna de esas profesionales. En la página 57, es agregado el dictamen de la Defensoría de Niñez y Adolescencia. En la hoja 59 ordeno convocar formalmente a Juli a participar en este proceso haciéndole, saber que tiene derecho a expresar su opinión y a tener asistencia técnica (abogado del niño). Que para ello contaba con dos abogadas propuestas por el Colegio de Abogados del Sur, para el caso que ella lo quisiera y así lo decidiera. Dado que la niña reside en la zona de Amaicha del Valle (lugar alejado de este Juzgado y en zona de montañas -Valles Calchaquíes-) y que su traslado hasta mi oficina podría significar una barrera territorial y temporal (por el diligenciamiento de cédulas) disuasoria del acceso efectivo a la justicia, dispongo que la entrevista con Juli fuera en su lugar de residencia[630], y que el traslado sería de esta jueza conjuntamente con el actuario del juzgado, profesional del Gabinete Psicosocial, y el Ministerio de Niñez (página 66). En efecto, el día 20 de mayo de 2019, se lleva a cabo la entrevista con la niña en el lugar donde ella habita, con la colaboración del Lic. Marcelo Paz Aparicio (psicólogo del Poder Judicial), y la Sra. Silvina Giuliante en representación de la Defensoría de Niñez del Poder Judicial. Es importante destacar, que la charla se realizó con total sujeción a las disposiciones de la Convención de los Derechos de los Niños (en adelante CDN) y a la Ley 26.061 sobre Protección Integral de la Niñez. En ese sentido, se le explicó a la niña en términos sencillos el motivo del encuentro, cuál era la razón para charlar sobre el asunto que se trataba en el expediente. Luego de esas explicaciones y darle la información que nos pidiera, le preguntamos si podíamos continuar con la entrevista. Ella aceptó. En esa oportunidad, 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). Continua diciendo que ella quiere tener a los dos papás. Que quiere seguir llamándose Juli S.. Luego se le informó sobre el derecho que tiene a reguardar el acta [el papel donde escribimos lo charlado] en privado para que se preserve lo conversado, o bien que se agregue al expediente y pueda ser conocidos por otras personas. Con total claridad y contundencia nos pidió que la agreguemos al expediente. Frente a lo charlado con Juli, es que ordeno librar oficio a la Lic. Valeria Rivero, quien se desempeña en el área de Servicios Locales de la Dirección Infancia, Niñez y Familia (en adelante DINAyF) de Amaicha del Valle, para que envíe informe completo y detallado sobre las intervenciones que realizaron en relación a la niña y a su grupo familiar; y del mismo modo convocar a una audiencia en el marco del artículo 38 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Tucumán (en adelante CPCCT) a ambas partes, es decir, al Señor L. y Señor

[628] Órgano que actúa en los casos en que se encuentre comprometido el orden público y en los previstos por las leyes especiales (*Ley Orgánica del Poder Judicia*l y sus modificatorias).

[629] Instituto jurídico por el que un derecho se extingue o, si se quiere, muere a consecuencia del transcurso del plazo legalmente establecido para su ejercicio sin que éste se hubiera ejercitado.

[630] Acciones positivas relacionadas a la exigibilidad y acceso a la justicia para los niños, niñas y adolescentes. Adaptación y adecuación de las formas procesales a favor de la infancia, exigido por la CIDH en el informe "Hacia la garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes", noviembre 2017.

S. (pág. 75). En la página 86, y por medio tecnológico se presenta Juli con la Dra. Gabriela Gómez Peña, del Centro de Acceso a la Justicia de Amaicha del Valle. Mediante dicha pieza procesal, la niña junto con su abogada solicita que se respete el derecho de identidad en el doble aspecto: dinámica y estática. La Dra. Gabriela Gómez Peña reitera textualmente el pedido de Juli diciendo que "no quiere elegir entre ambos padres, que ella tiene los dos y que a los dos los quiere. Que quiere seguir llamándose Juli S.". Luego, la abogada asienta y justifica tales pretensiones en los derechos fundamentales y constitucionales de la niña. En la página 97, es adjuntada el acta de audiencia que se hiciera con el Sr. L. el día 12 de junio de 2019. En ese momento Roberto L. es acompañado por otro abogado, el Dr. Diego Eduardo Vals, quien solicita representación de urgencia, sin revocar el poder conferido al Dr. Charcas. No se presenta el Sr. S., ni la profesional patrocinante, Dra. Ingrid Lausberg, a pesar de estar notificados (hoja 83). Una vez que comienza la audiencia, se le explica al Señor L. el rol protagónico de la niña en este proceso, y se le hace conocer su opinión y petición. Roberto L. manifiesta que "es consciente de la voluntad de su hija". Finalmente, el Ministerio de Niñez solicita que se dicte sentencia. Así fue dispuesto en el mismo momento, previo pago de la planilla fiscal (hoja 97 vta). En la página 98 se practica planilla fiscal, es decir, los gastos generados por el uso del servicio de justicia. En las páginas 101 a 103, el Dr. Vals acompaña recaudos legales (bonos profesiones, boleta de aportes establecidos por la ley 6.059, requisitos que todos los abogados deben cumplir al momento de iniciar o de presentarse en un juicio). En la página 107 bis es acompañada tasa de justicia por pago de planilla fiscal. Desde la página 117 a 122 es agregado el informe detallado de la Licenciada Valeria Rivero, quien se desempeña para la DINAyF en la localidad de Amaicha del Valle. De dicho informe surge el resultado de las intervenciones que hiciera con la familia de la niña. En las páginas 124 y 125, es adjuntado el dictamen de la Señora Agente Fiscal de este Centro Judicial. En dicho instrumento, concluye la titular del Ministerio Fiscal que: "[…] a fin de tutelar sus vínculos afectivos, respetando la construcción de su identidad dinámica de la niña, y contando ésta con la madurez suficiente como para decidir sobre su identidad de origen, entiende este Ministerio Público Fiscal que S.S. puede hacer lugar a las presentes en base al pedido de la niña, con ajuste a las Convenciones de fondo y en forma." (así en el original). Con estos elementos queda este expediente en condiciones de resolver, correspondiendo ingresar en el tratamiento de lo solicitado por la niña y por las partes adultas intervinientes en este proceso. Los hechos y acreditaciones de autos: *La demanda: Roberto L. pide que se desplace a Jorge S. como padre de Juli. El Sr. Roberto L. afirma que es el padre biológico de la niña. *La contestación de la demanda: Jorge S. no discute la paternidad biológica de Roberto L.. El hecho no está controvertido. Solo pide que se rechace la demanda por haber vencido los plazos concedidos por la ley para iniciar la acción judicial. *La participación procesal y protagónica de la niña en el proceso. Participación con asistencia técnica (figura del abogado del niño)[631] : Juli S. reconoce como padres a los dos. Conoce su origen biológico y su origen legal. Solicita que se respete su identidad tal cual se configura en la realidad sin que tenga que elegir (desplazar de la función paterna) entre sus padres. Señala que los quiere a los dos en los papeles. Finalmente solicita mantener su nombre tal cual figura en el acta de nacimiento. *Los informes de la DINAyF: dan cuenta de la realidad socioafectiva de la niña. La composición de un modelo familiar diferente a lo tradicional. Todos los miembros de ese grupo familiar (ambos padres, madre, abuelos y abuelas, hermanas/o de la niña) conocen el origen biológico y legal de Juli. La niña y los demás miembros de la familia tienen no solo las necesidades básicas satisfechas, sino resguardados sus derechos fundamentales: a la vida familiar[632] en el contexto socioafectivo reinante (cuidados parentales compartidos entre dos padres, comunicación con la madre, vínculos fraternos garantizados, educación y salud). *Opinión del Agente Fiscal: aconseja que el caso se resuelva en perspectiva de los derechos de la niña. Que frente al derecho fundamental de identidad de la niña y los pedidos expresados por ella, los plazos de caducidad más la inconstitucionalidad planteados por Jorge O. S., no amerita tratamiento alguno. Considera que no existe conflicto en torno a la identidad de la niña, toda vez que ella conoce los roles de cada padre y su procedencia biológica. Aconseja respetar la identidad dinámica de la niña y su derecho a mantener la conformación familiar tal cual se refleja en la realidad. Finalmente entiende que el pedido de la niña debe ser admitido. II) UN CASO. UNA HISTORIA El caso y la historia del caso: Esta sentencia es para Juli S., y sus dos papás: Roberto L. y Jorge S.. A partir de ahora, voy a nombrarlos por el primer nombre a cada uno de ellos. Juli tiene una historia interesante. Ella es una niña de 9 años y vive en Amaicha del Valle, Tucumán. Concurre a la escuela Nº 10 de Amaicha. Pasó a cuarto (4º) grado. Le gusta la matemáticas y quiere ser maestra cuando sea grande. Durante la semana vive con su papá Jorge (S.), su hermana Nair (S.) de 11 años, y doña Hilda –hermana de Jorge-. Los fines de semana vive con su papá Roberto (L.) y su hermana Hade (L.). La mamá de Juli se llama Lucía y vive en otro sitio. Allí -en la casa de su mamá- también tiene dos hermanos más pequeños. Ellos se llaman Ludmi y Nico, ambos son muy chiquitos –nos cuenta Juli-. Juli sabe que ella es hija biológica de Roberto. Pero que, cuando nació fue reconocida por Jorge. De todas maneras, ambos se compartan como auténticos papás de ella. Comparten todo. Ella reside tiempo en ambas casas, la del papito Jorge y la del papá Roberto. Así los nombra ella. Su vida y la vida de los papás se organiza de esa manera (acta de audiencia de fecha 20/05/2019). Juli conoce perfectamente su origen.

[631] *Convención de los Derechos del Niño* (artículo 12), *Pacto de San José de Costa Rica* (artículo 8: Debido proceso legal), *Constitución Nacional* (artículo 18 y 75 inciso 22), *Ley 26061* (artículo 26: Garantías mínimas procesales), *Ley provincial 8293* (artículo 25)

[632] Pacto de San José de Costa Rica (artículo 17), Convención de los Derechos del Niño (artículos 3,6,7,8 y ccds), Constitución Nacional (artículo 14 bis), Informe de la Comisión Internacional de Derechos Humanos (CIDH) del año 2013 "El derecho a vivir en familia".

Vive conforme siente, es decir, que Jorge y Roberto son sus papás. Disfruta de su familia y de esa forma de vivir. Actualmente Jorge y Roberto –ambos- se encargan del cuidado y la crianza compartida de Juli. A ello se suma, la misma tarea (cuidado y educación) que cada padre tiene de sus otras hijas. Juli comparte ambas familias y tiene vínculos no solo parentales sino fraternos fuertemente afianzados en el amor y el apego familiar (padres, madre, hermanas y hermano). En definitiva, ella siente (pues así lo manifestó) que es hija de Jorge y Roberto. De uno tiene el apellido y el afecto, y del otro reconoce que es su padre biológico e igual afecto. Vive con los dos. Comparte con ambas familias. Vivencia sus lazos de afecto con hermanas/o, tíos/as y abuelo/as cotidianamente. En la charla con Juli, ella nos explicó todo esto y de una forma tan simple como real. Y en la misma charla, le preguntamos a Juli si ella siente que tiene los dos papás, y nos dice que sí. Luego avanzamos sobre estos puntos, y le preguntamos si quiere tener a los dos papás en los papeles, como los tiene en la vida real, a lo que responde que sí. Y eso -debo admitir que fue la pretensión más simple, pero más significativa y reveladora que tengo para resolver- me exhorta (y exhorta al Estado) a una reflexión profunda. A mirar lo esencial y no ser ciega ante la realidad de esta familia –al decir del Principito-. A lo que jurídicamente podría traducirse en la necesaria humanización de la Justicia y el proceso[633]. El régimen civil y comercial en vigencia reconoce dicha humanización o constitucionalización de la ley, pues así lo dejaron plasmadado los redactores del Código Civil y Comercial Común en los fundamentos del Anteproyecto[634] .

A partir de ahí, entonces me pregunto: - ¿Podría el Estado desoír la voz de Juli y su consecuente petición de "no elegir entre sus padres" (Jorge y Roberto)? - ¿Acaso Juli tiene algo o a alguien que elegir en este proceso? - ¿A quién se le ocurre que una hija elija entre dos padres a quienes ella ama? - ¿Podría el Estado –en el actual sistema normativo- legalizar o legitimar que Juli tenga que posicionarse en alguna elección? (entre Jorge y Roberto) - ¿Puede el Estado "elegir" por ella entre sus padres? - ¿Cabría la posibilidad de desplazar a uno de ellos, ya sea por inexistencia de vínculo biológico o por el mero vencimiento de plazos legales? - ¿Existe algún orden público capaz de impedir la continuidad del ejercicio real y efectivo de la paternidad por parte de Roberto y Jorge? - ¿Podría resolverse la "cuestión del padre"[635] en un laboratorio y mediante una prueba de ADN, en el que se confirme el origen biológico de Juli? O bien ¿podría resolverse "la cuestión del padre" por el solo transcurso del tiempo -supuestamente por inacción-? - ¿Qué tanto poder tiene el Estado para disponer –en esta historia- cuál de los dos señores es el verdadero padre? ¿el legal o el biológico? Todas las respuestas fueron en sentido negativo. Y en consecuencia no caben las elecciones. Pues lo esencial es otra cosa. Solo desde el amor y el apego se construye la parentalidad (paternidad y maternidad). Es una creación diaria. Pues es necesario contar con el deseo y la demanda de aquellos quepretenden un hijo/a[636]. En esta historia puede advertirse que -desde la primera infancia de Juli- ambos padres articularon ese deseo. Por su lado, la niña se nombra, se constituye e identifica como hija de ambos. La familia de Juli en la conformación que tiene (dos padres y una madre), debe ser no solo reconocida como una realidad preexistente sino que debe ser protegida y legitimada ante la sociedad y ante la ley[637][638] . Dicho eso, ahora me dirijo a Juli para decirte: "Juli tenés razón cuando decís "que no querés elegir entre tus dos papás". Tenés derecho a conservar a los dos, al papá Roberto y al papito Jorge. También tenés razón al no permitir a los grandes -y admiro tanta valentía- que te exijan ese tipo de elección. No hay nada que elegir. Vos no tenés que elegir entre Jorge y Roberto. Porque según lo que hablamos y me hiciste saber, es que sentís que los dos son tus papás. Listo eso es lo importante. Y así lo voy a escribir en esta sentencia. Te anticipo que voy reconocer legalmente ese derecho a tener a tus papás en los papeles (a los dos) y a reconocer el derecho a vivir de esa forma y en familia. Esto quiere decir, que voy a hacer que el Estado registre en tu acta de nacimiento a Roberto además de Jorge y

---

[633] El Derecho, como todas las demás ciencias humanas ha experimentado desde las primeras décadas del siglo XX profundos cambios a partir de una nueva concepción del ser humano, éste ha dejado de ser un instrumento para convertirse en un fin en sí mismo, provocando el desapego a las doctrinas individualistas, patrimonialistas y formalistas que, por siglos, han inspirado y dominado la escena jurídica. http://www.saij.gob.ar/mario-masciotra-funcion-social-juez-codigo-civil-comercial-nacion-.

