

SOCIOAFECTIVIDAD Y DERECHO DE FAMILIA

POR GRACIELA MEDINA^(*)

Resumen

El artículo tiene como objeto determinar la función del Estado frente a las relaciones sociales que tienen como base el afecto, a fin de precisar si deben estar reguladas por la autonomía de la voluntad o si, por el contrario, corresponde legislar sobre ellas dándoles un régimen independiente o incorporándolas a instituciones ya creadas que no fueron dictadas para acogerlas.

El trabajo estudia el tema de las relaciones poliamorosas o poligámicas, la pluriparentalidad, la cuestión de los amantes y las relaciones de polifidelidad desde una perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial.

Palabras clave

Poliafectividad, poligamia, pluriparentalidad, filiación biológica, uniones convivenciales, familias extramatrimoniales, derecho de sucesión y uniones convivenciales.

SOCIO-AFFECTIVITY AND FAMILY LAW

Abstract

The article aims to determine the role of the state in social affectivity relations, in order to specify whether they should be regulated by the autonomy of the will or if, on the contrary, the State should legislate on them by giving it a regime independent or incorporating them into institutions already created.

The work studies the issue of polyamorous or polygamous relationships, multi-parenthood from a Legal, Doctrinal and Jurisprudential Perspective.

^(*) Profesora titular de Derecho de Familia y Sucesiones y presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

Keywords

Polyamorous, polygamy, relationships, multi-parenthood, biological filiation, facto unions, non —marital families, socio-affective criteria, heritage and facto unions.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

El afecto se presenta en la sociedad como constitutivo de diversas relaciones de enorme importancia para el individuo. Así, no existe duda de que entre los amigos concurre una dosis importante de afecto, como también este se halla entre los novios, entre los amantes clandestinos, entre los convivientes, entre los miembros de un trío amoroso, entre ahijados y padrinos, entre guardador de hecho y niño cobijado y, normalmente, entre padres e hijos afines que conviven.

Por supuesto que no son los mismos vínculos los que se forman entre amantes extramatrimoniales que los que reinan entre novios o convivientes, como tampoco son idénticos los que existen entre allegados que los que se generan entre padres por afinidad e hijos afines, pero todas estas relaciones tienen como elemento común el afecto en la formación de las relaciones sociales y la falta de reconocimiento o el reconocimiento limitado de estas relaciones afectivas por el derecho en orden a su regulación.

El objeto de este trabajo es tratar de precisar cómo el afecto influye en la regulación del derecho de familia actual, para lo cual trataremos de determinar qué se entiende por socioafectividad, precisar y clasificar algunas de las relaciones afectivas no reguladas por el derecho de familia que se presentan en la actualidad, indicar qué problemas presentan al derecho las relaciones afectivas no reguladas y las reguladas en forma excepcional o limitada y estudiar si deben ampliarse los efectos patrimoniales de las relaciones afectivas que el ordenamiento jurídico reconoce, yo si tienen que ser reguladas las formas socioafectivas que se presentan en la sociedad y que el sistema jurídico no contempla.

La esencia de la cuestión planteada se centra en dilucidar la función del Estado frente a las relaciones sociales que tienen como base el afecto, a fin de precisar si deben dejarlas libradas a la autonomía de la voluntad o si, por el contrario, tiene el Estado que regularlas, ya sea creándoles un estatuto autónomo o incluyéndolas en viejas estructuras no pensadas para acogerlas.

En definitiva, de lo que se trata es de “determinar cuándo o cómo esos complejos capítulos del querer y del sentir adquieren una entidad tal que permite imputarle consecuencias jurídicas. Una amistad, una relación de noviazgo, una convivencia prolongada o la crianza a otro con carácter de hijo; son todos escenarios del afecto. ¿Todos estos son susceptibles de quedar captados por la juridicidad?”¹.

¹ BELLINO SAN MARTIN, Lucas, “De qué hablamos cuando hablamos de socioafectividad”, en su intervención brindada el 27/11/2020 — III Jornadas Platenses de Derecho Sucesorio

Así, por ejemplo, cabe preguntarse si las relaciones poliamorosas o poligámicas deben ser reguladas por el Estado y, en su caso, si deben dárseles iguales efectos que al matrimonio o a la unión convivencial.

O si a los hijos por afinidad deben otorgárseles iguales efectos que a los hijos matrimoniales o por adopción, en orden a la sucesión.

Sin perjuicio de que el tema merece precisiones, creemos necesario partir de la premisa de que no pueden utilizarse viejos moldes para encasillar nuevas formas, y de que no es posible igualar lo diferente, en orden a las consecuencias, sin desequilibrar la armonía jurídica.

Comenzaremos nuestro estudio partiendo de determinar qué se entiende por socioafectividad, para luego clasificar las diferentes relaciones socioafectivas y ver su reconocimiento legal y jurisprudencial.

II. SOCIOAFECTIVIDAD. CONCEPTO

Consideramos que la socioafectividad es un término formado por la unión de dos palabras —social y afectivo—, que hace referencia a las relaciones sociales que surgen del afecto de dos o más personas.

Belloti afirma que, cuando se habla de socioafectividad, en rigor, hablamos de relaciones basadas en el afecto entre personas que guardan entre sí una vinculación estrecha y semejante a otra específicamente regulada, y cuyos efectos jurídicos se desean ².

Por nuestra parte, ponemos de relevancia que dentro de las relaciones socioafectivas tenemos las poliamorosas. El término “poliamor” es una combinación del griego “*polus*”, que significa “varios”, y del latín “amor”, que significa “amor”; y es usado en algunos eventos de manera alterna con el término “polifidelidad”, que, en lugar de amor, toma prestado del latín la palabra “*fidelitas*”, que significa “lealtad” o “fidelidad”. Como estos términos lo sugieren, las personas poliamorosas están o prefieren estar involucradas en más de una relación íntima a la vez, en relaciones amorosas estables y a largo plazo de dos o más personas.

También tenemos las relaciones de “pluriparentalidad”, en las que las funciones parentales son cumplidas o buscan ser desempeñadas por más de dos personas, es decir, por un grupo no binario de personas, más amplio que el de padre y madre.

Los ejemplos antes expuestos nos dan cuenta de lo amplio que es el tema de la socioafectividad. Para una mejor comprensión de él, nos parece que debemos comenzar por la faz positiva o legislativa de la cuestión.

“Reconocimiento jurídico de las relaciones socioafectivas en el derecho sucesorio: ¿Protección de la familia o de la autonomía personal?”.

