

Artículo de doctrina.

HACIA LA RUPTURA DEL BINARISMO FILIAL: ¿La “Socioafectividad” como nuevo principio del Derecho de las Familias?.

Parra, Matias R.

Cita:

Parra, Matias R. (2021). *HACIA LA RUPTURA DEL BINARISMO FILIAL: ¿La “Socioafectividad” como nuevo principio del Derecho de las Familias?*. Artículo de doctrina.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/matiasparra/2>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/pRwp/tEU>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

HACIA LA RUPTURA DEL BINARISMO FILIAL

¿La “Socioafectividad” como nuevo principio del Derecho de las Familias?

Matias R. Parra¹

Resumen: El presente trabajo tiene como objeto explicitar la influencia de la *socioafectividad* en la regulación del Derecho de las Familias actual y en las decisiones judiciales que se tomaron en el último tiempo reconociendo nuevos modelos familiares, como la pluriparentalidad, fundándose en este concepto contrario a lo dispuesto en el Código Civil y Comercial que limita el número de vínculos filiales a solo dos (2). Asimismo evaluar la posibilidad de reconocer estos nuevos tipos familiares basados en el afecto y sus consecuencias a fin de lograr una protección integral y seguridad jurídica.

Palabras clave: derecho de familias, socioafectividad, pluriparentalidad, filiación.

Abstract: The objective of this paper is explicit the influence of socio-affectivity in the regulation of the current Family Law and in the judicial decisions that were taken in recent times, recognizing new family models, such as multi-parenting, based on this concept contrary to the provisions in the Civil and Commercial Code that limits the number of filial links to only two (2). Likewise, evaluate the possibility of recognizing these new family types based on affection and its consequences in order to achieve comprehensive protection and legal security.

Keywords: family law, socio-effectivity, pluriparentality, filiation.

Sumario: I.- INTRODUCCIÓN. II.- EL PRINCIPIO DE BINARISMO FILIAL. III.- ¿SE PUEDE TENER MÁS DE DOS VÍNCULOS FILIALES?; I. Situación en el Derecho Comparado, II. Situación en la Argentina. IV.- LA SOCIOAFECTIVIDAD. V.- LA PLURIPARENTALIDAD. VI.- CONCLUSIONES. VII.- BIBLIOGRAFÍA

¹ Estudiante de la carrera de Abogacía, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste - UNNe

I.- INTRODUCCION

Múltiples son los factores que promulgan una sociedad más compleja, donde las relaciones interpersonales de los actores sociales no están exentas de cambios, así en materia de Derecho de Familias², en plural, las luchas y conquistas sobre la base de la libertad y autonomía han sido varias.

En este sentido la Argentina ha sido pionera en muchas leyes ampliatorias de derecho, desde la primer ley de divorcio vincular³, el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo⁴ hasta la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA), no obstante frente una sociedad en constante evolución existen aún hoy un sinnúmero de discusiones que ponen crisis ciertos principios o máximas en pos del reconocimiento de una mayor autonomía de la voluntad y libertad en cuanto a la organización de la vida familiar se refiere.

Con la sanción del Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) sancionado por Ley N° 26.994, con fuerte raigambre constitucional convencional, más aún en lo que al Derecho de Familias se refiere nos permite un marco revisionista, donde los cimientos sean puestos en tensión y enfrentados con planteos que salen de los esquemas clásicos sobre los cuales se edificaron ciertos regímenes, como ya lo dijo la Corte Suprema de Justicia "*Queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en asuntos de familia si estos se limitan a decidir*

² Noción auspiciada por la evolución y la aparición de nuevos principios, en especial, el de "democratización de la familia", de tanto peso, que algunos autores contemporáneos entienden que se ha pasado del "derecho de familia" al "derecho de las familias" en plural; esta opinión se sustenta —entre otras razones— en la amplitud de los términos del artículo 14 bis de la Constitución Nacional que se refiere de manera general a la "protección integral de la familia", sin limitar esta noción (de carácter sociológico y en permanente transformación) a la familia matrimonial intacta. Por eso, la familia clásica con base en el matrimonio heterosexual debe compartir el espacio con otros núcleos sociales que también constituyen familias. KEMELMAJER, *las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial...*pág.4

³ Sancionada el 3 de junio de 1987, promulgada el 12 de junio del mismo año, bajo el número de Ley 23.515, incorporó como novedad más destacada el carácter disoluble del vínculo matrimonial y la posibilidad de oficiar un nuevo matrimonio.