[634] Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación: Aspectos Valorativos: … En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

[635] Término acuñado por Marta Jerez Ambertín en "Avatares del padre", Actualidad Psicológica, Diciembre 2006, pág. 6.

[636] Gerez Ambertín, Marta op.cit.

[637] La actual legislación civil y comercial propone cambios trascendentales no solo de redacción sino de adaptación de los tratamientos, de modificación y propuesta de nuevas figuras, de dialogo de fuentes internas con las internacionales de Derechos Humanos (Fundamentos del Proyecto del CCyCN 2015)

[638] Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 74/133, del 18/12/2019) por la que reconoce que la familia tiene la responsabilidad primordial en el cuidado y la protección de los niños, de manera que redunde en el interés superior de estos, y que los niños, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, deben crecer en el seno de una familia y en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Igualmente insta a todos los Estados partes a que intensifiquen sus esfuerzos para cumplir las obligaciones que les impone la Convención sobre los Derechos del Niño de preservar la identidad del niño, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, tal como reconoce la ley, de proteger a los niños en cuestiones relativas al registro de nacimientos, las relaciones familiares.

Lucía. A los tres: con lo cual vos vas a tener en los papeles (acta) dos papás y una mamá. Y con eso, ellos tres tienen los mismos derechos y obligaciones (ellos con vos y vos con ellos). Básicamente las obligaciones de ellos tres son: cuidarte, acompañarte en la vida, y asegurar tu bienestar físico y económico (alimentos, vivienda, estudios, etc.). Entre ellos deben organizarse para cuidar de vos (autorizaciones reciprocas cuando vos salgas de viaje fuera del país o si decidieras casarte antes de los 18 años, derechos de comunicación con vos, cuidados personales, y esas cosas ¿sabes?…). Esto es una explicación sencilla, pero, todo está descripto en la ley y te la voy a detallar más abajo para que la leas si querés, para cuando quieras y necesites hacerlo[639.] Eso ya queda en vos. Para poder hacer todo eso que te digo más arriba, es que necesariamente debo precisar algunas cosas, y a partir de ahí, explicaré cómo voy a proteger tus derechos y el de tus papás: Roberto y Jorge. Veamos: - El origen biológico de Juli no fue controvertido. (Roberto afirma ser padre biológico. Jorge no lo niega, solo aduce el vencimiento del plazo legal para la acción intentada). - La niña conoce su procedencia biológica (es hija de Roberto). - La familia nuclear (padres/niñas/hermanas y madre) y la familia ampliada (tíos y abuelos) funcionan en base a los lazos afectivos, biológicos y legales. (Reconocen la coexistencia de ambas fuentes filiales en Juli: biológica y socioafectiva). - Roberto pretende ser emplazado legalmente como padre. - Jorge intenta no ser desplazado como padre. - Juli pide que se reconozca el derecho a conservar a sus dos papás. - Básicamente (Juli, Jorge y Roberto) coinciden en que desean preservar las relaciones familiares que tienen y sienten. Ser padres de Juli. Y Juli ser hija de ambos. Así las cosas, y tal cual funciona en la realidad, entiendo que Juli tiene razón en negarse a optar entre ellos. Porque en las condiciones que surgen del expediente, ambos cumplen con la función de padre. Ambos ejercen plenamente las funciones parentales. Ambos le dan amor y se encargan de su cuidado. Con ambos vive y comparte. Tanto Jorge como Roberto se desempeñan como sus auténticos papás. Esa es la historia de este caso. Esa es la realidad. Quizás este tipo de familia no fue siquiera concebida por quienes hacen las leyes (legislador), y si se la imaginó pues no le puso nombre. Sin embargo, no tener "un nombre para este tipo de familia"[640]no significa que no exista. Lo que ocurre es que yo [en la investidura del Estado] tampoco puedo ignorarla al momento de resolver. Es más, debo "nominarla". Debo ponerle nombre a "eso diferente", pues el derecho de las familias es respetuoso de la diversidad[641.] Es otro tipo de familia que merece trato igualitario ante la ley[642] Debo reconocer y proteger la multiculturalidad que en este caso se esboza. Avancemos: en cuanto a la denominación de este tipo de familia. Algunos estudiosos643 del derecho le llaman multiparentalidad o pluriparentalidad. Lo que significa que una persona puede tener más de dos progenitores (sean padres o madres). No voy a entrar en una disquisición en el orden lingüístico. Solo pretendo nombrar a este "otro tipo de familia", y entonces voy a llamarla la familia pluriparental[644], simplemente en alusión a la diversidad de progenitores (no hay solo 2, hay más). En ese sentido considero, que es un derecho intrínseco, esencial, individual y personalísimo de Juli a continuar en la conformación familiar y parental que tiene y que disfruta (serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista). Tal cual ella la describe y la experimenta. Ese es su autoproyecto de vida[645] . Entrometerme en eso -su vida- e impedir a cualquiera de los papás de Juli que sigan funcionando como tal (como su auténtico papá) sería una verdadera torpeza e imprudencia jurídico-estatal. Tal como lo adelantara voy a reconocer el derecho de Juli, de Jorge y de Roberto, a que todos encuentren sus nombres inscriptos en el acta de nacimiento de la niña. Voy a ordenar que se registre (se agregue) a Roberto L. como padre de Juli S., conservando desde ya la inscripción de Jorge S. también como padre de la niña. A la par, voy a mantener la inscripción de Lucía C. como su madre -por supuesto-. A su vez, la niña continuará con el apellido S., pues así se nombra, se reconoce y desea seguir llamándose (así lo expresó al momento de nuestra charla/audiencia y luego en la presentación por escrito). Esto es lo que se conoce como el derecho a la identidad

[639] Código Civil y Comercial Común, Libro II, Titulo IV, Título V, Titulo VII; Libro V. y toda legislación concordante con la filiación biológica. Derechos alimentarios, de comunicación, sucesorios, patrimoniales, etc.

[640] En el Código Civil y Comercial Común se reconoce la familia constituida tradicionalmente (conformada a partir del vínculo matrimonial o de pareja), ensamblada, uniparental.

[641] Ballarin Silvia, "El derecho las familias como derecho del otro en condiciones de vulnerabilidad", Revista de Derechos Familia y de las Personas N° 11, Diciembre 2019, Thomson Reuter, pag.13

[642] Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial Común. Aspecto Valorativo: … Código para una sociedad multicultural. En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación in vitro; en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina. Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender

[643] De La Torre, Natalia - Silva, Sabrina A. "Ampliando el campo de la pluriparentalidad: poliamor, socioafectividad y biología. Publicado en: RDF: 2017-VI, 13/12/2017, 310. Cita Online: AR/DOC/4218/2017

[644] Pluriparentalidad fue el término que adoptó aprobado en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahia Blanca 2015, por la Comisión Nº 6 Familia: "Identidad y filiación". Aunque solo se la concibiera para la tercera fuente filial incorporada al CCC, que es la voluntad procreacional

[645] Constitución de la República Argentina, articulo 19: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe"

en su faz dinámica y el impacto de la apertura al afecto como valor jurídico646 . En definitiva es respetar y legalizar la opción de vida de esa familia. Quiere decir además, que ambos (Jorge y Roberto) serán legalmente los padres de Juli, y que uno y otro tienen la misma responsabilidad y derechos frente a la ley[647] . Quiere decir que Juli no tiene que elegir entre ellos. A esto lo voy a explicar y fundar desde el plano jurídico. Esto se llama argumentación. Ahí voy a explicar con más detalles jurídicos y no-jurídicos, qué cosas hago valer para proteger los derechos de Juli, Jorge y Roberto. Quizás para Juli hoy -al momento de escribir esta sentencia- sea un poco más difícil comprender la totalidad de lo que escribo, pero no descarto que cuando crezca -tal vez- mantenga interés en releer este papel (sentencia) y entienda cada vez más el alcance de estas líneas (integridad del fallo) y las leyes que invoco para resguardar sus derechos en este momento. A los Señores Jorge S. y Roberto L., les adelanto que intentaré exponer de la forma más clara posible los fundamentos de mi decisión, explicando la legislación y los conceptos, que considero aplicable para la resolución de este caso. Pero, si aun así, quedara algún término sombrío o incomprensible, será tarea de los profesionales que los acompañan (Dra. Ingrid Lausberg, Dr. Diego Valls y Dr. Roberto Charcas) agraciarlos con más explicaciones. Y, para el caso que no estuvieran de acuerdo con la decisión que tomo, pues tienen otras vías para fundar tales circunstancias y pedir la revisión. FUNDAMENTOS DE LA DECISION JUDICIAL A- Argumentos jurídicos y aspectos axiológicos[648.] Avanzo en esta argumentación, haciendo conocer que resulta un espinoso - pero interesante- ejercicio tener que evidencia y justificar ante esta familia en particular y ante la sociedad en general, que los derechos que reclaman Juli, Roberto y Jorge (ser padres e hija) constituyen garantías esenciales. Incluso, que tales derechos fueron reconocidos mucho tiempo atrás por los Tratados Internacionales[649.] En estos casos, el Estado (mi función en el Poder Judicial) está obligado a desarrollar una tarea de interpretación holística de las normas que conforman el Sistema Reglamentario Nacional. Esto quiere decir, que debo tomar la actual legislación familiar e interpretar sus mandatos a la luz de las pautas que indican los textos internacionales (Tratados Internacionales en los que Argentina es parte). El Derecho Constitucional-Convencional de familia es el resultado del cruce entre Derecho Humanos y Derecho de Familia y el escenario obligado sobre el cual se debe realizar cualquier análisis jurídico[650.] De la misma manera tengo que reconocer que, además de la riqueza normativa con la que contamos, también es cierto que Juli y sus papás lograron - con este caso y su historia- quitar aquellas creencias culturales y sociales por las que se entendía que las familias biológicas tienen una sola forma de instituirse, es decir, en el siguiente binomio: 1 madre + 1 padre= 2 progenitores. Notoriamente, ellos (Juli y sus papás) nos demostraron que existe más de un modelo familiar. Y el suyo es otro. Distinto. Propio. Genuino. Válido entre sí, para el resto de los miembros de la familia, y para la comunidad en general. Y esa es la razón por la que la ley debe protegerlos, concediéndole los mismos derechos que a los otros modelos familiares. Como dije anteriormente, la argumentación de esta sentencia y la realidad sobre la que se apoya, es un ejercicio jurídico que tiene su anclaje en las fuentes de derecho y la interpretación de la ley según los estándares de los Derechos Humanos (artículos 1, 2 y 3 del Código Civil y Comercial Común –en adelante CCyCN-)[651] . En este aspecto y para ahondar en los fundamentos de mi decisión, me permito seguir los pensamientos del filósofo Confucio[652], quien enseñaba: "saber que es lo justo y no hacerlo, es la peor de las cobardías". Lo justo es que Juli no elija entre sus padres, pues su subjetividad e identidad como hija se construye a partir de la presencia de ambos -Jorge y Roberto-. Cobarde sería escudar una solución jurídica en normas rígidas y carentes de valoraciones humanitarias. La interpelación legal de Juli al Estado por y para el reconocimiento de sus derechos civiles y sociales (derechos humanos fundamentales) es no solo justa sino legítima y merecen amparo legal. Igualmente adhiero a lo que nos enseña el

---

646 La concepción multifacética e interdisciplinaria de la identidad repara en la importancia del tiempo y el afecto en desarrollo el intersubjetivo de la persona, a lo que el derecho no debe hacer oído sordo. El paradigma Constitucional-Convencional nos impone considerar los contextos socioafectivos en los cuales se construye la identidad filiatoria. El nuevo articulado abre la puerta del mundo jurídico al amor, como valor autónomo y capaz de producir efectos jurídicos en el reconocimiento de las relaciones tal cual son. (Daniela A. López y Sabrina A. Silva, "Comisión N° 14 Identidad y Filiación", Jornadas Derecho Civil 2015, Bahía Blanca. https://jndcbahiablanca2015.com)

647 Deberes de alimentos y cuidados personales. Derechos de comunicación. Derechos hereditarios. Y todos los que la legislación nacional y supranacional conceda como consecuencia de la filiación biológica

648 Definición de la Real Academia Española (RAE): El aspecto axiológico o la dimensión axiológica de un determinado asunto implica la noción de elección del ser humano por los valores morales, éticos, estéticos y espirituales

649 Código Civil y Comercial de la Nación, artículos 1, 2 y 3. La regulación completa de las fuentes es un tema que hoy se analiza en el derecho constitucional, porque tiene la amplitud necesaria para comprender desde los tratados internacionales hasta la reglamentación administrativa. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. Convención Americana de los Derechos del Hombre y Convención de los Derechos del Niño.

650 Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación: "…Los casos deben ser resueltos conforme a un sistema de fuentes…La aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, es decir una deducción. De todos modos, queda clara y explícita en la norma que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes. Así, se alude a la necesidad de procurar interpretar la ley conforme con la Constitución Nacional y los tratados en que el país sea parte

651 Con relación a los tratados internacionales, cabe señalar que todos los que ha suscripto el país y resultan obligatorios, deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo 1 del CCyCN. Pero, además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo 2 del CCyCN (Fundamentos del Proyecto del CCyCN).

