UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Berazategui

Carrera de Abogacía

NUEVAS FORMAS DE FAMILIA: Aportes jurídicos del derecho civil.
La crisis del concepto jurídico de familia en la República Argentina

Estudiante: Ignacio Nicolás Defrance Málaga

Tutor: Adriana del Carmen Guglielmino

Título al que aspira: Abogado

AGRADECIMIENTOS

A mis amigos que ya forman parte de mi familia.

A mi hermana que es una gran persona y un ser de luz.

Y a alguien especial para mí, a una persona maravillosa a quien admiro muchísimo, a una luchadora, a un ejemplo de ser, a quien sacrificó todo en su vida para que yo pudiera disfrutar de la mía, a la principal artífice por la que estoy escribiendo esto el día de hoy.

A mi mamá, te amo y te agradezco por todo.

Gracias mamá.

RESUMEN

El excluyente modelo jurídico de familia en la República Argentina prescribe modos tradicionales (todos ellos binarios) de familia en el territorio y de esa manera vulnera los derechos de los grupos minoritarios de personas que desean otorgar legitimidad a sus relaciones quienes solo consiguen un desamparo jurídico por parte del sistema, un desconocimiento por parte de las normas siendo relegadas al margen de la vida en sociedad constituyéndose así en verdaderos "marginales" de la norma.

Palabras clave

Familia contemporánea, familia tradicional, monogamia, poligamia, poliamor, poliafecto, relación poliafectiva, relaciones poliafectivas, proyectos poliafectivos unión simultánea, fidelidad, binarismo, queer, construcción de normas específicas.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

A esta altura del partido ya la gran mayoría de estudiantes, profesores, juristas y operadores del derecho conoce la célebre frase "el derecho es dinámico" la cual constituye principal característica del derecho y mediante la cual se presume que el sistema de normas y principios que significa el Derecho se instrumenta como la principal herramienta para regular la conducta social y es entendido de esa manera solo en razón de dos factores, la historia y realidad social. Aspecto que de hecho dota de resguardo jurídico a la identidad cultural de los pueblos, como así también de las minorías. Hoy en día dicha máxima no se respeta, los sujetos no alineados bajo la norma descripta son apartados, desconocidos y vulnerados por ella, en lugar de protegidos.

Actualmente en la República Argentina el plexo normativo que regula las formas de familia es el Código Civil y Comercial de la Nación y específicamente el Titulo Segundo, es a raíz de las prescripciones binarias que surgen a raíz de esa fuente del derecho que se dan a lo largo y ancho del país diversas situaciones en donde los derechos de las personas son vulnerados.

Numerosos son los casos en donde los jueces, en lugar de basarse en una interpretación axiológica respecto de los principios y valores jurídicos vigentes, es decir valerse del método axiológico, optan por subsumirse ante la norma sin prever los casos facticos. Ellos desconocen la realidad en base a la norma, en lugar de desconocer la norma en base a la realidad. La excluyente ponderación de la *última ratio* que significa la declaración de inconstitucionalidad de una norma, parecería ser una traba al progreso social en materia de ampliación de derechos.

La prescripción binaria del artículo 402, 509 y 558 del Código Civil y Comercial constituye, para la mayoría, la principal herramienta de la que se valen los jueces para garantizar el valor jurídico supremo de la dignidad y en aras de alcanzar su pleno desarrollo, pero no obstante para la minoría no solo constituye una desprotección, sino que una verdadera vulneración, discriminación y marginación.

Una nueva ola de asociaciones civiles y grupos activistas a favor del poliamor, las relaciones socioafectivas no binarias y demás nuevas formas de familia no tradicionales y poco convencionales fueron surgiendo a lo largo de los últimos años, un caso concreto de ello es la ONG "relaciones abiertas" creada por Cecilia Figlioli, Silvana Gonzalez G. y Juan Pablo Dorto, es una organización encargada para brindar

asesoramiento multidisciplinario en materia de relaciones amorosas poliafectivas, dentro de una de esas disciplinas se encuentra el derecho, ellos realizan jornadas de asesoramiento jurídico, encuentros para hablar de las historias de vida de quienes deciden ejercer su modo de vida de esa manera tan particular.

En palabras de ellos mismos *"Quienes conformamos Relaciones Abiertas consideramos que este tipo de vínculos afectivos y responsables son un estilo de vida posible y adecuado para muchas personas. La diversidad de relaciones es amplia y amar a una sola persona no es la única forma de amar."*[1]

[1] Extraído de https://relacionesabiertas.org/quienes-somos

NTRODUCCIÓN

El objetivo principal del siguiente trabajo es analizar de manera crítica y cuestionar desde el punto de vista jurídico el excluyente modelo de ponderación de los modos tradicionales (todos ellos binarios) de familia y de cómo ésta ponderación afecta los derechos de las personas (en general) y de aquellos que prefieren las formas no binarias de relacionarse (en particular) al verse invisibilizados e inclusive verse en la disyuntiva de elegir entre ir contra el sistema y poder autorealizarse o someterse al yugo de un sistema que (contrario a lo que se supone) en lugar de darles amparo solo los discrimina y segrega dejándolos al margen de la ley. Este análisis se realizará haciendo un énfasis especial en la "constitucionalización" del derecho privado y de la actual preponderancia del bloque constitucional-convencional en las relaciones de familia. Analizando algunos aspectos específicos de las normas del derecho argentino y de su característica anacrónica respecto del dinamismo social inherente a esas nuevas formas de familia que comenzaron a surgir y a ser reconocidas en las sociedades posmodernas.

En un primer apartado realizaremos un breve repaso histórico sobre las formas de familia a lo largo de las diferentes etapas de la historia universal, recabando información respecto de algunos puntos en cuestión; la pluralidad de formas familiares en diferentes tiempos y lugares, si existieron casos en el mundo donde se haya visibilizado las formas "no tradicionales" de relacionarse, si existieron, en mayor o menor medida, respuestas a esas mismas formas no tradicionales ni binarias, en que constaron y si fueron efectivas respecto de aquellos quienes se supone deberían visibilizar y hacer valer sus derechos.

Después de una breve introducción histórica sobre las diversas formas de vivir la sexualidad y las relaciones amorosas, en el artículo se plantearán conceptos que refieran a las nuevas formas de familia; la teoría *Queer* como una crítica al sistema heteronormativo binario, el concepto del Poliamor, sus diferentes definiciones, algunos otros conceptos análogos como la anarquía relacional, se diferenciará al concepto de Poliamor del de amor libre y se tratará de asimilar las nuevas formas de relacionarse, algunas de las cuales ni si quiera tienen un nombre para describirlas o que sus nombres son un concepto "actual" en la sociedad (particularmente la Argentina). Entre las denominaciones utilizadas relacionadas con el tema estaría el amor en libertad, el *poliamory* (querer a varias personas –lo principal son los afectos, los sentimientos) y las relaciones pluriafectivas. Se pasa a

continuación a describir las diferentes dificultades para el desarrollo del Poliamor y para vivir el amor en libertad según diferentes autores, como son la gestión de los tiempos y las dificultades legales, la seguridad, la confianza, el consentimiento y las dificultades en las relaciones abiertas. Parándose finalmente con más detalle en el análisis de los celos y en el mito del amor romántico, en el que se quiere satisfacer con una sola persona, en la misma pareja, hasta seis planos diferentes de relación.

En un segundo apartado se vislumbrarán aquellas generalidades inherentes a la problemática del paradigma dominante en el mundo occidental y específicamente en el derecho Argentino, se hará un breve repaso analizando las ideas de los referentes más importantes del derecho civil (en general) y del derecho de familia (en particular) respecto del concepto de familia, Poliamor. Si de la lectura surge alguna idea respecto de las nuevas formas de familia o si no lo tienen en cuenta, de ahí emanará el punto de partida sobre el cuál argumentar si el paradigma dominante ignora completamente los conceptos anteriormente mencionados, si existe cierto consenso al respecto, si contrario a lo que se cree hay autores que lo mencionan, que dicen al respecto y si a la luz de éstos últimos autores surge alguna solución a la problemática de invisibilización, problemáticas que constituyen anomalías respecto del paradigma dominante y que constituirán (tarde o temprano) un nuevo paradigma en el Derecho.

El tercer punto propiamente se trabajará sobre el estudio de la temática central, cuales son las problemáticas de las personas que desean relacionarse de maneras no “tradicionales” (no binarias), desarrollando la crítica a la metafísica de Nietzche cómo principal fundamento filosófico de la teoría que pone en duda el sistema heteronormativo binario del cual surge la teoría planteada en “El género en disputa” de Judith Butlerd, una crítica respecto del sistema jurídico Argentino Actual que regula las relaciones de familia (el Código Civil y Comercial de la Nación) y prescribe de manera contundente el binarismo para sus tres formas de relación: matrimonio, unión convivencial y filiación respectivamente. Además de un breve análisis sobre lo que a mi entender es una crisis del derecho positivo en materia de familia, pasando por un desarrollo leve sobre el sistema normativo positivo en base a autores realistas de la escuela Norteamericana para finalizar con un análisis respecto de la función de la norma escrita como instrumento, a que responde esa norma instrumental, cuáles son sus fundamentos y dejar entrever si se cumplen o no en el caso en análisis,

En el cuarto punto detallaremos aspectos de la jurisprudencia local como así también de jurisprudencia de países de la región, con los cuales compartimos un

mismo sistema (de tradición continental romano) y que si bien existen diferencias en mayor o menor medida, éstas no son insoslayables sino que son pasibles de ser utilizadas de manera análoga para buscar solución a la problemática en análisis. Teniendo en cuenta estas características similares entre los sistemas se buscará recolectar la mayor cantidad de soluciones y sobre ellas escoger a las que mejor se adapten al sistema jurídico local.

El quinto apartado constará de un breve compendio de normas del derecho comparado, sustentándonos en el análisis de la jurisprudencia que hubiéramos realizado en el apartado anterior y que será de utilidad para colocar a nuestro sistema en un punto de comparación óptimo para vislumbrar a la luz de los hechos dos cuestiones, primero si es nuestro sistema es más laxo al momento de modificar el núcleo duro del mismo (sistema fundamentalmente binario), segundo si existen salidas a las problemáticas, tercero si esas salidas surtieron efecto optimo en las comunidades afectadas y por último si las posibles soluciones a la problemática en cuestión pueden llevarse a cabo en Argentina.

CÁPITULO I.

HISTORIA

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Grecia. 3.- Antigua Roma. 4.- Edad Media. 5.- España y Las Siete Partidas de Alfonso X. 6.- Posmodernidad.

1.- Introducción

"Yo también te amo y ese tipo de amor no irá a ningún lado, es algo más que descubres, que puedo abandonar este plano de existencia tarde o temprano pero el amor no se ira nunca, estoy absolutamente segura de eso."[2]

Las personas pueden ser prejuiciosas, la mayoría del tiempo, a veces incluso sin saberlo, otras veces adrede. Le temen a lo desconocido, puesto que todo lo que durante un periodo prolongado de sus vidas estaba bien ya no lo está, eso no las convierte en buenas ni malas, son ellas (las personas) quienes temen tener conductas caracterizadas como "malas" o "groseras" (tal vez por algún *desiderátum* personal siempre se autoperciben como ciudadanos ejemplares o buenas personas) puesto que según los nuevos estándares esas conductas son socialmente reprochables.

¿Qué es un preconcepto? Es una idea formada sobre algo o alguien determinado de manera anticipada y sin razón ni fundamento, una reflexión hecha en base a un prejuicio. Las sociedades, crean preconceptos respecto de aquellos que son "diferentes", los excluye como forma de intentar perpetuar el *statu quo* respecto de su propia "normalidad".

"Em maior ou menor grau todas as pessoas têm algum tipo de preconceito. Alguém "diferente" pode ser alguém de outra cor, de outra raça, de outra religião, com muito peso, muito bonito, ou pouco bonito, muito alto, muito baixo..., enfim (...) Nós sempre achamos que o "outro" é diferente tomando a nós mesmo como base. "[3]

Específicamente hablando de lo que nos trae hoy aquí, actualmente existen variados preconceptos respecto de las formas de familia en la República Argentina, cada época tuvo su lucha particular dentro de la ampliación de derechos, en su

[2] Ward, P. & Trussell, D. (Productores). (2020). *The Midnight Gospel* [Serie] https://www.netflix.com/ar/title/80987903

[3] "Dobrianskyj Weber, L.N. (1999). *Aspectos psicológicos da Adoção*. Curitiba, Brasil. Editorial Juruá.

momento fue el divorcio vincular, luego la ley de matrimonio igualitario, el progreso fue vertiginoso y exponencial en los últimos años, pero a pesar de eso, aún existen problemáticas sin resolver y en la medida en que la sociedad continua avanzando, más conflictos van surgiendo. El planteo de María Luisa Peralta[4] al respecto va de la mano con esa idea *"la ampliación de dechos existentes de la comunidad LGBTQ+ (la integración de la comunidad a la institución del matrimonio) que incluso cuando esta tiene profundas implicancias para la comunidad, no deja de ser meramente un retoque de la apariencia que no altera las bases ideológicas de la construcción legal de familia tipo"*[5]. Con lo cual; deja manifiesta la idea de que la salida no es una mera ley o una simple "integración" al sistema actual, sino que generar un verdadero cambio de paradigma.

Los preconceptos en sí mismos representan un clima de época. Existen y van a seguir existiendo, no solo en cuanto a los tipos de familia, lo mismo sucede respecto de cómo se relacionan las personas en otros ámbitos, las modas, los usos y costumbres, lo "cuestionable", lo "criticable" y lo "razonable". En fin, existen tantos preconceptos como características tenga una persona y es ahí en donde surge la pregunta ¿En que están fundados esos preconceptos? La respuesta es de lo más extensa y responde a cuantas variables existan dentro de una comunidad en un momento y lugar determinados. Este trabajo si bien no busca responder a esa pregunta en específica, este primer apartado si tratará de; por lo menos, esbozar una respuesta general

[4] Bióloga y Activista Argentina. Comenzó su activismo en 1996 en "Lesbianas a la Vista y luego integró diversas organizaciones: Lesbianas en Lucha, Acción Política GLTTB, Lesmadres, Lesbianas y Feministas por la Descriminalización del Aborto, el Frente Nacional por la Ley de Identidad de Género, el grupo organizador de los Diálogos críticos del activismo lésbico y los grupos organizadores de la primera y segunda Celebración de las Amantes – Jornadas de orgullo y disidencia lesbiana. Es una de las fundadoras de Potencia Tortillera, archivo digitalizado del activismo lésbico en Argentina. Actualmente integra Antinatural-Lesbianas por la justicia reproductiva y la Colectiva Asesora de Sexo y Revolución, Programa de Memorias Políticas Feministas y Sexo-genéricas del CeDInCI/UNSAM. En los últimos años su activismo se ha enfocado en tecnologías reproductivas, maternidades lésbicas, familias GLTB y antipunitivismo. Integra el colectivo de la editorial Madreselva. Actualmente cursa el doctorado en Epistemología e Historia de la Ciencia en la Universidad Nacional de Tres de Febrero.