⁴ Sancionada y promulgada en julio del 2010, bajo el número de Ley 26.618.

problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente a valorar".⁵

Por ello, para abogar a una sociedad más humana, plural y democrática, donde cada persona sea libre de planificar, formar y organizar el tipo de familia y vínculo que mejor se corresponda con sus deseos, hoy debemos dar lugar a una discusión que pone en crisis una de las máximas más antiguas del derecho filial, haciendo visibles aquellas realidades que quedaron olvidadas con la última reforma y planteando nuevos interrogantes que servirán de camino para el constante crecimiento de un derecho que abarque todas las realidades sociales.

II.- EL PRINCIPIO DE BINARISMO FILIAL

El CCyC, manteniendo una máxima del derecho filial, ya prevista en el código derogado, si bien no de manera expresa, la misma se derivaba de los previsto en los artículos 250⁶ y 252. Actualmente el artículo 558 del cuerpo normativo en su último apartado establece que “*Ninguna persona puede tener más de dos (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación*”, asimismo si una persona que ya tiene dos vínculos filiales, por alguna razón pretende generar un nuevo vínculo con otra, se deberá previamente impugnar uno de los ya existente para el posterior emplazamiento, conforme al artículo 578.⁷

Respecto a esta regla la doctrina se ha mostrado un tanto dividida, aunque la mayoría adhiere a que el mantenimiento de la máxima biparentalidad es acertada. En este sentido las propias

⁵<http://www.saij.gob.ar/tribunales-familia-deberes-juez-interpretacion-ley-sua0054447/123456789-0abc-defg7444-500asoiramus>

⁶ Artículo 250° Cód. Civil.: No se inscribirán reconocimientos que contradigan una filiación anteriormente establecida. Quien pretenda reconocer al hijo deberá previa o simultáneamente ejercer la acción de impugnación de la filiación establecida.

⁷ Artículo 578° CCyC: Consecuencia de la regla general de doble vínculo filial. Si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación

autoras del anteproyecto del código, consideran que sustraer el principio binario sobre el cual se edifica el sistema jurídico filial en todas sus fuentes es un salto cualitativo significativo, de fuerte impacto social y psicológico, por lo que resulta difícil de aceptar y construir.

En un sentido opuesto Solari advierte que la consagración de una regla absoluta como la que estamos tratando no resulta atinada y que podría cuestionarse su constitucionalidad, el autor sostiene que hemos ingresado, legislativamente hablando, a una etapa en donde se van incluyendo las TRHA que, en sus diversas variantes, serán las que seguramente demanden situaciones concretas en donde se rompe el esquema de biparentalidad, entendiendo que la pluriparentalidad debió contemplarse al menos para situaciones específicas o dejar abierta tal posibilidad sin consagrar de manera expresa la prohibición que contiene el artículo 558 *in fine*.

III.- ¿SE PUEDE TENER MÁS DE DOS VÍNCULOS FILIALES?

I.- Situación en el Derecho Comparado

Aunque el debate parece novedoso en nuestro país, en otras latitudes esta cuestión ya fue trabajada, con leyes, proyectos de leyes y jurisprudencia.

Es así que en el Estado de California, Estados Unidos, el senado aprobó en el año 2012 un proyecto de ley que admite la posibilidad de establecer vínculo filial con más de dos personas, la ley 1.476 se presentó luego de una resolución judicial que negaba a un niño a tener tres padres. De la lectura se evidencia el reconocimiento de la pluriparentalidad, como también que ésta debe ser declarada judicialmente y condicionada esa decisión a si responde o no al interés superior del niño.