652 Reconocido pensador chico. Vivió en el 551 A.C. Su filosofía recibe el nombre de confucianismo.

jurista Gil Domínguez cuando expresa que una compleja combinación de elementos jurídicos y no jurídicos, permitirá comprender el derecho como un fenómeno público, social e histórico advirtiendo que la interpretación es una operación de naturaleza social que adquiere sentido y legitimación en el contexto de una cultura. La estructura abierta del lenguaje Constitucional Convencional posibilita construir una subjetividad, a partir de la escucha del deseo de las personas, y nos conduce necesariamente a una sociedad plural y toL.nte; donde el pensamiento monocromático -como una suerte de expulsión a los que portan una construcción biográfica distinta- no tiene cabida[653] . Es decir, que a esta historia y el fenómeno jurídico que nos revela, lo tomo desde la perspectiva de sus tres elementos esenciales: conducta, norma y valor (Teoría Trialista del Mundo Jurídico)[654.] Sin pretender dar inicio al campo de la Filosofía del Derecho, solo he de señalar -para que los destinatarios de esta sentencia comprendan mejor, y además fue un compromiso asumido para con ellos- que para el Derecho las conductas son comportamientos humanos; las normas (las leyes) son descripciones de las conductas; y el valor se refiere a la justicia— que como valor que es— nos permite apreciar (valorar) las conductas y las normas. En este caso, esta teoría se refleja en el siguiente modo: - Las conductas: de Jorge y Roberto en la función paterna y la conducta de Juli como hija de ambos - Las normas: Jorge es el padre reconociente de Juli pues figura en el acta de nacimiento. La niña lleva su apellido y se identifica como tal. Roberto es el padre biológico de Juli, cumple la función paterna en los hechos. La niña conoce su origen y tiene vínculos afectivos y convive con ambos. (Artículos: 80, 240, 243, 246, 248, 258, 269 y concordantes del Código Civil Argentino [derogado]; - La valoración: ¿qué sería "lo justo" en el caso que tengo a resolver? Ahora sí, me introduzco directamente en lo que me interesa describir, principalmente para que Juli, Roberto y Jorge sepan cuáles son las normas jurídicas y los aspectos no jurídicos que he tenido en cuenta para llegar a mi decisión final. Qué elementos y condiciones juzgo (valoro) como legal y razonable en sus pedidos. Me explayo: B. La obligación del Estado y los derechos esenciales a proteger: - Para Juli: la integridad personal, la libertad de pensamiento y de expresión. El derecho al nombre, a la personalidad jurídica y a la dignidad. Su interés superior. El derecho a participar en el proceso, a peticionar al Estado y exigir "no elegir entre sus padres". Su opinión como razón central de esta decisión. El derecho al mismo trato ante la ley. - Para Juli y sus padres: la protección de esa familia. El reconocimiento del amor como elemento constitutivo de la función paterna de ambos. La relevancia de la filiación socioafectiva. - Para este caso (historia de vida) en particular: la declaración de inconstitucionalidad del artículo 558 del Código Civil y Comercial Común y el reconocimiento de la pluriparentalidad como un derecho constituyente de la dignidad personal (de cada uno de ellos) y la identidad familiar (para este grupo). A continuación, paso a desarrollar cada uno de esos derechos, a señalar dónde se encuentran ubicados, y lo que cada de ello y todos conjuntamente implican. B.1 - El interés superior de Juli, la integridad personal, la libertad de pensamiento y de expresión. Derecho al nombre, a su personalidad jurídica y su dignidad. (Todos esos derechos están enunciado en: la Convención sobre los Derechos Humanos[655]: artículos 1, 2, 3, 8, 11, 17, 18, 24, 25 y concs; la Convención de los Derechos del Niño[656:] artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 12, 14, 18 y concs; la Constitución Nacional[657] artículos 14 bis, 16, 28, 75 inc. 22 y concs; el Código Civil y Comercial de la Nación[658,] artículos 1, 2 y 3) - ¿Qué se entiende por el superior interés de Juli? La confluencia con otros derechos esenciales. La jurisprudencia nacional[659] ha concebido al interés superior del niño como "el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto (...). Una definición aproximativa caracteriza al interés del niño como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un niño dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto. Al respecto, hemos sostenido que el interés superior del niño excluye toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (del voto del Dr. Pettigiani, el subrayado le pertenece). En esa línea de pensamiento -del mismo modo- importantes maestros del derecho, han dicho que el concepto de interés superior del niño se conecta con la idea de bienestar "en la más amplia acepción del vocablo, y son sus necesidades las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida" [660] . La ley 26.061 dice, al respecto, en su art. 3: "A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a- Su condición de sujeto de derecho; b- El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c- El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y

[653] GIL DOMINGUEZ, Andrés, Estado constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad. Ediar, Buenos Aires, p. 17 y ss.
[654] GOLDSCHMIDT, Werner "La teoría Trialista del mundo jurídico", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967
[655] En adelante CADH
[656] En adelante CDN
[657] En adelante CN
[658] EN adelante CCyCN
[659] Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires, causa C. 99.273, "F., M. B. contra R. ,L. . Venia supletoria", fecha 21/05/2008
[660] Kuyundjian de Williams, Patricia, "El traslado del menor a otra provincia y los derechos del progenitor no conviviente. Pautas", RDF 2004-I-135; íd., Grosman, Cecilia, Los derechos del niño en la familia, Universidad, Bs. As., 1998, ps. 23 y ss.

cultural; d- Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e- El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f- Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros". 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[661]" 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 vulnere los estándares convencionales dominantes. Todo aquello no es más que revalidar y consolidar en el marco de este proceso judicial el régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales de Juli. Y tal como lo establece la CADH (Pacto de San José de Costa Rica), reconocer que los derechos esenciales de la niña (identidad, protección de su nombre, protección de su familia y de los lazos parentales existentes) no nacen del hecho de ser nacional de nuestra República Argentina, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno . B 1.1 La confluencia del superior interés de Juli con otros derechos (un núcleo duro de Derechos Humanos) Ese interés superior también se relaciona con los siguientes derechos (que son considerados como la estructura vertebral del sistema de Derechos Humanos): la integridad personal, la libertad de pensamiento y de expresión de Juli. Derecho al nombre, a su personalidad jurídica y su dignidad. Explico. La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 5 reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, física y psíquica, cuya infracción "es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y […] cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta". Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "La Corte") ha sostenido en otras oportunidades que la mera amenaza de que ocurra una conducta prohibida por el artículo 5 de la Convención, cuando sea sufcientemente real e inminente, puede en sí misma estar en conflicto con el derecho a la integridad personal[662] . En el caso de Juli, esa afectación de derechos estuvo materializada cuando se mostró intimidada al momento de la audiencia, porque le dijeron que "tenía que elegir entre sus padres". Claramente, advierto que -en ese contexto- pudo haber atravesado momentos de angustia y total incertidumbre no solo por la decisión a la que podría enfrentarse, sino de los resultados que tal decisión podría aparejar. En este punto, es importante garantizar el derecho a la libertad de pensamiento y expresión de Juli, cuando dice "no quiero elegir entre mis dos papás". Este derecho incluye -según el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos[663]- el no ser molestado a causa de las propias opiniones, lo que implica el derecho de investigar y recibir información, y el derecho de difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión (el contenido del acta de audiencia de la página 73). En el caso de Juli –al momento de la audiencia- se habló de sus derechos y se amplió información. Estaba presente el Ministerio de Niñez y el profesional del Gabinete Psicológico de este Centro Judicial. Además, también concurrieron los profesionales de la Oficina de Acceso a la Justicia dependiente del Gobierno Nacional. En ese momento la niña expresa su más grande reclamo "no quiero elegir entre mis papás, los quiero a los dos"[664.] Luego inscribe formalmente esta pretensión por intermedio de su abogada, la Dra. Gabriela Gómez Peña (en la figura del abogado del niño). De este modo, es deber del Estado -en mi función jurisdiccional desempeñar un papel central para el respeto y garantía de los derechos humanos en general, y de los de protección judicial y debido proceso en particular (en este expediente principalmente para Juli)[665] . Es aquí, donde cabe la garantía de la libertad de expresión de Juli y corresponde que se garantice el "derecho a no elegir entre sus papás", y que no sea importunada (molestada) por esa forma de sentir y de vivir. Reconociendo que la niña, 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[666] . Esto

[661] Real Academia Española: 1. tr. Tomar los datos personales de alguien; 2. prnl. Inscribirse o hacerse inscribir en el asiento militar; 3. prnl. afiliarse.
[662] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia". Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012
[663] Párrafo 2 del artículo 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, vigente desde 1976. Artículo 13 de la CADH
[664] Derecho de la niña a expresar libremente su opinión en los procesos que la afecten (art. 12 CDN y articulo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos), derecho a la preservación de las relaciones familiares y la identidad personal (art. 3, 6, 7 y 8 de la CDN), derecho a la integridad personal (art. 5 y 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos).
[665] Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos)
[666] Pacto Internacional de Derechos Humanos: Preámbulo, artículos 1, 2, 10 y concs.

se enlaza directamente con el "derecho a la identidad de Juli, a su personalidad jurídica y a su dignidad". Lo explico: Entendemos que la identidad y la identificación (individual y familiar) está compuesta por aquellos elementos (nombre, nacionalidad, sexo, genero, datos genéticos, etc) que permite diferenciar a las personas humanas. Es un derecho fundamental y es un atributo de la personalidad[667]; en tanto que, según su autoproyecto de vida, el ser humano puede construir y fijar su identidad personal, puede exigir el reconocimiento de su individualidad y ser tratado como distinto y distinguible. Esto comprende y se relaciona directamente con la identificación y el reconocimiento afectivo que tiene Juli con ambos padres. Con ellos la une el afecto, además del lazo legal con uno y el lazo biológico con el otro. Concretamente en esta historia, Juli vive y disfruta de dos padres: Jorge y Roberto, más la mamá Lucía. Esa y no otra, es su realidad, su identidad familiar y la construcción de su vida cotidiana. Situación que tanto la sociedad como el Estado deben respetar y abstenerse de cualquier intromisión en su proyecto de vida personal y familiar (CDN, 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...) Al respecto la Corte Interamericana recuerda -en la Opinión Consultiva 24/2017- que la Convención Americana protege uno de los valores más fundamentales de la persona humana entendida como ser racional, esto es, el reconocimiento de su dignidad. Es así como ese Tribunal ha señalado en otras oportunidades que ese valor es consustancial a los atributos de la persona, y es, en consecuencia, un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos[668]. Por añadidura, debe entenderse que esa protección se encuentra establecida de forma transversal en todos los derechos reconocidos en la Convención Americana. En relación con lo anterior, la Convención Americana contiene una cláusula universal de protección de la dignidad, cuyo basamento se erige tanto en el principio de la autonomía de la persona como en la idea de que todas las personas deben ser tratadas como iguales, en tanto son fines en sí mismos según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida. Además, la Convención Americana también reconoce la inviolabilidad de la vida privada y familiar, entre otras esferas protegidas. Este ámbito de la vida privada de las personas -ha sostenido la Corte- se caracteriza por ser un espacio de libertad exento e inmune a las injerencias abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública[669]. Por otra parte, la misma la Corte ha precisado que la protección del derecho a la vida privada no se limita al derecho a la privacidad, pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad de la persona, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar su propia personalidad, aspiraciones, determinar su identidad y definir sus relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona[670.] Aplicado todo aquello en el caso Juli: considero que el reconocimiento de la dignidad (de su dignidad y personalidad) lo constituye la posibilidad de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. Es decir, al proceso subjetivo de constitución individual (se reconoce y se ubica como hija de Roberto y de Jorge). En este marco juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona, es decir, que lo convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención de los Derechos Humanos[671]. Es decir, el Estado no puede limitar la opción de Juli de asumir y disfrutar de dos padres, porque esa elección constituye su biografía personal, su libertad individual -en sentido amplio- y su propia dignidad[672] . B 1.2 - La voz de Juli en el proceso. Garantías mínimas judiciales: derecho a participar en el proceso, ser oída y que su opinión sea tenida en cuenta (CADH, articulo 8, 25 y concs., CDN art. 12, CN artículo 18, 75 inciso 22, CCyCN articulo 706 y concs.) Como es sabido, los textos internacionales

[667] Art. 11 y 18 de la Convención de Derechos Humanos, art. 7 y 8 de la CDN

[668] OEA, Comité Jurídico Interamericano, Opinión "sobre el alcance del derecho a la identidad", resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párr. 12, y Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 123.

[669] Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 149; Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 194, y Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299, párr. 200.

[670] Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 152; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 129, y Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica, párr. 143.

[671] Opinión Consultiva 24/2017, pág. 45.

[672] CADH, articulo Artículo 11.2: "Protección de la Honra y de la Dignidad. […] 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación". Artículo 18: "Derecho al Nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario"

conceden garantías judiciales a los niños[673]. Específicamente el art. 12 de la CDN[674] les reconoce el derecho a participar y expresar libremente su opinión. Vengo haciendo hincapié en lo que dijera Juli al momento de nuestro encuentro (audiencia del artículo 12 CDN y luego cuando lo expone por escrito en las páginas 87 a 89). Su pedido de "no elegir entre sus padres" fue no solo preciso, sino también acorde a su desarrollo en todas su facetas personales -nivel educativo, cognitivo, emotivo, psicológico y social- (principio de la autonomía progresiva675). En este aspecto considero que ese sentimiento, esa idea que ella señala, decididamente es la que cuenta en este proceso y es el eje rector de esta decisión[676.] El solo hecho que Juli tenga 9 años, no me permite rechazar o desatender su sentir (opinión + emociones)[677 ·] Es así que, "No elegir entre dos padres", lleva implícito el derecho a que se reconozca a su familia en la constitución que tiene y que existe. Y como derivación directa de ello, me obliga a evitar que por reconocer a un padre mejor derecho que a otro, conlleve una forzada desintegración de los lazos familiares preexistentes. Y en consecuencia, la injerencia estatal no solo es ilícita sino con un claro sentido de injusticia. Ese derecho a no elegir entre sus dos padres es un derecho autónomo de Juli ejercitado por ella misma. Es el derecho a crecer y desarrollarse en condiciones de igualdad, a expandir sus potencialidades y contribuir al desarrollo en sociedad. Para cerrar este apartado voy a recordar que en casos como éste (la historia de Juli y sus dos papás), los niños son la centralidad[678]. Esa centralidad implica tres cosas: a) reconocer a la niña (Juli) titular de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y partir de la lógica del desarrollo integral de los NNA; b) reconocer su capacidad para ejercer sus derechos de forma independiente en función de su edad y madurez; c) reconocer y promover su derecho a participar y a que su voz y opinión sean tomada en consideración en la petición que hacen sus padres como en la decisión que me corresponde tomar, y que decididamente la afectará. B 1.3 -La protección de la familia y de la vida familiar (CADH artículo 1,2,17; CDN artículos 1, 2, 4, 6, 7, 8, 9, 16; CN artículo 14 bis y 16) *La familia y el escenario social. La deconstrucción de un único concepto de familia. Se afirma[679] que en la sociedad occidental estamos siendo testigos, desde hace décadas, de cambios y transformaciones económicas estructurales, en el modelo de producción y reproducción, ideología y valores desde la revolución industrial que han supuesto e incidido necesariamente en alteraciones en la organización familiar, en la movilidad social y en la protección de derechos individuales. Todo ello sin duda, ha condicionado y afectado al concepto de familia y a su funcionamiento. Continúan diciendo, que este nuevo panorama nos muestra un caleidoscopio de situaciones diferentes donde conviven elementos de estructuras anteriores con otros nuevos y donde encontramos: -Parejas separadas, familias reconstituidas, familias monoparentales, familias de parejas homosexuales, familias de parejas abiertas o poliamorosas. - Tendencia a la idealización y mistificación en la forma de vivir la maternidad/paternidad, rechazo de la misma, así como a la no diferenciación de funciones parentales. -Acceso a la maternidad/paternidad desde técnicas novedosas de concepción y reproducción asistida. - Multiplicidad de modelos de crianza que conviven unidos o de forma simultánea. - Mayor libertad para elegir maneras de organizarse en la familia y modelos educativos diferentes. - Parejas y personas solteras que se plantean como opción elegida no ser padres/madres. -Etcétera. Concluyen[680] refiriendo que la institución familiar es una construcción social, sujeta a necesarias variaciones conforme a una diversidad cultural en continua evolución y transformación. Por tanto, esta construcción social se encuentra sujeta a modas, ideologías imperantes que son cambiantes según modelos, criterios y pautas de conducta, pudiendo interferir e incidiendo de forma variable, en las diversas formas de vivir las maternidades/paternidades, evolucionando a veces, en un vaivén de movimientos pendulares, concibiendo escenarios y situaciones vitales diferentes con respecto a generaciones anteriores. No obstante (desde cualquier ciencia) partimos de la idea común de que la familia, dentro de cualquier modalidad y para cualquier individuo que nace, es lugar de pertenencia y

