

LA FILIACIÓN PLURIPARENTAL (Un nuevo modelo o la caída de todos los moldes?)

Alejandro Morera¹

“Bien sé, hijo, que otras muchas cosas os podría y debería decir. De las que podría, no hacen por ahora al caso... las que debería están tan oscuras y dudosas que no sé cómo decirlas ni que os debo aconsejar sobre ellas, porque están llenas de confusiones y contradicciones, o por los negocios o por la conciencia” (Rey Carlos I de España y V del Sacro Imperio Romano Germánico)

Suponer que el CCC se ha limitado a sustituir el modelo tradicional Velezano de familia por uno nuevo implicaría perder la oportunidad de aprovechar el verdadero y profundo cambio que este ordenamiento ha introducido.

La idea tradicional de familia, constituido por una mamá y un papá, sostenida durante tantísimo tiempo por el mundo del derecho, aún ante la resistencia del mundo de los hechos, se desmoronó.

Pero cuando se pierde la certeza que nos brindan los modelos estancos, es un error frecuente - quizás por el temor a la incertidumbre o a lo desconocido - intentar sustituir ese modelo por uno nuevo. Un modelo quizás más adecuado a lo que uno entiende por realidad, un modelo modernizado. Y de este modo, surge la posibilidad de entender que la vieja

¹ Defensor Oficial, titular de la Defensoría de Familia y Derechos Civiles y Sociales N°1 de El Bolsón, IIIra. Circunscripción Judicial de Río Negro.

idea de familia tradicional solo fue sustituida por la posibilidad de reconocer nuevos tipos de familias, compuestas por dos papás, o uno solo, o dos mamás o una sola.

Pero lo cierto es que el CCC no solo ha hecho eso sino que, al reconocer que el nexo emocional es tanto o más importante que el biológico, ha roto todos los modelos. De este modo, entendiendo que cada familia es única e irrepetible, cobran sentido figuras legales antaño impensables a partir de las prístinas situaciones analizadas en a partir de los TRHA o adopciones.

Con la donación anónima de gametos pierde sentido la piedra de toque de todo el andamiaje tradicional y surge entre bambalinas, el novel concepto de “vountad procreacional” .

Esta voluntad de generar descendencia - que puede o no estar presente en la reproducción biológica - se erige como elemento esencial al momento de reconocer derechos y obligaciones filiatorias cuando nos encontramos frente a un tratamiento de reproducción humana asistida. Aún avanzando un poco más, esta voluntad procreacional iniciática de la vida, puede manifestarse con posterioridad - y me atrevo a decir, incluso con más valor - en los casos en que una persona sostiene esa voluntad en el tiempo, materializándola en un cuidado persistente, en la creación de lazos emocionales perdurables, como son las relaciones filiatorias surgidas a partir de la adopción.

Sin embargo, como ocurre en todos los aspectos de la vida en la que se deben compatibilizar diferentes opiniones, esta revolución planteada en el mundo del derecho ha tenido adeptos más cautelosos que otros.

Así, pueden advertirse en el mismo cuerpo del Código Civil y Comercial, ciertos reparos o frenos a tanta amplitud conceptual. Entre estas evidencias, y en lo que aquí respecta, podemos mencionar al art.

558, en cuanto dispone que *“ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”*.

Esta limitación, claramente contradictoria con la idea que impone la interpretación integral de todo su plexo - derivación lógica de los arts. 1, 2 y 3 del CCC² -, luce como una débil salvaguarda de conciencia para quienes no se atrevieron a romper todos los moldes y solo pretendieron cambiar unos por otros. Para quienes temen a la idea de libertad en su más amplio concepto, reconociendo que cada familia es única y puede decidir cómo constituir su conformación, sin límites. Sin embargo, como veremos, de ningún modo podría significar un valladar infranqueable a la luz del principio constitucionalista de nuestro ordenamiento.

Debemos tener siempre presente que el reconocimiento filiatorio, cuando es voluntario y es el reflejo ya sea del nexo biológico, de la voluntad procreacional y/o de los lazos de afecto y posesión de estado, otorga derechos a los NNA y nunca les quita. Esta falta de perjuicio posible resulta esencial al momento de analizar una limitación legal como la que estamos analizando. Así como no puede concebirse la nulidad si no hay perjuicio, del mismo modo, ante la falta de éste último elemento, si el acto que tiene como finalidad la adquisición de derechos del NNA es voluntario y no es contrario a “la moral y a las buenas costumbres”, no podría ser prohibido (conf. Art. 19 CN)

De este modo, si un NNA es concebido como consecuencia de una relación extramatrimonial, pero sin saberlo es reconocido y criado por el

2 Artículo 1º. 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.

Artículo 2º. 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.