² *Ibidem*.

III. LAS RELACIONES SOCIOAFECTIVAS EN LA LEGISLACIÓN POSITIVA

En el ámbito del derecho de familia, en el siglo pasado no era común hablar del afecto, no obstante que este sentimiento es lo que nutre y sostiene las relaciones familiares. En este sentido, señala Kemelmajer de Carlucci: “el afecto, a diferencia del dato genético, rara vez aparece mencionado en las normas jurídicas referidas a la familia (...) No obstante, los operadores del derecho han empezado a pensar que, en numerosas ocasiones, las relaciones familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos...”³.

Lo cierto es que, en la extensa normativa del derecho de familia, el término socioafectividad no ha sido utilizado por el legislador, aunque su concepto se ve tímidamente receptado en el art. 7° del dec. 415/2016 reglamentario de la ley nacional 26.061, en cuanto establece que “podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección”⁴.

Y, dentro del Código Civil y Comercial del 2015, las relaciones socioafectivas, en tanto relaciones sociales basadas en el afecto, se vislumbran modestamente en algunas disposiciones, ya sea para otorgarles algunos efectos jurídicos, como para negarles otros.

Así, podemos mencionar la relación de los *allegados que pueden prestar el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud* (art 59 del Cód. Civ. y Com.), el reconocimiento de las personas con vínculos afectivos también se refleja en algunas normas que, por ejemplo, reconocen que las personas que tienen a su cargo a personas menores de edad imposibilitadas o enfermas deben permitir la comunicación de estos quienes justifiquen un interés afectivo legítimo” (arts. 555 y 556 Cód. Civ. y Com.), como así también en la obligación de los padres de respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con... personas con las cuales tenga un vínculo afectivo.

Por otra parte, el Código Civil y Comercial reconoce otras relaciones sociales basadas en el afecto, como la existente entre los miembros de la familia ensamblada, que da origen al parentesco por afinidad, y también el vínculo entre el hijo adoptado bajo la forma simple con los progenitores del o de los adoptantes.

Además, el Código Civil y Comercial reconoce el noviazgo en el capítulo I del título 1 del libro segundo, señalando que los esponsales no generan acción

³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”, LA LEY 08/10/2014, 1, LA LEY 2014-E, 1267, ADLP 2014 (noviembre), AR/DOC/3592/2014.

⁴ BELLINO SAN MARTIN, Lucas, ob cit.

para reclamar los daños por su ruptura (art 401), y que, por otra parte, en el matrimonio *in extremis no se le reconoce efecto al noviazgo como relación de hecho*, para darle valor al matrimonio celebrado dentro de los 30 días anteriores a la muerte a consecuencia de una enfermedad preexistente (art. 2436 del Cód. Civ. y Com.).

Por último, queremos poner de relevancia que la máxima regulación de las relaciones basadas en el afecto deviene de la regulación de la unión convivencial.

IV. CLASIFICACIÓN DE LAS RELACIONES AFECTIVAS

Creemos que, a los fines de nuestro estudio, las relaciones afectivas pueden ser clasificadas en relaciones entre personas adultas participantes de una relación sentimental, entre personas mayores y niños o personas con discapacidad, y entre personas menores de edad con lazos similares a los fraternos.

Relaciones afectivas entre personas adultas: en ellas incluimos las relaciones convivenciales de dos personas, las relaciones consentidas de más de dos personas, como los tríos o relaciones poligámicas, las relaciones de noviazgo, las relaciones paralelas de una persona con su cónyuge y con su amante, donde no existe consentimiento, sino duplicidad de vínculos afectivos similares a la bigamia.

En las relaciones entre adultos y niños incluimos las guardas de hecho y las relaciones entre más de dos adultos con un niño que desafía las leyes binarias de la parentalidad y ha sido dada en llamar pluriparentalidad.

Por su parte, las relaciones entre niños con lazos similares a los fraternos se dan cuando los menores de edad son criados juntos como hermanos.

Cada una de estas relaciones presenta problemas diferentes al derecho. A saber:

V. PROBLEMAS QUE PRESENTAN LAS RELACIONES AFECTIVAS AL DERECHO

V.1. Relaciones afectivas entre personas adultas

Las mayores cuestiones se dan en el ámbito de los derechos, a la muerte de uno de los miembros de la relación. Así:

a. La unión convivencial: la cuestión radica en la posibilidad de otorgar derechos sucesorios *ab intestato al conviviente supérstite*, con base en el afecto presunto del causante y en la igualdad familiar, y, en su caso, determinar el orden sucesorio que le corresponde. Por otra parte, la doctrina se cuestiona si el derecho temporal de habitación del conviviente que sobrevive al causante de solo dos años no debería extenderse con base en la solidaridad familiar.

b. El poliamor ⁵, relaciones no monogámicas o poligámicas: las cuestiones que se exteriorizan en la faz jurídica son la posibilidad de su equiparación a la unión convivencial y, sobre todo, la viabilidad de que los miembros de la relación afectiva múltiple accedan al derecho a pensión, en el supuesto de que muera uno de sus integrantes.

c. En las relaciones de amante: los problemas que se presentan ante la muerte del causante y el derecho a pensión, o el reclamo por daños y perjuicios tanto por la amante como por la cónyuge.

Como vemos, las cuestiones son diferentes en las relaciones binarias que en las relaciones múltiples, ya que en las primeras hay una regulación legal que se estima insuficiente, mientras que en las segundas hay un rechazo legal que se considera inconstitucional por el respeto a la autonomía de la voluntad.