[673] La Comisión de los Derechos del Niño, utiliza la palabra "niño" para referirse indistintamente a todas las niñas, niños y adolescentes, entendiendo por estos a todas las personas menores de 18 años cumplidos, conforme el concepto utilizado por la CDN y el corpus iuris internacional en la materia

[674] CDN Artículo 12: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

[675] CDN: Artículo 5: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

[676] El deber de protección hacia la niñez con carácter especial, adaptado y reforzado, reconocido en los artículos 19 de la CADH y VII de la DADH, y en la CDN, se fundamenta en el reconocimiento de las condiciones especiales del niño quien, debido a su desarrollo progresivo en todas sus facetas personales - a nivel físico, cognitivo, emotivo, psicológico y social -, depende de los adultos para el efectivo acceso y disfrute de todos sus derechos, así como para el ejercicio de las acciones jurídicas tendientes a exigir los mismos. CIDH, "Hacia la garantía efectiva de los derechos de los NNyA", informe 2017, *op.cit*.

[677] conf. Burrows, David, A child's understanding, Law Family, 1994, vol. 24, pág. 579, cit. por Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El derecho constitucional del menor a ser oído", en Rev. de Derecho Privado y Comunitario Nro. 7, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, pág. 167.

[678] Hacia la garantía de los derechos niños, niñas y adolescentes", Informe de CIDH, Noviembre 2017

[679] Grupo de Perinatilidad SEPYPNA https://www.sepypna.com/documentos/

[680] Grupo de Perinatilidad, op.cit.

de sostenimiento. En el Sistema Interamericano de Derechos, la familia encuentra protección especial en el artículo 16 de la *Declaración de los Derechos del Hombre*[681], el artículo 17 de la CADH[682]; artículo 8 de la CDN[683,] Opinión Consultiva n° 17/02 y 21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A partir de tales normas internacionales, la Corte ha sentado el criterio que el concepto de familia es amplio, obligando a los Estados a no distinguir entre los modelos familiares a la hora de proteger este seno social. Ejemplo de ello fueron los siguientes pronunciamientos: - "Además, este Tribunal ha señalado que 'el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño […][684]." - "La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo 'tradicional' de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio[685]." - "La Corte ha establecido que el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Asimismo, ha afirmado que implica el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, así como también que los Estados tienen obligaciones positivas a favor del respeto efectivo de la vida familiar. El Tribunal también ha reconocido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia[686]." -"Además, es pertinente recordar que la familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. No obstante, la Corte recuerda que no existe un modelo único de familia. Por ello, la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los `lazos familiares´ pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño. Por consiguiente, en el desarrollo de la presente consulta en el marco de la situación de las personas migrantes, la Corte utilizará en un sentido amplio el término `progenitores´ de la niña o del niño empleado en la consulta formulada a la Corte, comprendiendo en él a quienes efectivamente constituyen parte de la familia de la niña o del niño y, por lo tanto, son titulares de la protección a la familia acordada en los artículos 17 de la Convención y VI de la *Declaración Americana*. En igual sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que `el término 'familia' debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local´ [hay nota], de conformidad con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y que las previsiones del artículo 9 relativo a la separación de las niñas y los niños de los progenitores, es aplicable `a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha[687]. Ciertamente la familia nuclear de Juli no responde al "modelo tradicional", es decir, 1 madre + 1 un padre = 2 progenitores (tipo binario de la familia biológica o por naturaleza). Por el contrario, en el caso de Juli, ambos padres defienden el deseo de ser "reconocidos legalmente como tal" y en la vida de su hija. Todo acredita que ambos padres, se encargan del cuidado personal y afectivo de su hija. En ese escenario natural es en el que se desarrolla y se satisfacen las necesidades emocionales de la niña. En ese espacio familiar están dadas las condiciones apropiadas para que ella alcance un nivel de vida óptimo, y desarrolle su pleno potencial[688.] Bajo estas condiciones, la protección de esta familia es un elemento destacado en la protección de los derechos del niño (de Juli), pues constituye el derecho "a su familia", a contar con ambos padres en sus registros de identidad y a ser cuidada por ellos[689] . No tiene por qué ni por quién elegir. Por el contrario, es mi deber como

[681] Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 16: 1…,2…, 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
[682] CADH: Artículo 17. Protección a la Familia: 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2…, 3…,4…5.
[683] CDN: 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….
[684] CorteIDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.
[685] CorteIDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012
[686] CorteIDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Mapuche) Vs. Chile. Sentencia del 29 de mayo de 2014.
[687] Corte Interamericana de Derechos, Opinión Consultiva N° 21/14
[688] CIDH, Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes…, opt.cit. pág. 153
[689] Artículo 8 de la CDN

Estado promover y propiciar un apoyo adecuado a estas personas que conforman esa familia[690] para que puedan cumplir con sus responsabilidades parentales en el cuidado y la crianza de su hija, y a su vez a la hija para que pueda crecer en ese núcleo natural y originario, para que de ese modo quede garantizada la protección de sus derechos[691]. B 1.4 - La pluriparentalidad: el elemento constituyente de la identidad familiar y dignidad personal. El deseo y el afecto de los padres como los componentes estructurantes de la función paterna. La biología y el amor como causa fundante de la vinculación parental (paternidad). (CADH artículos 1,2, 17,19 y concs.; CDN artículos 1, 2, 4, 8, 16 y concs. CN artículos 28, 31, 75 inc. 22) La noción de parentalidad, si bien surgida en el campo de la clínica psicoanalítica, ha sito trabajada desde diversas disciplinas, obteniendo un lugar en el campo educativo y en el jurídico, hasta volverse un término del lenguaje cotidiano asociado a diferentes sentidos[692]. La sociología del derecho ha propuesto tres maneras de identificar la parentalidad; "Refiere un componente biológico (que alude al genitor/a), un componente doméstico (con el que identifica a la persona que educa en el día a día al infantil sujeto) y un componente genealógico cuando el título con el cual se inscribe cada descendiente en un sistema simbólico de parentesco es designado por el derecho. Repartidos o coincidiendo estos componentes en la/s misma/s persona/s, hoy se corresponden con realidades que son nominadas como monoparentalidad, coparentalidad o pluriparentidad según las presentaciones o recomposiciones que las realidades familiares adquieren en su devenir" [693.] Se afirma que la parentalidad se trata de construcciones, transformaciones y permanencias a través de las cuales se deviene padre o madre desde el punto de vista psíquico[694.] Igualmente se afirma que estas funciones no se corresponden con el sexo biológico (madre/padre) ni implica ubicarlas en dos personas, cada función por separado. Estas pueden ser alternadas, compartidas o fijas entre las personas a cargo de la crianza. De esta manera la categoría permite ir mas allá de la dicotomía ancestral que circula en la distribución de las funciones de acuerdo al sexo biológico[695] . Parentalidad y filiación se implican mutuamente. Ambas nociones se asientan sobre la base de reconocimiento recíproco. Sin embargo, considerando los vínculos pater-filial en su devenir se puede decir que, partiendo de niveles arcaicos de relación, va dando lugar a una discriminación y al reconocimiento tanto de lo común como de lo diferente de cada uno de los términos[696.] Concluyo que todo aquello que explican las ciencias es lo que ocurre concretamente en el caso de Juli, Roberto y Jorge. Ya que entre ellos existe un verdadero compromiso en el ejercicio de la paternidad. Ambos cumplen con el "ahijamiento" de la niña. Esa es una realidad que atraviesa la paternidad más allá de cuál sea el origen biológico de Juli. A su vez, la niña no solo conoce su origen, sino que logra identificarse con ese entorno. Ella también se instala en el lugar de hija (proceso de subjetivación). Entiendo que Jorge como Roberto legaron su genealogía afectiva y biológica a su hija. Ambos alojaron a esa hija (filiación afectiva, legal y biológica). Uno y otro asumen su crianza y promueven un espacio de calidez y apoyo a su desarrollo personal (expresión del deseo de constituirse como padres). Podríamos preguntarnos ¿Cuál es el padre para esta niña? el biológico que engendra a la niña, el legal que dona su apellido o ambos que la reconocen como su propia hija y a quienes ella "demanda" como padres. Hace tiempo Herrera resaltó la necesidad de repensar de manera crítica el principio binario a la luz de la filiación biológica[697], a lo que yo agregaría -en este caso en particular- la posibilidad de repensar el mismo principio a la luz de la filiación socioafectiva, por el hecho de afiliarse/ahijarse simplemente por amor. En este caso singular, considero que las bases biológicas y las connotaciones jurídicas que se relacionan con la filiación y la parentalidad entre Juli, Jorge y Roberto, no son excluyentes para que se constituya ese sentimiento único, sino excepcional, de intimidad, de amor, de confianza y comprensión recíproca que se adquiere a través de inter-funcionamientos prolongados entre el niño y el adulto[698] . Trayendo a este texto lo que reflexiona Gérez Ambertin en su artículo sobre "Los avatares del padre"[699], cuando dice "¿qué de aquel cuyo lugar posibilita el soporte de filiación y genealogía en tanto encadena al sujeto a una historia que lo inscribe en la serie generacional?", me atrevo a pensar que en el caso de Juli, no cabe el binarismo exigido por la ley (artículo 558 CCyCN), 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). Ambos son padres: Jorge, el padre jurídico-no biológico, y Roberto, el padre biológico-no jurídico. Juli siente que es hija de ambos (así lo expresó). Se ubica en ese lugar y se autopercibe como hija de ambos. Sería inexacto pensar que la identidad biológica podría desplazar la identidad

[690] Artículo 17 de la Convención Americana de los Derechos Humanos
[691] CIDH, Informe sobre el Derecho del niño y la niña a la familia, cuidados alternativos, octubre 2013
[692] Paolicchi, Graciela; Bozzalla, Lucía; Sorgen, Eugenia; Bosoer, Eliana; Nuñez, Ana; Maffezzoli, Mabel; Botana, Hilda; Pereyra Bentivoglio, Cecilia; Metz, Miriam, "Parentalidad y constitución subjetiva", Investigaciones en psicología, Facultad de Psicologia-UBA, 2017, pág. 59
[693] Thery, I. (1998).Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Éditions: Odile Jacob
[694] Houzel, D. (1999). Les enjeux de la parentalité. Toulouse: Editions Éres, citado por Paolicchi Graciela, y otras en "Parentalidad y constitución subjetiva".
[695] Rotenberg, E. (2014). Parentalidades. Interdependencias transformadoras entre padres e hijos. Buenos Aires, Lugar Editorial.
[696] Paolicchi, Graciela, opt.cit. pág.60
[697] Herrera Marisa, De la Torre Natalia, Fernández Silvia "Derecho Filial. Perspectivas contemporáneas de las tres fuentes filiales", Thomson Reuther, La Ley, Buenos Aires, 2018, pág.88
[698] Eiguer, A. (2007). Homoparentalidades, afiliación y vínculo filial. Rotenberg, E. & Agrest Wainer, B.(Comp). Homoparentalidades. Nuevas familias. Buenos Aires: Lugar editorial.
[699] Gerez Ambertin, Marta "Los avatares del padre", Actualidad Psicológica, Diciembre 2006

socioafectiva que el propio dinamismo de la vida a forjado en ese vínculo parental. Es una identidad dual con equivalente jerarquía legal y social. B 1.5 - El derecho a la no discriminación: el derecho de Juli a ser tratada de igual manera ante la ley y adecuar su historia a la legislación internacional (CADH artículos 1 y 2, CDN artículos 2 y 4; CN artículos 16, 19, 28, 33 y 75 inc. 22; CCyCN artículos 1, 2, 3) El principio de igualdad y no-discriminación se considera como una de las bases fundamentales del sistema de protección de derechos humanos y uno de los pilares de cualquier sistema democrático. Tanto la Declaración como la Convención de los Derechos Humanos fueron inspiradas en el ideal "que todos los hombres nacen libres en dignidad y derechos"[700] y la Convención de los Derechos del Niño considera este principio como uno de los 4 principios fundamentales sobre los que se asienta. El artículo 2 de la CDN establece la obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en la Convención y de asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha precisado una doble concepción del derecho a la igualdad y a la no discriminación: una relacionada con la prohibición de diferencia de trato arbitraria; y otra relacionada con la obligación de crear condiciones de igualdad real y efectiva frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados[701]. Es decir, el sistema interamericano no sólo recoge una noción formal de igualdad, limitada a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas de diversa naturaleza que busquen la equiparación en el acceso a derechos y a la igualdad de oportunidades[702] . La aplicación de estos principios en el caso de Juli y sus papás, conlleva a que se conceda el mismo trato que a otros ciudadanos extranjeros y argentinos a los que se les reconoció el derecho a la "triple filiación". Veamos: - En Brasil existen dos antecedentes, uno en el Supremo Tribunal de Brasil del año 2016[703], por el cual una niña fue reconocida por el esposo de su madre y cuidada por él como si fuese su hija biológica durante más de veinte años. El progenitor de la joven, comprobado su estatus de padre biológico, reclamó inscribirla como hija. El Supremo Tribunal Federal de Brasil reconoció los derechos de ambos padres. El otro antecedente brasilero es el de Porto Alegre en 2015[704,] por el cual las integrantes de una pareja homosexual promovieron una acción declaratoria de multiparentalidad respecto de un menor de edad dado a luz por una de ellas y un amigo de la pareja. Es decir, solicitaron que el menor fuese registrado a nombre de las dos mujeres y el hombre. El pedido fue rechazado por mediar imposibilidad jurídica. Los peticionarios apelaron y la Cámara admite su recurso y ordena la inscripción solicitada. - En Argentina también existen otros ciudadanos que obtuvieron el reconocimiento a gozar de más de 2 vínculos filiales. Uno de esos casos es el de A. (la identidad del niño se preserva) que fue el primer bebe en Argentina y en América Latina en contar con la triple filiación705, el otro de F.706 a quien le fue reconocido el mismo derecho por medio de la justicia porteña. También contamos con el antecedente de Mar del Plata del año 2017707, por el cual una pareja del mismo sexo y la madre biológica de una menor interpusieron una demanda a fin que se le reconozca a la niña su triple filiación que había sido denegada por el Registro Provincial de las Personas. El juez hizo lugar a lo peticionado. Lo que caracterizó los precedentes nacionales, es que la fuente de la filiación múltiple fue la volitiva (es decir el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida). Sin perjuicio de ello, considero que el tratamiento ante la ley de estos ciudadanos (niños que cuentan con más de dos progenitores) debe ser a la luz del principio de igualdad y no discriminación, resultando prohibido al Estado diferenciar entre las fuentes de la filiación y el consecuente derecho a la "triple filiación" o "pluriparentalidad" que deriven de ellas. En este caso, entiendo que tengo 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 familia708. Dichos lazos (biológico y socioafectivo) son inseparables e interactúan, influyendo uno con otro. La identidad de Juli (en su