[5] Peralta, M.L., (2015), *Filiaciones múltiples y familias multiparentales: la necesidad de revisar el peso de lo biológico en el concepto de identidad*. Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de –Doctrina y Jurisprudencia núm. 68, 2015.

relacionando las variables histórica y jurídica que atañan al tópico de la familia y las relaciones afectivas y amorosas entre los sujetos sociales de cada época, partiendo desde Grecia, pasando por Roma hasta llegar a la actualidad, dividiendo al vertiginoso avance respecto de los derechos de esos mismos sujetos en diferentes etapas históricas de manera que podamos vislumbrar la evolución en materia de derecho de familia.

2.- Grecia

En la antigua Grecia; la mujer carecía de derechos políticos, la labor procreacional (preferentemente de hijos varones) junto con la crianza de éstos era la única tarea relevante que tenía

A medida de que se va subiendo en el análisis de las diferentes clases sociales, peor era el trato hacia ellas,

Específicamente a lo que refiere al matrimonio, éste era concebido como una obligación para aquellos considerados ciudadanos. La Ley perseguía a los solteros, puesto que en el mundo griego antiguo, el soltero, pertenece a la categoría de los *agamoi*, porque no cumplían con su cometido, el cual era el deber procreacional de ciudadanos griegos.

El matrimonio era un contrato familiar efectuado entre dos familias en donde todo estaba bajo el control de los padres de los futuros contrayentes.

La concepción de matrimonio griego es más entendida como una empresa en donde se debía cerrar un buen trato entre las dos familias, uno entregaba tierras y otros muebles o bienes.

La idea de libertad de elección se encontraba (para esa época) disminuida a la mínima expresión, más aún en el caso de las mujeres. La educación que ellas recibían era la imprescindible para la realización de tareas domesticas

La chica iba con una dote, destinada a protegerla en caso de que el matrimonio fracasara por cualquier motivo, y el novio debía a su vez comprar y hacer regalos a la familia.

Los griegos tienen diferentes palabras para definir diferentes maneras de amor

- *Eros*: Es el amor basado en el deseo apasionado e intenso.

- *Agape*: Es el amor incondicional. Es un amor que tiene como prioridad el bienestar de los demás, es decir, supone aceptar al otro indistintamente de sus imperfecciones.
- *Storge*: También denominado amor familiar, es el afecto de una madre o un padre por sus hijos.
- *Philia*: El cariño y aprecio entre amigos. Se caracteriza por ser fraternal y promover el bien del otro. Es un amor que se basa en la admiración.
- *Philautía*: Corresponde al amor propio, el más importante según los griegos.

Eros: Este primer tipo de amor es en simples palabras el amor erótico. Una especie de "fuerza de la naturaleza" que aglutina tanto al sentimiento asociado al romanticismo como aquel asociado a la pasión. Este tipo de amor está, tal como ya hemos comprendido, especialmente ligado a la noción de deseo sexual y a las relaciones cuyo fin es saciar un apetito meramente carnal, por lo que el ímpetu y la lujuria son dos características relevantes para este tipo de "amor", al igual que la infidelidad a la que conduce la desbocada atracción por el objeto de deseo.

Agape: Es sencillamente el amor en su faz más pura e incondicional, se profesa tanto hacia personas o mascotas y cuya relevancia se centra simplemente en la satisfacción de dar amor a otros seres vivos. Se trata de un tipo especial de amor profundamente tierno, extremadamente cuidadoso y fundamentalmente sensible que tiene como objetivo el bienestar de los demás. En el "ágape" (tal como en el amor verdadero e incondicional) no se espera nada a cambio. Tiene su origen en el cristianismo, como comida que se compartía con los miembros de la comunidad.

Storge: Es aquel amor que está relacionado con el compañerismo y la confianza. Se puede perfectamente entender como un amor fraternal (*v.gr.* la relación que podemos tener con nuestro mejor amigo o nuestros hermanos). Es un tipo de amor que perdura en el tiempo y tiene un carácter protector y leal. Es un compromiso duradero al que no le importa la apariencia ni ninguna otra cosa superflua del ser amado.

Phillia: Es el cariño y respeto que se da entre amigos, es el concepto griego de amistad. Es un amor que promueve el bienestar de la otra persona y se basa en la protección y la admiración. La lealtad y la camaradería son parte fundamental de la philia, donde las relaciones son muy fuertes entre aquellos amigos de verdad.

Podemos decir que allí donde hay una relación que está basada en el afecto, en el cariño o simplemente, en el amor amistoso, allí hay una relación según la philía.

Philautía: Este es el amor que sentimos hacia nosotros mismos, el comúnmente denominado "amor propio". Es la autoestima, pero sin caer en el narcisismo. Este tipo de amor parte del pensamiento de que, para dar amor a otros, antes debemos querernos. Se trata de entenderse y cuidarse para sentirse bien con uno mismo.

El concepto de amor y matrimonio

La sublimación griega del amor homosexual hace que el amor heterosexual sea estigmatizado, principalmente por la intervención de una mujer. Lo femenino siempre es considerado un elemento desequilibrador y difícil de controlar. La sexualidad se entiende como una lucha de fuerzas en la que el hombre debe dominar a la mujer. En el mundo patriarcal, el deseo erótico y el matrimonio son demasiado peligrosos para ser unidos. Deseo y reproducción son incompatibles y son usados en la justificación de la violación y el rapto como un medio adecuado de conseguir esposa.[6]

3.- La Antigua Roma

La idea de matrimonio en la antigua roma es definida por Modestino como "*La unión del varón y la hembra y consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y humano"*[7]. Grimal por su parte acuña una definición un tanto más secular que la anterior por cuanto ambos contrayentes "*conformarían las dos mitades de un único ser"* José Carlos Costa a ésa definición la dota de un significado importante, relacionando el concepto de equivalencia entre contrayentes con la "conocida frase pronunciada por la novia en el momento de celebrarse la boda: *´que tú seas Gayo, que yo sea Gaya"*[8] es decir, sin preponderancia de uno sobre el otro.

Respecto de la formación del matrimonio y sus características en la antigua roma, ésta era fundamentalmente patriarcal, la institucionalización de la misma era acordada previamente por el *pater familias.*

[6] Steward, A. (1995): *Rape?* en E. D. Reeder (ed.), *Pandora, Women in Classical Greece.* Baltimore. Princeton, New Jersey. P.74-90.
[7] Louzan de Solimano, N. D., (1991). *Derecho de familia y matrimonio en roma*. UFK. Buenos Aires.
[8] Grimal, P., (2000). *El amor en la Roma Antigua*. Paidós. Barcelona. P. 75.

El parentesco es una herramienta jurídica mediante la cual se crea un vínculo entre un determinado grupo de personas quienes a partir de ese momento serán considerados integrantes de una "familia".

4.- Edad Media

Durante el periodo que abarca desde los siglos VI a XII, en Europa fueron redactados los denominados "*Penitenciales"*, un conjunto de normas que describen comportamientos para los cuales la Iglesia, al considerarlos "pecaminosos" e ir contra su doctrina, atribuía una sanción con el fin de lograr su erradicación. Constituyeron la principal herramienta para difundir e instruir a los creyentes respecto de su nueva ética. Si bien tratan principalmente sobre las costumbres y formas de ejercer la sexualidad, también lo hacen respecto de costumbres más generales arraigadas en la Europa de principios de siglo VI. Al unificar las penas y tipificarlas jurídicamente se logró crear un cuerpo normativo similar a los códigos penales contemporáneos, es así que las penitenciales "*Constituyen un antecedente de enorme importancia para la historia de las codificaciones jurídicas (*modernas*)"*[9].

Luego de la caída del imperio Romano y la constitución de pequeñas ciudades-Estado el panorama respecto de la familia no fue muy distinto del que imperaba en la Roma Imperial. Durante éste periodo el concepto de familia fue el menos abarcativo, fundamentalmente estricto, principalmente patriarcal y diametralmente opuesto a lo que hoy conocemos como "familia", con una notable continuidad respecto del periodo Imperial. La prédica cristiana, fundada en su nueva ética daba a la mujer un lugar estrictamente testimonial con responsabilidades inherentes al cuidado de los niños y satisfacer las necesidades sexuales del esposo, esto se ve reflejado en las penitenciales, al referirse estas principalmente al hombre "*los textos se refieren más al hombre que a la mujer, que es generalmente mencionada como sujeto pasivo receptor de los humores de su compañero"*[10].

Es considerado como un periodo de transición entre el Imperio romano y la constitución de los primeros cuerpos normativos que nos serían, posteriormente, legados luego del "Descubrimiento de América".

[9] Saenz Matienzo, R., (2012). *Historia de la represión de la sexualidad*. Editorial Dunkén. Buenos Aires.
[10] Saenz Matienzo, R., (2012). *Historia de la represión de la sexualidad*. Editorial Dunkén. Buenos Aires.

5.- España y Las Siete Partidas de Alfonso X

Las Siete Partidas o también denominado "Libro de las Leyes" es plenamente considerado como la culminación de la labor legislativa de Alfonso X "el Sabio". Este código recopila un gran abanico de legislaciones diferentes y se propuso alcanzar teóricamente el objetivo propuesto.

Una característica que nos permite vislumbrar el grado de aceptación social que tenían las partidas es que a pesar de no entrar en vigor hasta el Ordenamiento de Alcalá (1348), muchos de sus preceptos eran, con anterioridad a la fecha del ordenamiento, tenidos en cuenta como norma vigente. "*La variedad de los asuntos tratados en Las Partidas (...) permite conocer el mundo alfonsí de cerca y examinar, en el complejo mundo de las relaciones jurídicas, aspectos singularmente curiosos y atractivos que reflejan las costumbres y formas de vida de la sociedad bajomedieval."*[11]

En la partida IV Alfonso X se dedica a regular el derecho de familia junto con otros vínculos entre las personas, distintos del matrimonio y del parentesco. Es considerada una regulación muy avanzada para la época puesto que desarrolla todo este capítulo a la manera de relacionarse de las personas. Las partidas entendidas como un todo no escindible expresan toda una reflexión moral, pero específicamente la partida IV lo hace respecto de la paternidad y la maternidad, muy rica en matices, que reflejó el sentir de un amplio espectro social en la época.

"*Matris y munium son dos palabras del latín de que tomó nombre matrimonio, que quiere decir en romance como oficio de madre,* (...) *la madre sufre mayores trabajos con los hijos que no el padre, lleva muy grandes trabajos en criarlos ella por sí misma y además* (...). *Y es por todas estas razones es llamado matrimonio y no patrimonio."*[12]

Dentro de esta legislación existe una nítida y excluyente división, aquella es entre los matrimonios realizados en la iglesia, que contaron con el consentimiento familiar, que fueron realizados según las normas establecidas y que cuyos hijos por ende gozarán de plenos derechos. Y las uniones no receptadas tanto por la normativa social ni por la jurídica (que de hecho eran expresamente repudiadas). El aspecto

[11] Molina Molina, A. L. (1993). *Aspectos de la vida cotidiana en "las Partidas"*. Glossae. European Journal of Legal History Núm. 5. Pág. 171-186

[12] Partida IV. Título II. Ley II.

fundamental para la construcción de la "familia" en esos términos era el sacramento del matrimonio ya que se sobreentendía que constituía el medio idóneo para la procreación (fin último del sacramento), que permitía la conservación y transmisión de los patrimonios.

Una característica a destacar de este periodo histórico es la redefinición de algunas de las funciones principales de la mujer, comienzan a darse algunos esboces de lo que será un avance respecto de las características de la mujer, si bien en la sociedad medieval la principal función que se le atribuye a la mujer es (como ya mencionamos) la labor reproductiva "*en tiempos de Alfonso X comienza a valorarse la maternidad no sólo como función reproductora, sino también como fuente de amor, de afecto y de honra.*"[13]

6.- Posmodernidad

Dado el hecho de haber trazado una line histórica abarcando varios momentos relevantes para la sociedad de tradición Continental Romana, es propio amalgamar en un solo periodo aquella época que contiene (a mi entender) la mayor cantidad de avances respecto de las formas de relacionarse y los roles de cada sujeto dentro de esa sociedades. Confluyendo todos esos periodos en el caracterizado por mí como "Posmodernidad". A los fines teóricos corresponde ahora identificar para este trabajo algunas características de la posmodernidad como etapa histórica, siendo la principal la incapacidad de generar consensos.

El concepto de Posmodernidad podría asimilarse de la siguiente manera: una sociedad contemporánea puede definirse como aquella que es al mismo tiempo tanto objeto como protagonista de un proceso de modificación. Traspasado al mundo jurídico, se entiende como la ausencia de homogeneidad respecto conceptos y del paradigma dominante (tales como familia, unión de personas de diferentes sexos, autopercepción, la filiación), que dicho sea de paso viene siendo cuestionado de un tiempo hacia el presente.

Respecto de la familia, esa sociedad "contemporánea" se cristaliza con la ausencia de homogeneidad de un concepto de "familia", profundizándose esto particularmente en los últimos 20 años.

[13] Molina Molina, A. L. (1993). *Aspectos de la vida cotidiana en "las Partidas"*. Glossae. European Journal of Legal History Núm. 5. Pág. 171-186

Al hablar de sociedad contemporánea estaremos haciendo referencia a una sociedad "dual" que será objeto y protagonista del proceso de cambio ya sea avance o retroceso que le es inherente a ella misma.