“Este proyecto de ley autoriza a un tribunal a entender que más de 2 personas con un reclamo de paternidad...son padres, si el tribunal determina que reconocer solo a 2 padres sería perjudicial para el niño. El proyecto de ley ordena al tribunal que, al tomar esta determinación,

considere todos los factores relevantes, incluidos, entre otros, el daño de sacar al niño de una ubicación estable con un padre que ha satisfecho sus necesidades físicas y psicológicas, con cuidado y afecto, y que ha asumido ese papel durante un período sustancial de tiempo.

La mayoría de los niños tienen dos padres, pero en algunos casos, los niños tienen más de dos personas que son los padres en todos los sentidos. Separar a un niño de sus padres tiene un impacto psicológico y emocional devastador, y los tribunales deben tener el poder de proteger a los niños de este daño.”⁸ (la traducción nos pertenece)

Así también por su parte Delaware y el Distrito de Columbia ha sancionado leyes que permiten terceros padres de facto con los mismos derechos y responsabilidades que los padres adoptivos, considerándolo un padre legal, ergo un niño o niña pueden tener más de dos padres.

Más cerca de nosotros en el año 2014, en Brasil, un juez basándose en que “*Se trata de una familia moderna e innovadora, pero fundamentalmente -y lo más importante- cubierta de afecto: demasiado afecto nunca es problema, el problema es la falta de afecto, cuidado, amor y cariño... (ellos) esperan una decisión expedita y humana con el fin de adaptar el registro civil del niño a la realidad de su vida: una familia multicompuesta, un nido lleno de amor y afecto*”⁹. hizo lugar a una acción para anotar en el registro una paternidad y una doble maternidad, el embarazo fue coordinado por los tres y solicitaban que en el registro civil figuren los nombres del padre y de las dos madres.

Seguido del caso anterior, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, también fue pionero en el año 2016 al reconocer la pluriparentalidad en el supuesto de filiación por naturaleza. En el caso, un niña fue reconocida por el esposo de la madre, quien la cuida como si fuese su hija biológica

⁸Ley de derecho de familia: paternidad, custodia y manutención de los hijos del Estado de California (2014). Disponible en: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB274

⁹Comarca de Santa Maria, Vara da Direção do Foro, Processo, Nº 027/1.14.0013023-9, 11/09/2014

por más de 20 años. El progenitor de la joven, comprobado que era el padre biológico, reclamo inscribirla como su hija. Así, con grandes argumentos y luego de superar todas las instancias, el Tribunal Supremo reconoció el derecho de ambos hombres a ser progenitores.

“La paternidad socioafectiva, declarada o no en el registro público, no impide el reconocimiento del vínculo de filiación concomitante basado en el origen biológico, con todas sus consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales...Resulta imperioso reconocer, a todos los fines de derecho, los vínculos parentales de origen afectivo y biológico, a fin de proveer la más completa y adecuada tutela a los sujetos involucrados; la omisión legislativa en cuanto al reconocimiento de los más diversos diseños familiares no puede servir de excusa para negar protección a situaciones de parentalidad

En el campo de la familia se entiende que la dignidad humana exige la superación de los obstáculos impuestos por diseños legales al pleno desarrollo de los formatos de familia contruidos por los propios individuos en sus relaciones afectivas interpersonales”¹⁰

II.-Situación en la Argentina

Como anticipamos nuestra normativa vigente limita el tener más de dos vínculos filiales, si bien parece que la crisis del binarismo filial en Argentina empezó hace poco, la cuestión no es tan novedosa, ya hace tiempo la doctrina viene debatiendo su constitucionalidad, es así que en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en Bahía Blanca en el año 2015, la Comisión N° 6 de Familia dedicada a tratar la "Identidad y Filiación" se ocupó de la “pluriparentalidad” concluyendo por mayoría que "En los casos de pluriparentalidad es posible declarar la inconstitucionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com."; en minoría que "Los casos de pluriparentalidad pueden ser resueltos a partir de una lectura sistémica de todo el Código, en