[700] Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Preámbulo. Los principios generales de no discriminación e igualdad están reconocidos en los artículos 1 y 24 de la CADH, y el artículo 16 de la Constitución Nacional Argentina.
[701] CIDH, demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo e hijas vs Chile, párrafo 80.
[702] CIDH, Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, informe noviembre 2017.
[703] Supremo Tribunal de Brasil, autos A. N. c. F., 2016. Publicado en: RDF 2017-VI , 297, RDF 2017-VI297; Cita Online: BR/JUR/1/2017
[704] Tribunal: Cámara 8va de Apelaciones en lo Civil, Porto Alegre(CamApCivPortoAlegre)(Octava). Fecha: 12/02/2015. Partes: L.P.R.; R.C.; M.B.R. s/acción civil declaratoria de multiparentalidad c.Publicado en: RDF 2015-VI, 14/12/2015, 207.Cita Online: BR/JUR/1/2015
[705] Fue registrado en Mar del Plata. Lleva los apellidos de sus dos madres, unidas en matrimonio igualitario, y el de su padre biológico. https://www.infobae.com/2015/04/23/1724315-anotaron-al-primerbebe-triple-filiacion-la-argentina/
[706] La Justicia porteña reconoció la triple filiación de un nene de seis años. Se trata del primer caso en la Ciudad de Buenos Aires, y es el segundo del país. El niño, Furio Carri Dillon Ros, es el hijo de la periodista Marta Dillon, la cineasta Albertina Carri y el diseñador Alejandro Ros. http://www.laizquierdadiario.com/Sereconocio-el-primer-fallo-de-triple-filiacion-en-Argentina
[707] Juzgado de Familia Nro. 2 de Mar del Plata(JFamiliaMardelPlata)(Nro2). Fecha: 24/11/2017. Partes: C. M. F. y otros s/ materia a categorizar. Publicado en: La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/103023/2017
[708] El Estado está obligado a promover el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes provenientes de los grupos más excluidos y desfavorecidos, y aquellos en situación de vulnerabilidad o en desventaja en el ejercicio de sus derechos, tanto los civiles, políticos como los económicos sociales y culturales. OEA, indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador, OEA/Ser.L/XXV.2.1/GT/PSSI/doc.2/11, 11 de marzo de 2011, párr. 44, véase también párrafo 63. Ver análisis relacionado a este tema asimismo en CIDH, Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OEA/Ser.L/V/II.132, 19 de julio de 2008, párr. 48, véase también párrs. 53 y 55.

doble aspecto estática y dinámica) se construye a partir de tales relaciones parentales, las cuales no pueden considerarse aisladamente. Como corolario de lo dicho, Juli tiene el mismo derecho que los otros niños/as (ciudadanos argentinos) a que se reconozca y garantice la pluriparentalidad o diversaparentalidad[709] derivada de los vínculos afectivos y biológicos preexistentes (filiación biológica y filiación socioafectiva), a partir de los cuales la niña tiene su desarrollo desde la primera infancia. C.- Nombre y filiación: Tal como lo expresara Juli tanto en el marco de la audiencia (mayo de 2019) como en su presentación formal (hoja 87/89), su decisión es mantener el nombre tal cual se encuentra inscripto en el acta de nacimiento. Tavip afirma que el nombre con el que las personas somos reconocidas tiene una serie de influjos psicológicos, sociológicos y jurídicos que nos marcan como seres humanos, como individuos y nos abarcan en nuestra integralidad[710]. En el caso de Juli, ella se autopercibe con el apellido S., y el hecho que mediante esta sentencia pueda existir un cambio en su filiación (a partir de ahora es la pluriparentalidad o diversaparentalidad), ello no implica que necesariamente deba modificarse el nombre de la niña, ya sea por agregación de otro apellido o alternación de órdenes. La pretensión de Juli en mantener su nombre tal cual es (prenombre y apellido), debo respetarla y avalarla porque de esa forma se permite decir quién es, identificándose de esa forma de designación ante ella misma, frente al Estado y a los demás individuos con quienes interactúa en sociedad[711] . La composición del nombre de la niña en la que se mantenga el apellido S. y no se agregue el apellido L., es otra vertiente de la identidad dinámica. Mantener el apellido S. sin agregar un segundo apellido es reconocer otro derecho personalísimo de la niña: derecho al nombre, cuya contracara es la obligación del Estado no solo de protegerlo sino de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona tal cual se percibe (dignidad humana).[712] Sobre este aspecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha expresado que, si bien la Convención Europea no contiene ninguna referencia explícita sobre esta temática, el nombre y los apellidos hacen parte de la vida privada y familiar de todo ser humano puesto que constituyen un medio de identificación personal y un vínculo a una familia, los cuales se encuentran protegidos por el artículo 8 de dicho instrumento. De la misma manera, ese Tribunal ha expresado que la vida privada abarca aspectos de la identidad personal y social de los seres humanos y que el hecho de que puedan existir intereses públicos en regular el uso de los nombres no es suficiente razón para eliminar la materia del alcance del derecho a la vida privada y familiar contenido en el artículo 8 de la Convención[713] . En consecuencia, entiendo que la pretensión de Juli debe ser admitida y su nombre será conservado tal cual está inscripto en el acta de nacimiento, sin agregación de otro apellido, pues solo con uno (S.) es la forma que la niña se determina y que le da sentido a su existencia, así como a la realización más pura de su derecho a la identidad y a su mejor interés[714]. D.- Declaración de inconstitucionalidad del artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación: El artículo 558 del CCyCN dispone que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la fuente de la filiación. Sin embargo, luego del recorrido que vengo haciendo en el análisis de los derechos fundamentales en juego tanto de Juli como el de sus padres, todo los cuales provienen del Sistema Internacional de Derechos Humanos y de la regla de reconocimiento convencional (art. 28 CN), entiendo que la disposición contenida en el artículo 558 del CCyCN (en cuanto reconoce solo el modelo binario en la filiación) constituye –en este caso- una franca transgresión a los estándares internacionales en vigencia, y específicamente al deber del Estado en el reconocimiento, protección y garantías de los derechos del niño (CDN) . Insisto, en este caso particular, tanto Juli como sus progenitores (Jorge, Roberto -y Lucía-) tienen el derecho de disfrutar no solo de la compañía mutua entre padres e hija, sino del reconocimiento de esa identidad familiar como una identidad diferente al modelo binario tradicional, pues es un elemento cardinal de la vida familiar de Juli, y la norma interna que obstaculiza dicho disfrute y derecho alcanza una injerencia ilícita en los términos de la CADH y CDN. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA) ha sostenido que, en virtud de la obligación de progresividad, en principio le está vedado al Estado adoptar políticas, medidas, y sancionar normas jurídicas, que, sin una justificación adecuada, empeoren la situación de los derechos o vayan en detrimento de los avances "progresivos" que se han ido realizando en el país en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en este caso de la niñez[715] . Así, el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos y al avance en su disfrute, y simultáneamente asume la prohibición de reducir los derechos vigentes, y los niveles de acceso, goce y protección conseguidos, sin una justificación suficiente y fundamentada. La obligación que asumo de adoptar una decisión razonablemente fundada, supone que el inmovilismo y la inactividad no son aceptables (prohibición de regresividad o retroceso)[716]. De acuerdo a lo expuesto, el artículo 558 del CCyCN para este caso no responde a las reglas de reconocimiento constitucional y convencional en vigencia. Con lo cual

[709] Término que solo utilizo para hacer referencia a lo contrario al binomio parental existente en la ley nacional (art. 558 CCYCN), sin que ello implique que tenga otras implicancias jurídicas o no-jurídicas.
[710] Tavip, Gabriel E. LA AUTOPERCEPCIÓN COMO DETERMINANTE DEL NOMBRE DE LAS PERSONAS Y SU PROYECCIÓN EN LOS NNA, Publicado en RDF: 87, 59. Cita Online: AR/DOC/3549/2018
[711] Tavip, G.E. op.cit.
[712] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 24/17
[713] TEDH Sentencias Stjerna Vs. Finlandia, párr. 37, y Guillot Vs. Francia, No. 22500/93, Sentencia de 24 de octubre de 1993, párrs. 21 y 22.
[714] Convención Americana de Derechos Humanos (art. 3 y 18), CDN (art. 3, 7 y concs.).
[715] CIDH, Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales, párrafo 6.
[716] CIDH, Hacia la garantías de derechos de niños, niñas y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, Noviembre 2017

deviene inconstitucional. Cierro esta sentencia -rompiendo las formalidades conocidas- con la enseñanza que nos dejara El Principito: "Solo se ve bien con el corazón. Lo esencial es invisible para los ojos […] Los ojos son ciegos. Hay que buscar con el corazón". En esta historia Juli nos descubre su corazón ("No quiero elegir") y nos demuestra lo esencial, lo básico: el amor filial ("los quiero a los dos"). Juli nos enseña que el amor debe ser incondicional, jamás debe representar un peso para quien lo recibe. Ante eso, la Justicia no puede ser ciega. Tanto El Principito como Juli (representantes de la niñez) ilustran la capacidad de sentir, de creer, de imaginar, de soñar717, y buscan comprender y ser comprendidos por el mundo que les rodea. Interpelan una sociedad toL.nte. COSTAS Y HONORARIOS: Costas: Las costas son los gastos que las partes están obligadas a asumir durante la tramitación del proceso. El principio general es la imposición de costas al vencido, conforme surge de la regla contenida en el artículo 105 del C.P.C.C.T. La excepción a este principio está dada por la misma norma, en sus incisos 1, 2 y 3. En este caso concreto, al tratarse de una situación de significativa complejidad, considero que existe mérito suficiente para apartarme de la regla general. Además, la intervención del juez es una carga común necesaria para componer las diferencias entre las partes, y en definitiva se busca dirimir el conflicto conforme sea lo que mejor convenga a los niños/as y adolescentes. A su vez, estamos en presencia de un proceso de familia no patrimonial, con lo cual, no puede imponerse las costas con fundamento en el principio de la derrota. Dicho esto, estimo que las costas en este proceso deben ser distribuidas por su orden. Honorarios: En relación a los honorarios del Dr. Jorge Rubén Molina M.P 59 C.A.S, del Dr. Roberto Charcas M.P 1447, Dr. Diego Eduardo Valls, M.P 133, y de la Dra. Ingrid Lausberg M.P 7091, se difiere pronunciamiento hasta tanto acompañen los letrados, constancia de inscripción ante A.F.I.P debidamente actualizada y firmada. Por todo lo antes desarrollado y explicado718 : RESUELVO 1- GARANTIZAR EL DERECHO A LA DIGNIDAD PERSONAL DE JULI S., Y EN CONSECUENCIA RECEPTAR EL DERECHO A "NO ELEGIR ENTRE SUS PAPÁS", como resultado de ello garantizar el derecho a crecer en la familia conformada por sus dos padres: JORGE S. DNI xx.xxx.xxx y ROBERTO L., DNI xx.xxx.xxx. Personal. 2- RECONOCER A LA FAMILIA CONFORMADA POR JULI S., JORGE S., ROBERTO L., y LUCÍA C. en una constitución pluriparental devenida de la filiación socioafectiva-biológica-originaria, y a la luz de lo establecido por el artículo 17 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre. Personal. 3- DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación, puesto que, en el caso particular, esa norma no supera el test de constitucionalidad en vigencia alterando el principio de progresividad cimentado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en los que nuestro país es parte integrante (art. 28 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). Personal. 4- HACER LUGAR AL PEDIDO DE ROBERTO L. DNI xx.xxx.xxx y en consecuencia reconocer su derecho a estar emplazado como padre de su hija JULI S., DNI xx.xxx.xxx. Personal. 5- CONSERVAR el emplazamiento de JORGE S. - DNI xx.xxx.xxx como padre de su hija JULI S., DNI xx.xxx.xxx. Personal. 6- ORDÉNESE AL REGISTRO CIVIL Y DE CAPACADIDAD DE LAS PERSONAS de la Ciudad de Catamarca, bloquear el acta de nacimiento Nº 281 de la niña Juli S., DNI xx.xxx.xxx, inscripta en el tomo N° -, año 20xx, debiendo en su caso emitir nueva adecuando su formato –según leyes locales y nacionales- en la que se inscriba en el cuerpo de ese instrumento a: ROBERTO L. DNI xx.xxx.xxx como padre de la niña, sin que se desplace la inscripción de JORGE S. DNI xx.xxx.xxx como padre y de la Sra. LUCÍA C., DNI xx.xxx.xxx como madre de la niña. Absténgase dicho Registro utilizar las marginales del instrumento para cumplir esta manda judicial, es decir, inscribir la filiación de la niña en el sentido ordenado. Igualmente deberá mantenerse el número de documento de identidad originario, es decir el siguiente: DNI xx.xxx.xxx. Asimismo el Documento Nacional de Identidad de la niña (DNI) deberá consignar la triple filiación asignada por esta sentencia. A tales fines expídase nuevo ejemplar. Líbrese Oficio Ley 22172. 7) Invitación para Juli: "Quiero volver a invitarte a charlar conmigo, ya que esta decisión es fruto de haberte escuchado, cuando me hiciste ese pedido tan importante para vos, y por eso también es una respuesta muy importante. Para eso podes venir al juzgado aquí en Monteros cualquier día por la mañana, o si vos querés me avisas y yo voy hasta Amaicha, así te explico todo lo que aquí está escrito, y vos me cuentes que te parece, también voy a invitar a tus padres para que les explique personalmente lo que significa esta decisión. Otra opción es que podes llamarme a mi teléfono celular, aquí te lo paso, 0381-414xxxx". Cédula adecuada para NNA. 8) Invitación para Roberto, Jorge y Lucía: "Soy la Dra. Mariana Rey Galindo, jueza de este juzgado, sin perjuicio de que sus abogados puedan notificarles e informarles de lo que resolví, quisiera dejar abierta una invitación para que vengan a verme si así lo desean y cuando ustedes lo decidan, y en ese momento pueda explicarles personalmente de que se trata esta sentencia (decisión por escrito), el sentido que tiene la misma, y las razones por las que tomé esta decisión. La misma invitación le hice a Juli. La ley les concede este derecho a recibir información en forma clara y sencilla. Esta invitación es una opción de ustedes, y quedan invitados por mí". Personal. 9) COSTAS: Distribuir las costas generadas por la presente acción en el orden causado, atento la materia involucrada y la manera en que se resuelve la cuestión (conforme artículo 105 del CPCCT). 10) DIFERIR HONORARIOS del Dr. Jorge Rubén Molina M.P 59 C.A.S, del Dr. Roberto Charcas M.P 1447, Dr. Diego Eduardo Valls, M.P 133, y de la Dra. Ingrid

[717] Imaginar, generalmente con placer, una cosa que es improbable que suceda, que difiere notablemente de la realidad existente o que solo existe en la mente, pero que pese a ello se persigue o se anhela. https://www.wordreference.com/definicion/so%C3%B1ar

[718] Albergo la esperanza de haber logrado la claridad y simpleza lingüística pretendida, sin menoscabar lo estrictamente técnico.