V.2. Relaciones afectivas entre adultos y niños

a. *La multiparentalidad*: el Código Civil argentino establece el sistema de la biparentalidad, señalando en el art. 558 del Cód. Civ. y Com. que “ninguna persona puede tener más dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”. Esta norma ha sido declarada inconstitucional en los tres tipos de filiación, es decir, en la filiación por naturaleza, por adopción y por técnicas de reproducción asistida ⁶, señalando que el precepto que establece que solo se puede tener dos padres contraría el interés superior del menor.

b. La filiación por afinidad: la pregunta en este caso es si los hijos por afinidad que han convivido durante la niñez con el progenitor afín no deberían tener

⁵ PAVAN, Angélica Regina, “A eficácia das escrituras públicas declaratórias da uniões poliafetivas no ordenamento jurídico brasileiro”, Faculdade da Direito, Universidade de Passo Fundo, Casca, 2016, <http://repositorio.upf.br/handle/riupf/886>, consultado el 25/10/2018; RULLI STEFANINI, Marília y Guilherme DOMINGOS DE LUCA, “Um novo conceito de família: a poliafetividade”, Paz, Direito & Fraternidade, Roberto Bueno Valéria Aurelina da Silva Leite José Leite da Silva Neto (coordenadores), Instituto Memória, Coleção Direito e Paz, Itaipu binacional, 1ª edición, Curitiba, 2016, ps. 12-27; COSTA POLI, Luciana y Bruno FERRAZ HAZAN, “Reflexões sobre a união poliafetiva: notas sobre a formação da subjetividade”, Pluralismo jurídico, multiculturalismo e gênero, IV Encontro Internacional do CONDEPI, JAYME WEINGATNER NETO, Antonio Carlos Wolkmer, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, CONDEPI, Florianópolis, 2016, ps. 193-208; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo, “Famílias poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea”, Tese de Doutor em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, 2017, <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/28461>, consultado el 25/10/2018; PILLÃO, Antonio, “Entre a liberdade e a igualdade: princípios e impasses da ideologia poliamorista”, Cadernos pagu, No. 44, janeiro-junho de 2015, ps. 391-422; COSTA DINIZ AUGUSTO, Déborah y Elizete MELLO DA SILVA, “União poliafetiva: uma reflexão acerca da pluralidade de entidades familiares”, <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqPics/1411400437P567.pdf>, consultado el 25/10/2018; DE JULIO, José Renato, Carla BATISTA DE SOUZA SILVA, Janaína ALVES PERES, “Aspectos jurídicos da união poliafetiva”, http://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2016/11/aspectos_juridicos.pdf, consultado el 25/10/2018.

⁶ SAMBRIZZI, Eduardo A., “La inscripción de tres padres para un hijo. Una resolución contra legem”, LA LEY 26/05/2015, 1, LA LEY 2015-C, 881, AR/DOC/1566/2015.

derechos sucesorios fundados en el afecto presunto del causante, que las más de las veces educa como propio al hijo de su cónyuge o conviviente ⁷.

VI. RELACIONES AFECTIVAS ENTRE HERMANOS

Las relaciones afectivas no solo se dan entre adultos, sino también entre niños. Estas se generan normalmente cuando de pequeños son educados en el mismo hogar y desarrollan lazos de amor y empatía similares a los existentes entre hermanos por adopción o consanguinidad.

VII. UNIÓN CONVIVENCIAL Y DERECHOS SUCESORIOS

En el Código Civil y Comercial, el conviviente carece de derechos sucesorios *ab intestato en la sucesión de su pareja premuerta, lo que ha sido duramente criticado por la doctrina. Así, por ejemplo, Ciuro Caldani sostiene que “en la sucesión han de coadyuvar, por integración en el mismo nivel, los valores justicia, utilidad y amor. Una sucesión ha de ser justa y útil y ha de abrir cauces al amor”*⁸. Y, en este sentido, manifiesta Pérez Gallardo que esa formación tripartita de valores no puede distinguirse la construcción familiar de la que el causante forma parte. Cualquiera sea, esta debe abrirse cauce a su sucesión a favor de la realización de dichos valores, sin imposición alguna de la huella hematológica como tradicionalmente se ha concebido. Las distintas constelaciones familiares necesitan un reflejo en las normas de la sucesión *ab intestato, de manera que nuevos actores de la vida afectiva familiar sean tenidos en cuenta en los llamamientos sucesorios* ⁹.

Por nuestra parte, pensamos que todo Estado debe ser respetuoso de las diferentes formas de organización familiar y que se debe dar cabida a las uniones afectivas en las que sus integrantes no deseen tener igual régimen patrimonial para después de la muerte que el sistema que surge del matrimonio. En este sentido, pensamos que otorgar iguales derechos sucesorios al conviviente que al cónyuge es no respetar el derecho a la libertad de las partes de organizar su vida de forma distinta a la matrimonial.

En este punto, creo necesario recordar que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el 27 de julio de 1990, formuló la observación general 19, en la que reconocen de manera expresa, en consecuencia, tres elementos: a) la existencia de

⁷ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión ab intestato: ¿Una ecuación lineal?” DFyP 2011 (agosto), 01/08/2011, 163, AR/DOC/962/2011.

⁸ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes integrativistas al Derecho de sucesiones (La sucesión como hora de la verdad de la persona física)”, en Investigación y docencia, No. 40, www.centrodefilosofia.org.ar, consultado el 08/12/2020.

⁹ PÉREZ GALLARDO, Leonardo, “Las nuevas construcciones familiares en la sucesión ab intestato, en pos de superar trazos hematológicos”.

diversas formas familiares; b) la necesidad de que se contemplen, en las legislaciones nacionales, esas diversas formas, y c) la necesidad de conceder a esas diversas formas de familia la protección del artículo 23 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Así, un Estado pluralista debe dar cabida a las formas de convivencia diferentes al matrimonio y dejar que las partes se organicen libremente, sin pretender aplicarle el régimen matrimonial sucesorio a quien decidió no casarse, máxime cuando se cuenta con una porción de libre disposición de bienes con la cual se puede mejorar al conviviente.

Sin que sea óbice de lo antedicho la circunstancia de que, en nuestro país, no existe la cultura de testar, ya que, si bien es cierto que no se realizan muchos testamentos, esto no implica que el común de la población no busque planificar la transmisión de los bienes para después de su muerte. Esta planificación sucesoria no solo se realiza por testamento, sino que se realiza de múltiples formas, entre las que se encuentra la donación. En definitiva, en nuestro país no hay cultura de testar, pero sí hay costumbre de planificar la transmisión de los bienes para después de la muerte, que debe estar presente en las relaciones entre personas unidas de hecho, que han decidido no casarse evitando que su compañero sea sucesor intestado, por lo cual es conveniente que en estas relaciones libres se prevea la transmisibilidad de los bienes por causa de muerte.

En este sentido, pensamos que el respeto a la libertad y el reconocimiento de la pluralidad de modelos familiares impone no igualar todas las relaciones de pareja con el matrimonio, en orden a la transmisión gratuita de los bienes para después de la muerte, y dar margen a la libertad y a la autodeterminación sucesoria.

Entendemos que, si bien la mirada a las familias ha de ser plural, con sentido inclusivo, ello no quiere decir que sea igualitario, porque insistimos en que se han de respetar las diversas formas de organización familiar y se ha de aceptar el derecho de organizaciones distintas a la matrimonial ¹⁰ y más libres que aquella.