¹⁰ Supremo Tribunal Federal de Brasil, 22/09/2016, «A. N. c. F. G.»

particular de los arts. 1º y 2º del título preliminar"; y por unanimidad: "No se debería incorporar al Código Civil y Comercial de la Nación una regulación específica que incluya los supuestos de pluriparentalidad.¹¹

No obstante recientemente, echando mano de lo resuelto por la comisión en las Jornadas citadas, han aparecido voces jurisprudenciales, que en clave de derechos humanos y con una interpretación constitucional-convencional de las reglas del CCyC han dado vía libre a una pluriparentalidad, en contra de la máxima del binarismo filial y en pos de la protección integral de las familias.

L. F. F. c/ S.C.O. s/ filiación Expte. N° 659/17¹² - año 2020

En el caso que se desarrolló en el juzgado civil en familia y sucesiones de Monteros, Tucuman, el actor solicitó que el demandado sea desplazado como padre de una menor de nueve años, afirmando ser su padre biológico; Al contestar la demanda, el demandado no discutió la paternidad biológica alegada por el actor, solo pidió se rechace la pretensión por haber vencido el plazo para iniciar la acción judicial.¹³

La madre al ser notificada no compareció ya que vive en otra ciudad y no mantiene una comunicación fluida con su hija, siendo la niña asistida por abogados designados por el Colegio de Abogados, con intervención del Agente Fiscal y la Defensoría de la Niñez.

La magistrada Dra. Maria Josefina Rey Galindo, realiza una entrevista con la menor, de la misma cuenta que la niña manifiesta que ella tiene dos papás y vive durante los días de semana con uno de ellos y su familia, y los fines de semana con el otro, así también expresa su deseo de

¹¹ Disponible en: <https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf>

¹² Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/FA20240001>

¹³ Artículo 593º CCyC: Impugnación del reconocimiento: El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados pueden ejercer la acción dentro de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hij

no tener que elegir a uno, que los quiere a los dos, a quienes llama "papa" y "papito", como también que quiere seguir conservando el apellido del demandado.

Dentro de algunos de los puntos destacables de la sentencia. La jueza hace referencia a la historia del caso y sostiene que *"Quizás este tipo de familia no fue siquiera concebida por quienes hacen las leyes, y si se la imaginó pues no le puso nombre. Sin embargo, no tener "un nombre para este tipo de familia" no significa que no exista (...) yo en la investidura del Estado tampoco puedo ignorarlo al momento de resolver. Es más debo "nominarla"...ponerle un nombre a "eso diferente", pues el derecho de las familias es respetuoso de la diversidad, es otro tipo de familia que merece trato igualitario ante la ley, debe reconocer y proteger la multiculturalidad que en este caso se esboza. Algunos estudiosos del derecho le llaman multiparentalidad o pluriparentalidad. Lo que significa que una persona puede tener más de dos progenitores(...)ahora voy a llamarla la familia pluriparental, simplemente en alusión a la diversidad de progenitores..."*

"En estos casos, el Estado está obligado a desarrollar una tarea de interpretación holística...debo tomar la actual legislación familiar e interpretar sus mandatos a la luz de las pautas que indican los textos internacionales(...)el Derecho Constitucional-Convencional de familia es el resultado del cruce entre Derechos Humanos y Derecho de Familia y el escenario obligado sobre el cual se debe realizar cualquier análisis jurídico(...)conforme al anclaje en las fuentes de derecho y la interpretación de la ley según los estándares de los DDHH, artículos 1,2 y 3 del CCyC"

Esto último es el claro reflejo de un gran compromiso respecto a la labor de la jueza como representante del Estado; ya en los fundamentos del CCyC se previó que los casos deben ser resueltos conforme a un sistema de fuentes. Así las autoras sostienen que se alude a la necesidad

de procurar interpretar la ley conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que el país sea parte, nuestro cuerpo civil y comercial vigente, en los artículos 1¹⁴, 2¹⁵ y 3¹⁶ tiene la amplitud necesaria para comprender desde los tratados internacionales hasta la reglamentación administrativa, adquiriendo así un núcleo que sirve de marco de comprensión para la correcta interpretación e integración de lagunas.