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

esposo, con quien crea lazos afectivos, comportándose ambos como padre e hijo/a. Si eventualmente - como derivación necesaria del derecho al conocimiento de la identidad biológica o en el ejercicio de su derecho alimentario - el NNA reclama el reconocimiento de su filiación biológica, debería desplazar al padre afectivo?, a la persona que sin compartir información genética, se comportó como un padre y fue reconocido como tal, creando un vínculo de amor y afecto inquebrantable?

Del mismo modo, en los casos de adopciones en los que los progenitores no pueden asumir la responsabilidad en el ejercicio de su rol y los NNA, con edad suficiente para comprender y sin voluntad de extinguir los lazos con éstos, son adoptados por otras familias. Deben ser necesariamente desplazados los padres biológicos, en todos los casos, y extinguirse sus obligaciones respecto de esos NNA?

Esto de ningún modo parece coherente con los principios Constitucionales y Convencionales reconocidos por nuestro país. Y es en escenarios como éste en los que se comienza a pensar en los modelos pluriparentales.

Normas como las expresamente establecidas por los arts 1, 2, 3, 51, 529, 584 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCC), art. 16, 33, 75 inc. 22) y 23) CN, art. 14 y 15 Constitución de Río Negro, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la Ley 26061, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), entre muchas otras, nos permiten concluir en que más allá de estas limitaciones son solo aparentes, frente a una interpretación integral de todo el plexo normativo.

Del mismo modo lo ha entendido la más actual doctrina y jurisprudencia en la materia.

“La identidad de una persona constituye un proceso que

comienza antes del inicio de su vida y se prolonga más allá de su muerte. No se agota en el dato biológico de su existencia física, sino que abarca todos los aspectos que la integran como ser humano. Esto incluye tanto su inscripción en el seno de una familia y la asignación de un nombre propio, como su inserción dentro de una comunidad, con su lengua, su cultura, su territorio y su historia colectiva, a partir de cuyos relatos es posible construir la propia historia y proyectarse socialmente en el tiempo como un ser único e irrepetible”³.

Un elemento fundamental en la construcción objetiva y subjetiva de la identidad es el reconocimiento de los otros, dentro de las leyes que rigen a todos y a las cuales está sometido cada uno.

En este sentido, y aunque como plantearemos la identidad no se erige exclusivamente en este sentido, el derecho a conocer la identidad biológica que surge de nuestra Constitución Nacional (art. 33) y de los tratados internacionales de igual jerarquía (conf. Art. 75 inc. 22 CN) CADH , DUDH, CDN y PIDCP, así como del art. 11 de la Ley 26061, se establece como un derecho imprescriptible (art. 576 CCC).

Define la Corte Interamericana: *“Las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la El derecho a la identidad biológica identidad. (...) El Tribunal ha reconocido el derecho a la identidad, que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las*

³ “Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes – Seguimiento de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño – Derecho a la Identidad: Dimensiones, experiencias y políticas públicas”
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26889.pdf>

circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez. Las circunstancias del presente caso implicaron que M creciera desde su nacimiento con la familia B-Z. Este hecho generó que el desarrollo personal, familiar y social de M se llevara a cabo en el seno de una familia distinta a su familia biológica. Asimismo, el hecho que en todos estos años M no haya tenido contacto o vínculos con su familia de origen no le ha permitido crear las relaciones familiares que jurídicamente corresponden. Por ende, la imposibilidad de M de crecer con su familia biológica y la ausencia de medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija afectó el derecho a la identidad de la niña M, además de su derecho a la protección familiar”⁴

Es en virtud de este derecho Humano imprescriptible que en ciertos caso entran en crisis las ideas y modelos predeterminados de familia. Casos en los que se pretende el reconocimiento de la identidad biológica, como elemento esencial en el proceso de su construcción, pero en los que, por idénticos motivos se pretende la subsistencia de los vínculos filiales ya consolidados y cuyo cercenamiento, resultaría en un perjuicio injustificable sobre el principio general y prioritario de respetar el interés superior de los NNA.

