



Mauro PALADINI (*)

LA PATERNIDAD “DE HECHO” Y LOS DERECHOS DE LAS FAMILIAS RECOMPUESTAS (**)

RESUMEN

Sobre la base de la doctrina, jurisprudencia y legislación italiana, el autor realiza un estudio de la paternidad de hecho y de las familias recompuestas, también denominadas ensambladas, pronunciándose sobre lo decidido sobre este tema por el Tribunal Constitucional peruano.

1. El fenómeno de las familias recompuestas

También en Italia se conoce el creciente fenómeno de la denominada “familia recompuesta”⁽¹⁾, fruto de la unión entre un progenitor (padre o madre) y el nuevo cónyuge o conviviente de este último. El fenómeno se presenta variado y complejo, toda vez que múltiples pueden ser las situaciones capaces de originar supuestos de convivencia de tipo familiar, en las cuales la relación filiatoria subsista en una línea unilateral frente a uno de los miembros de la pareja.

El dato constante que caracteriza a las familias J1133 recompuestas consiste en la presencia de hijos (menores o mayores) que prosiguen la convivencia con uno de sus progenitores, a consecuencia de uno de los siguientes eventos: a) muerte del otro progenitor; b) separación personal; c) anulación, extinción o cesación de los efectos civiles del matrimonio; d) cesación de la convivencia *more uxorio* entre los progenitores. A su vez, el elemento constitutivo de la familia recompuesta radica en la posterior convivencia con un nuevo *partner*, instaurada por uno de los progenitores a consecuencia de un nuevo matrimonio o de una mera unión de he-

(*) Profesor asociado de Derecho Privado en Scuola Superiore “S. Anna” de Pisa.

(**) Traducción del italiano a cargo del equipo de investigación de *JuS-Jurisprudencia*.

(1) Para una bibliografía esencial sobre el tema, cfr. RESCIGNO, P., *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, en *Familia*, 2002, pp. 1 y ss.; AA. VV., *Nuove costellazioni familiari*, a cuidado de S. Mazzoni, Milano, 2002; AULETTA, T., *La famiglia rinnovata: problemi e prospettive*, en *Familia*, 2004, p. 19 y ss.; DE MAURO, A., *Le famiglie ricomposte*, en *Familia*, 2005, pp. 767 y ss. Es bastante eficaz la síntesis de los principales problemas relacionados con el tema, también desde una perspectiva comparatística, en SESTA, M., *Diritto di famiglia*, 2ª ed., Padova, 2005, pp. 391 y ss.

Para una más amplia reflexión sobre la evolución de los modelos familiares vide BUSNELLI, F. D., *La famiglia e l'arcipelago familiare*, en *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 509 y ss.; AULETTA, T., *Dal Code Civile del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia*, en *Familia*, 2005, 3, p. 405.

cho. Empero, el dato variable está constituido por la presencia o no de los hijos del progenitor con el nuevo cónyuge o compañero, fruto de una relación matrimonial precedente o *more uxorio*.

Los problemas jurídicos inherentes a esta figura pueden distinguirse en dos grupos. Por un lado, es menester preguntarse si –en el ámbito de las relaciones “internas”– surge una vinculación jurídicamente significativa entre los hijos (de uno o algunos de los miembros de la pareja) y el nuevo cónyuge o compañero del progenitor, relación que es fuente de derechos y obligaciones bilaterales. Por otra parte, se plantea la cuestión de la relevancia “externa” de dicha relación y de la posibilidad de que esta pueda derivar en una suerte de “paternidad social”, de la cual deriven situaciones jurídicas activas o pasivas frente a terceros y, en general, frente al ordenamiento jurídico.

2. Las relaciones internas de la familia recompuesta

Sobre la base de las relaciones “internas” en la familia recompuesta, a la luz de la legislación vigente puede, ciertamente, excluirse que la instauración de una relación “de hecho” entre alguno de los miembros de una pareja y los hijos de otro compromiso pueda originar derechos y obligaciones *ad imagine* de una relación jurídica filiatoria. Múltiples son los datos normativos que inducen a dicha conclusión.