Esto fue lo que decidió el Tribunal Constitucional español en su sentencia de 23/04/2013 ¹¹, que declara inconstitucional gran parte de la Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, al resolver en el punto 13 que: “Si la constitución de una unión estable se encuentra fundada en la absoluta libertad de sus integrantes, que han decidido voluntariamente no someter su relación de convivencia a la regulación aparejada ex lege a la celebración del matrimonio, no resulta razonable que esa situación de hecho

¹⁰ TORRES GARCÍA, Teodora F., y GARCÍA RUBIO, María Paz, “La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el Derecho de Sucesiones”, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, p. 171, sostienen la necesaria distinción en la protección sucesoria del cónyuge y del conviviente supérstite. Para las autoras, no es un imperativo ni tampoco una exigencia de orden constitucional el reconocimiento de idénticos derechos ni tan siquiera de naturaleza sucesoria es que no puede imponer un régimen jurídico sucesorio a quienes voluntariamente han decidido acogerse a la formalización de una pareja estable.

¹¹ Sentencia 93/2013, de 23 de abril (BOE núm. 123, de 23/05/2013) ECLI:ES:TC:2013:9 <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/23406> Consultada el 8 de diciembre del 2020.

sea sometida a un régimen sucesorio imperativo, al margen de su concreta aceptación o no por los miembros de la pareja”.

Lo antedicho no implica que en una reforma se puedan otorgar derechos sucesorios intestados al conviviente supérstite, por ejemplo, a título de heredero no forzoso, como lo reconoció la Corte brasilera en un caso en que se planteó la inconstitucionalidad de la negativa de derechos sucesorios al conviviente supérstite, basado en la igualdad familiar ¹².

Entendemos que los derechos sucesorios a acordar al conviviente deben ser dados como heredero legítimo y no legitimario porque el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad ¹³. De manera que únicamente po-

¹² Cabe aclarar que el código brasilero del 2002 da derechos sucesorios *ab intestato* al conviviente supérstite, pero diferentes a los otorgados al matrimonio. Esta diferencia ha sido considerada discriminatoria, pues la participación del conviviente respecto del cónyuge en el orden cuantitativo es menor. Sentencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil de 10 de mayo de 2017, que resolvió el recurso extraordinario 878694, procedente de Minas Gerais, ponente: ministro Roberto Barroso <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4744004&numeroProcesso=878694&classeProcesso=RE&numeroTema=809>, Consultado el 22 de diciembre del 2020, DIAS, Maria Berenice. Supremo acertou ao não diferenciar união estável de casamento. Disponível em: www.conjur.com.br/2017-jun-14/berenice-dias-stf-acertou-igualar-uniao-estavel-casamento. Consultado el 22/12/2020.

¹³ FERRER, Francisco “Sucesión del conviviente”, DFyP 2017 (noviembre), 150, LA LEY 22/05/2018, 1, LA LEY 2018-C, 727, AR/DOC/2650/2017. En Uruguay, la ley 18.246/2008, en su art. 11, concede al concubino supérstite con cinco años de convivencia los mismos derechos sucesorios que el artículo 1026 del Código Civil; reconoce al cónyuge, pero carece de la calidad de legitimario, es desplazado por los descendientes, concurre con ascendientes (la mitad de la herencia para el conviviente y la otra mitad para los ascendientes), y excluye a los colaterales. Si existe cónyuge supérstite, integrarán la misma parte, y en proporción a los años de convivencia. En tanto en Brasil, siempre que la unión de hecho sea “duradera” (art. 1723), el art. 1790 establece los derechos sucesorios del conviviente respecto de los bienes adquiridos onerosamente durante la vigencia de la unión estable, en concurrencia con hijos comunes, con descendientes solo del causante y con otros parientes sucesibles (ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado). No habiendo parientes en grado sucesible, toda la herencia queda para el compañero supérstite, que, no obstante, no tiene carácter de heredero forzoso. En Paraguay, la ley 1/1992 asigna derechos sucesorios al concubinario supérstite en concurrencia con hijos y con ascendientes, y, a falta de ellos, recibe todos los bienes del causante excluyendo a los colaterales (arts. 91/93). Se requiere que la unión estable, singular y notoria dure al menos cuatro años, a menos que hubiesen nacido hijos comunes, y que sus integrantes no soporten impedimentos matrimoniales. Esta unión genera una comunidad de gananciales que se dividirá por mitades al disolverse, siendo la muerte de un compañero causal de disolución. El supérstite es heredero, pero no tiene carácter legitimario. En Chile, la ley 20.830 de 2015, en su art. 16, establece que el acuerdo de unión civil otorga a los convivientes el derecho sucesorio intestado recíproco, y que el supérstite concurrirá a la sucesión de su conviviente de la misma forma que el cónyuge y tendrá sus mismos derechos, siendo heredero legítimo. En tanto, en Ecuador, el art. 68 de la Constitución de 2008 reconoce la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que forman un hogar de hecho, que, reuniendo las condiciones que determine la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. Los integrantes con dos años de convivencia gozan del derecho sucesorio intestado, pero no son herederos legítimos (artículos 222, 223, 230, 233 y 332 del Código Civil, reforma de 2015). En Colombia, la ley 54/1990, modificada por ley 979/2005, dispone que la unión marital de hecho por dos años produce una sociedad patrimonial entre ambos integrantes de la pareja con todos los bienes adquiridos durante la unión por el trabajo, incluidos sus frutos y rentas, cuyo capital se dividirá por partes iguales al finalizar la

drán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja, que no les pueden ser impuestos obligatoriamente ¹⁴.

VIII. EL POLIAMOR ¹⁵, RELACIONES NO MONOGÁMICAS O POLIGÁMICAS ¹⁶

Las relaciones multiafectivas se basan, sobre todo, en los vínculos afectivos que se crean de forma no monógama, huyendo de la norma que la sociedad impone como modelo de familia.

unión marital. Si cesa por muerte de alguno de sus integrantes, la partición se hace en el proceso sucesorio con los herederos del conviviente fallecido. No forman parte del capital de la sociedad los bienes adquiridos antes de iniciar la unión, ni los adquiridos posteriormente por herencia, donación o legado.