Lausberg M.P 7091, conforme a lo considerado. 11) VISTA a la Sra. Agente Fiscal de este Centro Judicial. 12) VISTA a la Defensoría de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida de este Centro Judicial. MJRG. HÁGASE SABER.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**EE.UU- SUPREME COURT OF LOUISIANA- DECISIÓN PLURIPARENTALIDAD –**

Smith v. Cole, 553 So. 2d 847 (La. 1989)
Supreme Court of Louisiana
Filed: December 11th, 1989
Precedential Status:
Citations: 553 So. 2d 847
Docket Number: 89-C-1134
Author: Luther F. Cole

553 So. 2d 847 (1989)
Ledora McCathen SMITH v.Playville Joseph COLE.
No. 89-C-1134.
Supreme Court of Louisiana.
December 11, 1989.
*848 William R. Ary, New Orleans, for defendant-applicant.
Charles R. Grady, New Orleans, for plaintiff-respondent.
COLE, Justice.
The issue is whether a biological father is obligated to provide support for his child notwithstanding the child was conceived or born during the mother's marriage to another person and thus the legitimate child of that other person. In this instance, the mother asserts a filiation and support action against the alleged biological father. He filed the peremptory exception raising the objections of no cause of action and no right of action. The trial court sustained the exception and dismissed the action, invoking La.Civil Code article 184 which provides: "The husband of the mother is presumed to be the father of all children born or conceived during the marriage." The court of appeal, applying the concept of dual paternity, held a biological father has an obligation to support his child. It thus reversed and remanded for further proceedings. 541 So. 2d 307 (La.App. 5th Cir. 1989). We affirm.
FACTUAL AND PROCEDURAL HISTORY
Plaintiff, Ledora McCathen Smith, married Henry Smith on March 28, 1970. They had two sons, Henry and Derrick. During the fall of 1974, the Smiths physically separated, never reconciling. Thereafter, plaintiff began her five year cohabitation with defendant, Playville Cole. The child who is the subject of this action, Donel Patrice Smith, was born on December 25, 1975, approximately a year after plaintiff and defendant began living together. The birth certificate names Smith as Donel's father. The Smiths were not divorced until April 5, 1978.
The affidavit of Henry Smith, now a resident of California, avers he is not the biological father of Donel and affirms he never petitioned to disavow her paternity. Smith swears that Cole acknowledged to him his paternity of Donel; and, during late 1976, plaintiff and Cole attempted to influence him into executing certain documents which would allow Cole to change Donel's surname from Smith to Cole, "but that he refused to cooperate with them out of anger and the matter was dropped."
Plaintiff's divorce from Henry Smith was uncontested. His interests were represented by a curator ad hoc because it was not known where he could be found. The divorce petition declared only that "of this marriage, two children were born: Henry Smith, born September 29, 1970 and Derrick Smith, born June 13, 1974." Accordingly, the divorce judgment granted plaintiff "permanent custody of the minor children born of the marriage, namely, Henry and Derrick Smith." The divorce judgment did not mention Donel Patrice Smith.
Plaintiff and Cole ceased their cohabitation in February of 1980. On May 18, 1988 plaintiff brought this action against Cole, in forma pauperis, to prove paternity and obtain child support. The petition claimed that 1) plaintiff and Cole are the natural parents of Donel Patrice Smith, born December 25, 1975 and 2) Cole has acknowledged he is the father of this child by his acts and admissions.
*849 Rather than answering the petition, Cole filed his exception.[1] He claimed that as the Smiths were married when Donel was born and as Henry Smith did not disavow paternity, he is Donel's presumed father. LSA-C.C. art. 184. Citing Burrell v. Burrell, 154 So. 2d 103 (La.App. 1st Cir.1963), and Finnerty v. Boyett, 469 So. 2d 287 (La.App. 2d Cir.1985), Cole asserted that because Donel has a legitimate father, her mother should not be allowed to bastardize her just to obtain money. In response, plaintiff filed only the previously described affidavit of Henry Smith.

The exception was heard on September 8, 1988, before a hearing officer pursuant to LSA-R.S. 46:236.5(C)(5) and Domestic Rule XII of the 24th Judicial District Court. The trial court sustained the exception on September 16, 1988. Plaintiff appealed the dismissal of her petition, claiming certain children can enjoy dual paternity rights. She argued to the appellate court that even though her former husband is Donel's presumed father, her suit to identify Cole as Donel's biological father for the purpose of obtaining support should not have been dismissed.

The Court of Appeal first determined the petition sets forth a cause of action for which the law provides a remedy, then determined plaintiff is the proper party to bring the action. Referring to the wrongful death action of Warren v. Richard, 296 So. 2d 813 (La.1974), the appellate court recognized that persons have been allowed to establish their true parentage even though they enjoyed legitimate filiation to another. The petition was found to state a cause of action because, regardless of the legal father's duty of support, the biological father has a financial responsibility for his progeny. LSA-C.C. art. 240; State in interest of Guillory v. Guillory, 407 So. 2d 1327 (La.App. 3d Cir. 1981).

Cole sought review from this court, asserting the mother of a child legitimate by virtue of LSA-C.C. art. 184 was without a right to bastardize her child merely to obtain child support. We granted certiorari to review Cole's claim and the viability of dual paternity in Louisiana following the amendment of the Civil Code's filiation articles by Act 720 of 1981. 544 So. 2d 385 (La.1989).

DUAL PATERNITY IN LOUISIANA

Promotion and protection of the family unit were the principal reasons behind Louisiana's historically harsh treatment of illegitimate children. See Note, "All in the Family: Equal Protection and the Illegitimate Child in Louisiana Succession Law," 38 La.L.Rev. 189 (1977). For example, until 1981, Civil Code provisions prohibited fathers with legitimate descendants, ascendants or collaterals, or a surviving spouse, from bequeathing a mortis causa donation to their illegitimate offspring. LSA-C.C. art. 919, repealed by Acts of 1981, No. 919 § 1.[2] Children of maternal adulteries usually escaped the sanctions accorded illegitimates, however, because they were considered the legitimate offspring of their mother's husband. See Succession of Robins, 349 So. 2d 276 (La.1977) [discussion of the inequities existing between maternal adulteries and paternal adulteries]; Tannehill v. Tannehill, 261 La. 933, 261 So. 2d 619 (1972) [unless the birth of the child has been concealed from the father, disavowal is prohibited when sought because of adultery of the wife, citing LSA-C.C. art. 185].

With the social and legal stigmas which attached to illegitimacy, it is not surprising that the courts rigorously applied the presumption of LSA-C.C. art. 184, that "the law considers the husband of the mother as *850 the father of all children conceived during the marriage." Tannehill v. Tannehill, supra.[3] The policy was to protect innocent children against attacks upon their paternity and the presumption was the strongest known in law. Tannehill v. Tannehill, supra; Mock v. Mock, 411 So. 2d 1063 (La. 1982); Feazel v. Feazel, 222 La. 113, 62 So. 2d 119 (1952); Phillips v. Phillips, 467 So. 2d 132 (La.App. 3d Cir.1985); Burrell v. Burrell, 154 So. 2d 103 (La.App. 1st Cir. 1963). The presumption was so rigorously applied that in Tannehill, which was written in 1972, this court acknowledged it had never allowed a disavowal of paternity (although we recognized two appellate court decisions had permitted disavowels in cases where the children were born more than 300 days after judgments of separation had been rendered). 261 So.2d at 621. Not even Mr. Tannehill's disavowal action succeeded, as the statutory prohibition against disavowal for natural impotence was also found to prohibit disavowal for sterility due to childhood disease.

The Article 184 presumption was not without flaws. While it promoted the policy against bastardizing children, it often failed to conform with reality. A husband, who could not possibly be or who clearly was not the biological father, was nonetheless conclusively presumed to be so. Mock v. Mock, supra; Succession of Mitchell, 323 So. 2d 451 (La.1975) [noting appellate decisions that "have been uniformly criticized for their inflexible, unrealistic and unjust application of the presumption of paternity to one born during an undissolved marriage, where the mates have long since been living separate and apart and where the mother has been living in stable union with another, who is the actual biological father of the children."]. Consequently, in an attempt to moderate the prevailing statutory and jurisprudential rules, on the recommendation of the Louisiana State Law Institute, the Legislature amended the Civil Code articles on paternity by Act 430 of 1976. Mock v. Mock, supra. These codal amendments made the "irrebuttable" presumption of Article 184 rebuttable. Id.;[4]Phillips v. Phillips, 467 So. 2d 132 (La.App. 3d Cir.1985); In re Murray, 445 So. 2d 21 (La.App. 5th Cir. 1984), writ den., 447 So. 2d 1079 (La.1984); see also Acts 1989, No. 790 amending LSA-C.C. arts. 187, 188. But the amendments did not alter the rule that only the husband or his heir may disavow paternity. LSA-C.C. arts. 187, 190.

Direct legislative policy decisions were not the only encroachments on the Article 184 presumption. Indirect attacks, from interest groups such as children entitled to the presumption of legitimacy, from the state, and from biological fathers, also made an impact. The first impeller, Warren v. Richard, 296 So. 2d 813 (La.1974), introduced to Louisiana the notion of dual paternity and found Article 184's presumption did not preclude an illegitimate child from recovering for the wrongful death of her biological father though, at the same time, she was also the legitimate child of another man under the law. The jurisprudential *851 trend which followed allowed legitimate children to establish their true parentage, notwithstanding the legal presumptions of LSA-C.C. art. 184, et seq. Griffin v. Succession of Branch, 479 So. 2d 324 (La. 1985), rehearing

den.; Malek v. Yekani-Fard, 422 So. 2d 1151, 1154 (La.1982) [the mother's "marital status is irrelevant except for any weight it may have at trial in proving or disproving filiation. `[I]t is the biological relationship and dependancy which is determinative of the child's rights in these cases, and not the classification into which the child is placed by the statutory law of the State.' Warren v. Richard, 296 So. 2d 813 at 817 (La., 1974)."]; Succession of Mitchell, 323 So. 2d 451 (La. 1975); Starks v. Powell, 552 So. 2d 609 (La. App. 2d Cir.1989); Thomas v. Smith, 463 So. 2d 971 (La.App. 3d Cir.1985); Succession of Levy, 428 So. 2d 904 (La.App. 1st Cir.1983); IMC Exploration Co. v. Henderson, 419 So. 2d 490 (La.App. 2d Cir. 1982), writ den., 423 So. 2d 1150 (La.App. 1st Cir.1983).

This jurisprudential attitude spawned the state's paternity and support actions against biological fathers. Consequently, regardless of the existence of a legal or presumptive father, the state often succeeded in its criminal non-support actions against biological fathers. State in interest of Poche v. Poche, 368 So. 2d 175 (La. App. 4th Cir.1979), writ den., 370 So. 2d 577 (La.1979) ["It sufficed to simply determine that the child was in fact the biological child of the alleged father. The fact that the law considered the child to be the legitimate child of another will not alter the result and `cannot deprive her of a right which illegitimate children generally may have ...,'" citing Warren v. Richard, supra.].

Biological fathers were the third group to impact on the presumption. When they have shown an actual relationship with their illegitimate child, biological fathers have received substantial protection and recognition of their due process and substantive rights through the United States Supreme Court constitutional interpretations. Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645, 92 S. Ct. 1208, 31 L. Ed. 2d 551 (1972); Quilloin v. Walcott, 434 U.S. 246, 98 S. Ct. 549, 54 L. Ed. 2d 511 (1978), rehearing den., 435 U.S. 918, 98 S. Ct. 1477, 55 L. Ed. 2d 511 (1978); Caban v. Mohammed, 441 U.S. 380, 99 S. Ct. 1760, 60 L. Ed. 2d 297 (1979); Lehr v. Robertson, 463 U.S. 248, 103 S. Ct. 2985, 77 L. Ed. 2d 614 (1983) [the existence or nonexistence of a substantial relationship between parent and child is a relevant criterion in evaluating both the rights of the parent and the best interest of the child]; but see Michael H. v. Gerald D., ___ U.S. ___, 109 S. Ct. 2333, 105 L. Ed. 2d 91 (1989), rehearing den., ___ U.S. ___, 110 S. Ct. 22, 106 L. Ed. 2d 634 (1989) [due to the legal presumption of paternity and the extant marital union, the biological father who had established a relationship with his child did not possess due process liberty interests to obtain parental prerogatives]. Similarly, Louisiana courts, citing federal cases, determined the failure of the presumptive father to timely disavow would not conclusively operate to deny a biological father his right to avow paternity. Finnerty v. Boyett, 469 So. 2d 287 (La.App. 2d Cir.1985); Burr v. Blue, 454 So. 2d 315 (La.App. 3d Cir.1984), writ den., 461 So. 2d 304 (La. 1984). Cf. Lamana v. LeBlanc, 526 So. 2d 1107 (La.1988); In re Necaise Applying for Adoption, 544 So. 2d 1197 (La.App. 5th Cir.1989). Interpreting Article 184's presumption as irrebuttable would deprive biological fathers of the opportunity to develop a relationship with their child and thereby deprive them of their due process rights. Finnerty v. Boyett, supra. Consequently, biological fathers have been allowed to bring avowal actions despite the Article 184 presumption. Id.; Durr v. Blue, supra.