En primer lugar, el artículo 30° de la Constitución italiana establece el “deber” y el “derecho” de los progenitores de “mantener, instruir y educar a los hijos, incluidos los nacidos fuera del matrimonio” y no hay duda de que la calificación de progenitor, a la cual la norma constitucional hace referencia, sea tan solo una calificación jurídico-formal derivada de la filiación legítima, natural o adoptiva, con exclusión de toda posible extensión en vía interpretativa de

la paternidad social, fundada en la costumbre de la relación o sobre la intensidad del vínculo afectivo y de convivencia.

El artículo 155°.1 del *Codice Civile* –reformado mediante la Ley N° 54 del 8 de febrero de 2006– establece que “el hijo menor de edad tiene el derecho de mantener una relación equilibrada y continua con cada uno [de los progenitores], de recibir cuidado, educación e instrucción de ambos y de conservar relaciones significativas con los ascendientes y con los parientes de ambos troncos familiares”.

También tal previsión excluye que el eventual conflicto entre las posiciones jurídicas del progenitor no conviviente y de la figura “parapaternal” del conviviente o del nuevo cónyuge del otro progenitor, pueda ser resuelta a favor de este último. También el progenitor con el cual el hijo no convive de manera constante, así como el progenitor que eventualmente no ejerce la patria potestad sobre el hijo, conserva, en realidad, la titularidad y (en el primer caso) el ejercicio de la patria potestad. Debe excluirse, por lo tanto, que el eventual predominio de los sentimientos del cónyuge o del compañero del progenitor conviviente pueda atribuir a este último el derecho, por ejemplo, de asumir decisiones relativas a la educación o a la instrucción del menor.

A su vez, el artículo 252° del *Codice Civile* – que regula la inserción del hijo natural en la familia legítima de uno de los progenitores– no introduce algún aspecto de relevancia jurídica en las relaciones entre el hijo natural y el cónyuge del progenitor, limitándose a establecer el único requisito del consenso de este último.

Sin embargo, el dato normativo que establece, en sentido positivo, evitar que los derechos y las obligaciones de la relación paterno-filial puedan instaurarse en el ámbito de la paternidad “de hecho”, típica de las familias recompuestas, consiste en la pluralidad de disposiciones legales que, en presencia de determina-

das condiciones (establecidas también para la tutela del interés del progenitor biológico), permite la constitución de la relación jurídica de filiación mediante la adopción. En particular, el artículo 44°.1.b de la Ley N° 184 de 1983, establece que los menores (incluso cuando no se encuentren en estado de abandono, lo que daría pie a su reconducción en las formas ordinarias) pueden ser adoptados por el cónyuge del progenitor. Se trata de una de las hipótesis de la denominada “adopción en casos particulares”, que determinan la constitución *ope iudicis* de una relación de filiación en amplia medida análoga –respecto a los derechos y de las obligaciones recíprocas– a aquella de filiación legítima⁽²⁾. Para la tutela de los intereses del progenitor biológico, la ley subordina la adopción con el “consentimiento” de los padres del que será adoptado, cuyo rechazo –

como regla general es impedimento para que se produzca la adopción⁽³⁾– puede ser establecido por el juez, cuando sea injustificado o contrario a los intereses del que será adoptado, solo cuando haya sido expresado por el progenitor que no ejercita la potestad (artículo 46°, incisos 1 y 2 de la mencionada ley). La jurisprudencia ha afirmado, sobre este punto, que la regla del consentimiento por parte del progenitor que ejerce la patria potestad (incluso en caso de separación o divorcio del progenitor que no ejerza la patria potestad aun de manera compartida y sin la entrega del hijo⁽⁴⁾) busca prevenir la sobreposición de figuras paternas que pueden constituir una exigencia en contra del respeto del interés del menor en la inserción en un nuevo y orgánico contexto familiar⁽⁵⁾.