Así haciendo consideraciones acerca del interés superior de la niña, las convenciones internacionales y el derecho de la menor a no elegir, la jueza concluye aceptando a las partes como padres, reconociendo a la familia conformada por los dos hombres y la madre *"en una constitución pluriparental devenida de la filiación socioafectiva-biológica-originaria a la luz de lo establecido por el artículo 17 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre¹⁷"*

P.I. c/ D.S. s/ Impugnacion de Filiacion Expte N° 16725-20 - año 2021

El proceso, desarrollado en el Juzgado Civil de Personas y Familia de Orán, Salta, a cargo de la Dra. Ana María Carriquiry, inicia ante la demanda de impugnación de filiación interpuesta por quien resulta ser el padre biológico del niño de dos años de edad, y la reconvención por reconocimiento de pluriparentalidad del padre socioafectivo del menor - cuya progenitora se encuentra fallecida desde su primer año de vida-, ambas parte solicitan de común acuerdo el reconocimiento de la triple filiación, a lo que se hace lugar.

¹⁴ Artículo 1.º CCyC: Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho

¹⁵ Artículo 2º CCyC: Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

¹⁶ Artículo 3º CCyC: El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

¹⁷ Artículo 17. Protección a la Familia.1.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

Dentro de los considerando la magistrada acertadamente inicia con el respaldo convencional respecto a la pluriparentalidad, dice: *“El carácter plural de las familias fue afirmado en el caso Atala Riffo contra Chile, del 24/02/2012, donde la Corte Interamericana dejó en claro que la Convención Americana no tiene un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma”*

Remarcando la columna constitucional- convencional en el cual se apoya nuestro actual cuerpo normativo, como así también la vanguardia legislativa que presenta nuestro país respecto a la ampliación de derecho y sobre todo la protección de los sujetos más vulnerables de nuestra sociedad.

Asi tambien hace mencion que el avance tanto social como legislativo que tuvo lugar en los últimos años ha puesto en crisis el binarismo hombre-mujer, papà-mamá, y sin duda la impulsión de leyes rupturistas como la del matrimonio igualitario, el reconocimiento de identidades más allá de las categorías binarias han impulsado el proceso de deconstrucción y construcción de vínculos filiales, por cuanto trajeron un reinterpretación de los vínculos afectivos

“Este quiebre obliga a repensar los vínculos filiales desde la autonomía de la voluntad en el caso de las TRHA pero aún más allá de ello, desde la socioafectividad en los demás caso, dejando atrás el orden público que prima por en algunos preceptos reguladores de las relaciones de familia como es el caso del artículo 558 del CCyC”.

Por último la magistrada hace alusión a la socioafectividad: *“Es indiscutible el rol de la socioafectividad como valor jurídico....desde hace un tiempo se trabaja la idea de que la coincidencia biogenética entre progenitores e hijos no es condición sine qua non de los vínculos de filiación. En Argentina la socioafectividad hace a la identidad dinámica: es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar una persona de la sociedad; identidad*

personal es lo que hace que una persona sea ella misma, y no otro. Estas características de la personalidad se proyectan hacia el mundo exterior. Esta es la faz dinámica de la identidad. Mientras que, lo biológico hace a lo físico, su ser, a lo genético”

Para hacer lugar al pedido de ambos padres, el socioafectivo y el biológico, que el niño cuente con tres progenitores, declara la inaplicabilidad, al caso concreto, del artículo 558 del CCyC, a diferencia de su par de Monteros, la jueza entendió que la declaración de inconstitucionalidad, es un acto de suma gravedad institucional y debe ser considerada como “ultima ratio” del orden jurídico.