¹⁴ *Ibidem*, quien estima que el Cód. Civ. y Com. “debió contemplar también el derecho sucesorio de los convivientes, y acordarles derecho hereditario ab intestato, graduando su concurrencia con descendientes, ascendientes y colaterales, y asignándole toda la herencia a falta de parientes en grado sucesible”, “porque el matrimonio ya dejó de ser el fundamento exclusivo de la familia. Si bien continúa siendo base de la familia, ya no es exclusivo como institución fundante de un núcleo familiar”.

¹⁵ CAMPOS DA SILVA, Luiz Felipe, “A união poliafetiva e o princípio da felicidade”, Revista da Ejuse, No. 23, 2015, pp. 289-308; FOLETTO BACKES, Maiara, “Da (im) possibilidade do reconhecimento jurídico da união poliafetiva e seus efeitos”, Trabalho de conclusão de curso, Faculdades Integradas Machado de Assis, Santa Rosa, 2016, <http://www.fema.com.br/sitenovo/wp-content/uploads/2017/04/BACKESM.F.-DA-IM-POSSIBILIDADE-DO-RECONHECIMENTO-JUR%C3%8DDICO-DA-UNI%C3%83O-POLIAFETIVA-E-SEUS-EFEITOS.pdf>, consultado el 25 de octubre de 2018; PAVAN, Angélica Regina, “A eficácia das escrituras públicas declaratórias da uniões poliafetivas no ordenamento jurídico brasileiro”, Faculdade da Direito, Universidade de Passo Fundo, Casca, 2016, <http://repositorio.upf.br/handle/riupf/886>, consultado el 25 de octubre de 2018; RULLI STEFANINI, Marília y Guilherme DOMINGOS DE LUCA, “Um novo conceito de família: a poliafetividade”, Paz, Direito & Fraternidade, Roberto Bueno Valéria Aurelina da Silva Leite da Silva Neto (coordenadores), Instituto Memória, Coleção Direito e Paz, Itaipu binacional, 1ª edição, Curitiba, 2016, pp. 12-27; COSTA POLI, Luciana y Bruno FERRAZ HAZAN, “Reflexões sobre a união poliafetiva: notas sobre a formação da subjetividade”, Pluralismo jurídico, multiculturalismo e gênero, IV Encontro Internacional do CONDEPI, Jayme Weingartner Neto, Antonio Carlos Wolkmer, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, CONDEPI, Florianópolis, 2016, pp. 193-208; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo, “Famílias poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea”, Tese de Doutor em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, 2017, <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/28461>, consultado el 25/10/2018; PILÃO, Antonio, “Entre a liberdade e a igualdade: princípios e impasses da ideologia poliamorista”, Cadernos pagu, No. 44, janeiro-junho de 2015, pp. 391-422; COSTA DINIZ AUGUSTO, Déborah y Elizete MELLO DA SILVA, “União poliafetiva: uma reflexão acerca da pluralidade de entidades familiares”, <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqPics/1411400437P567.pdf>, consultado el 25/10/2018; DE JULIO, José Renato, Carla BATISTA DE SOUZA SILVA, Janaína ALVES PERES, “Aspectos jurídicos da união poliafetiva”, http://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2016/11/aspectos_juridicos.pdf, consultado el 25/10/2018.

¹⁶ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, “Brasil: el país del ‘ménage à trois’”; GALDINO CARDIN, Valéria Silva y MORAES, Carlos Alexandre, “De reconocimiento legal de sindica-

La cuestión radica en precisar si corresponde que las uniones poliafectivas como entidad familiar deban ser reconocidas por la sociedad como un nuevo modelo de familia, y, en su caso, si se les deben otorgar los efectos matrimoniales o de las uniones convivenciales; concretamente, si se les debe dar el derecho a solicitar la pensión ante la muerte del conviviente.

Una situación de esta naturaleza fue juzgada por el la Corte de Medellín, Colombia ¹⁷, en el caso de tres hombres que convivieron 10 años en unión poliamorosa. En el precedente, Manuel José, John Alejandro y Alex Esneyder, convivieron durante 10 años en una relación poliamorosa con componente de comunidad, y, a la muerte de uno de ellos, los restantes fueron reconocidos como una familia a los fines del otorgamiento de la pensión.

Para así resolver, el tribunal entendió que una relación poliamorosa, que tiene los componentes de permanencia y comunidad, supone el acoplamiento de una idea una familia, que se sustenta en la búsqueda común de los medios de subsistencia, en la compañía mutua o en el apoyo moral, en la realización de un proyecto compartido, que redunde en el bienestar de cada uno de los integrantes de esa familia y en el logro de su felicidad, lo que puede ser claramente experimentado por los miembros de una relación poliamorosa, cualquiera que sea el género de sus integrantes.

Desde esa perspectiva, estimaron que la unión entre Manuel José, John Alejandro y Alex Esneyder constituía una modalidad de familia constitucionalmente protegida, titular de las prerrogativas, derechos y deberes que la Constitución y la ley le reconocen a la familia, en tanto núcleo fundamental de la sociedad, y como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, a cargo del Sistema General de Pensiones; y, en este orden de ideas, el tribunal de Medellín juzgó que, en caso de convivencia simultánea, en los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante, la pensión se dividiría entre los dos, en proporción al tiempo de convivencia.

La razón de ser de esta decisión se sustenta justamente en que la pensión de sobrevivientes persigue la protección del núcleo familiar del afiliado o pensionado que fallece, frente a las adversidades económicas que se generan por la muerte, resaltando en la providencia que tal convivencia se encuentra caracterizada por la clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia, dejando de lado a la madre, que inequívocamente constituía con el causante una familia, para entregarle la pensión a dos de los miembros del trío.

Por nuestra parte, consideramos que no cualquier convivencia, por más afectiva y prolongada que sea, constituye familia a los fines de la seguridad social, y que nuestro ordenamiento protege las relaciones monogámicas contra

tos poliafectivos como entidad familiar”, Revista Jurídica Cesumar septiembre / diciembre 2018, v. 18, n. 3, ps. 975-992. DOI: 10.17765 / 2176-9184.2018v18n3p975-992.

¹⁷ Corte de Medellín número de radicado: 050013105007 2015-01955 0, tema: pensión de sobrevivientes a personas que conforman relación poliamorosa.

las poligámicas o los tríos, que impiden a una madre acceder al beneficio de la pensión de su hijo.

Por su parte, el Superior Tribunal de Brasil debió juzgar sobre la eficacia de las escrituras donde tres o más personas reconocían vivir en relaciones poliafectivas, reglaban sus derechos y pretendían ser reconocidas con los efectos de las uniones de hecho entre dos personas. Así, solicitaban que se les acordara el acceso a la salud, el acceso a las pensiones y, en definitiva, todos los derechos de las uniones monogámicas.