"*Trazendo esses conceitos para o regime jurídico-familiar, trata-se de um período de ausência de uniformidade acerca da definição da família, espaço no qual, há muito tempo, paradigmas –como o matrimonio, a união de pessoas de sexos diferentes e a filiação biológica- vem sendo questionados."*[14]

A diferencia de los otros tipos de familia, ésta se encuentra atravesada por ideas no tenidas en cuenta durante los años anteriores; la solidaridad, la cooperación y el respeto mutuo de la dignidad de cada uno de sus miembros cobraron relevancia en detrimento de aspectos no tan "democráticos" hacia dentro del grupo familiar. Sucesos paradigmáticos como el mayo francés, la primavera de Praga y la denominada por Hobbsbawn "Revolución Cultural" que se desarrolló de diferentes maneras a lo largo del globo "*En la mayoría de sociedades, estas estructuras habían mostrado una impresionante resistencia a los cambios bruscos, aunque eso no quiere decir que fuesen estáticas. Además, a pesar de las apariencias de signo contrario, las estructuras eran de ámbito mundial, o por lo menos presentaban semejanzas básicas en amplias zonas, aunque, por razones socioeconómicas y tecnológicas, se ha sugerido que existe una notable diferencia entre Eurasia (incluyendo ambas orillas del Mediterráneo), por un lado, y el resto de África, por el otro (Goody, 1990, p. xvn). Así, por ejemplo, la poligamia, que, según se dice, estaba o había llegado a estar prácticamente ausente de Eurasia, salvo entre algunos grupos privilegiados y en el mundo árabe, floreció en África, donde se dice que más de la cuarta parte de los matrimonios eran polígamos (Goody, 1990, p. 379)"*[15]

Es en razón de esos cambios que fueron avanzando en todo el mundo que surgen diferentes formas de familia antes invisibilidadas por el común denominador de las sociedades.

"*Funda-se, por tanto, a família pós-moderna em sua feição jurídica e sociológica,* ***no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e***

[14] Silva Santiago, R. (2015). *Poliamor e Direito das Famílias - Reconhecimento e Consequências Jurídicas.* Juruá Editora. Curitiva.
[15] Hobsbawm, E. (1995). *Historia del Siglo XX*. Editorial Crítica. Buenos Aires

na preservação da dignidade deles. *Estes são os referenciais da família contemporânea"*[16]

[16] Chaves de Farias, C.; Rosenvald, N. (2013). *Curso de direito civil: direito das famílias*. Editora JUSPODIVM. p.41

CAPÍTULO 2.

CONCEPTOS

SUMARIO: 1.-Introducción. 2.- Concepto de Familia. 3.- Poliamor.- 3.1 Origen etimológico. 4.- Queer. 4.1.- Teoría Queer. 4.2.- Heteronormatividad. 4.3.- Interseccionalidad.

1.- Introducción

Para lograr contemplar un análisis óptimo de las ideas que se presentarán en el presente trabajo, desarrollar un capitulo únicamente tratando los conceptos que serán utilizados, es por demás necesario a los fines de proporcionar los términos en que los problemas se plantearán y (potencialmente) se solucionarán.

Los conceptos suministran los recursos intelectuales necesarios con los que trabaja el jurista. Sirven para definir los fenómenos a estudiar y diferenciarlos (o no, dependiendo del caso) de aquellos propios de las demás ciencias sociales, cada una de las cuales tiene su propio sistema de conceptos.

"*El significado apropiado está indicado en cada caso por el contexto especifico, verbal o social, en el que el término se usa. Si hablamos de nuestra familia, p. ej., podemos referirnos a nuestros padres, hermanos y hermanas, o a todos nuestros parientes; nuestro propósito se aclarará normalmente por el contexto en el que la palabra aparezca"*[17]

Al desarrollar los conceptos, nos estamos dando a la tarea de definir tanto la naturaleza como los límites de la problemática a tratar, explicando de esa manera los aspectos particulares de la realidad social sobre la que versaremos en los subsiguientes capítulos.

2.- Concepto de Familia

Es eminente la imposibilidad manifiesta de conceptualizar de una manera precisa a la familia, puesto que hay tantas definiciones como autores y ramas de las ciencias sociales existan, lo que sí es posible, es recapitular definiciones de autores relevantes en la materia para tratar de sentar un concepto preciso de familia a los fines de la presente investigación. Y es en palabras de Augusto Cesar Belluscio "*se trata*

[17] Chinoy, E., (1971). *Introducción a la sociología*. Paidós. Buenos Aires.

de una palabra a la cual pueden asignarse diversas significaciones: una amplia, otra restringida, y aun otra más, intermedia.[18]"

- Familia en sentido amplio
- Familia en sentido restringido
- Familia en sentido intermedio

Familia en sentido amplio

Se refiere específicamente a la familia vista como una relación jurídica de parentesco, es en sus palabras *"es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar"* (Belluscio, 2004). Teniendo en cuenta el régimen jurídico argentino se toma a los ascendientes, los descendientes y colaterales de un "linaje" incluyendo también a los parientes por afinidad (ascendientes, descendientes y colaterales del cónyuge) e incluir al conyuge a pesar de no ser tomado como "pariente".

Fundamentalmente regida por una relación de parentesco y estructuralmente fundada en el derecho este tipo de familia es un poco menos "tradicional" puesto que acepta las formas propias de las sociedades de finales de la década del 60, que como ya mencionamos significó un cierto avance respecto de la familia tradicional histórica.

Entendiendo esta postura podría decirse que cada sujeto es el centro de una "familia" en tanto y en cuanto nos refiramos a él, *v.g.* José es centro de su propia familia en tanto padre de Marta y José, esposo de Laura

Dentro de ésta postura respecto del concepto de familia podemos remarcar las definiciones tanto de Vidal Taquini "*grupo de personas unidas por vínculos jurídicos, en la medida y extensión determinada por la ley, que surgen del matrimonio y la filiación por naturaleza y adoptiva.*" Como la de Díaz de Guijarro "*institución social, permanente y natural compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación.*"[19]

Familia en sentido restringido

[18] Belluscio, A. E., (2004). *Manual de derecho de familia*. Editorial Astrea. Buenos Aires.
[19] Belluscio, A. E., (2004). *Manual de derecho de familia*. Editorial Astrea. Buenos Aires.

Este tipo de familia refiere a la familia conyugal, fundamentalmente más "tradicional" que las otras, conformado por el padre, la madre y los hijos. Es una acepción que dota de un tinte más social que jurídico. Según Belluscio, "*Es el núcleo más limitado de la organización social y el que ha merecido la atención de numerosos textos constitucionales del siglo xx, que tienden a imponer al Estado su defensa o protección."*

Familia en sentido intermedio

El autor define a este tipo de familia como aquel grupo social que está integrado por personas que conviven en un mismo espacio físico (casa) y que viven bajo la autoridad del "señor" de ella. Más relacionado con el concepto de familia romana que mencionamos en el apartado de historia. Surge a partir de la definición dada en las Partidas, "*El señor della, e todos los que biuen so el, sobre quien ha mandamiento, assi como los fijos e los sirvientes e los otros criados*"[20]

Finalmente Belluscio nos habla de lo que para él son "las nuevas formas de familia" y dedica esa parte a hablar de la evolución inherente a las costumbres de mediados del siglo XX, de la contraposición de familia en sentido restringido y de familia en sentido amplio, pero algo que podemos esgrimir de esa definición que él da es que solo menciona a la familia monoparental, la familia ensamblada y deja como último punto la idea de "*si puede existir una familia homosexual*"[21], algo que deja en evidencia por lo menos dos cuestiones, la primera el nivel de evolución social puesto que hablamos de un libro de no más de 20 años (la edición trabajada es del 2004), y por otro lado el nivel de invisibilización que generan las corrientes fundamentalmente hegemónicas respecto de las familias no alineadas a los conceptos definidos.

3.- Poliamor

El poliamor es un neologismo utilizado al referirse a un tipo de relación amorosa, en donde coexisten de manera simultánea, tres o más personas, con consentimiento y conocimiento de todos los involucrados. También es una de las conductas humanas que están receptadas dentro de las denominadas "nuevas formas

[20] Partida VII. Título XXXIII. Ley VI.
[21] Belluscio, A. E., (2004). *Manual de derecho de familia*. Editorial Astrea. Buenos Aires.

de familia", a pesar de que lejos de lo que se pueda llegar a creer, no es un término nada nuevo.

A partir de aquí daremos algunas definiciones del concepto dadas por diferentes autores.

"*Las formas que puede adoptar el poliamor son muy variadas, hasta tal punto que es difícil ordenarlas. Por otra parte, tampoco existe un término comúnmente aceptado y utilizado para designar a los compañeros poliamorosos. Su punto en común, que es a la vez su especificidad, reside en la posibilidad de amar simultáneamente a varias personas; en otras palabras, la no exclusividad amorosa*"[22]

"*El poliamor es la filosofía y la práctica de amar a varias personas simultáneamente de forma no posesiva, honesta, responsable y ética. Enfatiza en elegir conscientemente con cuantas personas se quiere estar involucrado en lugar de aceptar las normas sociales que dictan amar a una sola persona a la vez*"[23]

"*El poliamor es un término general que sirve para integrar la tradicional relación multipareja, pero con un mayor sentido igualitario. Por mi parte, propongo denominarlo Formato Familiar PluriAfectivo (FFPA), que traduce los sentimientos íntimos de sus integrantes*"[24].

En síntesis, el poliamor no es una relación abierta, no es poligamia (ya sea en sus dos facetas poliandria o poliginia), no es engañar a la pareja, es "algo más", otra cosa que al no estar familiarizados con ello, nos sentimos más cómodos tratando de asimilarlo a lo que conocemos (presumo) para poder comprenderlo mejor.

3.1.- Origen

[22] Thalmann, Y. (2008). *Las virtudes del poliamor La magia de los amores múltiples.* Cap. 2. Plataforma Editorial. Barcelona.

[23] Definición realizada por la "Polyamory Society" creada en Washington en el año 1996: "Polyamory is the nonpossessive, honest, responsible and ethical philosophy and practice of loving multiple people simultanously. Polyamory emphasizes consciously choosing how many partners one wishes to be involved with rather than accepting social norms which dictate loving only one person at a time." Véase en http://www.poly amo rysociety.o rg/page6.h tml.

[24] Ramos, E. (2020). *Efectos jurídicos del Formato Familiar PluriAfectivo (FFPA) o poliamoroso. Un desafío para la sociedad y para el derecho*. Revista de Derecho de Familia y Sucesiones. IJ Editores. Buenos Aires.

A pesar de las definiciones que dimos anteriormente, considero pertinente esbozar una última definición en base al análisis del origen etimológico de la palabra.

Poliamor deviene tanto del griego como del latín. El prefijo “poli”, proveniente del griego, quiere decir "muchos" o "más de uno" y "amor" es la palabra latina para definir al ídem.

Poliamor es una palabra relativamente nueva que si bien fue acuñada por Morning Glory Ravenheart Zell durante la decada de 1990, fue mencionada por primera vez en 1921 cuando el autor Italiano Filippo Tommaso Marinetti utilizo “poliamorosa” en su novela L’alcòva d’acciaio (Marinetti, 1921, pp. 283).

A pesar de que durante mucho tiempo no existió definición de la RAE, la institución que regula el uso de la lengua española la incluyó en su actualización del 2021 “*Relación erótica y estable entre varias personas con el consentimiento de todas ellas*”[25].

Cabe también aclarar que varios años antes que la RAE, fue el Oxford English Dictionary el que se encargó de agregarla a su lista de definiciones “*the practice of engaging in multiple sexual relationships with the agreement of all the people involved*”[26]

Cada palabra tiene un significado, la utilización de la misma en determinado contexto querrá decir una u otra cosa y es solo en relación a lo que nosotros sepamos o conozcamos al respecto, que le daremos el significado necesario.

Una vez realizado las precedentes explicaciones de los conceptos que utilizaremos a lo largo del presente trabajo, doy por finalizado este apartado.

4.- *Queer*

El término ´Q*ueer´* surge a raíz del antónimo del inglés ´*straight´* (recto), la palabra significa literalmente raro, bizarro, extraño o anormal, pero no fue sino hasta entrado el siglo XX que comenzó a ser utilizado de manera despectiva para referirse a aquel grupo de personas que no compartía las practicas (en ese entonces) “normales” en que se expresaba la sexualidad. Posteriormente la propia comunidad se apropió del

[25] Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23a ed.).
[26] Oxford English Dictionary. (2006). September 2006 Update.

concepto para autodefinirse de esa manera. Según Didier Eribon[27] "*Queer es una manera de buscar la disolución de las fronteras para que, tanto otras identidades (transgénero, bisexual, travesti...) cuanto la multiplicidad de identidades gay y lesbianas (...) encuentren, todas ellas, un lugar en un movimiento contestatario de las normas sexuales, culturales y sociales*"[28]

4.1.- Teoría *Queer*

La teoría Queer nace como respuesta a la heteronormatividad binaria impuesta y la inherente vinculación entre sexo y género, acorde a lo expuesto por Laura Saldivia[29] esa relación histórica entre un concepto y el otro propició un contexto poco favorable para aquellas personas que no se sentían representadas ni en uno ni en otro término "*El término SEXO se ha relacionado tradicionalmente con la estructura anatómica de una persona, mientras que el GÉNERO se refiere a la condición psicológica social o impuesta, las ideas que tiene la sociedad acerca de las expectativas de comportamiento de niños, niñas, hombres y mujeres*"[30]

Es a raíz de esa relación impuesta que surgen a principios de los años 90 la Teoria Queer, no propiamente entendida como una teoría sino que más bien como un conjunto de formulaciones teóricas que problematizan la temática de género "*La Teoría Queer podría definirse como un gesto critico que permite (...) repensar la manera en que se presentan las normas y los mecanismos que la justifican. (...) no se trata de una teoría (en el sentido clásico de un corpus acabado) sino más bien de un grupo de estudios en formación que intentan problematizar (...) todas la categorizaciones que encierran a los individuos en identidades fijas inmutables*"

De igual manera Eve Kosofsky Sedgwick describe la amplitud del concepto actualmente, al mencionar el carácter evolutivo del término, que no ya solo incluye aspectos inherentes a la sexualidad sino que toma como una característica fundamental a la "interseccionalidad" *"a lot of the most exciting recent work around "queer" spins*

[27] Profesor de Derecho privado en la Universidad de Paris Ouest Nanterre/La Défense. Investigador asociado al CNRS (Centre Nacional de la Recherche Scientifique)
[28] Eribon, D. (2003). *Dictionnaire des cultures gays et lesbiennes*. Larousse. Paris
[29] Abogada, Doctora en Derecho, Profesora de la Maestría en Derecho de la Universidad de Palermo. Anteriormente se desempeñó como Investigadora del Programa de Investigación sobre Derecho de Interés Público financiado por la Fundación Ford, en la Universidad de Palermo (2000-2002) y como Consultora Jurídica de la Sindicatura General de la Nación (1997-2000).
[30] Saldivia, L. (2007) *Sin etiquetas.* Revista jurídica de la Universidad de Palermo, Núm. 8(1), Pág. 133-160.

the term outward along dimensions that can't be subsumed under gender and sexuality at all: the ways that race, ethnicity, postcolonial nationality criss-cross with these and other identity-constituting, identityfracturing discourses"[31]

4.2.- Heteronormatividad

Término acuñado por Michelle Warner que refiere a la naturalización de la heterosexualidad, considera a aquello que cabe dentro de ésta como "normal" y margina a los que no entren dentro de ésa normalidad. En palabras del propio Warner al hablar de heteronormatividad se hace referencia "*al conjunto de las relaciones de poder por medio del cual la sexualidad se normaliza y se reglamenta en nuestra cultura y las relaciones heterosexuales idealizadas se institucionalizan y se equiparan con lo que significa ser humano*"[32]. Con posterioridad a Warner, Adrianne Rich[33] agregó al concepto una variable más específica "heterosexualidad obligatoria", idea que señala que desde la centralidad de esta heterosexualidad, todas aquellas expresiones, orientaciones, prácticas, discursos e identidades quedan indudablemente determinadas como 'lo otro', relegándolas así a los márgenes y por ende, ejerciendo en ellas la opresión.

