

Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales

Por

Maria Berenice Dias¹

El principio constitucional del mejor interés consagra el primado de la filiación socioafectiva y prevalece frente a la realidad biológica. Por tratarse de una verdad que se construye, la posesión de estado merece ser declarada por la Justicia, que tiene el compromiso ético de asegurar el derecho a la felicidad.

Sumario: 1. Introducción. 2. Principio del mejor interés. 3. Paternidad socioafectiva 4. Posesión de estado. 5. Conclusión. Bibliografía.

1. Introducción

La Constitución Federal del Brasil, al dar primacía a la dignidad de la persona humana y consagrar los principios de la igualdad y de la solidaridad, ha reconocido el afecto como una realidad digna de tutela. Elevada la afectividad a condición de categoría jurídica, han sido establecidos nuevos paradigmas en la identificación de las entidades familiares y de los vínculos de filiación. Conforme Rodrigo Da Cunha Pereira la familia no es base natural, y sí cultural de la sociedad, edificación psíquica sin que exista necesidad de vínculo biológico².

La familia ha dejado de ser valorada como institución, por sí solo merecedora de tutela privilegiada, como disponía el Código Civil, en favor de una protección en función de la realización de la personalidad y de la dignidad de sus integrantes, como prevé el Texto Constitucional.³ El impacto fue de tal orden que el más humano de todos los derechos pasó a denominarse "Derecho de las Familias".

¹ Abogada especializada en Derecho Homoafectivo, Familias y Sucesiones; Ex Desembargadora del Tribunal de Justicia del RS Brasil; Vicepresidente Nacional del IBDFAM; www.mariaberenice.com.br

² *Direito de família*, p. 229.

³ Tepedino, Gustavo, *Temas de Direito Civil*, p. 20.

Hace 20 años los hijos recibían “rótulos” dependiendo del estado civil de sus padres. Una vez que la Constitución⁴ reconoció otras estructuras familiares y prohibió distinción entre los hijos de cualquier origen, la filiación ya no transcurre de un determinismo biológico. Se tornó una construcción afectiva y permanente que se hace en la convivencia y en la responsabilidad⁵. Paradójico, a medida en que saber la verdad biológica fue facilitado por la descubierta de los marcadores genéticos, se empezó a prestar más significado a los eslabones de afectividad que a los vínculos naturales.

El individuo pasó a ser considerado el ente objeto de tutela, y no más la sociedad familiar en sí: ya no hay protección a la familia por la familia, sino en razón del ser humano⁶. En esa misma perspectiva valorativa del individuo, hubo sustancial cambio en el encuadramiento jurídico-social de la filiación al ser consagrado, como prioridad absoluta, el principio del mejor interés de los niños y de los adolescentes.

2. Principio del mejor interés

El principio del mejor interés del niño y del adolescente no se trata de simple recomendación ética, sino de una directriz determinante que representa importante cambio en las relaciones, pues el hijo deja de ser considerado objeto para ser alzado a sujeto de derecho⁷.

La obediencia a este principio no proviene solo del comando constitucional⁸. También la Convención Internacional de los Derechos de los Niños de la ONU, de 1989⁹, impone que sea asegurada prioridad absoluta a los derechos del niño y de los adolescentes.

⁴ Cf. art. 227, § 6°. Los hijos, existentes o no de la relación de matrimonio, o por adopción, tendrán los mismos derechos y calificaciones. Prohibidas cualesquier designaciones discriminatorias relativas a la filiación.

⁵ Lôbo, Paulo, “Socioafetividade no Direito de Família”, p. 7.

⁶ Chaves de Farias, Cristiano, *Lições de Direito de Família e das Sucessões*, p. 271.

⁷ Calmon Nogueira da Gama, Guilherme, *Princípios constitucionais de Direito de Família*, p. 80.

⁸ Cf. art. 227. Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al ocio, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, además de ponerlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión.

⁹ Convención incorporada al derecho interno por el Decreto 99.710/90.

La legislación infraconstitucional¹⁰ adopta las mismas directrices al conceder protección integral e imponer la prevalencia de los intereses de los hijos sobre los intereses particulares de los padres, como forma de garantizarles el pleno desarrollo en un ambiente capaz de atender a sus necesidades como personas en condiciones de libertad y dignidad.

Del mismo modo el Código Civil¹¹ afirma la misma prioridad cuando admite que la guarda sea conferida a una tercera persona que *no* sean los padres, considerando no el grado de parentesco, sino las relaciones de afinidad y afectividad.