El Superior Tribunal de Brasil denegó la eficacia de tales escrituras como constitutivas de uniones de hecho; en ello tuvo fundamental importancia la constitución como *amicus curiae* de ADFAS (*Asociación de Derecho de Familia y Sucesiones*). El argumento fundamental vino dado por la necesidad de que las uniones fueran monogámicas para la constitución y para el reconocimiento estatal.

En definitiva, consideramos que las personas pueden vivir como quieran y con cuantos deseen, pero no pueden pretender, en el sistema legal argentino, tener la misma protección que la ley da solamente a quien vive en monogamia, ya que la familia occidental se asienta sobre la concepción monogámica de las relaciones familiares.

Tal conclusión no desconoce la libertad individual ni el pluralismo, muy por el contrario, reconoce la existencia de relaciones diferentes a los valores occidentales de organización familiar, y quien quiere vivir repudiando el orden monógamo no puede reclamar los efectos que este trae aparejado porque sería tanto como encasillar en moldes clásicos estructuras disruptivas que los repudian.

Si el Estado, en una futura elección normativa, quisiera pasar de la organización social monógama a la poligámica, debería dictar nuevas normas como las que existen en países orientales, que contemplen esa realidad diferente y que prevean su régimen y sus efectos, protegiendo a los múltiples sujetos que la constituyen, siendo insuficientes, por lo inadecuadas, las estructuradas para la familia monogámica, modelo occidental de organización social que se sustenta fundamentalmente en el respeto de los derechos humanos de sus miembros y, sobre todo, del derecho a la igualdad, que difícilmente se dé en una relación donde un hombre puede tener dos o más mujeres y no a la inversa.

IX. LAS RELACIONES DE AMANTES EXTRAMARITALES O EXTERNOS A LA UNIÓN CONVIVENCIAL

No podemos negar que las relaciones de amantes tienen también un componente afectivo, y, en este revisionismo familiar al que estamos sometidos, cabe preguntarse si a este tipo de relaciones afectivas también hay que reconocerle afectos jurídicos, en tren de aceptar la autonomía de la voluntad como

forma de regular nuestra vida y el necesario respeto del Estado por la forma en que cada persona construye sus nexos amorosos.

Creemos que en este caso los problemas jurídicos se podrían plantear por un reclamo de daños y perjuicios realizado por la amante ante la persona que mató a su amado y/o por un pedido de pensión.

Estimamos que, en el caso, no se dan los elementos de la responsabilidad civil porque la amante no tiene ningún derecho subjetivo ni interés no reprobado por el ordenamiento, ya que nuestro ordenamiento jurídico no protege las relaciones clandestinas, ni tampoco las relaciones poligámicas, menos aún cuando todos los integrantes no han dado su consentimiento.

En este sentido, estimamos que el amante carece de legitimación activa para reclamar daños y perjuicios provenientes de la muerte de su pareja porque, para que se produzca un daño reparable, se debe violar un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico. Y el ordenamiento jurídico reprueba este tipo de relaciones que violan el deber moral de fidelidad que tienen las partes.

Por otra parte, el amante no tendría derecho a reclamar los daños por la muerte de su pareja extraconyugal o conyugal, con aplicación del art. 1741, que obliga a indemnizar a “quienes conviven con aquel recibiendo trato familiar ostensible”, porque en estas relaciones no hay trato familiar ostensible. Ni tampoco legitimación para acceder a los beneficios de la pensión¹⁸.

¹⁸ Por 6 votos contra 5, los ministros del STF (Tribunal Supremo Federal de Brasil) decidió, el martes 15/12/2020, que es ilegal reconocer dos relaciones de parejas estables para establecer una división de pensiones. El caso concreto, que comenzó a analizarse en 2019, fue el de un hombre que mantenía, al mismo tiempo, una relación con una mujer y con un hombre que era su amante. Esta última relación habría durado 12 años, según el proceso. Tras el fallecimiento del conviviente, la mujer demandó a la justicia para solicitar la pensión otorgada a la unión estable. Ella tuvo éxito. Pero el amante también apeló al Poder Judicial. La corte favoreció a la mujer. El relator del caso en el Tribunal Supremo fue el ministro Alexandre de Moraes. Según él, el reconocimiento de dos uniones estables no está previsto en la ley, porque Brasil es un país monógamo, es decir, no reconoce legalmente las relaciones con más de dos personas involucradas, ya sean extramaritales o consentidas por las partes. <https://static.poder360.com.br/2020/12/voto-Moraes-rateio-de-pensao-STF.pdf> Consultado el 22/12/2020 “Concluo que a existência de uma declaração judicial de existência de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que o artigo 226, § 3º, da Constituição se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserta no mosaico familiar atual, independentemente de se tratar de relacionamentos hétero ou homoafetivos”, destacou Moraes. O ministro foi acompanhado por Nunes Marques, Luiz Fux, Dias Toffoli <https://static.poder360.com.br/2020/12/voto-Toffoli-rateio-de-pensao-STF.pdf> Consultado el 22/12/2020, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. O ministro Edson Fachin divergiu de Moraes. Para ele, é possível o rateio de pensão por morte. Fachin considerou que o debate está concentrado em um direito previdenciário, e que os ministros deveriam levar em conta que a pessoa não sabia que seu companheiro tinha outra união simultânea. <https://static.poder360.com.br/2020/12/voto-Fachin-STF-rateio-de-pensao.pdf> voto de Fachin. Consultado el 22/12/2020 “Uma vez não comprovado que ambos os companheiros concomitantes do segurado instituidor, na hipótese dos autos, estavam de má-fé, ou seja, ignoravam a concomitância das relações de união estável por ele travadas, deve ser reconhecida a proteção jurídica para os efeitos previdenciários decorrentes. Assim, o caso é de provimento do recurso extraordinário, possibilitando o rateio da pensão por morte entre os conviventes”, escreveu o ministro. Edson Fachin estuvo acompañado de Luís Roberto Barroso,

X. LA PLURIPARENTALIDAD¹⁹

Nuestro Código Civil y Comercial establece en el art. 558 que “ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”. De allí que se establezca que la filiación es binaria, y que se regulen jurídicamente los efectos patrimoniales y extrapatrimoniales de las relaciones

Rosa Weber, Carmen Lúcia y Marco Aurélio. La decisión de prohibir el reparto de la pensión tiene repercusiones generales, es decir, se aplica a todos los procesos judiciales.