Otro instituto que, según una perspicaz interpretación reciente de la Corte de Casación⁽⁶⁾,

(2) A efectos de la adopción en los casos particulares, vide AULETTA, T., *Diritto di famiglia*, 8ª ed., Torino, 2006, pp. 303-304. A diferencia de la adopción legitimante, se aplican a la adopción en casos particulares algunas de las normas establecidas en resguardo de la adopción de las personas mayores de edad (artículos 293°, 294°, 295°, 299°, 300° y 304° del CC., concordados con el artículo 55° de la Ley N° 184/83), como, por ejemplo, el artículo 304° del CC., que no atribuye al adoptante ningún derecho sucesorio con relación al adoptado. En general, sobre las características y sobre la razón de la adopción en casos particulares, vide GIUSTI, A., *L'adozione dei minori in casi particolari*, en *Il Diritto di famiglia, III, Filiazione e adozione*, a cuidado de G. Bonilini - G. Cattaneo, Torino, 1997, pp. 455 y ss.; ROSSI CARLEO, L., “L'adozione in casi particolari”, en Rescigno, P., (Coord.), *Tratt. dir. priv.*, 4, III, Torino, 1997, pp. 462 y ss.; TOMMASINI, R., “Dell'adozione in casi particolari e dei suoi effetti”, en *Comm. dir. it. fam.*, a cuidado de G. Cian. A. Trabucchi-G. Oppo, Padova, 1993, pp. 456 y ss.

(3) Casación del 26 de mayo de 2000 n. 9795, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 432.

(4) En cuanto al “titular”, pero “aquel que no ejerce la patria potestad”, es resaltable, por ello, el rechazo del progenitor al cual no se confían los hijos luego de una separación o divorcio. Así, la Casación del 26 agosto de 1997, n. 8015, en *Giust. civ.*, 1998, I, p. 805. Dicha interpretación fue criticada por T. AULETTA, *La famiglia rinnovata*, cit., p. 23, quien consideraba la participación del progenitor al cual no se confiaban los hijos en las “decisiones de mayor interés” un ejercicio de la patria potestad. Una interpretación como la anterior puede considerarse superada por la ley sobre el cuidado de los hijos menores (Ley N° 54 del 8 de febrero de 2006), que ha afirmado que el cuidado exclusivo sea “contrario al interés del menor” (artículo 155° bis del Código Civil), casos en los cuales puede considerarse, por lo tanto, que el eventual rechazo de la adopción puede ser desestimado por el juez. La desestimación del disenso del progenitor que no ejerce la patria potestad ha sido considerada, más bien, constitucionalmente adecuada por la Corte Suprema –que ha rechazado la posibilidad de remitir los hechos a la Corte Constitucional– “[...] una vez entendido que la norma que confiere efectos obstativos a la sola voluntad del progenitor que ejerce la patria potestad, encuentra razón de ser en la consideración que solo la comunión de vida y el consiguiente conocimiento de los intereses y de las exigencias del menor tornan relevante el disenso, evidenciando así una falta de homogeneidad respecto de la condición de progenitor que dicha potestad no ejercita” (Casación del 26 de octubre de 1992, n° 11604, en *Giur. It.*, 1993, I, 1, c.2150).

(5) Casación del 9 de mayo de 2002, n. 6633, en *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2529.

(6) Casación del 3 de febrero de 2006, n. 2426, en *Dir. Giust.*, 2006, 8, p. 21, con nota di G. Dosi.

puede ser funcional para la tutela de la familia “recompuesta” es el de la adopción del mayor de edad –cuando se trate del hijo del cónyuge– que ya pertenezca junto a su progenitor, al contexto afectivo de la familia del cónyuge adoptante.

En tal caso, ha establecido la Corte Suprema⁽⁷⁾ que la presencia de los hijos mayores a ser adoptadas no excluye en absoluto la adopción, permaneciendo el poder-deber del juez de mérito de proceder a la audiencia personal de los hijos mayores que posean capacidad de discernimiento y la de curador especial, para lograr la formulación del juicio en su conjunto, en aras del interés del que será adoptado, tal como lo señala el artículo 312°.1.2 del *Codice Civile*, ya que dicha conveniencia subsiste en tanto el interés del que será adoptado encuentre una efectiva y real respuesta –eventualmente de apreciar el éxito de la adquisición y la información oportuna– en todos los miembros de la familia, comprendidos los hijos del adoptante.

Así pues, existen instrumentos “típicos”, como la “paternidad social”, que puedan devenir en paternidad en sentido jurídico, con casi total asimilación a la paternidad biológica. Más allá de estas formas jurídicas, debe excluirse que la familia recompuesta pueda fundar derechos y obligaciones entre sus componentes no ligados a través de vínculos de sangre.