3. Paternidad socioafectiva

Cuando João Baptista Villela¹² nombró estas nuevas realidades de “desbiologización de la paternidad”, el concepto de filiación ganó nuevos contornos en sede doctrinaria y jurisprudencial. Se empezó a hablar en “parentalidad socioafectiva”: hecho jurídico compuesto de elementos sociales y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas.

En el momento en que la Constitución Federal equiparó las filiaciones biológica y adoptiva, y el Código Civil¹³ admitió la posibilidad de que el parentesco resultara de origen diverso de la consanguinidad, el estado de filiación adquirió mayor significado, resultante de la convivencia familiar estable. Adquirió relieve como soporte fáctico suficiente el hecho de que uno se comportara como padre y el otro como hijo. Conforme Luiz Edson Fachin, la verdadera paternidad no puede circunscribirse en la búsqueda de una precisa información biológica; más que eso, exige una concreta relación paterno-filial, padre e hijo que se tratan como tal, de donde emerge

¹⁰ ECA art. 4°. Es deber de la familia, de la comunidad, de la sociedad en general y del Poder Público, asegurar, a los niños y a los adolescentes, con absoluta prioridad, la efectividad de los derechos a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al deporte, al ocio, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria.

ECA art. 6°. En la interpretación de esta Ley se llevarán en cuenta los fines sociales a que se dirige, las exigencias del bien común, los derechos y deberes individuales y colectivos, y la condición peculiar del niño y del adolescente como personas en desenvolvimiento.

¹¹ CC art. 1584, § 5°. Si el juez verifica que el hijo no debe permanecer bajo la guardia del padre o de la madre, deferirá la guardia a la persona que revele compatibilidad con la naturaleza de la medida, considerados, de preferencia, el grado de parentesco y las relaciones de afinidad y afectividad (incluido por la ley n° 11.698, de 2008).

¹² Desbiologización de la paternidad.

¹³ CC, art. 1.593. El parentesco es natural o civil, conforme resulte de consanguinidad u otro origen.

la verdad socioafectiva¹⁴. El padre afectivo ejerce, en la vida del hijo, la función de padre¹⁵.

Casi siempre la paternidad se identifica con la verdad biológica. Pero el parentesco ha dejado de mantener, necesariamente, correspondencia con el vínculo consanguíneo. Si aquel que genera no es quien desempeña las funciones paternas, surge la figura del padre distinta de la persona del genitor. En estas hipótesis es que cabe investigar la parentalidad más allá de la realidad natural. Delante de los nuevos referenciales, ya no se puede buscar en la verdad jurídica o en la realidad biológica la identificación de los vínculos familiares. Para ser reconocida la filiación no es necesario inexistir la partida de nacimiento en nombre del genitor y tampoco es necesario cualquier acto formal de reconocimiento por aquel que asumió la condición de padre. La paternidad no es solo un acto físico, sino, principalmente, un hecho de opción, sobrepasando los aspectos meramente biológicos, o presumidamente biológicos, para adentrar con fuerza y vehemencia en el área afectiva¹⁶.

La coincidencia genética ha dejado de ser fundamental. La filiación socioafectiva resulta de la libre voluntad de asumir las funciones parentales. El vínculo de parentesco se identifica 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 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 -y para eso el ejemplo más evidente es la adopción¹⁷.

Hay que llevarse siempre en consideración el estado de filiación socioafectiva, que se concretiza como garantía fundamental a la convivencia familiar. Conforme Belmiro Pedro Welter, existen especies de filiación socioafectiva: la posesión de estado de hijo (hijo adoptivo), la adopción judicial, el reconocimiento voluntario o judicial de paternidad o maternidad y la conocida "adopción a la brasileña"¹⁸.

De este modo, en nada se distingue la filiación socioafectiva y la adopción, una vez que ambas son fruto del deseo de asumir la paternidad. La simple formalización de la adopción no genera derechos ni tampoco impone deberes

¹⁴ *Da paternidade: relação biológica e afetiva*, p. 36.

¹⁵ Chaves de Farias, Cristiano y Rosenvald, Nelson, *Direito das Famílias*, p. 517.

¹⁶ Delenski, Julie Cristine, *O novo direito da filiação*, p. 12.

¹⁷ Fachin, Luiz Edson, *Direito Além do Novo Código Civil*, p. 26.