IV.- LA SOCIOAFECTIVIDAD

Parece necesario primero dilucidar qué se entiende por socioafectividad. Podríamos decir que es un término formado por la unión de dos palabras -social y afectivo- haciendo referencia a las relaciones que surgen del afecto entre dos o más individuos; en rigor hablamos de relaciones entre personas que guardan entre sí una vinculación estrecha y semejante a otra específicamente regulada, y cuyos efectos jurídicos se desean.

La recepción de esta noción en el derecho positivo encuentra como antecedente el *artículo 1548 del Código Civil del Brasil*: “(...) Si el juez verificara que el hijo no debe quedar bajo la guarda del padre o de la madre, diferirá la guarda a la persona que demuestre compatibilidad con la naturaleza de la medida, considerados, de preferencia, el grado de parentesco y las relaciones de afinidad y afectividad”.

En tanto en nuestro CCyC, la noción no fue utilizada por el legislador con tal contundencia, aunque sí tímidamente hace referencia a ella, como por ejemplo el artículo 59 en cuanto menciona a los “*allegados*” para el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud; los artículos 555 y 556 por cuanto expresan “*Los que tienen a su cargo el cuidado de personas*

menores de edad, con capacidad restringida o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de éstos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado (...) las disposiciones del art. 555 se aplican a favor de quienes justifiquen un interés afectivo legítimo"; en igual sentido el art. 646 inc. e) por cuanto señala que *"es deber de los progenitores respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con los abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo"*; entre tantas otras.

Con un fin práctico podemos clasificar a las relaciones afectivas en tres: relaciones entre personas adultas que participan de una relación sentimental; relaciones entre personas mayores y niños o personas con discapacidad, y relaciones entre personas menores de edad con lazos similares a los fraternos.

En este trabajo nos interesan de las relaciones basadas en el afecto que se dan entre personas adultas y niños, niñas y adolescentes (NNA); sin antes referir a que los demás supuestos también implican una crisis de la normativa vigente que regula las relaciones familiares, como ser en el primero de los casos las relaciones poliamorosas o el llamado *"derecho a la fraternidad"*¹⁸ en el supuesto de relaciones afectivas entre niños, niñas y adolescentes.

Es así que la intromisión de la socioafectividad en cualquiera de sus formas ha puesto en crisis varios cimientos del derecho positivo, la doctrina en este sentido ha dicho *"la noción de socioafectividad observa un rol esencial a tal punto de desestabilizar el régimen legal establecido (...) la justicia se ha tenido que topar, en tantísimas oportunidades, a la obligación de dilucidar qué hacer ante una situación fáctica en la cual prima un vínculo afectivo consolidado entre un*

¹⁸ Silvina Ballarín - "El Derecho a la Fraternidad de niñas, niños y adolescentes desde la perspectiva de los derechos humanos"- Jornadas Internacionales Niñez y Derechos Humanos - Mayo 2019. Disponible en: <https://cec.mpba.gov.ar/cicloespecial/1201>

niño y sus guardadores quienes pretenden ser reconocidos como guardadores con miras a una adopción”. Y “entiende que la postura que mejor responde al principio rector del interés superior del niño, niña o adolescente, es aquella que defiende, resguarda y respeta el vínculo socioafectivo”¹⁹

A partir de esto resulta interesante preguntarnos si la noción de socioafectividad o más genéricamente “lo afectivo” debería ser incluido como un nuevo principio rector de la materia, previendo de manera coherente y sistémica su aplicación a los conflictos que pueden sustentarse en base a dicho concepto, o si por el contrario quedaría al arbitrio jurisdiccional ponderar en base a su criterio el grado de incidencia de la misma al momento tanto de tomar conocimiento del caso como al momento de decidir.