3. El acuerdo como posible fuente de derechos y deberes al interior de la familia recompuesta

Frente a la claridad e insuperabilidad del dato normativo, se ha denunciado, en doctrina⁽⁸⁾, la

parcialidad y la insuficiencia de la respuesta del ordenamiento jurídico italiano para el fenómeno de la familia recompuesta. Por ello, se ha propuesto superar el problema, destacando el aspecto “voluntarístico” del acuerdo de aquellos que deciden establecer no solamente un vínculo matrimonial o una relación *more uxorio*, sino también una convivencia ampliada a los hijos de uno de los cónyuges o de ambos. En el caso del matrimonio, en efecto, se puede elegir dar forma a una familia “recompuesta”, sustentada en un “acuerdo sobre la base de la vida familiar”, tal y como lo establece el artículo 144° del *Codice Civile*, cuyo poder de actuación compete a cada uno de los cónyuges. De modo que, la relación jurídica entre el cónyuge y los hijos del otro cónyuge podría establecerse de manera “indirecta”, toda vez que, la obligación, por ejemplo, de educar o mantener a los hijos del cónyuge resultaría del acuerdo conyugal sobre la vida familiar⁽⁹⁾.

No hay duda que un acuerdo sobre la vida familiar comprende la decisión de incluir en la convivencia familiar a los hijos del conviviente. Es posible que, en estos casos, el acuerdo establezca obligaciones (cuando menos) de respeto y de asistencia frente a los hijos del conviviente. Sin embargo, puede ponerse en cuestionamiento que la violación de tal acuerdo pueda ser hecha valer directamente por el hijo, antes que –en la posible separación personal– por uno de los cónyuges estipulantes.

El acuerdo sobre la vida familiar que otorga la calidad de hijo a uno de los cónyuges, no parece asimilable a un contrato “a favor de tercero”, del cual el hijo beneficiario pueda, al menos técnicamente, declarar querer aprovecharlo.

(7) Casación del 3 de febrero de 2006 n. 2426, cit.

(8) Sesta, M., *Diritto di famiglia*, cit., p. 393, quien justamente observa que “más allá de la adopción, y, todas las veces en las cuales ella no es querida o no puede ser practicada, no existen otras formas de regulación de las relaciones entre los progenitores sociales puede ser llamado a desarrollar una labor más relevante, sea con respecto a la función educativa que a la tutela de los intereses del menor, incluso frente a los terceros”.

(9) Así, DE MAURO, *Le famiglie ricomposte*, cit.

En consecuencia, las prestaciones de asistencia o mantenimiento dadas por el cónyuge del progenitor, no pueden representar nada, desde la perspectiva del hijo beneficiario, sino un cumplimiento de una obligación natural correspondiente a un deber moral o social.

Incluso, el eventual acuerdo “directo” de asistencia o mantenimiento estipulado entre el hijo y el cónyuge del progenitor –allí donde no se perfecciona a través de modelos contractuales de carácter patrimonial⁽¹⁰⁾– no parece en grado de fundar un vínculo irrevocable y jurídicamente vinculante.

Todo ello nos lleva a considerar que en el ámbito de las relaciones internas de la familia re-compuesta, la única vía practicable –y alternativa a aquella de la innovación legislativa– sea aquella de la adopción, en los casos y límites antes señalados.

4. Las relaciones externas de las familias recompuestas

Sin embargo, sobre el aspecto de las relaciones “externas” de la familia recompuesta, la tutela de los derechos fundamentales de la persona impone atribuir relevancia al vínculo afectivo instaurado entre los miembros de la familia, independientemente, de la formación jurídica de la convivencia.

Es clara la evolución social y jurídica en materia de “familia de hecho”, que ha llevado al re-

conocimiento de un nutrido catálogo de derechos de los convivientes, incluso en los casos de la absoluta libertad de la unión y de la asunción de los deberes típicos del matrimonio⁽¹¹⁾.