¹⁸ Welter, Belmiro Pedro, *Igualdade entre as filiações biológica e sócio-afetiva*, p. 148.

diferentes de cuando el vínculo se había constituido por la convivencia. En el afecto está la dimensión central de la adopción, es un acto puramente voluntario, de la misma forma que la filiación socioafectiva. Ninguna de ellas puede ser revocada, pues en ambas hay la constitución del vínculo paterno-filial que encierra relaciones jurídicas, abarcando los derechos y las garantías fundamentales que afirman el principio de la protección integral. Así, no se puede dejar de reconocer que también la adopción es una filiación socioafectiva caracterizada por la voluntad, por parte de quien adopta, de ser padre, de tener un hijo, de establecer un vínculo de parentesco con el adoptado. Y, como la adopción es irrevocable¹⁹, también es irrevocable la filiación sociológica²⁰.

4. Posesión de estado

Hasta el advenimiento de la Constitución Federal la filiación socioafectiva solamente era reconocida cuando existía duda sobre la partida de nacimiento y siempre que no contrariase la filiación llamada legítima²¹.

A partir del desdoblamiento de los vínculos parentales, por el reconocimiento jurídico de socioafectividad, el concepto de posesión de estado de hijo adquirió nueva dimensión. En la expresión de Belmiro Welter, el estado de hijo afectivo se edifica por el cordón umbilical del amor, del afecto, del desvelo, del corazón y de la emoción. Mientras la familia biológica navega en la cavidad sanguínea, la familia afectiva trasciende los mares de la sangre²².

No es solo con relación al hijo que se perquiere la presencia de la posesión del estado. También quien desempeña las funciones parentales disfruta de la posesión de estado de madre o de padre. El vínculo del hijo con los padres no resulta de los factores fisiológicos de generación y parto. La filiación no consiste solo en nacimiento, ni tampoco en descendencia genética. Es algo mucho mayor y más profundo, que es plantado y fortificado en el cotidiano, en los días que pasan, en el crecimiento y en la vivencia conjunta. Padres son, para los hijos, aquellos que los alimentan, amparan, abrazan y protegen. La paternidad sociológica, que se basa en la posesión de estado de hijo, es una construcción diaria, consolidada en el afecto, y es a través de esa noción que se verifican los verdaderos lazos que unen los padres a sus hijos²³.

¹⁹ ECA, art. 48, La adopción es irrevocable.

²⁰ Welter, Belmiro Pedro, *Igualdade entre a filiação biológica e sócio-afetiva*, p. 151.

²¹ Lôbo, Paulo, *Sócio-afetividade no Direito de Família*, p. 6.

²² *Igualdad entre las filiaciones biológica y socioafectiva*, p. 153.

²³ Filgueras Nogueira, Jacqueline, *A filiação que se constrói*, p. 114.

5. Conclusión

La identificación de los vínculos parentales ya no se puede buscarla en la realidad legal o consanguínea. Indispensable atender a su dimensión social, existencial y afectiva. Como afirma Paulo Lôbo, la llamada verdad biológica no siempre es adecuada, pues la certeza del origen genético no es suficiente para fundamentar la filiación, especialmente cuando ya haya sido constituida en la convivencia duradera con padres socioafectivos²⁴.

La condición de hijo se construye con el tiempo y a ella no se puede contestar por la existencia de una partida de nacimiento. El vínculo de filiación se constituye por la convivencia. Y, según las contundentes palabras de Gerard Cornu, la verdad biológica no reina absoluta sobre el derecho de filiación. Confundir verdad real con verdad biológica es un entendimiento reduccionista, ciego, demagógico y decepcionante. Además de un pseudo derecho subjetivo ilusorio y nefasto, es un derecho biológico totalitario²⁵.

Establecida constitucionalmente la familia afectiva, no hay motivo para que los juristas biólogos opongan resistencia a la filiación socioafectiva²⁶. Al fin y al cabo, la verdadera paternidad resulta más del amar y servir que de suministrar material genético²⁷. Como la materia es mucho más sociológica o psicológica que jurídica, los juzgadores, además de contar con profesionales especialistas en tales áreas, deben siempre considerar el aspecto afectivo, o sea, la paternidad emocional, que en muchas oportunidades, como enseña la experiencia de tantos casos, sobrepaja la paternidad biológica o genética²⁸.