Inaplicabilidad del artículo 558 del CCC. A pesar de lo expuesto hasta este punto, resulta insoslayable considerar el art. 558 del CCC en cuanto dispone que *“Ninguna persona puede tener más de dos*

4 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO FORNERON E HIJA VS. ARGENTINA. SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 2012. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación” que, como veremos, resulta una limitación contraria a los derechos constitucionales y convencionales a los que ha adherido nuestro país.

En un reciente fallo, dictado por el Juzgado de Niñez, Adolescencia, violencia familiar y de género de la Provincia de Córdoba, se entendió que resulta violatoria a *“los principios de igualdad, no discriminación e identidad, consagrados en los tratados internacionales con rango constitucional, cobrando singular importancia la satisfacción del interés superior del niño, que es el norte que guía cuando en una causa se encuentra involucrado un niño”*⁵.

En forma coincidente, mediante una sentencia de febrero de 2020, se llegó a la conclusión de que Resulta un imperativo asumido por nuestro país frente a la comunidad internacional que el Estado debe reconocer a la familia conformada por un NNA y sus dos padres, *“en una constitución pluriparental devenida de la filiación socioafectiva-biológica-originaria, y a la luz de lo establecido por el art. 17 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre. El Estado no puede limitar la opción de una niña de asumir y disfrutar de dos padres —el legal y el biológico, con quienes convive—, porque esa elección constituye su biografía personal, su libertad individual —en sentido amplio— y su propia dignidad. El art. 558 del Cód. Civ y Com., en cuanto reconoce solo el modelo binario en la filiación, constituye —en este caso— una franca transgresión a los estándares internacionales en vigencia y, específicamente, al deber del Estado en el reconocimiento, protección y garantías de los derechos del niño (CDN)”*⁶.

Ahora bien, sin perjuicio de planteo de inconstitucionalidad

5 “F., F. C. – V. A. F. - F. C. A. s/ Adopción” - 18/02/2020 - JUZGADO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA, VIOLENCIA FAMILIAR Y DE GÉNERO DE 3º NOM, DE CÓRDOBA – Cita: TR LALEY AR/JUR/180/2020

6 “L. F. F. c. S. C. O. s/ filiación” - 07/02/2020 - JUZGADO CIVIL EN FAMILIA Y SUCESIONES ÚNICA NOMINACIÓN, MONTEROS – Cita: TR LALEY AR/JUR/132/2020.

que podría plantearse contra esta norma, frente a la gravedad institucional que reviste un cuestionamiento como ese - que requiere ser evaluado como último recurso y con carácter restrictivo -, es posible que sea evitado mediante la declaración de su inaplicabilidad.

De este modo podría resolverse la situación planteada, bajo la luz del concepto de sentencias expansivas, "que proyectan con precisión la normatividad constituvencional, caracterizándose por resolver un caso aplicando directamente la Constitución y los tratados de derechos humanos, sin tener que apelar a la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad"⁷. Así se ha establecido en reciente doctrina⁸ y jurisprudencia⁹.

Esta interpretación resulta manifiestamente procedente, siendo concordante con los lineamientos del proyecto de Ley de Filiación - Voluntad Procreacional¹⁰ que, aunque se encuentra actualmente en estudio, resulta concomitante con el criterio jurisprudencial citado, aportando un elemento más al momento de decidir interpretar las normas en uno u otro sentido.

Respecto a la forma en que deben interpretarse las normas, resulta fundamental considerar los términos en que fueron redactados los arts. 1 y 2 del CCC, erigiendo a ese plexo normativo en garante primario de los derechos fundamentales y derechos humanos, con la perspectiva constitucional y supraconstitucional que debe prevalecer sobre cualquier otro.