En el ordenamiento jurídico italiano, ciertamente, la familia de hecho –identificable como la convivencia estable y no ocasional entre sujetos que asumen recíprocamente comportamientos que corresponden a derechos y deberes que caracterizan la unión conyugal– carece de una regulación orgánica, sin embargo, la tutela brindada a los específicos derechos inherentes a los convivientes (sea a nivel legislativo –sea en particular– sobre el plano jurisdiccional) resulta extensa y penetrantemente efectiva, al ser inútil una específica reglamentación, dado que esto traería como consecuencia dar vida a una suerte de matrimonio “menor”⁽¹²⁾.

Ahora bien, la estabilidad de la relación afectiva se encuentra en el grado de establecer una paternidad “de hecho” en las relaciones entre cada cónyuge (o conviviente) y los hijos de ambos, de la cual derivan derechos inherentes a la persona, dignos de ser reconocidos y protegidos por el ordenamiento. En este sentido, la familia recompuesta –en la cual la relación con el cónyuge o conviviente del progenitor se presenta *ad imagine* de la relación paterno filial– será asimilable a una familia en sentido vertical.

Tal calificación permite resolver muchos de los problemas que se han presentado en doctrina y

(10) Al respecto, FUSARO, A., “Autonomia privata e mantenimento: i contratti di vitalizio aperto”, en *Fam. Dir.*, 2008, pp. 305 y ss.; ZANA, M., *Contrattualizzazione dell’assistenza*, en *I modelli familiari tra diritti e servizi*, a cuidado de Gorgoni, M., Napoli, 2005, pp. 361 y ss.

(11) Para un esquemático análisis de las formas de tutela jurisprudencial de la familia de hecho, fundadas sobre la constatación de una relación afectiva estable, cfr. BRECCIA, et al., *Diritto Privato, parte seconda*, Torino, 2004, pp. 902-903. Más ampliamente, sobre la familia de hecho, dentro de la amplia bibliografía, cfr. BALESTRA, L., *La famiglia di fatto*, Padova, 2004.

(12) En el año 2007, el debate político y cultural italiano sobre la pertinencia de una disciplina legislativa sobre la familia de hecho ha sido presentada y difundida por efecto de la presentación del diseño de Ley del gobierno S/1339, intitulada “*Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi*”. La propuesta parlamentaria, que presentó demoras a causa de las contradicciones entre las fuerzas políticas, se detuvo finalmente en enero de 2008 luego que terminó la legislatura.

que no tardarán en llamar la atención de la jurisprudencia. Si pensamos, por ejemplo, en el hijo que pretenda el resarcimiento de los daños por la muerte del progenitor “social” que aportaba sobre los hechos al mantenimiento de la familia o al cual se encontraban simplemente vinculados de manera afectiva. Es difícil no plantearse en dicho caso una solución idéntica a aquella relacionada con el derecho de resarcimiento del daño a favor del conviviente *more uxorio* de la víctima de un hecho ilícito que la jurisprudencia italiana –desde hace tiempo– reconoce⁽¹³⁾. Mientras los vínculos, formalmente, existentes hacen presumir la lesión de una situación jurídica que afecta a la víctima “secundaria”, en los casos de convivencia *more uxorio*, la Corte de Casación⁽¹⁴⁾ ha señalado que “aquel que solicite el resarcimiento de los daños que se le han producido como víctima secundaria por la lesión material, ocasionada a la persona con la que convive, debe demostrar la existencia y la extensión del equilibrio afectivo-patrimonial instaurado con la misma y, por ello, para poder reconocer lo injusto en dicho caso, debe ser demostrada la existencia y la duración de una comunión de vida y de afectos, con asistencia material y moral”.

La demostración de una relación afectiva estable y duradera en el ámbito de la familia recompuesta podrá atribuir, por lo tanto, el reconocimiento de derechos frente a terceros, aun cuando se trate de derechos fundamentales, inherentes a la persona humana, directamente reconocidos y tutelados a nivel constitucional.

La situación de apariencia, que permite la asimilación de la paternidad social a la paterni-

dad biológica, puede constituir fuente de obligaciones frente a terceros. En tal sentido, puede sostenerse que en el artículo 2048° del *Codice Civile* –el cual establece que la responsabilidad por los daños ocasionados por el hecho ilícito de los hijos menores es asumida por los progenitores– se debe encontrar aplicación incluso frente al progenitor social, del cual se demuestra en concreto la positiva y voluntaria asunción de conductas de educación y vigilancia de los hijos del cónyuge o del conviviente al interior de la familia recompuesta. Se trata de una interpretación conforme a la *ratio* de la previsión normativa, que pretende gravar, con un deber resarcitorio, a aquellos que estén en grado de brindar al menor una educación de acuerdo con las condiciones sociales y familiares, así como de ejercitar sobre aquel una vigilancia adecuada conforme a su edad⁽¹⁵⁾.