La filiación socioafectiva es un instituto jurídico creado para atender situaciones consolidadas, aunque, muchas veces al margen de la ley. Necesita ser prestigiada como expresión del amor, del afecto y de la solidaridad, en afirmación del derecho a la convivencia familiar e independe de la existencia o no de vínculo por documentos.

No se puede olvidar que la familia es destinada a ser un instrumento de felicidad²⁹. Y esta debe ser la única preocupación para definirse el vínculo de

²⁴ Lôbo, Paulo, "Socioafetividade no Direito de Família", p. 10.

²⁵ Lôbo, Paulo, *Direito ao Estado de Filiação e Direito à origem Genética*, p. 149.

²⁶ Belmiro Pedro Welter, *Igualdade entre as filiações biológica e sócio-afetiva*, p. 147.

²⁷ Carbonera, Silvana Maria, *O papel jurídico do afeto nas relações de família*, p. 504.

²⁸ de Salvo Venosa, Silvio, *Direito Civil*, p. 264.

²⁹ Leite de Campos, Diogo, *Lições de Direito de Família e das Sucessões*, p. 271.

filiación. Así como el juez tiene el deber constitucional de resguardar el mejor interés de quien merece la especial atención del Estado, precisa identificar quién el niño reconoce como padre; qué casa reconoce como suya; quiénes son las personas por las cuales nutre el sentimiento de pertenecer a una familia. Principalmente cuando existen vínculos fraternos, estos deben ser preservados, por componer su núcleo familiar.

Existe un sesgo ético en la consagración de la paternidad socioafectiva. Constituido el vínculo de la parentalidad desligado de la verdad biológica, se prestigia la situación que preserva el eslabón de la afectividad³⁰. A fin de cuentas, el estado de filiación es inviolable y no puede ser deshecho por decisión Judicial³¹.

Bibliografía

Carbonera, Silvana Maria, "O papel jurídico do afeto nas relações de família". En: Fachin, Luiz Edson (Coord.), *Repensando Fundamentos do Direito*, Río de Janeiro, Civil Brasileiro Contemporâneo, Renovar, 1998, p. 296.

Chaves de Farias, Cristiano, *Lições de Direito de Família e das Sucessões*, Belo Horizonte, Del Rey, 2ª edición, 1997.

Chaves de Farias, Cristiano y Rosenvald, Nelson, *Direito das Famílias*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 517.

de Campos, Diogo Leite, *Lições de Direito de Família e das Sucessões*, Belo Horizonte, Del Rey, 2ª edición, 1997.

Delenski, Julie Cristine, *O novo direito da filiação*, San Pablo, Dialética, 1997.

Dias, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, San Pablo, RT, 4ª edición, 2007.

Fachin, Luiz Edson, *Da paternidade: relação biológica e afetiva*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, N° 3.3, p. 36-37.

Fachin, Luiz Edson, *Direito Além do Novo Código Civil: Novas Situações Sociais, Filiação e Família*, Porto Alegre, Síntese, IBDFAM, vol. 5, N° 17, Abril/Mayo, 2003.

Gama, Guilherme Calmon Nogueira da, *Princípios constitucionais de Direito de Família*, San Pablo, Atlas, 2008.

³⁰ Dias, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, p. 320.

³¹ Lôbo, Paulo, *Sócio-afetividade no Direito de Família*, p. 22.

Lôbo, Paulo, "Direito ao Estado de Filiação e Direito à origem Genética uma distinção necessária", *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, año V, N° 19, p. 133-156, ago.-sept. 2003.

Lôbo, Paulo, "Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental", *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte/Porto Alegre: IBDFAM/Magiter, N° 05, p. 5-22, ago.-sept. 2007.

Madaleno, Rolf, *Curso de Direito de Família*, Rio de Janeiro, Forense, 2008.

Tepedino, Gustavo, *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

Pereira, Rodrigo da Cunha, *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*, Belo Horizonte, Del Rey, 2ª edición, 1999.

Venosa, Silvio de Salvo, *Direito Civil. Direito de Família*, San Pablo, Atlas, 2002, 2ª edición, vol. 6, p. 264.

Villela, João Baptista, "Desbiologização da paternidade", *Boletim IBDFAM*, 14/4, año 2, sept.-oct. 2001.

Welter, Belmiro Pedro, *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*, San Pablo, RT, 2003.

Welter, Belmiro Pedro, "Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva", *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, N° 14, jul.-sept. 2002, p. 128-163,