4.3.- Interseccionalidad

El término fue creado por la académica y profesora Kimberlé Williams Crenshaw en la década de 1990 (tal como gran parte del desarrollo de la teoría Queer) y refiere sencillamente al fenómeno por el cual los individuos sufren de reiteradas y perpetuadas prácticas discriminatorias en su contra, sustentadas todas ellas en base a diversos factores (etnia, nacionalidad, estrato social, identidad sexual y de género). Resultado de la denominada "tercer ola del feminismo" que pone en crisis a la idea de hegemonía del feminismo de la "mujer blanca".

La idea de interseccionalidad pone de manifiesto cómo interactúan las diferentes categorías sociales y a su vez como esas interacciones generan tanto

---

[31] Sedgwick, E. K. (1994) *Tendencies*. Routlegde. London.
[32] Warner, M. (1993) *Fear of a queer planet.* University of Minnesota Press. Minneapolis.
[33] (1929-2012) Poeta, intelectual, escritora y activista lesbiana. Participó en movimientos feministas y publicó "Necessities of Life" y *"Selected Poems"* entre otros. Entre los numerosos premios obtenidos, sobresalen el National Institute of Arts and Letters en 1959, Shelley Memorial Award en 1971, National Book Award en 1974 y American Academy of Arts and Sciences en 1991. Fue Doctor Honoris Causa por Smith College y por las Universidades de Brandeis, Harvard y City College of New York.

opresiones para algunos y privilegios para otros, muy dispares al interrelacionarse entre ellas.

La interseccionalidad se relaciona perfectamente con la teoría Queer, existe una relación de retroalimentación y enriquecimiento mutuo.

CAPÍTULO III.

LA FAMILIA EN DISPUTA

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- El género en disputa. 3.- La Familia tradicional como actuación (performance). 4.- La crisis del Derecho de familia codificado, la judicialización de las relaciones de familia y el "derecho de familia de las familias". 4.1.- El rol de la jurisprudencia bajo el realismo jurídico norteamericano y su influencia en el derecho de familia. 5.- Modernidad, la reducción de la teoría General del Derecho a la dogmática jurídica y la relevancia del juicio axiológico del juez de familia. 6.- Conclusiones.

1.- Introducción

La configuración actual de la familia junto con la del derecho de familia, en Argentina como así también en el mundo, fue desde hace un tiempo hasta hoy en día atravesando una gran cantidad de cambios profundos, inmensos e intensos, más aun en las últimas dos o tres décadas. La subjetividad respecto de los roles de los miembros de la familia en las sociedades, un avance en los modos de producción capitalistas, el aumento de la esperanza de vida, la nueva ola que redefine y cuestiona el lugar que ocupa la temática género, los cambios demográficos, la evolución respecto de las formas de ejercer la privacidad, el redimensionamiento de la sexualidad, la plena independencia de la mujer, los avances en la medicina reproductiva y fundamentalmente la constante, creciente y por sobre todo presente que la tecnología tiene en la vida de las personas son solo algunos de los factores (casi imposibles de enumerar en su totalidad) que influencian las formas de relacionarse, las maneras de pensar la familia y los roles dentro de esta actualmente en Argentina. Las cada vez más cambiantes nuevas generaciones demandan imperantemente la conformación de normas que no coarten sus derechos, sino que todo lo contrario los garanticen, normas en general y en lo que este trabajo respecta, normas específicas de la rama del derecho de familia, siempre respetando tanto las opciones y peculiaridades de cada individuo, de cada grupo familiar como los principios rectores del derecho y del derecho de familia. Comprendido todo lo anterior, se sobreentiende que tanto las normas que regulan las relaciones de familia, formas de relacionarse y normas de convivencia deben por tanto ser por lo menos estructuradas en relación a las necesidades de la propia pareja o grupo familiar, en lugar de tal y como sucede actualmente ser impuestas por el Estado. El amplio espectro que significa la familia actualmente está

lejos de ser lo que en su momento fue, es decir que no está conformado generalmente por relaciones más tradicionales ni sujeto a sus reglas formales, sino que se basan principalmente en el afecto y el amor, en la escala axiológica se valora más esos principios, valorando por sobre la norma general, individualidades y deseos reales de quienes forman parte de ella. La reflexión de Jean Carbonier, en el sentido de que "a cada familia se le da su propio Derecho de Familia" nos hace por lo menos plantearnos el rol coercitivo del Estado moderno en la definición, organización, preservación y reproducción de la estructura familiar. Siguiendo el hilo conductor de ese pensamiento, no sería tan alocado pensar en una redefinición de los límites sobre el reconocimiento legal de las familias multiafectivas, especialmente su contractualización (no entendido como contrato patrimonial exclusivamente) como forma de seguridad y estabilidad jurídica.

En síntesis vivimos en tiempos donde los cambios son cada vez más exponenciales, en donde la realidad, ante quien queda subsumido en formas retrogradas, le resulta extraño, en tiempos en los que se habla de poliamor o las relaciones pluriafectivas como un avance de la sociedad, que constituye un cambio fundamental respecto de la libertad y de la protección de los intereses de las sectores históricamente relegados, involucrados en este tipo de relación. Pero también decimos que estos tiempos son extraños, no solo para aquellos quedados en formas anacrónicas, sino que por un aspecto sustancial del mismo, lo es para todos porque el sistema no es más que polígamo y por ende no moderno ni avanzado, sino que todo lo contrario, anticuado en el mundo occidental y por eso le es extraño también para quienes se han criado en el mundo del progreso social.

2.- El género en disputa.

"No se nace mujer, se llega a serlo"
SIMONE DE BEAUVOIR

La autora Judith Butler en su obra "El género en disputa" busca principalmente deslindar la idea arraigada de "sexo" de la de "género" fundando su postura en la crítica a la metafísica de la sustancia de Nietzsche con el objetivo de desechar la concepción sustancialista del sujeto y pasar así a una interpretación del ser como noción deviniente y creativa de la subjetividad.

Así como para Nietzsche "*No hay hechos, sino interpretaciones*" para Butler "*No hay sexo, sino género*". En primera instancia Butler trata de deslegitimizar la concepción "natural" del género como reflejo del sexo (que se presume) natural y con ello la idea de que como solo existen dos sexos naturales (Macho/Hembra) por ende también solo existen dos modelos de géneros posibles (masculino/femenino). Butler trata de romper con esa lógica binaria heterosexual conceptualizando al género como la interpretación discursiva del sexo y a este como algo prediscursivo.

De esa concepción binaria de sexo (lo naturalmente dado) y género (la continuación lógica de eso naturalmente dado) surge el concepto del "campo inteligible del género", entendido este como aquello que puede ser comprendido o entendido muy fácilmente, en este caso lo inteligible es entender el aspecto heterosexual binario y natural, y marginar a lo que no se entiende en esos mismos términos, es decir lo "ininteligible" del género.

En el primer capítulo del libro de Butler denominado "Sujetos de sexo/género/deseo", más específicamente en el apartado "Identidad, sexo y la metafísica de la sustancia" (pág. 70-85) la autora se da a la tarea de problematizar la temática "identidad" e identificar como las identidades se mantienen a lo largo del tiempo, en donde se encuentra con la crítica de la identidad entendida como una propiedad inherente a la persona, es decir la critica que realiza Nietzsche a la noción de sustancia y ser, de "cuerpo y alma" y es en base a esa critica que logra desarrollar su tesis.

Butler plantea que la noción de identidad, su significado y continuidad en el tiempo lejos de ser un reflejo de lo "natural", constituye la materialización de esa norma de inteligibilidad, misma que establece quienes efectivamente sí son sujetos (inteligible) y quienes no lo son (ininteligible).

"*Los géneros "inteligibles" son los que de alguna manera instauran y mantienen relaciones de coherencia y continuidad entre sexo, género, práctica sexual y deseo.*"[34]

Dada la naturalización tanto del sexo como su "consecuencia" el género y los presupuestos facticos que ese planteo impone en la sociedad *"¿Podemos hacer referencia a un sexo "dado" o a un género "dado" sin aclarar primero cómo se dan*

[34] Butler, J. (2007) *El género en disputa, el feminismo y la subversión de la identidad.* Paidós, Barcelona

uno y otro y a través de qué medios? ¿Y al fin y al cabo qué es el "sexo"? ¿Es natural, anatómico, cromosómico y hormonal, y cómo puede una crítica feminista apreciar los discursos científicos que intentan establecer tales "hechos"? (...) ¿Acaso los hechos aparentemente naturales del sexo tienen lugar discursivamente mediante diferentes discursos científicos supeditados a otros intereses políticos y sociales?"[35] aquí no se encontrarán respuestas a esas interrogantes, solo se planteará lo injusto del sistema que legitima esas prácticas, bajo la mirada en connivencia del Derecho.

3.- La Familia tradicional como actuación (*performance*)

El concepto de familia va a ser asimilado de manera análoga (puesto que comparten ciertas propiedades que desarrollaremos a continuación) al de "genero"; a los fines de relacionar la performatividad del género en la sociedad con la institución familia y vislumbrar la invisibilización de las formas no tradicionales de familia, dentro de un paradigma tradicional y fundamentalmente binario.

Cuando mencionamos al género como "performativo" nos referimos a dos cosas; primero que es algo que viene preformado, Judith Butler trata de desnaturalizar tanto sexo como género, al afirmar que nada es natural y que todo viene configurado bajo un aspecto socio-histórico; segundo referido a una "actuación" de ser, (palabra proveniente del inglés *´perform´* que quiere decir propiamente "actuar") pues el género conforma un acto, un "actuar", no constituye una forma de identidad, (Butler en "El género en disputa" busca la desnaturalización de la identidad en todas sus formas, pero trabaja específicamente en la desnaturalización del género) es en principio una "construcción cultural" (concepto que a simple vista parecería un simple proceso individual pero que más adelante explicaremos que no es así). Por lo que si el género es una construcción cultural de la misma manera lo es el concepto de familia (tal como ya vimos en los antecedentes históricos, el concepto varia en todo el tiempo y lugar), ¿Somos libres de construir nuestro propio género? ¿Somos libres de construir nuestra idea de familia? ¿O toda construcción cultural es en realidad una reproducción de dispositivos previos que establecen una subjetividad, que uno cree que es propia, pero que al fin y al cabo son reproducciones de modelos previos? Bueno la "*heteronormatividad obligada*" de la sociedad dispone que el género no puede escindirse del esquema binario sexual "hombre/mujer", de igual manera el esquema

[35] Butler, J. (2007) *El género en disputa, el feminismo y la subversión de la identidad.* Paidós. Barcelona.

familiar tradicional tampoco puede escindirse del binario "madre/padre" o en el mejor de los casos "madre/madre; padre/padre" y es esa obligatoriedad heteronormativa la que constituye una "hegemonía heterosexual" del "sujeto" siempre masculino según Butler (apoyada en el replanteamiento postlacaniano de Luce Irigaray quien afirmó "lo femenino es la falta de masculinidad", lo femenino no constituye un "atributo" de género, uno es femenino de manera residual) y dicho proceso hegemónico de heterosexualidad es el que perpetúa el esquema binario sexual. Por ende según Butler lo más correcto sería plantear que la "performatividad" del género básicamente constituye una repetición estilizada de actos. *"El acto que uno hace, el acto que uno ejecuta, es, en cierto sentido, un acto que ya fue llevado a cabo antes de que uno llegue al escenario. (...) el género es un acto que ya estuvo ensayado, muy parecido a un libreto que sobrevive a los actores particulares que ll han utilizado, pero que requiere actores individuales para ser actualizado y reproducido una vez más como realidad"*[36] (Butler, 1998)

Las consecuencias de no cumplir con dicha actuación, conlleva a definir al sujeto "anormal" sólo en el mejor de los casos, cuando en el peor será castigado y denominado "monstruosidad", "no persona". Práctica tendiente a reestablecer el orden heteronormativo.