V.- LA PLURIPARENTALIDAD²⁰

La pluriparentalidad refiere a la posibilidad de que un niño o una niña pueda tener más de dos vínculos filiales, partiendo desde el deseo o la voluntad de tres o más personas de desempeñarse como progenitores. Esta situación puede darse de manera originaria, es decir, previo al nacimiento del niño o niña, los pretendidos progenitores manifiestan y acuerdan ejercer los 3 los roles de cuidado, asistencia y crianza, como también puede ser derivada o sobreviniente, en este caso el proyecto nace como monoparental o biparental y se vuelve múltiple luego del nacimiento del niño o niña.

Es esta la situación que pone en crisis el principio binario previsto en el CCyC, es necesario de igual manera aclarar que esta crisis se llevó a cabo en el ámbito de las tres fuentes de filiación

¹⁹Marisa Herrera en Tratado de Niños Niñas y Adolescentes (dir. Silvia Eugenia Fernandez), Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, Tomo I, p. 982

²⁰Pluriparentalidad fue el término que adoptó aprobado en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca 2015, por la comisión N° 6 Familia: "Identidad y Filiación". Aunque solo se la concibiera para la tercera fuente filial, que es la voluntad procreacional.

previstas, así se ha dado lugar a una pluriparentalidad en la filiación por voluntad procreacional²¹, en la adopción²² y la más discutida, en la filiación por naturaleza que son las que más controversia generan, puesto que se sostiene que los vínculos, en esta fuente, son necesariamente dos, pues están determinados por la generación a partir del acto intersexual.

Entre los fundamentos para tomar la decisión de dar vía libre a la pluriparentalidad, los magistrados han decidido plantear que la norma es contraria a la Constitución Nacional ya que limitar la filiación de un niño o niña a solo dos vínculos paternos es contrario al interés del niño, principio rector de nuestra materia.

En efecto sostenemos que los jueces tienen dos opciones frente a un caso de estas características; en un primer sentido deberían declarar la inconstitucionalidad del artículo 558, ya que ellos tienen a cargo el control de constitucionalidad, así será necesario declararlo con fundamentos convencionales como la protección del derecho a la vida privada y familiar, el interés superior del niño y el principio de autonomía en materia reproductiva, esto como consecuencia de lo dificultoso que es compatibilizar la máxima prevista en el artículo citado con las fuentes de interpretación previstas en el Título Preliminar, como con los Tratados de Derechos Humanos. Una segunda opción es declarar la inaplicabilidad de la norma al caso en particular y dictar una sentencia expansiva, que son aquellas que se caracterizan por resolver un caso aplicando directamente la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos, sin tener que apelar a la declaración de inconstitucionalidad. Entendiendo que el CCyC es simplemente una garantía primaria de los derechos fundamentales y no un lugar donde se define la existencia de los mismos, ya que si se sigue sosteniendo que el Código es la fuente excluyente de los contenidos de los

²¹ Juzgado de Familia núm. 2 Mar del Plata, 24/11/2017, «C. M. F. y otros s/ materia a categorizar»

²² Juzgado de Familia núm. 4 La Plata, 20/02/2017, «B.A.J.M. s/ adopción. Acciones vinculadas

derechos establecidos por la Constitución y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, sin que puedan operar desaplicaciones por parte de la Administración o el Poder Judicial en los casos concretos, entonces nuevamente estaremos ante una situación de máxima tensión entre el paradigma constitucional vigente (el Estado constitucional y convencional de derecho) y un derecho secundario.

Si bien los fallos antes analizados tuvieron buena recepción por parte de la doctrina, también es verdad que hay cuestiones en las que los mismos crearon incertidumbre y hasta una peligrosa inseguridad jurídica.

En este sentido al habilitar una triplefiliación por encima del sistema binario previsto en el ordenamiento civil, necesariamente habilita a ciertos interrogantes y consideraciones respecto a sus efectos tanto mediatos como inmediatos, que al día de hoy no encuentran solución puesto que están en un vacío legal.