¹⁹ PIETRA, María Luciana, “Pluriparentalidad en la filiación por naturaleza y humanización de la justicia”, RCCyC 2020 (diciembre), 135, AR/DOC/3592/2020; DE LORENZI, Mariana A. - GUELBORT, Virginia, “Errar es humano, perseverar es diabólico. Impugnaciones y nulidades en el reconocimiento filiatorio”, RDF 2020-V, 125, AR/DOC/2724/2020; GÓMEZ, César Julio, “Reconocer lo que es: Modelos de familia pluriparentales que existen y exigen aceptación en el plano jurídico y social”, RDF 2020-IV, 362, AR/DOC/2240/2020; HERRERA, Marisa - GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Derecho constitucionacional de las familias y triple filiación”, LA LEY 19/06/2020, 6, AR/DOC/650/2020; BASSET, Úrsula C., “Pluriparentalidad: dilemas de un debate contemporáneo entre escenarios adultos y derechos de los niños”, LA LEY 19/06/2020, 6, AR/DOC/530/2020; MENDOZA, Elena, “Filiación pluriparental y falsificación de documento público. Análisis de la sentencia desde la perspectiva del derecho privado (reconocimiento complaciente) y del derecho público (supresión y suposición del estado civil y de la identidad)”, DFyP 2020 (junio), 108, AR/DOC/1047/2020; PIETRA, María Luciana, “Adopción y pluriparentalidad: ¿produce la socioafectividad efectos jurídicos?”, RCCyC 2020 (mayo), 37, AR/DOC/1005/2020; BALLARIN, Silvana, “De adopciones, pluriparentalidades y otras formas de construir familia”, RCCyC 2020 (mayo), 5, AR/DOC/924/2020; FAMÁ, María Victoria, “Acción de emplazamiento filial frente al uso de técnicas de reproducción humana asistida”, RCCyC 2019 (diciembre), 3, AR/DOC/3314/2019; PIETRA, María Luciana, “Filiación y derecho a la identidad. Cuando las técnicas de reproducción humana asistida deben armonizarse con los derechos de los niños y las niñas que nacen a través de ellas”, RCCyC 2019 (diciembre), 17, AR/DOC/3386/2019; SILVA, Sabrina, “Un conflicto ¿clásico?, una respuesta excéntrica: Triple filiación por naturaleza”, RDF 2019-V, 370, AR/DOC/2760/2019; PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. “El nuevo desafío de la filiación para el derecho de sucesiones: la multiparentalidad”, RDF 91, 247, AR/DOC/2428/2019; ANDRIOLA, Karina A., LOPES, Cecilia, “El derecho de las familias ante las nuevas formas de familia: Los desafíos ante la diversidad sexual y los vínculos afectivos”, RDF 90, 183, AR/DOC/1770/2019; LAMM, Eleonora, “La gestación por sustitución como deconstrucción de la “maternidad” que sostiene al patriarcado. Más argumentos desde los feminismos”, RDF 89, 139, AR/DOC/1271/2019; DE LORENZI, Mariana “Nuevos caminos entre viejos campos”. Pluriparentalidades en tránsito, RDF 2019-II, 268, AR/DOC/1136/2019; SILVA, Sabrina A., “Repercusiones del ingreso de la autonomía de la voluntad en el derecho filial. La gestación por sustitución como puente de acceso a la monoparentalidad originaria”, RDF 2019-II, 140, AR/DOC/1162/2019; KRASNOW, Adriana N., “Filiación por TRHA, voluntad procreacional y socioafectividad. El afecto como fuente de derechos”, RDF 2019-I, 311, AR/DOC/3733/2018; CHMIELAK, Carolina L., “El impacto de las técnicas de reproducción humana asistida en el sistema filiatorio del Código Civil y Comercial de la Nación”, DFyP 2019 (febrero), 175, AR/DOC/1588/2018; DE LORENZI, Mariana A., VARAS, María., “Familias y pluriparentalidades. ¿Un puzzle por armar?”, RDF 87, 245, AR/DOC/3546/2018; MONTIEL NUÑEZ, Alma V., SEISCENTO BAPTISTA, Talita, “La evolución en la institución jurídica de la filiación en el derecho familiar de Brasil y México”, RDF 86, 245, AR/DOC/3321/2018; LEÓN, Virginia. “¿Qué voluntad resiste el análisis (de ADN)?”, RDF 2018-IV, 313, AR/DOC/3268/2018; HERRERA, Marisa, “Derecho y realidad: triple filiación e identidades plurales”, RDF 85, 149, AR/DOC/3141/2018; MIGNON, María Belén, “Diversas formas familiares y filiación post mortem. Un caso abordado desde la lógica constitucional-convencional acercando el derecho a la realidad”, RDF 2018-III, 211, AR/DOC/3089/2018.

entre padres e hijos, partiendo de la base de que solo se tienen dos progenitores, como ocurre en la naturaleza.

Esta regla, que es universal, ha sido considerada inconstitucional por nuestros tribunales, en los tres tipos de filiación. Así, se ha admitido la posibilidad de pluriparentalidad en la filiación tanto por voluntad procreacional como por adopción y por naturaleza. Con fundamento en que es contrario a la Constitución limitar la filiación de un niño a solo dos vínculos paternos, básicamente, algunos jueces han entendido que la falta de reconocimiento de las relaciones afectivas es contraria al interés del niño.

Esta afirmación asombra, sobre todo, en la filiación por naturaleza, donde se choca con la realidad, ya que naturalmente solo tenemos un padre y una madre.

Por cierto, en las relaciones con los niños, es posible que se desarrollen fuertes vínculos de afectos con terceras personas que compartan con los progenitores la responsabilidad del desarrollo pleno del niño, y que estas relaciones afectivas sean beneficiosas para el interés del niño. Pero no estamos seguros de que sea lo mejor para el interés del niño darle el estatus de padre a más dos personas, al menos en el sistema binario creado por la Argentina, por las siguientes consideraciones.