Hablar de género es hablar indefectiblemente de identidad como así también de relaciones de poder, esto en principio porque el planteamiento que (Buttler) se hace respecto de la "heteronormatividad obligada del sujeto" es entendido dentro del concepto hegemónico de esa heteronormatividad, en donde (según ella) la inteligibilidad del género (capacidad de que sea fácilmente entendible) solo se puede dar dentro de la matriz hegemónica binaria heterosexual, hegemonía que consiste en la normalización únicamente del sujeto siempre y cuando éste siga una alineación de tres aspectos:

- SEXO
- GÉNERO
- SEXUALIDAD (en donde se incluyen el deseo sexual y las prácticas sexuales)

[36] Butler, J., & Lourties, M. (1998). *Actos performativos y constitución del género: un ensayo sobre fenomenología y teoría feminista*. Debate Feminista, 18, p.297-314. https://doi.org/https://doi.org/10.22201/cieg.2594066xe.1998.18.5261998, p.307

No es concebible dentro de ésta relación de poder el aceptar o "normalizar" sujetos que no sigan de alguna manera ese proceso lineal de identificación, invisibilizando las cientos de "desviaciones" que de hecho existen, pues dejarían de ser inteligibles y entraría en crisis el paradigma heteronormativo. Para que eso no suceda se requieren diversos mecanismos institucionalizados tanto de coacción, como de coerción social que sancionen las conductas de aquellos que no sigan la alineación de esos factores, mecanismos históricos que son previos al sujeto y que construyen el concepto de binario de "género" como una culturalización del sexo, prescribiendo una realidad "performativa", realidad que se legitima solo en la medida en que la "performance" o el "acto" continúe siendo actuado por la sociedad, en palabras de Víctor Turner[37] *"una acción social requiere una performance repetida que busca mantener al género dentro de un marco binario."*

De igual manera coincide Daniel Borrillo, respecto de específicamente la convención que constituye institucionalizar vínculos "naturales" al mencionar que "*se puede obviamente pertenecer a una familia por vínculos biológicos pero la institucionalización de dichos vínculos constituye una convención y no la simple inscripción de un hecho natural."*[38]

4.- La crisis del Derecho de familia codificado, la judicialización de las relaciones de familia y el "derecho de familia de las familias".

Se entiende que dada la inmensa cantidad de cambios que ha sufrido y de hecho sufre la sociedad constantemente, tal como ya mencioné en los apartados anteriores, es de público y notorio que cualquier clase de regulación siempre va a quedar detrás del hecho a regular. Las reglas deben estar al servicio de la vida familiar, es por ese motivo que las reglas que prescriben, proscriben o definen formas específicas de relacionarse o de regular un núcleo familiar deben ser definidas en cierta medida por aquellos que conforman ese núcleo familiar o aquellos que tienen la voluntad de relacionarse, en lugar de ser impuestas por el Estado. Con esto no se está diciendo que

[37] Antropólogo del University College of London, Doctor en antropología. Su principal trabajo de campo se centró en los rituales ndembu. Durante su estancia en Chicago participó en el Commitee on Social Thought, junto a Saul Bellow, Hannah Arendt y Harold Rosenberg. Dirigió la notable serie de publicaciones antropológicas «Symbols, myths and rituals», y formó parte del Center for Advanced Studies y del South Asia Program, ambos en la Universidad de Virginia.

[38] Borrillo, D. (2011) *Por una teoría Queer del derecho de las personas y las familias*. Revista Direito Estado e Sociedade, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Núm. 39, Pág. 27-51.

dejen de existir los derechos ni garantías, deben existir y respetarse aquellos principios básicos del derecho, principios básicos del derecho de familia como también aquella escala axiológica de valores que define nuestro sistema constitucional de derecho, libertad, igualdad, derecho a una vida humana digna, etc. Cuando una forma de familia o una característica inherente a esta no vulnera ningún principio del derecho, no vulnera ningún principio del derecho de familia, respeta los valores propios del sistema ni perjudica a un tercero no tiene por qué tener una particular proscripción por el propio sistema, siguiendo la lógica del jurista Jean Carbonnier "a cada familia le es dado su propio derecho de familia", cada familia debe regularse a sí misma en razón de los requerimientos de esa misma familia, si un pretenso núcleo familiar desea estar conformado por dos padres y una madre, en tanto y en cuanto no vulneres esos principios del derecho, del derecho de familia ni perjudiquen a un tercero, la norma que proscribe esa forma de familia, no tiene razón de ser ni sustento.

Es una necesidad imperante que dentro del derecho de familia argentino contemporáneo esas relaciones no receptadas por el sistema, sean entendidas, comprendidas y aceptadas como una manifestación de la voluntad, en donde cada núcleo familiar pueda escoger, definir, convenir, lo que es la familia para ellos y como ésta debe ser, si desean que sea una familia monoparental tradicional, si desean que sea una familia monoparental homosexual, si desean ser una familia pluriparental, porque el hecho de que sea monoparental, tradicional, homosexual o pluriparental no perjudica a un tercero, no vulnera ningún principio del Derecho ningún principio del Derecho de familia y si no vulnera ningún principio del Derecho ni ningún principio del Derecho de familia ni perjudica a un tercero ¿para qué es tan proscriptiva la norma?

En la temática de familia es pertinente un cuestionamiento respecto de dos áreas concretas, en donde se da una relación de aumento/disminución, hablamos del aumento del campo de la privacidad, la intimidad y las "acciones privadas", mientras que hablamos de una disminución en la influencia del orden público en las relaciones privadas de familia. Este planteamiento surge a raíz de lo que en su momento fue el adagio de Vélez Sarsfield "como los concubinos no respetan la ley, la ley no los respetará a ellos", algo absolutamente inconcebible hoy en día, la ley debe respetar a todos por igual, porque si nos basamos en ese adagio para argumentar la falta de regulación e inclusive la proscripción de formas de relacionarse en familia, estaríamos subsumiéndonos dentro del positivismo normativista de Kelsen, teoría en donde la

única justificación para que una norma sea legitima es haber sido emitida por una autoridad competente, no respetar ciertos principios propios del derecho o que respeten todos los valores jurídicos. La valoración que Vélez Sarsfield realizaba respecto de los concubinos, si bien no se transluce (totalmente) con lo que acontece actualmente en el sistema, sí constituye una herencia de los fundamentos de tales proscripciones de la ley, en donde no se respeta a aquellos que la ley no tiene en consideración, sin importar si la ley

Siguiendo ese hilo conductor, cabe mencionar también que respecto de tal idea sobre la valoración de las normas jurídicas en la actualidad y su repercusión social, de un tiempo hacia aquí, poco a poco fue volviéndose un derecho de tinte más individual. A partir de la judicialización en materia de familia, pasa a ser un derecho de caso concreto, las normas generales surgen sí como respuesta a una cuestión socialmente problematizada, pero una vez judicializadas las relaciones familiares, las decisiones realizadas en ese contexto toman un carácter cuasi contractuales de negociación entre sujetos privados, negociación no onerosa. Casos cristalizadores de eso son los acuerdos en sede judicial, régimen de comunicación y cuidado personal, acuerdo de alimentos, entre otros. Las personas ejerciendo el libre uso de su autonomía de la voluntad elaboran normas en materia de familia de carácter particular.

Esta reticencia del sistema jurídico argentino, específicamente en temas de familia, puede ser identificada por el hecho de que existan algunas acciones que deslegitiman la ley o cualquier norma del estilo, ya sea mediante acciones de desobediencia civil o directamente manifestándose en contra de ella. Tal como se viene desarrollando a lo largo de los capítulos anteriores, los sujetos que quedan al margen, que se constituyen en "marginales de la norma", no tienen otra opción que simplemente desconocerla, con esto no se está diciendo que de un día para el otro la gran mayoría del común denominador de la sociedad cambie, de hecho todo lo contrario el cambio social lejos de ser expedito es progresivo. Hoy en día aquellas personas que desconocen la norma constituyen un grupo minoritario y lo hacen en razón de ser desconocidas, excluidas y proscriptas por la norma en cuestión. En derecho de familia debe promover el alejamiento de la norma, pero de la norma general, para pasar a una norma particular, al derecho de familia de las familias. Sin ir más lejos, esas acciones de desconocimiento de la norma, sirven como un "termómetro" con la capacidad de medir la justicia y la injusticia de las normas que rigen en la sociedad actualmente. La desobediencia constituye un mecanismo de

medición, por su parte la norma no debe ser entendida como un mecanismo de opresión en relaciones a las formas de familia.

La pérdida de legitimidad de la norma como resultado de las acciones de desconocimiento hacia ella y sumado a las acciones de desobediencia civil llevan a que la misma pierda cualquier tipo de referencia legal dentro del sistema normativo, con lo cual se considera relevante la posibilidad de constituir la idea de concebir un derecho de familia jurisprudencial. Ese pensamiento surge a raíz de que las decisiones judiciales han tenido mayor relevancia que la fuente normativa más importante en la Argentina, legitimada por haber sido emitida por autoridad competente, es decir el Honorable Congreso de la Nación. Ese planteamiento deriva básicamente en que en el derecho de familia la ley es reinterpretada y reconstruida día a día, caso a caso, familia a familia, demostrando así el poco dinamismo de las normas jurídicas.

4.1.- El rol de la jurisprudencia bajo el realismo jurídico norteamericano y su influencia en el derecho de familia.

Sustentandose en las tesis propuestas por el realismo jurídico podemos realizar una crítica constructiva respecto del sistema imperante en la actualidad argentina, sistema que lejos de proporcionar las soluciones más justas, sólo se somete a ejercer la voluntad del legislador y obstaculizar el cambio social y la recepción de nuevas realidades sociales. Cabe mencionar que si bien no existe una única teoría realista del derecho, ni mucho menos una "Escuela de realistas" hay un grupo de estudiosos del tema que, en base a la crítica que ellos realizan podemos agruparlos bajo la nomenclatura de realistas, al respecto existen una variopinta cantidad de autores, todos estos agrupados principalmente por su nacionalidad, ya que es en base a las corrientes de pensamiento que surgieron o se desarrollaron en sus respectivos países que se los designa de esa manera, surgiendo de esa categorización tres escuelas realistas principales; del realismo jurídico Alemán, del realismo jurídico Norteamericano y del realismo jurídico Escandinavo.

A los fines de comprender mejor la idea que atraviesa diametralmente la presente investigación (la crítica al sistema jurídico argentino actual respecto de los derechos de las minorías no receptadas por este), la crítica se desarrollará en base a la escuela realista estadounidense, puesto que esas ideas engrosan el debate teórico del cual nos basaremos para cuestionar el sistema actual.

El realismo jurídico y específicamente la tradición norteamericana, del cual el juez Oliver Wendell Holmes Jr. fue su principal precursor nos habla en principio de exacamente lo mismo de lo que venimos desarrollando, la idea de que "*la vida del Derecho no es la vida de la lógica, sino la experiencia y es precisamente el estudio de esa experiencia que nos conduce a la escencia del Derecho*[39]". Su idea de pragmatismo judicial es a las luces de lo enunciado más que interesante pero en razón de verdad cabe aclarar que no le prestaremos demasiada atención a su obra, sino que nos enfocaremos específicamente en la jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound, las *´paper rules´* de Karl Llewellyn y la crítica al positivismo de Jerome Frank.

Quien fuera en vida el Decano de Harvard, Roscoe Pound desarrolló lo que fue el paso siguiente del pragmatismo judicial de Holmes, las investigaciones sociológico-realistas.

Para el autor ese conjunto de investigaciones constituyen las principales herramientas para los fines pragmáticos de la "ingeniería-social". El parte de un análisis de los factores perceptivos (normas, principios, doctrinas) y un análisis de los intereses (ya sean públicos, privados, sociales, etc), todo sumado al trabajo que (el describe) debe realizar el jurista sociólogo; estudiar efectos sociales concretos (de las instituciones y de las doctrinas jurídicas), estudiar los medios para transformar las normas jurídicas en operativas, el estudio sociológico como principal herramienta pre-legislativa, analizar la metodología jurídica y principalmente reconocer la relevancia de la solución razonable y equitativa en los casos concretos.

Pound comprende a la actividad judicial, la judicatura, como una actividad cuyo aspecto teleológico es siempre la protección jurídica de intereses (individuales, colectivos o sociales). Pero es en esa actividad donde entra en juego tanto la valoración del juez como su conocimiento sociológico, todo en pos de proteger esos intereses del mejor modo. Es de esa manera que se le reconoce al derecho la capacidad de entender, delimitar y proteger los intereses diversos que surgen en la sociedad. Al mismo tiempo propuso que el Derecho debe divorciarse del dogmatismo, alegando que a pesar de que el Derecho posea una estructura lógica es fundamentalmente una herramienta para la vida social y por ende solo es capaz de ser evaluado en relación a la capacidad de realizar fines humanos, fines que a su vez quedan supeditados al

[39] Holmes, O. W. (1993) *The common law*. American Legal Realism. Oxford University Press. New York. Pág. 9.

constante cambio que significa la historia humana. Motivo por el cuál describe que el juez, lejos de solo estar sometido a la voluntad del legislador o al comentario de la norma positiva, debe por sobre todas las cosas encontrarse en libertad para decidir la solución más justa, no someterse ante el arbitrio de una norma (más o menos justa), más aun cuando esa norma obstaculiza el cambio social, desconoce nuevas realidades y pretende no dejar lugar a la función del Derecho, entendida esta como ingeniería social.

La irrupción del profesor de las Universidades de Columbia y Chicago Karl Llewellyn supuso dos grandes aportes al realismo norteamericano, la primera consistió en ser de los primeros en realizar la distinción entre las reglas de papel *´paper rules´ y* reglas efectivas *´real rules´*. Las primeras entendidas como no solo las normas formales, leyes, decretos, etc., sino también las que los jueces explicitan en los fundamentos de sus sentencias. Las segundas las que efectivamente utilizó para resolver el litigio. Pero en lo que a este trabajo respecta es su segundo gran aporte lo que nos interesa, haber creado el credo del movimiento realista norteamericano, una serie de enunciados que deben respetarse o al menos aspira a serlo. Siendo los más relevantes entender la concepción del Derecho como un medio para fines sociales y no como un fin en sí mismo sumada a la idea de entender también a la sociedad como un fluir mucho más rápido que el Derecho, de modo que cualquier parte del Derecho precisa de ser evaluada constantemente para determinar así, de qué manera y en qué términos este se adecua a la sociedad que, se supone, debe servir.

El último teórico del realismo norteamericano es quien en vida fuera juez, magistrado de tribunal de apelación y profesor universitario Jerome Frank, si bien los principales temas de análisis fueron respecto de la apreciación de la prueba y la conducta del juez el análisis que nos interesa es el que realizó sobre el orden jurídico positivo.