Through these avenues, the legal fiction, that the mother's husband was the only father the law would recognize, was being wittled down. Then in 1981, the legislature followed the recommendation of the Louisiana State Law Institute and amended the filiation provisions in Civil Code articles 208 and 209. While true parentage and dual paternity were recognized as being consistent *852 with the 1980 version of these articles,[5] some thought it unclear whether Act 720 of 1981[6] put an end to the presumptively legitimate child's right to establish his or her dual parentage. Griffin v. Succession of Branch, supra.

Act 720's changes were interpreted by some commentators and courts to "impl[y] that the child who enjoys legitimate filiation, or is legitimated formally or acknowledged cannot institute the proceeding to establish filiation...." (emphasis in the original) Spaht, "Developments in the Law, 1980-1981: Persons," 42 La.L.Rev. 403, 405-406 (1982) (but see n. 24); Fontenot v. Thierry, 422 So. 2d 586 (La.App. 3d Cir. 1982), writ den., 427 So. 2d 868 (La.1983) [did not apply Act 720 of 1981 retrospectively; therefore, allowed mother to bring paternity and child support action against the biological father notwithstanding the Article 184 presumption]; IMC Exploration Co. v. Henderson, supra; see also Thomas v. Smith, 463 So. 2d 971 (La.App. 3d Cir.1985) [did not apply Act 720 retrospectively; allowed two children enjoying the Article 184 presumption of legitimacy to establish their true parentage]; Durr v. Blue, supra; Alex v. Heirs of Alex, 479 So. 2d 664, 666 (La.App. 3d Cir.1985) (Domengeaux, J. concurring); State, through DHHR v. Williams, 471 So. 2d 1064, 1067 (La.App. 3d Cir.1985) (Domengeaux, J. concurring); State v. Jefferson, 448 So. 2d 907, 909 (La.App. 3d Cir.1984) (Domengeaux, J. concurring); Succession of Payne v. Payne, 426 So. 2d 1355, 1360 (La.App. 3d Cir. 1983) (Domengeaux, J. concurring). *853 Their interpretation was bolstered by the Act's inclusion of an amendment to the Child Support Enforcement Program, LSA-R.S. 46:236.1 (F). The statute, as amended, authorized the Department of Health and Human Resources to institute filiation proceedings against alleged biological fathers notwithstanding the existence of a presumptive father. From the DHHR authorization, combined with the language changes to Article 209, it was inferred that Act 720 intended to proscribe children with legitimate filiation from establishing dual paternity. Id.

The operative language of the 1980 version of Article 209 read: "... any child may establish filiation, regardless of the circumstances of conception ..." LSA-C.C. art. 209, as amended by Act 549 of 1980. This phrase, however, was deleted from Article 209 by Act 720. And, included in the replacement language was the phrase, "[a] child not entitled to legitimate filiation ... must prove filiation ..." The lower courts and commentators, therefore, concluded that when reading the Article 209

changes together with the LSA-R.S. 46:236.1 (F) amendment, "the discernible legislative intent is that a child presumed to be that of the husband of the mother may not institute a proceeding to establish filiation to another man." Spaht, 42 La.L. Rev. 403, 407; Fontenot v. Thierry, supra; IMC Exploration Co. v. Henderson, supra; see also Thomas v. Smith, supra. In Griffin v. Succession of Branch, supra, however, this court determined we could not subscribe to such a wholesale preclusion of children who may enjoy legitimate status, but wished to establish their true parentage.

In Griffin, we adopted the First Circuit's interpretation of Act 720 as expressed in Succession of Levy, 428 So. 2d 904 (La.App. 1st Cir.1983), that the phrase "a child not entitled to legitimate filiation" means a child who is not entitled to legitimate filiation to the parent to whom he is attempting to prove filiation. 479 So.2d at 327. Cf. State, through DHHR v. Hinton, 515 So. 2d 566 (La.App. 1st Cir.1987); Cormier v. Cormier, 479 So. 2d 1069 (La.App. 3d Cir.1985); Finnerty v. Boyett, supra. The legal relationship between the child and the parent with whom the child is seeking to prove his filiation determines whether the child is relieved of the obligations under Article 209, because it is this relationship which determines if the child falls into one of the classes enumerated in that article. Griffin v. Succession of Branch, supra. Moreover, this interpretation is supported by the legislative history of Act 720.

The Louisiana State Law Institute's recommended amendments for Articles 208 and 209 were introduced as House Bill No. 818 of 1981. The Law Institute's proposals were intended to address the potential succession problems created by Succession of Brown, 388 So. 2d 1151 (La.1980).[7] No evidence suggests the recommendations were intended to prohibit legitimate children from establishing their true parentage.

Approximately two weeks prior to the introduction of House Bill No. 818, the Council of the Louisiana State Law Institute briefly discussed a request from the DHHR for the adoption of an Article 209 presumption to aid the DHHR's child support collection efforts. Minutes, Louisiana State Law Institute Council Meeting, April 10, 1981. It was suggested by the DHHR that proof of a man having lived in open concubinage with the mother of a child at the time of conception would raise the presumption that he was the child's father. Council members, however, considered it unwise to adopt this proposal without first giving careful consideration to the proposal's *854 effect upon family relationships generally. As a result, the proposal was rejected. Id.

The portion of Act 720 amending LSA-R.S. 46:236.1 was added to House Bill No. 818 by the House on June 9, 1981, the day before the bill was received by the Senate. The amended bill merely codified jurisprudence already recognizing the state's right to bring paternity actions against biological fathers despite the Article 184 presumption of paternity. Finnerty v. Boyett, supra; State in interest of Poche v. Poche, supra. Thus, it appears the amendment to LSA-R.S. 46:236.1 (F) was made solely to satisfy the interests of the DHHR. It was not intended to imply that children who enjoyed legitimate filiation had lost their right to establish dual paternity or otherwise limit the movement sparked by Warren v. Richard.

EFFECTS OF DUAL PATERNITY

Recognition of actual paternity, through filiation actions brought by the legitimate child, the biological father or the state, does not affect the child's statutory classification of legitimacy. Consequently, this paternity and support action will not alter Donel Smith's status as the legitimate offspring of her mother's former husband, Henry Smith. LSA-C.C. art. 184 et seq.

Through the presumption of Article 184, which extends to all children born or conceived during the marriage, and the expiration of the peremptive period of Civil Code art. 189, Donel is conclusively presumed to be Smith's legitimate offspring. The disavowal action was personal to Smith and only he or his heirs had the right to disavow Donel's paternity. LSA-C.C. arts. 187, 190; In re Murray, supra. His failure to do so timely established Donel as his legal and legitimate child. LSA-C.C. arts. 184, 189. The legal tie of paternity will not be affected by subsequent proof of the child's actual biological tie. Legitimate children cannot be bastardized by succeeding proof of actual parentage.

The Article 184 presumption will not be extended beyond its useful sphere. The presumption was intended to protect innocent children from the stigma attached to illegitimacy and to prevent case-by-case determinations of paternity. It was not intended to shield biological fathers from their support obligations. Cf. State, through DHHR v. Hinton, supra; State in interest of Poche v. Poche, supra; State in interest of Guillory v. Guillory, supra. The presumed father's acceptance of paternal responsibilities, either by intent or default, does not enure to the benefit of the biological father. It is the fact of biological paternity or maternity which obliges parents to nourish their children. The biological father does not escape his support obligations merely because others may share with him the responsibility. Biological fathers are civilly obligated for the support of their offspring. Starks v. Powell, supra. They are also criminally responsible for their support. LSA-R.S. 46:236.1(F); State, through DHHR v. Hinton, supra; State in interest of Guillory v. Guillory, supra; see also Malek v. Yekani-Fard, supra, and State v. Jones, 481 So. 2d 598 (La.1986).

Moreover, because of his actual relationship with Donel, developed when he and plaintiff lived together as a family unit, defendant may have parental rights which are constitutionally protected. Since Henry Smith's failure to disavow paternity would not preclude defendant from bringing an avowal action, it would be unjust to construe the presumption so as to provide defendant with a safe harbor from child support obligations. Articles 208 and 209 give the child or the child's mother, the right to bring a filiation proceeding. O'Bannon v. Azar, 506 So. 2d 522 (La.App. 1st Cir.1987). Further, as the child is in

necessitous circumstances, it appears to be in her best interest to recognize the biological tie. Such recognition results in defendant being obligated to provide his biological child with support.

In summary, Louisiana law may provide the presumption that the husband of the mother is the legal father of her child while it recognizes a biological father's actual paternity. When the presumptive *855 father does not timely disavow paternity, he becomes the legal father. A filiation action brought on behalf of the child, then, merely establishes the biological fact of paternity. The filiation action does not bastardize the child or otherwise affect the child's legitimacy status. The result here is that the biological father and the mother share the support obligations of the child.

The question of whether the "legal" father in this case also shares the support obligation is not before the court. We decline for now to hold the legal father will, in all factual contexts, be made to share the support obligations with the biological father and the mother.[8]

NO CAUSE OF ACTION

Plaintiff's petition "To Prove Paternity and to Obtain Child Support" alleges 1) plaintiff and Cole are the natural parents of Donel Patrice Smith born December 25, 1975 and 2) Cole has acknowledged that he is the father of this child by his actions and his oral admissions. Cole claims these allegations do not set forth a cause of action because Donel is the legitimate child of Henry Smith, who was married to plaintiff at the time of Donel's birth. LSA-C.C. art. 184. As Smith did not disavow paternity, he is the presumed father. LSA-C.C. art. 184, et seq.

The purpose of the peremptory exception raising the objection of no cause of action is to determine the legal sufficiency of the petition. No evidence may be offered at any time to support or controvert the exception. LSA-C.C.P. art. 931. The exception is tried on the face of the pleadings and the court accepts the facts alleged in the petition as true, determining whether the law affords any relief to plaintiff if those facts are proved at trial. The exception must be overruled unless the plaintiff has no cause of action under any evidence admissible, based upon the pleadings. LSA-C.C.P. art. 927; Robinson v. North American Royalties, Inc., 470 So. 2d 112 (La. 1985); Darville v. Texaco, Inc., 447 So. 2d 473 (La.1984).

The allegations are that defendant is the natural father of Donel; he has acknowledged his paternity of her; and plaintiff, as Donel's mother, seeks child support. Accepting the facts alleged as true, the face of the petition states a cause of action for which the law affords relief. Regardless of the child's status as the legitimate child of Henry Smith, if plaintiff proves these facts at trial, she will be entitled to relief.

For the reasons assigned, we affirm the judgment of the court of appeal. The trial court's ruling, sustaining the peremptory exception raising the objection of no cause of action, was properly reversed. All costs are to be assessed against applicant.

AFFIRMED.

DENNIS, J., concurs with reasons.

NOTES

[1] At trial and on appeal, Cole improperly combined the objections of no right of action and no cause of action, treating them as one. The appellate court addressed the objections separately. This writ addresses only the objection of no cause of action.

[2] Article 919 formerly provided: Illegitimate children are called to the inheritance of their father, who has duly acknowledged them, when he has left no descendants nor ascendants, nor collateral relations, nor surviving wife, and to the exclusion of the state. In all other cases, they can bring an action against their father or his heirs for alimony, the amount of which shall be determined, as is directed in the title: Of Father and Child.

[3] See, LSA-C.C. arts. 184-192 prior to amendment by Acts of 1976, No. 430, § 1. Of particular interest, article 185, formerly provided: The husband can not by alleging his natural impotence, disown the child; he can not disown it even for cause of adultery, unless its birth has been concealed from him, in which case he will be permitted to prove that he is not the father.

[4] In the background of these changes the family unit concept, which was aimed at the preservation of family values, had begun to succumb to the equal protection rights of illegitimate children. See 38 La.L.Rev. 189. In cases such as Levy v. Louisiana, 391 U.S. 68, 88 S. Ct. 1509, 20 L. Ed. 2d 436 (1968); Weber v. Aetna Casualty & Surety Co., 406 U.S. 164, 92 S. Ct. 1400, 31 L. Ed. 2d 768 (1972); and Gomez v. Perez, 409 U.S. 535, 93 S. Ct. 872, 35 L. Ed. 2d 56 (1973), the United States Supreme Court established that the states could not deny illegitimate children equal protection by invidiously discriminating against them through the denial of substantial benefits accorded children generally. In our 1974 Constitution, Louisiana adopted an equal protection clause: "No person shall be denied the equal protection of the laws.... No law shall arbitrarily, capriciously, or unreasonably discriminate against a person because of birth, age, sex, culture, physical condition, or political ideas or affiliations...." LSA-Const. Art. 1, § 3. Cf. Succession of Brown, 388 So. 2d 1151 (La. 1980); Succession of Robins, 349 So. 2d 276 (La. 1977). Thus, the need to protect children against the legal stigmas attached to illegitimacy was being weathered away.

[5] Section 1 of Act 549 of 1980 amended Articles 208 and 209 of the Louisiana Civil Code as follows:

Art. 208. Authorization to prove filiation. Illegitimate children, who have not been acknowledged as provided in Article 203, may be allowed to prove their filiation.

Art. 209. Methods of proving filiation. 1. An illegitimate child may be entitled to a rebuttable presumption of filiation under the provisions of this Article. Or any child may establish filiation, regardless of the circumstances of conception, by a civil proceeding instituted by the child or on his behalf in the parish of his birth, or other proper venue as provided by law, within the time limitation prescribed in this Article.....

[6] Section 1 of Act 720 of 1981 amended Articles 208 and 209 of the Louisiana Civil Code as follows:

Art. 208. Requirement to prove filiation

In order to establish filiation, a child who does not enjoy legitimate filiation or who has not been filiated by the initiative of the parent by legitimation or by acknowledgment under Article 203 must institute a proceeding under Article 209.

Art. 209 Proof of filiation

A. A child not entitled to legitimate filation nor filiated by the initiative of the parent by legitimation or by acknowledgment under Article 203 must prove filiation by a preponderance of the evidence in a civil proceeding instituted by the child or on his behalf within the time limit provided in this Article.