- a. Se desconoce cómo será llevada a cabo la resolución de las divergencias en las relaciones filiales múltiples. ¿Es que triunfará la solución propiciada por la mayoría? ¿O se deberá resolver en los tribunales?
- b. Se ignora quién y cómo se adoptarán las decisiones relativas a la salud en sistemas de pluriparentalidad. Este tema es trascendente, porque, en estas parentalidades, al ser contrarias al sistema legal que especialmente rechaza toda relación filiar que no sea binaria, los médicos no tienen por qué saber cómo actuar, ni a quién pedir el consentimiento para actos médicos, lo que no se advierte cómo contribuirá al interés del niño.
- c. En un sistema de parentalidad no binaria no se sabe si las decisiones tomadas por un solo progenitor cuentan con el asentimiento de todos, o si, por el contrario, se requiere la mayoría; por ejemplo, para dar la autorización al niño para practicar un deporte de competición o de riesgo.
- d. Tampoco se comprende cómo funciona la representación de la persona menor de edad en las parentalidades múltiples, lo que indica que un tema que hace a la seguridad jurídica queda librado al arbitrio del juez.
- e. El darle a una persona multiplicidad de padres durante algunos años los obliga a asumir la responsabilidad durante toda la vida, que tiende a alargarse, de mantener y alimentar a una multiplicidad de progenitores, por largos años y a asistirlos y cuidarlos, sin compensación alguna.

f. Se altera el sistema sucesorio sin que existan reglas claras de cómo heredarán estos triples padres al hijo, ni si este tiene derechos sucesorios de todos sus abuelos, generándose nuevas inseguridades jurídicas.

g. No se sabe si estas relaciones generarán vínculos de hermanos con los otros descendientes de cada uno de sus padres judicialmente reconocidos.

En definitiva, entendemos que el derecho debe formular sus reglas considerando los vínculos afectivos, pero ello no lleva sin más a encerrar en instituciones binarias las relaciones plurales.

El jurista tiene la obligación de aceptar y reconocer las realidades plurales, pero ello no lo obliga a acordar a esas familias diferentes iguales reglas que las pensadas para situaciones distintas. Tratar de hacerlo es, en definitiva, no reconocer la diferencia.

Dice Basset: la actitud respetuosa de la dignidad de esas plasmaciones familiares líquidas y plurales exige un paso atrás, no una intromisión. Pensar que es necesario el concurso del juez para validar significa considerar que esa pluralidad de tipos, si no la sanciona un operador jurídico, no vale. ¿No es un poco presuntuoso pensar que sin el derecho las relaciones de hecho no tienen valor? Tienen el valor inmenso de la socioafectividad o, mejor, de la afectividad y su impacto en la conformación de la identidad. ¿Hace falta el derecho para eso?

Es contrario a la seguridad jurídica y al principio de igualdad aceptar que las reglas sobre la filiación dependan del parecer de los jueces, porque los nexos filiatorios no pueden ser distintos en dos casos similares según la filosofía del juez que decida apartarse o no de la ley, que es igual y general para todos.

Creemos que la determinación de la filiación no puede ser establecida mediante principios o cláusulas generales abstractas elusivas de las reglas normativas (el refugio confortable en el “cielo de los conceptos” abstractos, diría Ihering), sino que debe estar establecida por normas concretas, e iguales para todos los hijos, con base en los derechos humanos, pero no al revés.

Lo que se debe evitar es la “huida hacia tales cláusulas” para eludir las reglas legales, de acuerdo al voluntarismo judicial que, apelando a los principios invocados por las propias normas positivas, dejan de lado lo que estas dicen, según interpretaciones no fundadas de que ello es mejor para el interés del niño.

Lo ideal es que, si existe consenso en abandonar la norma de la filiación binaria, se legisle sobre ello teniendo en cuenta el interés del niño y el principio de libertad y autodeterminación de los adultos, teniendo en consideración especialmente si se requiere acuerdo entre los adultos para ejercerla.

XI. CONCLUSIONES

El afecto es la base constitutiva de la familia, pero ello no permite, sin más, afirmar ni que todas las relaciones afectivas constituyen una familia, ni tampoco que todas tienen que tener igual regulación estatal.

Nuestro ordenamiento jurídico es de modelo occidental monogámico; ello impide el reconocimiento de las relaciones pluriafectivas como constitutivas de efectos jurídicos idénticos a las monogámicas.

Si el Estado, en una futura elección normativa, quisiera pasar de la organización social monógama a la poligámica, debería dictar nuevas normas como las que existen en países orientales, que contemplen esa realidad diferente y que prevean su régimen y sus efectos, protegiendo a los múltiples sujetos que la constituyen, siendo insuficientes, por lo inadecuadas, las estructuradas para la familia monogámica, modelo occidental de organización social que se sustenta fundamentalmente en el respeto de los derechos humanos de sus miembros y, sobre todo, del derecho a la igualdad, que difícilmente se dé en una relación donde un hombre puede tener dos o más mujeres y no a la inversa.

Regular la multiparentalidad requiere de un marco legal claro y específico, ya que se trata de una realidad nueva y diferente, donde existen otros valores a respetar, entre los que se destaca la autonomía de la voluntad y el interés superior del niño. Para hacerlo, se deberán tener en cuenta las regulaciones del derecho comparado²⁰. En este sentido, habrá que determinar si la pluriparentalidad será aceptada en los tres tipos de filiaciones o solo en la proveniente de la técnicas de fecundación asistida, si su recepción dependerá de una aceptación judicial que juzgue si la pluriparentalidad es beneficiosa para el interés superior del niño, lo que estimamos es inseguro jurídicamente, ya que dependerá de cada juez, también ha de determinarse si la pluriparentalidad requiere necesariamente el acuerdo entre quienes han de ejercerla y fundamentalmente establecer la validez y el alcance de estos sistemas.

Recepción: 02/12/2020

Aceptación: 11/12/2020

²⁰ GALPERIN, Gabriel, “Repensar la familia pluriparental desde el ejercicio de la magistratura”, *Microjuris* 5-sep-2018, MJ-DOC-13676-AR|MJD13676, explica que “existen diferentes sistemas a nivel global que presentan un escenario normativo positivo a favor, cada uno poseedor de sus propias aristas eficaces, empero es factible el llevar a cabo ciertas observaciones. En resumidas cuentas, en Inglaterra, únicamente las responsabilidades parentales pueden asignarse a más de dos individuos, en función de las intenciones de los titulares primarios de la autoridad parental. Por el contrario, en California y en British Columbia se puede otorgar el estado de progenitor a más de dos individuos. En California este proceso está regulado por los tribunales, que se centran a la hora de fallar en favor del mejor interés del niño, interpretando este estándar desde un enfoque funcional y psicológico; en British Columbia la asignación del estado parental está sujeto a las intenciones de los integrantes del proyecto multiparental, plasmadas mediante un acuerdo de voluntades anterior a la concepción vía TRHA”.