En un primer sentido deberíamos plantearnos cómo se llevarán a cabo las decisiones respecto a la salud del niño o niña con una familia pluriparental entre otras cuestiones, ya que el sistema está íntegramente ideado para una realidad binaria y no se sabe si las decisiones tomadas por un solo progenitor debe contar con el asentimiento de los otros dos, o sí para arribar a un acuerdo se necesitaría la mayoría, es decir dos de los tres progenitores.

Otra cuestión que también se puede dilucidar es la alteración del sistema sucesorio vigente, ya que no se posee reglas claras de cómo tanto los ascendientes y él mismo descendiente heredarán, y si este último posee derechos sucesorios de todos sus abuelos o no. Y así como estas un sin fin de cuestiones más, como el ejercicio de la responsabilidad parental, el derecho-deber de alimentos, el nombre, el derecho a pensión, etc.

VI.-CONCLUSIONES

Creemos que resulta innegable la intromisión de la socioafectividad en las relaciones familiares, las voces jurisprudenciales como las opiniones doctrinarias de los últimos tiempos han dejado en claro que estamos ante un proceso de evolución de los vínculos que pueden presentarse en nuestra sociedad, es así cuando lo fáctico, lo social, lo afectivo y sobre todo la realidad tiene una entidad tan significativa que el derecho no puede desconocer.

El carácter evolutivo y dinámico como uno de los pilares del Derecho de las Familias, como así también la búsqueda de pacificación de conflictos en torno a los debates que se acercan a los estrados judiciales, han dado cuenta de la importancia de lo afectivo tanto para la interpretación del derecho positivo como también la resolución de los conflictos que se presentan.

En consecuencia nos aventuramos a decir que la socioafectividad llegó para replantearnos y analizar la efectividad de nuestras normas vigentes, un nuevo punto de partida y el norte hacia donde deberíamos mirar. Nos obliga a (re)pensar entre otras cosas los vínculos filiales. Nos hace ver como el orden público familiar cede en algunos supuestos fácticos, más aún cuando entra a jugar el interés superior del niño o la autonomía de la voluntad, y así con muchos otros temas.

Es importante aclarar que esta nueva noción atraviesa a todas las ramas del derecho, no solo a la encargada de regular las relaciones familiares.

No obstante este nuevo escenario debe analizarse con cautela. Repensar el derecho desde la óptica de lo socioafectivo conlleva múltiples consecuencias. En línea con lo expuesto en el presente trabajo, la pluriparentalidad necesariamente debe ser regulada, previendo un régimen claro, con sus efectos específicos para este tipo de realidades y por sobre todo protegiendo a todos los actores intervinientes. Insistimos que la jurisprudencia en esta materia ha dado un gran paso, pero a su vez ha generado varios interrogantes, lo que nos lleva a una inseguridad jurídica que se

ve más clara cuando se mira más allá de lo resuelto, de las consecuencias al pasar los años o cuando las situaciones fácticas que impulsaron la resolución muten.

En este sentido la labor tanto de la doctrina como de los encargados de hacer la leyes recién comienza, se necesitan cambios profundos y parejos, coherentes en todo el ordenamiento, porque solo de esa manera se podrá proteger a estas nuevas realidades, con otros valores a respetar y donde se destaca la autonomía de la voluntad y el interés del niño y así seguir manteniendo un derecho acorde a nuestra realidad en clave de constitucional-convencional, plural, igualitario, respetuoso de la voluntad y sobre todo más humano.

VII.- BIBLIOGRAFIA

HERRERA, Marisa (2015).Manual de Derecho de las Familias. Editorial Abeledo Perrot

SOLARI, Néstor (2015). Derecho de las familias. Editorial La Ley

AZPIRI, Jorge (2015). Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de Familia. Editorial Hammurabi

KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA, LLOVERAS (2016) Tratado de Derecho de Familia. Editorial Rubinza Culzoni