7 <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/097/927/000097927.pdf>

8 Arazi, Roland (2020) Triple filiación. Inconstitucionalidad del artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación - Artículo publicado en <https://fundesi.com.ar/triple-filiacion-inconstitucionalidad-del-articulo-558-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>) en oportunidad de comentar el primer fallo en este sentido ("L.F.F.c S.C.O. s/ Filiación" del 7/2/2020). En igual sentido lo entiende Herrera, Marisa y Gil Domínguez, Andrés (2020) "Derecho constituvencional de familia y triple filiación" Publicado en: LA LEY 19/06/2020, 19/06/2020, 6 Cita Online: AR/DOC/650/2020

9 Juzgado de 1ra. Instancia en lo Civil de Personas y Familia 2da nominación de Orán, en autos "P., I. c. D., S. s/ Impugnación de filiación" con fecha 10/8/2021 - Cita: TR LALEY AR/JUR/118826/2021

10 proyecto de Ley de Filiación - Voluntad Procreacional (Nro. 1669-D-2019 - <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=1669-D-2019&tipo=LEY>)

Resultaría por lo tanto innecesario dictar la inconstitucionalidad de la norma si ésta puede ser interpretada directamente bajo la perspectiva de los derechos humanos.

En este sentido afirmó el Dr. Lorenzetti que *"en la colisión de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, debe buscarse la solución que haga que todos ellos conserven su entidad; las normas constitucionales deben interpretarse armonizadamente, respetando los principios fundamentales que la informan"*¹¹.

De este modo, la inaplicabilidad de los artículos 558, 578 y cctes en ciertos casos concretos, permitiendo el reconocimiento de relaciones filiatorias pluriparentales, resulta una consecuencia lógica, derivada de la interpretación integral y coherente de los tratados de Derechos Humanos y nuestra Carta Magna, tal como fue decidido en la jurisprudencia citada¹².

En su artículo *"Pluriparentalidad. Adopción. Un sueño posible"*, el Dr. Isidro Morganti Hernández analiza el fallo del Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de la 3° Nominación de Córdoba en los autos F., F. C. - V. A. F. - F. C. A. s/ Adopción (18/02/2020), advirtiendo entre otras cosas, la necesidad de respetar el principio de integración familiar. Contrariamente, la alternativa binaria propuesta por el art. 558 CCC implica que admitir el vínculo del NNA con su padre biológico, necesariamente desplazará el vínculo con la persona con la que se forjó el vínculo paterno-filial, aún contra la voluntad de todos los involucrados, violentando este principio.

Esta situación se ve aún más agravada en los casos en que los NNA aún no puedan expresar su opinión, constituyéndose esa limitación circunstancias en un valladar infranqueable para conocer cuál es su

11 Lorenzetti, Ricardo Luis (1.998) El juez y las sentencias difíciles. Colisión de derechos, principios y valores Cita: TR LA LEY AR/DOC/7339/2001

12 Op Cit TR LA LEY AR/JUR/118826/2021.

voluntad, vulnerando su derecho a ser oída/o sobre este aspecto fundamental de su vida y su futuro. Disponer en estas circunstancias la extinción de la relación filial actual, en pos de un derecho igualmente irrenunciable, podría resultar una medida contraria a la voluntad de quienes se encuentren en condiciones de manifestar su opinión, sin que ello redunde en beneficio alguno para la NNA, mas bien lo contrario, si no se le ha garantizado su derecho a manifestarse por sus limitaciones puramente circunstanciales de expresarse sobre este particular.

Es que no existiendo conflicto de intereses ni perjuicio, el cumplimiento irreflexivo de una norma que ha devenido evidentemente obsoleta en atención a la dinámica social, resultaría por lo demás violatorio de los principios Constitucionales y supraconstitucionales y, particularmente contrario al Interés Superior de esta de los NNA¹³.

Como afirma la autora brasilera María Berenice Dias, *"la pluriparentalidad como el vínculo jurídico de una persona con más de dos progenitores que tienen a cargo funciones parentales... garantiza derechos con respecto a todos sus progenitores, quienes deben asumir los deberes derivados del vínculo pluriparental"*¹⁴.

De este modo la/el NNA, lejos de verse perjudicada/o, con el reconocimiento de un nuevo vínculo (y nuevos derechos), se vería beneficiada con la asunción de responsabilidades concurrentes. En este sentido también se ha expresado la jurisprudencia al momento de declarar *"la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del párr. 3º de los arts. 558 y 634 inc. d) del Cód. Civ. y Com."*¹⁵.