Frank estudió específicamente la aversión social hacia los juristas como hacia el Derecho, a partir de la idea implantada en el imaginario colectivo de que los juristas complican demasiado al Derecho, llegando a la conclusión de que la propia dinámica social confluye en esa propia idea al quedar el Derecho siempre por detrás del dinamismo social y es que ni si quiera en una sociedad relativamente estática en términos de costumbres, usos y maneras de relacionarse se ha podido constituir un sistema de normas que sea omnicomprensivo, que pueda tener respuesta a todas las problemáticas posibles de existir. Las nuevas formas de contratación, las relaciones

comerciales a distancia, el internet de las cosas, formas digitales de pago, monedas digitales, relaciones de familia, nuevos usos, costumbres y variaciones en la moral jurídica constituyen principal prueba que hecha por suelo la aspiración a un sistema que dé respuesta a todos esas situaciones. Quien crea lo contrario se ha dejado engañar por el "mito básico del Derecho" *´Legal basic myth´*

5.- Modernidad, la reducción de la teoría General del Derecho a la dogmática jurídica y la relevancia del juicio axiológico del juez de familia.

Para poder hablar de la Teoría General del Derecho y de como ésta se vio reducida a una disciplina que la compone, la dogmática jurídica, es menester antes sintetizar lo que fue el cambio del paradigma del Estado legal de derecho, al Estado constitucional de Derecho.

En un principio el Estado Legal de Derecho fue el paradigma dominante respecto de la interpretación de la norma jurídica. Este Estado utilizó de principal sustento a la teoría del positivismo normativista de Kelsen (teoría pura). La teoría pura buscaba, valga la redundancia, depurar del derecho toda ideología política y todo elemento de las ciencias de la naturaleza, para que solo estudie normas jurídicas puestas por el hombre, preestablecidas y válidas.

Según esta teoría pura, para que una norma sea válida únicamente bastaba que haya sido emanada de autoridad competente, su existencia se supedita no a su contenido sino a que haya sido creada a partir de una norma de mayor jerarquía (emanada por el congreso), es decir que daba carácter fundamental a una simple característica formal. A su vez esa norma superior está autorizada por otra norma superior (la constitución) de allí la famosa pirámide de Kelsen. Pero a su vez para poder sustentar la idea de una norma superior Kelsen elabora una formulación teórica para dar sustento a su teoría, la *norma hipotética fundamental*. Esta norma, que dicho sea de paso no era una norma dada en la sociedad, sino que era una formulación teórica, de allí su característica hipotética, hacía las veces de fundamento para la norma.

La teoría pura se limita a decidir si una norma es jurídicamente valida o no, pero no trayendo cuestiones de justicia ni mucho menos, sino que solo revisará si el proceso de creación fue o no el adecuado.

Todo ese desarrollo teórico luego de ser utilizado como fundamento para el genocidio judío en la Alemania nazi, finalizó en los juicios de Núremberg en donde a los jerarcas Nazis se los juzgó no por haber violado la ley, sino por haber violado el Derecho, ellos cumplieron las leyes segregacionistas y genocidas al pie de la letra.

De esa manera se da paso a un Estado Constitucional de Derecho en donde, se supone deben respetarse ciertos valores y principios propios de una sociedad. Ante tal planteo corresponde realizar dos preguntas ¿Qué principios son los más importantes? Y ¿En qué valores se ven reflejados esos principios? Antes de dar respuesta a dichas interrogantes cabe antes realizar una explicación sobre el rol de la teoría general del derecho en la actualidad, de donde se desprende que fue reducida a la dogmática jurídica y cuáles son esos valores reflejados en principios del derecho.

"*La modernidad, a través de uno de sus hijos más selectos, el positivismo cientificista, ha reducido las múltiples disciplinas jurídicas integrantes de la llamada "Teoría General del Derecho", a tan sólo una de ellas: la dogmática jurídica"* [40]

Por un lado a concepción del Derecho de la Teoría General del ídem es entendido como surgido a partir historia y realidad social constituye principal herramienta de reconocimiento de la identidad cultural de los pueblos y por ende están sujetos a su evolución natural. Mientras que por el otro a dogmática y el positivismo tornaron una visión sesgada y reduccionista del aspecto histórico y social. Sesgada porque va en contra del motivo principal del positivismo, la seguridad jurídica y la aspiración a crear normas que garanticen derechos y resuelvan problemáticas. Reduccionista porque toma al Derecho como sinónimo de la Ley, cuando esto no es nada más apartado de la realidad, de hecho ni siquiera cabría aceptar la idea de que el Derecho sea asimilado a la idea de un "conjunto de normas" puesto que un conjunto es sustancialmente diferente a un sistema. Siguiendo la máxima de la Teoría de Sistemas "*Un sistema es una entidad cuya existencia y funciones se mantiene como un todo por la interacción de sus partes. (…)Es lo opuesto al reduccionismo, es decir, algo es más que la suma de sus partes.*"[41] Por ese motivo mientras que en un conjunto alterar un elemento de este no supondría ningún cambio en él, en un sistema alterar

[40] Medina, G. L. () *El derecho y la Nada*. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 13 / Nº 46 - 2016. ISSN 0075-7411

[41] 2 SUQUILVIDE, M. B. (2015) EL PENSAMIENTO SISTÉMICO. Repositorio académico Universidad Nacional de Colombia. disi.unal.edu.co/~lctorress/PSist/PenSis14.pdf

un elemento supondría la modificación de todo los demás, fundándonos en el principio de sinergia, varios factores al influenciarse generan un efecto adicional generando el denominado "1+1=3".

Con lo cual no cabría la posibilidad para nada que al cambiar una norma binaria que prescriba ciertas formas determinadas de familia no se tenga en cuenta la modificación de todas las demás.

"*Así, ante la pregunta entre las preguntas; frente al dilema entre los dilemas; sobre qué es el Derecho; el dogmatismo jurídico positivista responderá: ¡Una proposición normativa!*"[42]

Sin embargo dentro de la Teoría General del Derecho, el concepto de Derecho es definido como un sistema de valores en donde absolutamente todo es juicio de conducta intersubjetivo (de los legisladores al crear la norma y de los jueces al realizar el juicio de valor lógico y axiológico)

En suma el sistema de valores admite tres niveles de realidad jurídica que van desde lo más abstracto hacia lo más concreto:

1. Valores Jurídicos
2. Principios generales del derecho (que reflejan valores)
3. Reglas instrumentales

Si bien cada nivel tiene un rol especifico, ellos tres se relacionan mutuamente. Todos esos valores, principios y reglas deben comprenderse de manera integral, sistémica y en conexión mutua.

El fundamento de esa unidad intercomprensiva de realidades jurídicas es el valor supremo de la dignidad humana. La realización más plena de esa dignidad. Por lo que de esta manera llegamos finalmente a la respuesta acerca de esas dos interrogantes anteriormente planteadas. La dignidad humana es el valor supremo y la autorrealización del ser humano el fin último del derecho. El justificativo de aplicación de cualquier norma, el juicio de valor axiológico respecto de cualquiera de ellas debe estar siempre supeditado a cumplir con el fin supremo de realización

[42]Medina, G. L. () *El derecho y la Nada*. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 13 / Nº 46 - 2016. ISSN 0075-7411

humana. De cualquier otra manera se estará en un sistema jurídico vetusto, caduco o contrario al sentido actual

Es a la vez la dignidad acompañada del valor igualdad, en base a la idea de que somos todos iguales en dignidad y diferentes respecto de todo lo demás, como principal herramienta para igualarnos en relación a todo lo demás surge así la garantía de igualdad ante la ley como respuesta a esa diferencia fáctica de "todo lo demás" que no es dignidad. De manera tal que la dignidad es el valor que configura al ser humano y por consiguiente la igualdad la primera consecuencia de él.

6.- Conclusiones

Todo este desarrollo teórico, a las luces de la temática propiamente de familia contribuye respecto de la crítica al poco dinamismo que, en los sistemas continentales en general y en el sistema jurídico argentino en particular suelen tener las normas que regulan las formas de relacionarse y de conformar núcleos familiares de manera proscriptiva, ya sea intencionalmente, por imprevisibilidad o por ser sustancialmente no tan dinámico como la realidad social.

El derecho de familia argentino, en base a las diversas "anomalías" que se van sucediendo constituye la principal prueba de que la norma que regula todo es imposible y que el derecho debe ser entendido como la máxima manifestación de la libertad jurídica. Hoy en día estamos frente a un debate donde está en pugna la hegemonía del modelo, entre la subjetivación de la familia y del propio derecho de familia por un lado y la prescripción estandarizada de ambos por el otro. Comprender que cada familia tiene la capacidad y la voluntad de crear su propio derecho de familia es sin lugar a dudas un cambio paradigmático tanto para el derecho de familia como para el derecho en sí. Con esto se sobreentiende que cada individuo tiene la capacidad para definir, redefinir y elegir libremente lo que la familia debe significar en su vida, incluso explicitándolo mediante formas contractuales no onerosas ni patrimoniales.

Apostar por una propuesta como esa, tendría sus consecuencias tales como la disminución de los aspectos de regulación estatal respecto de las familias, acabaría con la idea de inflación legal (caracterizada por la producción cada vez mayor de normas), constituiría paso primero para la "desburocratización" de las relaciones de familia, y generaría una relevancia respecto del valor de las decisiones individuales y pondría en valor a la plena autonomía de la voluntad de las partes en las relaciones privadas. Si realizar eso no supone vulneración alguna de preceptos constitucionales,

principios del derecho ni perjudican a un tercero, cabe entonces preguntarnos ¿por qué cada familia no puede crear su propio derecho de familia?

Incluso podríamos ir más allá y preguntarnos ¿Es válida una norma que proscribe formas de vida no prohibidas?

CAPÍTULO IV.

ANALISIS DE CASO

SUMARIO: 1.- Introito. 1.2.- Análisis normativo. 1.2.1.- Matrimonio. 1.2.2.- Unión convivencial. 1.2.3.- Filiación. 2.-Filiación "caso Juli" L. F. F. c/ S.C.O. s/ filiación Expte. N° 659/17 FILIACIÓN. 2.1.- Análisis del fallo. 3.- Casos internacionales. 3.1. Brasil. 3.1.1.- El caso de *Tupã* (Primer relación de trieja en el mundo). 3.1.2.- El caso Carioca. 3.2.- Colombia. 3.3.- Tailandia. 3.4.- Estados Unidos.

1.- Introito

En el presente apartado analizaremos exclusivamente casos, en primer término del derecho argentino, que son funcionales a las luces de describir, explicitar y cristalizar de la manera más práctica posible las diversas situaciones que fueron resolviendo los tribunales de todo el país. Y en segundo término casos paradigmaticos de países de la región y dos del resto del mundo.

A raíz de comprender que los intereses en pugna de las personas se traslucen en decisiones judiciales y que detrás de esos pretensos intereses siempre hay personas a quienes se les negaba el fin último del derecho, servir de principal herramienta para la consecución del supremo valor de la dignidad humana.

1.2.- Análisis normativo

En el presente apartado nos daremos a la tarea de analizar las fuentes normativas que prescriben a las relaciones de familia, específicamente aquellas armas que regulan al matrimonio, a la unión convivencial y a la filiación, una forma excluyentemente binaria, también analizaremos sus antecedentes más próximos, modificaciones junto con un breve esbozo de cuáles fueron sus principales su fundamentos al momento de ser elaborados por el parlamento.

1.2.1.- Matrimonio

Articulo 402 Código Civil y Comercial de la Nación

"Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo."

El art. 402 CCyC retoma el antecedente tanto de la ley 23.515 de divorcio vincular y del art. 42 de la ley 26.618 de matrimonio igualitario, la primera consagró aquel principio que garantiza la igualdad jurídica de los contrayentes en la relación matrimonial, mientras que la segunda, que estableció en su momento la igualdad en los efectos del matrimonio celebrado por personas homosexuales respecto del celebrado por heterosexuales, garantizó el principio de no discriminación entre los miembros del matrimonio, de manera que las uniones de un hombre y una mujer, de dos mujeres o de dos hombres quedan equiparadas en todos sus aspectos.

"Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo.

Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones.

Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo."

Se nota a sobremanera la taxativa y reiterada enumeración del binario (dos) para referirse los contrayentes, la normativa garantiza la igualdad de derechos, obligaciones y efectos a todos los matrimonios siempre y cuando sean éstos conformados por DOS (2) personas de diverso o igual sexo.

El artículo en cuestión tiende a dar una protección o resguardo a los contrayentes respecto de dos tipos diferentes de discriminación; en primer lugar la discriminación por razones de género, ambos contrayentes gozaran de igualdad tanto derechos como de obligaciones independientemente del género que tengan, a ninguno se le disminuirá un derecho ni se le impondrá una obligación en base al género, tendrán igualdad de derechos y obligaciones; en segundo lugar la discriminación en razón de la orientación sexual de los contrayentes, principalmente bajo el argumento de que no existen diferencias entre un matrimonio celebrado entre personas del mismo o diferente sexo, esto fundado en el principio de igualdad. Pero lo que no admite y ni si quiera se tiene en consideración es la discriminación basada en la forma de vida, el

paradigma excluyentemente binario no admite cuestionar esa forma de contraer matrimonio (de más de dos personas). Queda claro que un Estado que prohíbe a una persona casarse con otra de su mismo sexo, comete una injerencia arbitraria que no satisface ningún interés legítimo que la justifique lo que no queda claro es el motivo por el cuál esa preminencia por garantizar el principio de igualdad y no discriminación no concibe su correlato respecto de las relaciones no binarias.

1.2.2.- Unión convivencial

ARTÍCULO 509. Código Civil y Comercial de la Nación

"Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo."

El derogado Código Civil de Vélez Sarsfield se ocupaba de regular solo un solo el tipo de familia surgida en el marco de un matrimonio (caracterizada en aquel entonces, como ya mencionamos en el apartado histórico de este trabajo, por un contenido fuertemente heteronormativo y objetivamente patriarcal). No olvidemos que no fue sino hasta 1888 que el matrimonio civil tuvo su constitución en Argentina. Es en esa línea sumamente proscriptiva del concepto de familia que Vélez, haciendo uso del adagio *"como los concubinos ignoran la ley, la ley debe ignorarlos*" no reguló efecto jurídico alguno desconociendo así a esas relaciones socioa-fectivas existentes en la sociedad.