* * * * * *

C. The right to bring this proceeding is heritable.

* * * * * *

Section 2 of Act 720 provided that: Any person against whom the time period provided in this Act would otherwise have accrued except for the provisions of this Section shall have one year from its effective date to bring a proceeding to establish filiation of a child. If no such proceeding is timely instituted, such filiation may not thereafter be established.

Section 3 provided that: Subsection F of Section 236.1 of Title 46 of the Louisiana Revised Statutes of 1950 is hereby amended and reenacted to read as follows:

§ 236.1. Family and child support programs

* * * * * *

F. The department, except when it is not in the best interest of the child, may without the necessity of written assignment, subrogation, tutorship proceedings, separation proceedings, or divorce proceedings, take direct civil action, including actions to establish filiation against an alleged biological parent notwithstanding the existence of a legal presumption that another person is the parent of the child solely for the purpose of fulfilling its responsibility under this Section, in any court of competent jurisdiction, to obtain an order, judgment, or agreement of support against the responsible person in any case in which an AFDC grant has been made for or on behalf of a child or children or in any case in which the department has agreed to provide services for a non-AFDC applicant. The amount of such support shall be set only by order of the court or by the consent of the parties, but in either case the department shall be designated as payee. A separate and distinct cause of action in favor of the department is hereby created, and suits brought under this provision need not be ancillary to or dependent upon any other legal proceeding.

* * * * * *

[7] Succession of Brown, supra, declared former LSA-C.C. art. 919 unconstitutional under the equal protection clause of the Fourteenth Amendment to the United States Constitution and Art. I, § 3 of the Louisiana Constitution of 1974. As amended and reenacted by Act 607 of 1979, Article 919 provided:

Art. 919. Illegitimate children are called to the inheritance of their father, who has duly acknowledged them, when he has left no descendants nor ascendants, nor collateral relations, nor surviving wife, and to the exclusion only of the state.

In all other cases, they can only bring an action against their father or his heirs for alimony, the amount of which shall be determined, as is directed in the title: Of Father and Child.

[8] The best interest of the child should be considered in determining whether the court in a given case will impose the obligation of support on the person who, by virtue of Article 184, is conclusively presumed to be the father of the child. While LSA-C.C. art. 227 may provide the basis for such an imposition on the legal father, the fact that there is a biological father capable of providing support cannot equitably be ignored.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

9.Pluriparentalidad- EE.UU.- Supreme Court, Suffolk County

Dawn M. v Michael M.

Dawn M. v Michael M. 2017 NY Slip Op 27073

Decided on March 8, 2017

Supreme Court, Suffolk County

Decided on March 8, 2017

Supreme Court, Suffolk County

Dawn M., Plaintiff, Against Michael M., Defendant.

Hauppauge, NY 11788

H. Patrick Leis III, J.

Upon the reading of the following papers: (1) Plaintiff's Post Trial Memorandum received in this Court on January 13, 2017; (2) Defendant's Post Trial Memorandum received in this Court on January [*2]17, 2017; (3) Attorney for the Child's Post Trial Memorandum received in this Court on January 13, 2017; and, (4) the Custody trial held in this Court on October 18, 19 and 26, 2016; and now, it is ORDERED that plaintiff is granted shared custody of J.M.; it is further ORDERED that plaintiff is granted visitation with J.M. every Wednesday for dinner, a week-long school recess and two weeks out of the summer as delineated in this decision and judgment.

In this matter, plaintiff Dawn M., who is the non-biological, non-adoptive parent, asks the court to grant her "tri-custody" of defendant husband Michael M.'s ten-year-old biological son J.M..[FN1] After denying defendant's motion for summary judgment,[FN2] this court ordered a trial to determine custody and visitation rights of the parties regarding J.M..

The facts at trial established the following:

Plaintiff and defendant were married on July 9, 1994. After being unsuccessful at attempts to have a child, the parties went to a fertility doctor. The plaintiff was artificially inseminated with defendant's sperm and conceived a child. Unfortunately, that child was miscarried at ten weeks gestation.

In April of 2001, plaintiff met Audria G. (hereinafter referred to as "Audria") and they became close friends. Audria and her boyfriend moved into an apartment downstairs from plaintiff and defendant. When Audria's boyfriend moved out, Audria moved upstairs with plaintiff and defendant. Sometime in 2004, the relationship between plaintiff, defendant and Audria changed and the three began to engage in intimate relations.

As time went on, Audria, plaintiff and defendant began to consider themselves a "family" and decided to have a child together. The parties and Audria went to the fertility doctor previously utilized by plaintiff and defendant with the hope that Audria could be artificially inseminated with defendant's sperm. The fertility doctor, however, refused to artificially inseminate Audria because she was not married to defendant. Thereafter, the parties and Audria decided they would try to conceive a child naturally by defendant and Audria engaging in [*3]unprotected sexual relations. The credible evidence establishes that it was agreed, before a child was conceived, that plaintiff, Audria and defendant would all raise the child together as parents. Audria became pregnant and J.M. was born on January 25, 2007. The evidence establishes that plaintiff's medical insurance was used to cover Audria's pregnancy and delivery, and that plaintiff accompanied Audria to most of her doctor appointments. For more than eighteen months after J.M.'s birth, defendant, plaintiff and Audria continued to live together. Audria and plaintiff shared duties as J.M.'s mother including taking turns getting up during the night to feed J.M. and taking him to doctor visits.

As time went on, however, the relationship between defendant and plaintiff became strained. In October of 2008, Audria and plaintiff moved out of the marital residence with J.M.. A divorce action was commenced by plaintiff against defendant in 2011. Plaintiff testified credibly that after the divorce action was commenced, defendant no longer considered her to be J.M.'s parent. Prior to this divorce, a custody case was commenced by defendant against Audria. Defendant and Audria settled their custody proceeding by agreeing to joint custody; residential custody with Audria and liberal visitation accorded to defendant.[FN3] The plaintiff still resides with Audria and J.M., and sees J.M. on a daily basis. She testified that she brought this action to assure continued visitation and to secure custody rights for J.M. because she fears that without court-ordered visitation and shared custody, her ability to remain in J.M.'s life would be solely dependent upon obtaining the consent of either Audria or the defendant.

The Court finds plaintiff's love for J.M. evident from her actions, testimony and demeanor on the stand. Indeed, during her testimony, plaintiff beamed whenever she spoke of J.M., including her earliest involvement in his life during Audria's pregnancy. The court finds credible the testimony of Audria and plaintiff that J.M. was raised with two mothers and that he continues to the present day to call both "mommy." The court does not find credible defendant's claim that he called plaintiff by her first name and never referred to her as "mommy" in front of J.M.. The court finds that in all respects, during the first eighteen months of J.M.'s life when defendant, plaintiff and Audria all lived together, and thereafter, plaintiff acted as a joint mother with Audria and that they all taught the child that he has two mothers. In fact, the credible evidence establishes that when J.M. had an ear operation at age two, the defendant told the nurse that both plaintiff and Audria were J.M.'s mother so that both could be with him in the recovery room.

Moreover, the in camera interview conducted by the court with J.M. clearly establishes that J.M. considers both plaintiff and Audria his mothers. When asked to distinguish them, he refers to Audria as "mommy with the orange truck" and to plaintiff as "mommy with the grey truck."[FN4] He makes no distinction based on biology. J.M. is a well adjusted ten-year-old boy who loves his father and his two mothers. He knows nothing about this action. He has no idea that [*4]his father opposes tri-custody and court-ordered visitation with plaintiff.[FN5] The in camera with J.M. leaves no doubt that J.M. considers both plaintiff and Audria to be equal "mommies" and that he would be devastated if he were not able to see plaintiff. The interview with J.M. also clearly shows that he enjoys his present living situation and would not want it altered in any way.

Although not a biological parent or an adoptive parent, plaintiff argues that she has been allowed to act as J.M.'s mother by both Audria and defendant. She has always lived with J.M. and J.M. has known plaintiff as his mom since his birth. Plaintiff

asserts that the best interest of J.M. dictates that she be given shared legal custody of J.M. and visitation with him. J.M.'s biological mother Audria strongly agrees. Plaintiff argues, along with the child's attorney, that defendant should be estopped from opposing this application because he has created and fostered this situation by voluntarily agreeing, before the child was conceived, to raise him with three parents. And, further, that the defendant has acted consistent with this agreement by allowing the child to understand that he has two mothers.

Pursuant to DRL § 70, a parent may apply to the court for custody based solely upon what is for the best interest of the child, and what will promote his welfare and happiness. DRL § 240 also requires that in any proceeding for divorce, the court "shall enter a custody order having regard to the circumstances of the case and of the respective parties and to the best interests of the child...." The Court of Appeals in Brooke S.B. stressed that its decision only addressed the ability of a person who was not a biological or adoptive parent to establish standing as a parent to petition for custody and visitation, and that the ultimate determination of whether to grant those rights rests in the sound discretion of trial courts in determining the best interests of the child (28 NY3d at 28).[FN6]

Similarly, in determining shared legal custody, J.M.'s best interests control (see Braiman v. Braiman, 44 NY2d 584, 589 [1978]). Such an arrangement "reposes in both parents a shared responsibility for and control of a child's upbringing" (id.). As the Court in Braiman noted "children are entitled to the love, companionship, and concern of both parents... [and] a joint award affords the otherwise noncustodial parent psychological support which can be translated into a healthy environment for the child" (id.). Joint custody is usually encouraged primarily as a voluntary alternative when the parents are amicable (Braiman, 44 NY2d at 589). When it is a court-ordered arrangement upon embittered parents, it only promotes familial chaos (id. at 590). That is not the case here. Here, the evidence establishes that the plaintiff acts as a defacto joint custodial parent with defendant and Audria and shares in making all major decisions in J.M.'s life.

Based on the evidence adduced at trial, including the demeanor and credibility of all three witnesses, the in camera interview and the factual findings made by this court, it is clear that the best interests of J.M. will be served by granting plaintiff's application for shared legal custody with defendant. Plaintiff and defendant have raised J.M. in a loving environment as evidenced by the fact that he does not know that the defendant opposes custody and court-ordered visitation with plaintiff. They clearly do not present as so embattled and embittered that they will not work together to put J.M.'s needs first. J.M. needs a continuing relationship with the plaintiff as his mother and that relationship cannot be left to depend on the consent or whim of either his biological mother or father. Anything less will promote great hardship and suffering for J.M.. This Court concludes based on the evidence that plaintiff, defendant and Audria can and will get along as they have in the past, to maintain J.M.'s psychological stability and to act in his best interest, and that they will be able to cooperate in making major decisions in J.M.'s life such as health, education and welfare as they have done for his entire life.

Such joint legal custody will actually be a tri-custodial arrangement as Audria and defendant already share joint legal custody. As it appears from Audria's testimony that she whole-heartedly supports such an arrangement, this Court finds no issue with regards to Audria's rights in granting this relief. Indeed, tri-custody is the logical evolution of the Court of Appeals' decision in Brooke S.B., and the passage of the Marriage Equality Act and DRL § 10-a which permits same-sex couples to marry in New York.

Regarding visitation, plaintiff requests that she be given one weekend a month and that such weekend can be carved out of defendant's time with J.M. (he presently sees J.M. from Saturday afternoon to Sunday late afternoon, three times a month). To grant plaintiff's request at defendant's expense, however, would be inappropriate as plaintiff presently lives with J.M. and sees him regularly when defendant does not have visitation. Additionally, J.M. enjoys his time with his father. Taking one of defendant's three weekends each month would significantly limit J.M.'s visitation with defendant and could have a detrimental impact on his relationship with his father. The Court does recognize plaintiff's need and right to time alone with J.M. and, accordingly, will grant plaintiff Wednesday night visitation with J.M. for dinner pursuant to a schedule to be established by plaintiff with input from Audria whose time with J.M. will be impacted by this court-ordered visitation. Lastly, plaintiff also requests one week-long school recess visitation each year and two weeks of visitation each summer. The court grants this relief and directs that all parties cooperate to determine which school recess and which two weeks out of the summer will belong to plaintiff.

In sum, plaintiff, defendant and Audria created this unconventional family dynamic by agreeing to have a child together and by raising J.M. with two mothers. The Court therefore finds that J.M.'s best interests cry out for an assurance that he will be allowed a continued relationship with plaintiff. No one told these three people to create this unique relationship. Nor did anyone tell defendant to conceive a child with his wife's best friend or to raise that child knowing two women as his mother. Defendant's assertion that plaintiff should not have legal visitation with J.M. is unconscionable given J.M.'s bond with plaintiff and defendant's role in creating this bond. A person simply is responsible for the natural and foreseeable consequences [*5]of his or her actions especially when the best interest of a child is involved. Reason and justice dictate that defendant should be estopped from arguing that this woman, whom he has fostered and orchestrated to be his child's mother, be denied legal visitation and custody. As a result of the choices made by all three parents, this ten-year-old child to this day considers both plaintiff and Audria his mothers. To order anything other than joint custody could potentially facilitate

plaintiff's removal from J.M.'s life and that would have a devastating consequence to this child. Accordingly, plaintiff is granted shared legal tri-custody and visitation as outlined above.

This Court retains jurisdiction and therefore should circumstances change, either party or Audria may make an application to modify this decision and judgment of the court.

Dated: March 8, 2017

Central Islip, NY

_____

Hon. H. Patrick Leis, III, J.S.C. Footnotes

Footnote 1:This decision determines only plaintiff's custody and parenting time. All other issues including child support have been settled by stipulation between the parties dated June 15, 2015.

Footnote 2:Defendant contended that Alison D. v Virginia M. (77 NY2d 651 [1991]), required this court to deny plaintiff's requested relief for custody and visitation based on her lack of standing. Prior to the Court of Appeals' decision in Brooke S.B. v Elizabeth A.C.C. (28 NY3d 1 [2016]), this court denied defendant's motion for summary judgment based upon the Marriage Equality Act and the Court's analysis of Vermont Law in Debra H. v Janice R. (14NY3d 576 [2010]), and found plaintiff had standing as a parent.

Footnote 3:There is no written parenting schedule.

Footnote 4:Referring to the color of the vehicle each mother drives.

Footnote 5:To this extent the parties are to be complimented.

Footnote 6:Under Brooke S.B. v Elizabeth A.C.C. (28 NY3d 1), relying heavily on the dissent written by Chief Judge Judith Kaye in Allison D. (77 NY2d 651, 657[1991]), the law states "where a partner shows by clear & convincing evidence that the parties agreed to conceive a child and to raise the child together, the non-biological, non-adoptive parent has standing to seek visitation and custody under DRL 70." This case represents the logical next step.