13 <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2021/06/2020-comentario-fallo-triple-filiacion-con-Andres-Gil-Dominguez.pdf>

14 DIAS, María Berenice, "Familia pluriparental, uma nova realidade", p. 2, disponible en http://www.mariaberenice.com.br/uploads/15_-_fam%EDlia_pluriparental,_uma_nova_realidade.pdf. También alude al concepto de familia pluriparental relacionado con la constituida por la convivencia entre hermanos u otros parientes colaterales

15 "L., F. F. C. c. C. O. s/ filiación" (Juzgado de Fam. y Suc. Tucumán, 07/02/2020, AR/JUR/132/2020) y "F., F. C.; V. A. F.; F. C. A. s/ adopción" (Córdoba, 18/02/2020, <https://www.justiciacordoba.gob.ar/JusticiaCordoba/Inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=22011>)

No podríamos culminar este necesariamente incompleto trabajo sin citar las clarificadoras palabras expuestas en autos “G., J. M. c. G., O. D. y otro s/ Filiación” en cuanto concluyen en que *“Es la propia dignidad de la persona humana la que nos conduce, indefectiblemente, a reconocer y brindar amparo y tutela legal a todos los modelos de familia basados en el amor, en vivencias compartidas y en el pleno respeto entre sus integrantes, equiparando a esos nuevos esquemas de familia con aquellos nacidos al abrigo de las formas convencionales de estructuras familiares. Solo así podremos ver plasmada en clave de tutela judicial efectiva esa dignidad amparada convencional y constitucionalmente en nuestro sistema.*

Ante ello, la solicitud de inconstitucionalidad de la norma contenida en el Art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en el caso que nos ocupa, nos lleva a remarcar la trascendencia que tiene el mentado control de constitucionalidad de las leyes, como máxima expresión de la supremacía del orden constitucional, a la cual debo agregar la del control de convencionalidad a la que todos los Jueces de los Estados parte de todos los tratados de Derechos Humanos que integran el Sistema de Protección Americano estamos llamados, a partir de lo dispuesto en el Considerando 128 del Caso Almonacid Arellano c. República de Chile, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sentó la obligatoriedad de todos los Jueces de controlar la adecuación de las normas de derecho interno a los principios y garantías contenidas en los textos de los tratados y convenciones, por considerarnos “guardianes de la Convención Americana de Derechos Humanos” .

En este caso, las particularidades de la situación expuestas en el planteo que dio inicio al trámite, y las consideraciones y fundamentos puestos a consideración de la judicatura, justificaron a criterio de ésta la necesidad de que sea declarada de oficio la

inconstitucionalidad y la inconvencionalidad para el caso, del artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, [-] *“por resultar violatorio a los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al artículo 17 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; a los artículos 3 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a los artículos 16 y 24 del Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos, al artículo 10.3 del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y a los artículos 31, 33 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, a fin de establecer que J. M. G. ostenta, además del vínculo filial de origen biológico con su padre L. A. T., el vínculo paterno filial de origen socioafectivo con O. D. G.*

Como consecuencia de este razonamiento, la jueza admitió el novedoso planteo, ordenando el emplazamiento filiatorio de la NNA en el estado de hijo/a de sus dos progenitores biológicos y de su padre socioafectivo.

Para resolver del modo en que lo hizo, también se consideró que *“en la averiguación de la verdad biológica no están únicamente en juego los intereses privados, sino que lo está el interés público, como lo es el estado de las personas, y que no pueden ni deben soslayarse los vínculos creados a partir de la socioafectividad como formadores de lazos de familia indisolubles que, como tales, merecen pleno reconocimiento legal”*¹⁶.

Sin lugar a dudas, habrá mucho que decir sobre estas nuevas formas de familia y el principal reto que se nos propone a todos quienes formamos parte del Poder Judicial, es el de asumir la gran responsabilidad que nos impone el Código Civil y Comercial de evitar la tentación de

16 "G., J. M. c. G., O. D. y otro s/ Filiación" JUZGADO EN LO CIVIL EN FAMILIA Y SUCESIONES DE 5A NOMINACIÓN DE TUCUMÁN - 04/06/2021 - TR LALEY AR/JUR/68820/2021

cambiar un modelo por otro, sino el de mantener la flexibilidad que los cambios sociales y culturales nos requieren para que sea el Derecho el que se adapte a las personas y no pretender forzar a la realidad a que se amolde a una idea que, necesariamente, devendrá obsoleta o no resultará universalmente válida.