Es bajo esa línea heredada por Vélez que se incorpora al código Civil y Comercial de la Nación la regulación integral de las relaciones socio-afectivas, propio del nuevo paradigma en el que se desenvuelve el concepto de familia y de cómo esta se desarrolla, todas esas nuevas opciones reguladas están amparadas (al igual que todo el código) bajo un paraguas legal-constitucional-convencional.

Teniendo en cuenta el avance social, que tuvo su correlato jurídico respecto de la igualdad de y la no discriminación surgida a través de la mencionada ley 26.618 de matrimonio igualitario y fundamentalmente en consonancia con el principio de no regresividad que rige en materia de derechos humanos, al ser la figura de la unión convivencial una especie de remedio jurídico para regular a quienes no estaban comprendidos en el matrimonio, trató de imitar sus principios, más no así sus derechos

ni sus obligaciones, siendo una especie de punto medio entre la nada y el matrimonio, reflejando por ende tanto su interés por garantizar el principio de igualdad y no discriminación y por ende también no concibiendo su correlato respecto de las relaciones no binarias.

1.2.3.- Filiación

ARTICULO 558. Código Civil y Comercial de la Nación

"*La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación"*

Comenzando por el análisis del artículo en cuestión, el CCyC sigue el hilo conductor que rige el derecho filial y respeta los principios del mismo *"ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, sin que importe su tipología o composición, de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación que introdujo la ley 26.618, que extiende la figura del matrimonio a todas las personas con independencia de la orientación sexual, lo cual significa que una persona puede tener dos madres, dos padres, o una madre y un padre."*[43]

Respecto de la prescripción presente en el art. 558 del CCyC, el fundamento de que la prescripción binaria nazca de la propia letra de la ley "*Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación*" Marisa Herrera comenta que "*En el Código Civil (de Vélez Sarsfield) no estaba tan clara la idea de que nadie puede tener más de dos (vínculos filiales) ¿Porque lo reforzamos en el nuevo código? Porque como en el código nuevo regulamos técnicas de reproducción seguimos teniendo autores que dicen que el donante es padre, el "padre genético" y no, padre no, es donante (...) entonces para reforzar eso (la idea de la voluntad procreacional) que el donante no es padre, reforzamos la idea de que nadie puede tener más de dos vínculos filiales*" [44], entonces podemos entender, dicho

[43]Herrera, M. – Caramelo, G. & Picasso, S. (Dir.) (2015). Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Buenos Aires. Infojus.

[44]Marisa Herrera [Centro de Capacitación - MPBA]. (8 de junio 2015). Jornadas Civiles, Dra. Marisa Herrera (parte 1). Filiación, parentesco. [Archivo de Vídeo]. Youtube: https://www.youtube.com/watch?v=d4fiHntN2hk

por una de las redactoras del código, que esa prescripción explicita fue concebida de esa manera debido a las recientemente incorporadas técnicas de reproducción humana asistida y que se pretendía dejar completamente cerrada la opción de que el donante pueda tener un vínculo filial (TRHA).

A los fines del presente trabajo es relevante destacar el interés expreso del Código respecto de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) mismas que según una de las redactoras se definen como "medicamente asistidas" para diferenciarlas de las normalmente llamadas prácticas caseras que suelen utilizar las parejas conformadas por mujeres que se inseminan de manera casera con el uso de una jeringa con material genético de un tercero conocido. En estos casos, regirían las reglas de la filiación por naturaleza. Esto se condice con la importancia que tiene que las personas que se someten a las TRHA presten el consentimiento informado ante el centro de salud interviniente, dejándose bien en claro quién o quiénes exteriorizan su voluntad procreacional, columna vertebral de la determinación de la filiación por TRHA. Por último, el CCyC sigue la línea legislativa de la gran mayoría de los países: limitar a dos la cantidad de vínculos filiales que una persona puede ostentar. De este modo, quedarían afuera las llamadas "familias pluriparentales", es decir, aquellas familias cuyos niños poseen más de dos filiaciones. Por lo general, se trata de niños que nacen en el marco de una relación de pareja conformada por dos personas del mismo sexo (mujeres), que deciden llevar adelante el proyecto parental con otra persona conocida (un hombre) que, además de aportar su material genético, también colabora en la crianza y educación del niño.

2.- Filiación "caso Juli" L. F. F. c/ S.C.O. s/ filiación Expte. N° 659/17 FILIACIÓN

En el caso en cuestión, ante una situación fáctica en la cual un hombre (sin ser el padre biológico) reconoció a una niña como su hija, el presunto padre biológico de la niña interpuso acción de impugnación de filiación con lo que se le hizo lugar al pedido del presunto padre biológico reconociendo su derecho a ser emplazado como padre de la niña sin embargo también se decidió ordenar que se conserve la inscripción de quien figuraba como padre en el acta de nacimiento, todo fundamentado en la garantía del derecho a la dignidad personal de la menor, su derecho a ser escuchada y por consiguiente su derecho a no tener que elegir entre sus dos papás. En el caso concreto se le dio reconocimiento a la familia conformada por la niña, sus dos papás como a su madre. Constituyéndose en base a la realidad fáctica de una relación

pluriparental una filiación socioafectiva-biológica-originaria. Todo eso principalmente sostenido de acuerdo con lo establecido por el artículo 17 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre. Sumado ello a que el origen biológico de la niña no fue en ningún momento controvertido, de hecho ella misma conocía su procedencia biológica, quedó absolutamente claro que la familia nuclear y la familia ampliada funcionan en base a los lazos afectivos, biológicos y legales. Principalmente en este caso se reconoce la coexistencia de ambas fuentes filiales (biológica y socioafectiva), en simples palabras los tres miembros coinciden en que desean preservar las relaciones familiares que tienen y sienten. Cabe mencionar un detalle particular del fallo, la jueza, para lograr más cercanía con la niña, redactó dentro del fallo una carta para la propia niña e inclusive un apartado de la parte resolutiva del fallo en Comic Sans.

2.1.- Análisis del fallo

"*Juli (…) es una niña de 9 años y vive en Amaicha del Valle, Tucumán. Concurre a la escuela Nº 10 de Amaicha. Pasó a cuarto (4º) grado. Le gusta la matemáticas y quiere ser maestra cuando sea grande."* [45]

De esta manera comienza la tercer parte del fallo en cuestión. Algo que resulta ostensiblemente llamativo a simple vista es la forma en que la jueza formulo toda la sentencia judicial, tomándose ciertas licencias a la hora de resolver, de argumentar como de plantear las cuestiones de hecho.

La doctora Mariana Josefina Ray Galindo hace un desarrollo respecto del control constitucional-convencional de la norma que prescribe la forma binaria para los vínculos filiales, la del art. 558 del Código Civil y Comercial de la Nación. La jueza realiza un análisis en donde, junto con otros aspectos, prepondera la relevancia jurídica del "interés superior del niño" por sobre una norma excluyente (el ya mencionado artículo 558 del CCyCN) que en su último párrafo enuncia que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales cualquiera sea la naturaleza de la filiación. La Jueza a cargo del Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones de Tucumán a la vez que enumera la preponderancia del mencionado interés superior del niño, expone toda la batería de Tratados y Convenciones de Derechos Humanos a los que Argentina suscribe y los utiliza principalmente para fundar su declaración de

[45] Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación, *"L.F.F c/ S.C.O. s/FILIACIÓN"* EXPTE N°659/17, (2020).

inconstitucionalidad de la norma, incluso mencionando en el inciso 3ro de la parte resolutiva "*DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación puesto que, en el caso particular, esa norma no supera el test de constitucionalidad en vigencia alterando el principio de progresividad cimentado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en los que nuestro país es parte integrante (arts. 28 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional)"*.[46]

Con respecto a la problemática que se resolvió, la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA) ha sostenido que, "*En virtud de la obligación de progresividad, en principio le está vedado al Estado adoptar políticas, medidas, y sancionar normas jurídicas, que, sin una justificación adecuada, empeoren la situación de los derechos o vayan en detrimento de los avances "progresivos" que se han ido realizando en el país en materia de derechos económicos, sociales y culturales, de los que gozaba la población al momento de adoptado el Protocolo o bien con posterioridad a cada avance*[47]" en este caso de la niñez, pero además explicita que "*el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes, sin una justificación suficiente*."[48] En el caso en análisis, esa justificación no se configura, situación que sirve de principal fundamento para la declaración de inconstitucionalidad del artículo 558 del CCyC el caso particular de "Juli".

Para finalizar con este análisis es necesario concluir con las palabras de la propia jueza, quien admitió que "*Para poder dar una solución jurídica a este caso, no solo tuvimos que mirar más allá de la apariencia, sino también tuvimos que deshacernos de nuestros prejuicios y estereotipos para conectar realmente con las personas que participan en esta historia*" todo el equipo de su juzgado tuvieron que aprender a ir más allá de la norma, a aprender "*A mirar lo esencial y no ser ciega ante la realidad de esta familia –al decir del Principito*"

3.- Casos internacionales

[46] Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación, *"L.F.F c/ S.C.O. s/FILIACIÓN"* EXPTE N°659/17, (2020).
[47] CIDH, Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales, lineamiento primero, párrafo 6.
[48] CIDH, Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales, lineamiento primero, párrafo 6.

3.1.1.- El caso de *Tupã* (Primer relación de trieja[49] en el mundo)

En agosto de 2012 se dio a conocer el caso de la primera relación de tres personas en el mundo, hecho acontecido en Brasil, en el municipio de Tupã (São Paulo). La notaria Claudia do Nascimento Domingues, autentificó la relación "poliafectiva" (término acuñado por ella misma en su tesis de doctorado) nacida entre dos mujeres y un hombre, al haber acuñado el término también no desaprovechó la oportunidad de realizar una breve descripción del mismo, dejando por suelo interpretaciones distintas de la que ella pensó "existe una relación afectiva entre las tres personas, no se trata de un hombre viviendo con dos mujeres.

El planteo que realiza la notaria es simple y de hecho ella así lo deja entrever "*El modelo descrito por la ley es de dos personas. Pero en ningún lugar está diciendo que es un crimen constituir una familia con más de dos. Yo trabajo con eso, con la legalidad. Así, el documento me parece muy aceptable. Es un contrato declaratorio, no estoy casando a nadie*", Y agrega "*Sólo estamos reconociendo lo que siempre existió. No estamos inventando nada. Para bien o para mal, no interesa, pero lo que hemos considerado una familia antes no es necesariamente lo que consideramos una familia hoy*"[50]. Nada más ni nada menos que lo que sería asimilable en nuestro derecho al principio de legalidad presente en el Art. 119 de nuestra Constitución Nacional. Según la notaria cabe la posibilidad de asimilar el tratamiento de las relaciones poligámicas al que en su momento tuvieron las uniones homosexuales, que luego de años y años de presentaciones judiciales ante el Tribunal Supremo Federal tuvieron asidero en el máximo tribunal Brasilero.

En lo que a la autonomía de la voluntad y al acuerdo entre voluntades, la notaria Claudia do Nascimento Domingues dio sustento jurídico al instrumento notarial diciendo que en términos oficiales es una *"escritura pública declaratoria de unión civil poligámica"* en simples palabras es un contrato, una de las formas de solución que ya fueron mencionadas en el presente artículo, un contrato donde todas las partes

[49] En función del número de integrantes del vínculo poliamoroso, suelen conocerse como "trieja" o "tríada" (tres integrantes), "cuatrieja" (cuatro integrantes), y así sucesivamente.

[50] Puff, J. (2012) Unión civil de un hombre y dos mujeres en Brasil: ¿tres son multitud?. *BBC Mundo.* https://www.bbc.com/mundo/noticias/2012/08/120828_brasil_union_civil_tres_jgc?print=1

involucradas en ejercicio pleno de sus derechos, con intención, discernimiento y libertad dejan de manifiesto su intención de como configurar para sí mismos una familia.

Lo que se dispone en el instrumento son solo meros actos declaratorios, es sin lugar a dudas la voluntad de las personas expresada mediante un documento público. División de bienes, responsabilidades, derechos, con algunas limitaciones. "*Lo que se predice allí son posiciones declaratorias, es la voluntad de las personas declararla un documento público. División de bienes, responsabilidades, derechos, con algunas limitaciones. Ellos no pueden, por ejemplo, distribuir una herencia como si fuesen casados, que no son ni pretenden ser"*.

El alcance de una norma o incluso la ponderación de un bien jurídico abstracto como lo es la familia no puede de ningún modo constituir una vulneración a los derechos de las personas, la notaria finaliza diciendo "*Me gustaría que fuera algo sencillo: usted vive como quiera, no afecta a otros, y nadie se entromete. Pero la realidad de Brasil, como la conocemos, no es esa*"

3.1.2.- El caso Carioca

El segundo caso Brasilero en análisis se dio en octubre de 2015 cuando tres mujeres oficializaron su relación no binaria (más de dos integrantes) mediante instrumento público. En la ciudad de Río de Janeiro una gerente administrativa, de 34, una empresaria y una dentista, ambas de 32 años, luego de tres años y medio de convivencia en un apartamento de esa ciudad decidieron oficializar su relación. La escritura firmada por las tres mujeres reconoce ciertos derechos y establece algunos parámetros legales, a tener en cuenta; primero y principal las reconoce como familia; le da potestad a cada una de ellas para decidir sobre posibles cuestiones médicas de sus cónyuges; establece régimen de separación de bienes entre otros. Todas las integrantes de la trieja firmaron también tres testamentos en los que dividen sus bienes en caso de fallecer. La trieja, además, declaró en el documento su intención de que la empresaria tenga un hijo por inseminación artificial y que en el certificado de nacimiento del bebé se contemplen los apellidos de las tres.

La estrategia legal que ellas tuvieron fue simplemente que en base a un fallo del Supremo Tribunal federal del año 2011 que en su momento permitió registrar uniones civiles de parejas homosexuales decidieron sustentar su inscripción como trieja. Sucedió entonces la primera unión estable netamente formada por tres mujeres en Brasil.