5. La sentencia del Tribunal Constitucional

Haciendo una valoración de las características concretas de la familia recompuesta por la decisión del Tribunal Constitucional peruano en la sentencia de fecha 8 de febrero de 2008 –que examinamos– según la cual la estabilidad, la publicidad y el reconocimiento exterior del núcleo familiar recompuesto, vuelven a este último equiparable con una familia fundada sobre vínculos biológicos. La concreta asimilación del “hijastro” al interior del núcleo familiar resulta arbitraria y contraria a las normas constitucionales con una diferenciación de tutela entre familia biológica y familia recompuesta.

(13) Casación del 28 de marzo de 1994, n. 2988; C. Cost. 27 de octubre de 1994, n. 372; Casación del 31 de mayo de 2003, n. 8828; Casación del 29 de abril de 2005, n. 8976. Sobre la base de la estabilidad afectiva de la relación de convivencia, la jurisprudencia ha reconocido el derecho al resarcimiento del daño en favor de la hermana que mantenía una relación incestuosa *more uxorio* con la víctima de un accidente de tránsito (Trib. Venecia, 31 de julio de 2006).

(14) Casi textualmente Casación del 29 de abril de 2005, n. 8976.

(15) En este sentido, por ejemplo, Casación del 20 abril de 2007, n. 9509.

Se tratan de afirmaciones que pueden ser compartidas en la medida en que pongan, ante los ojos del juez una real afirmación de las características del núcleo familiar recompuesto y, en particular, de la estabilidad y de la intensidad del vínculo afectivo entre el hijo y el progenitor social.

Empero, una investigación de este tipo no puede prescindir de la valoración de las relaciones entre el hijo y el progenitor biológico-no conviviente, a fin de evitar lo que la jurisprudencia italiana ha definido como “la superposición de la presencia de los progenitores”.

En este sentido, no puede asumir importancia la variedad de situaciones existentes entre la familia recompuesta luego de la muerte de uno de los progenitores biológicos y el diverso caso de la reconstitución de una familia, posteriormente, de una separación o divorcio.

También en el caso de estos últimos supuestos, distinto es el caso de la separación personal – que determina una mera “suspensión” de las obligaciones matrimoniales y no excluye la reconciliación y la reconstitución de la precedente unidad familiar– respecto al divorcio; la cual, por el contrario, establece la irreversibilidad de la rotura del vínculo matrimonial y puede inducir seriamente a la formación de una nueva unión familiar.

Una última diferenciación debe ser realizada en razón de la duración y de la estabilidad de la

nueva unión entre el progenitor biológico conviviente y el nuevo progenitor “social”. Desde este punto de vista, parece evidente que el matrimonio entre estos sujetos permitirá al juez presumir una estabilidad y una objetividad social de la nueva unión idónea a lograr aquella gama de tutelas solamente prestadas en favor de la tradicional familia nuclear.

Solamente al presentarse estas condiciones – en el caso de que se verifique que el hijo de uno de los miembros de la pareja devenga en parte integrante de un contexto afectivo sólido y unido– puede afirmarse –como está escrito en la motivación de la sentencia materia de análisis– que la distinción entre “hijo” e “hijastro” se revela arbitraria y lesiva de las disposiciones constitucionales que tutelan a la familia.

Por lo tanto, la sentencia del Tribunal Constitucional no puede ser entendida como una indiscriminada asimilación normativa y jurisprudencial entre familia nuclear y familia recompuesta, o mejor dicho, como una indebida limitación de los derechos y deberes del progenitor biológico. Ello indica, por el contrario, las directrices para que el juez del proceso individualice en el caso concreto, las características de afectividad, estabilidad y convivencia con el fin de atribuir a la nueva unión la calidad de “familia”, en cuyo ámbito cada hijo tiene derecho a no sufrir discriminación a causa de la unilateralidad de los vínculos biológicos. **JuS**