3.2.- Colombia

El caso colombiano del que hablaremos brevemente se dio en la ciudad de Medellín, capital del Estado de Antioquia en la República de Colombia el sábado 3 de junio del año 2017, cuando Manuel José Bermúdez, Víctor Hugo Prada y John Alejandro Rodríguez oficialmente contrajeron matrimonio en la notaría sexta de la ciudad. De esa manera constituyeron lo que sería a partir de entonces la primera unión poliamorosa legal de Colombia. La denominación descrita en el instrumento dice "Constitución de régimen patrimonial de trieja".

Al respecto su abogado el Dr. Germán Humberto Rincón Perfetti comentó lo siguiente:

"Jurídicamente eso tiene tres significados: el primero es que sí constituyen una familia; el segundo es que, si uno de ellos se va mañana, hay que hacer una separación de bienes; y el último es que, si alguno de los tres fallece, tras un mínimo de cinco años de convivencia, los otros tendrían derecho a una pensión, porque en Colombia se admite la pensión compartida entre varias personas"[51].

Pero el detalle particular de este caso en cuestión no es el caso en sí mismo, sino el precedente. Porque tanto el Sr. Bermúdez como el Sr. Rodríguez ya habían sido protagonistas de un caso paradigmático para Colombia y para toda la región.

El precedente judicial en el que formaron marte los ya mencionados Rodríguez y Bermúdez sumó tres actores más; Alex Esneyder un hombre que de hecho convivió hasta su fallecimiento con los mencionados Bermúdez y Rodriguez; Elvia Rosa Luján Pineda madre del difunto y AFP PROTECCIÓN S.A. quien debía pagar la pensión por la muerte de Alex.

Los hechos del caso sucedieron de la siguiente manera, Alex Esneyder quien falleció por una enfermedad de origen común y había convivido en unión de hecho durante más de diez años con John (desde el año 2006) y con Manuel (desde el año 2004), constituyendo de esa manera una convivencia ininterrumpida hasta el fallecimiento de Esneyder.

[51] Abu Shihab, L. (2017) Tres hombres se casaron legalmente en Colombia: así es la primera trieja del país. *CNN Español*. https://cnnespanol.cnn.com/2017/06/13/tres-hombres-se-casaron-legalmente-en-colombia-asi-es-la-primera-trieja-del-pais/

Bermudez y Rodriguez solicitaron pensión ante protección AFP quienes la compartirían por partes iguales. La AFP se negó alegando de manera arbitraria que las pruebas de la convivencia entre los tres no eran sólidas.

El Tribunal de Origen, dio fundamento alegando que la "relación poliamorosa" se encontraba consagrada en el Art. 13 de la Ley N° 797 de 2003. Entendieron que en realidad la discusión no radiaba en que se efectivamente se tratara de una relación homosexual o no, sino en cambio, que era una relación de tres personas. "*El sistema jurídico colombiano, consagra el matrimonio y la convivencia como monógamos. Sin embargo, se argumenta que, aunque la Corte Constitucional no se ha referido a este tipo de familias, se debe interpretar de acuerdo con las realidades sociales y las formas como se presenta la familia, incluyendo así, las familias de crianza o las parejas del mismo sexo*."[52]

La sentencia fue apelada por la madre del fallecido. A lo que la Corte de Alzada no solo confirmó la decisión inferior, sino que la enriqueció con una mirada a la libertad de cómo queremos formar nuestra familia:

"*La regla de decisión que ofrece la sentencia C–577 de 2011, al indicar que no existen razones jurídicamente atendibles que permitan sostener que entre los miembros de la pareja del mismo sexo no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia; o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre parejas heterosexuales; resulta claramente aplicable para un caso como el que hoy se somete a la jurisdicción, referido a tres personas, que sin importar el género, han decidido amarse e integrar una familia, debiéndose valorar de manera objetiva y sin prejuicio alguno, el componente afectivo y emocional que alienta su convivencia, componente personal que se encuentra en las uniones de pareja del mismo o diferente sexo; o en cualquier otra unión que, pese a no estar caracterizada por la heterosexualidad de quienes la conforman, constituye familia*"[53].

3.3.-. Tailandia

[52] Ramos, E. (2020). Efectos jurídicos del Formato Familiar PluriAfectivo (FFPA) o poliamoroso. Un desafío para la sociedad y para el derecho. *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones. IJ Editores*.
[53] Tribunal Superior de Medellín de Colombia (Sala Laboral), "Sentencia Nº 050013105007 2015-01955 01"

El caso Tailandés se da durante el mes de febrero del año 2015, se dio a conocer una noticia particularmente novedosa. En la provincia de Uthai Thani, Tailandia tres personas contrajeron matrimonio, Joke, Bell y Art, fueron quienes en el día de San Valentín decidieron unificar sus vidas. No obstante la cuestión no fue del todo un reconocimiento por parte del sistema de normas ya que no se trató de un instituto celebrado en norma positiva, sino que más bien fue una ceremonia simbólica bajo la ley budista. Según el diario "Metro" se cree que la pareja son únicos en el mundo que conforman un "triple casamiento" en el planeta. Al respecto Bell, dijo: "Algunas personas pueden no estar de acuerdo y probablemente sorprendido por nuestra decisión, pero creemos que muchas personas entienden y aceptan nuestro amor elección es el amor, después de todo"[54].

Art, oriundo de la provincia de Chiang Mai, gracias a un amigo en común pudo conocer a Joke en Uthai Thani, a partir del momento en que trabajaban juntos 2010 su relación se convirtió en romance. La pareja dio con Bell en una fiesta universitaria, ya que él se encontraba estudiando negocios en la Universidad de Phitsanuloke. Pero no fue sino hasta después de que Bell fuera hospitalizado que la trieja se volvió inseparables. Joke y Art, en seguida propusieron la boda triple. La única condición era que Joke y Art, pidiesen a los padres de Bell su mano en el casamiento.

3.4.- Estados Unidos

Brit Adam Lyons (36 años) lleva a cabo una forma poco convencional de convivencia, ya que desde hace cinco años lo hace de manera permanente y abierta con dos mujeres, Brooke Shedd (28 años y madre de un hijo de 2 años) y Jane Shalakhova (27 años y madre de tres hijos). En Mayo de 2017 la ciudad de Austin, Texas fue sitio de particular interés por la noticia de un una unión matrimonial de hecho entre dos mujeres bisexuales y un hombre, que ha captado a ajenos y extraños, generando así una gran controversia y críticas como así también argumentos en contra y a favor desde muy distintos sectores de la sociedad Texana.

El propio Adam Lyons explica que esa manera tan particular de uniones de a tres son mejores y más funcionales que el tradicional matrimonio, posibilitando una mejor autonomía y manejo de la vida cotidiana frente a los problemas y esfuerzos presentes a lo

[54] Redhead, H. (2015) Trio of gay men get married in 'world first'. *Metro*. https://metro.co.uk/2015/02/28/trio-of-gay-men-get-married-in-worlds-first-three-way-wedding-5083611/

largo de la crianza de los hijos, al tiempo que optimiza las relaciones sociales, afectivas y sexuales de todos los miembros de este tipo de uniones. “Tengo una relación con Adam, tengo una relación con Jane, y tres de nosotros tenemos una relación juntos (…) entonces, cada uno me proporciona cosas en esa relación que el otro no puede"[55], mencionó Brooke, a The New York Post.

[55] Maloney, A. (2017) Two bisexual women and their husband love parenting as threesome. *The New York Post*. https://nypost.com/2017/05/18/two-bisexual-women-and-their-husband-love-parenting-as-threesome/

CONCLUSIONES FINALES

A lo largo del presente trabajo se han ido desarrollando distintos conceptos, ideas como así también críticas y posibles soluciones ante la cuestión de la vulneración de las minorías históricamente relegadas quienes son en este caso en partículas, las personas que desean relacionarse de manera tal que el sistema jurídico argentino las legitime, caso que no se da en la realidad.

Las personas que sufren de ese desconocimiento por parte de la ley, son las principales víctimas de lo que sucede ya que la normativa nacional como internacional se vuelve nada más ni nada menos que un cascaron vacío al estar fundamentalmente vacío de contenido. La idea de poner una relevancia suprema a la ley y asimilarla a la idea de derecho, es similar a la idea de tomar una botella sin nada dentro y pretender que eso "es una bebida", la ley material debe ser entendida como una herramienta cuyo fin último es garantizar la autorrealización del ser humano, es decir garantizar la dignidad de las personas independientemente de cómo estas deseen llevar a cabo sus vidas, de cómo estas deseen relacionarse entre sí, (sea de a dos, de a cuatro o entre cinco) en tano y en cuanto no vulneren los derechos de un tercero ajeno a la situación, cuando la norma se vuelve vetusta y caduca e relación a la realidad social, es eminentemente necesario una modificación de la misma, puesto que lo más importante de la norma es materializar los principios generales del derecho que a su vez representan los valores de una sociedad en un lugar y en un tiempo determinado.

La conducta reacia de los jueces respecto de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, es decir ejercer la *última ratio* en ese sentido, implica no solamente el desconocer una situación en el plano material, sino que atenta al efectivo goce de un derecho y que incluso va más allá, generando a esas personas un daño emocional.

Así mismo, esta no regulación de una realidad social de hecho, se manifiesta dentro del propio poder judicial, quien a mi entender sufre de un mayor desgaste jurisdiccional por la falta de regulación respecto de estas nuevas formas de familia. Más pedidos de inconstitucionalidad de la norma en cuestión. En base a esa apreciación con forme al desarrollo hecho sobre los derechos no reconocidos cabe no solo una sino varias respuestas a dicha problemática, como las ya mencionadas sobre la contractualización de las relaciones de familia, entendido esto como la delegación de las normas de familia al espectro privado de las personas.

Cabe también mencionar que esa problemática existe no solo en nuestro país, sino en países de la región, pero cabe también mencionar que Brasil es el país de la región que más desarrollo teórico tiene sobre las relaciones poliamorosas, las formas no binarias de familia y los contratos en el derecho de familias. Las políticas públicas tendientes a reconocer la realidad fáctica de este grupo minoritario podrían tornarse menos dificultosa al analizar ejemplos de soluciones en otros países.

Para finalizar luego de haber efectuado el análisis de diversas críticas a la norma positiva, considero eminentemente un aspecto fundamental el hecho de que sea aplicable en nuestro ordenamiento jurídico una normativa más laxa que posibilite a los sujetos más vulnerables dentro de esta relación de discriminación para beneficiar no solo a la sociedad, sino que al poder judicial haciendo que exista menor desgaste jurisdiccional, aprovechando recursos públicos, siendo así más eficaces, eficientes, logrando así una mayor efectividad. Logrando así el fin último del derecho que es ser el principal medio para la autorrealización del ser humano.

En palabras de Ronald Dworkin ”*recortar un derecho es mucho más grave que extenderlo (…) una vez reconocido un derecho en los casos más claros, el gobierno debe actuar de manera tal que solo se recorte ese derecho cuando se presenta alguna razón convincente, que sea coherente con las suposiciones sobre las cuales se basa el derecho original*”[56]

Con lo cual solo excepcionalmente cabria esa posibilidad, siendo hoy en día esa “excepción” de Dworkin nuestra regla.

[56] DWORKIN, R. (1989) Los derechos en serio. Barcelona, España. Editorial Ariel.

INDICE

AGRADECIMIENTOS……...…….Pág. 2

RESUMEN…….…….....……Pág. 3

ESTADO DE LA CUESTIÓN..……Pág. 4

INTRODUCCIÓN……..…….……..Pág. 6

CAPÍTULO I.

HISTORIA

1.- Introducción……..…….……..Pág. 9
2.- Grecia…….....Pág. 11
3.- La Antigua Roma……...Pág. 13
4.- Edad Media…….....Pág. 14
5.- España y Las Siete Partidas de Alfonso X…….Pág. 15
6.- Posmodernidad……...…Pág. 16

CAPÍTULO II.

CONCEPTOS

1.- Introducción……...…Pág. 19
2.- Concepto de Familia……..Pág. 19
3.- Poliamor…….Pág. 21
3.1.- Origen….……...Pág. 22
4.- *Queer*..……..Pág. 23
4.1.- Teoria *Queer*…….Pág. 24
4.2.- Heteronormatividad……...Pág. 25
4.3.- Interseccionalidad……..Pág. 25

CAPÍTULO III.

LA FAMILIA EN DISPUTA

1.- Introducción……Pág. 27
2.- El género en disputa……Pág. 28
3.- La Familia tradicional como actuación (*performance*)……...Pág. 30

4.- La crisis del Derecho de familia codificado, la judicialización de las relaciones de familia y el "derecho de familia de las familias"……...……...…Pág. 32
4.1.- El rol de la jurisprudencia bajo el realismo jurídico norteamericano y su influencia en el derecho de familia…….Pág. 35
5.- Modernidad, la reducción de la teoría General del Derecho a la dogmática jurídica y la relevancia del juicio axiológico del juez de familia…….....Pág. 38
5.- Conclusiones……...Pág. 41

CAPÍTULO IV.

CASOS ARGENTINOS E INTERNACINALES

1.- Introito casos Argentinos…….Pág. 43
1.2.- Análisis normativo……..Pág. 43
1.2.1.- Matrimonio……..Pág. 43
1.2.2.- Unión convivencial……..Pág. 45
1.2.3.- Filiación……...…Pág. 46
2.- Filiación "caso Juli" L. F. F. c/ S.C.O. s/ filiación Expte. N° 659/17 FILIACIÓN…….……Pág. 47
2.1.- Análisis del fallo……Pág. 48
3.- Casos internacionales…….Pág. 50
3.1.- Brasil……..Pág. 51
3.1.1.- El caso de Tupã (Primer relación de trieja en el mundo)…….....Pág. 51
3.1.2.- El Caso Carioca……...Pág. 51
3.2.- Colombia…….....Pág. 52
3.3.- Tailandia…….....Pág. 54
3.4.- Estados Unidos……...Pág. 54
CONCLUSIONES FINALES……...Pág. 56

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

Belluscio, A. C. (2004). *Manual de derecho de familia.* Buenos Aires: Astrea.

Borrillo, D. (2011). Por una teoria Queer del derecho de las personas y las familias. *Revista Direito Estado e Sociedade, Pontifícia Universidade Católica do Río de Janeiro.*, 27-51.

Butler, E., & Lourties, M. (1998). Actos performativos y constitución del género, un ensayo sobre fenomenología y teoría feminista. *Debate Feminista*, 297-314. doi:https://doi.org/10.22201/cieg.2594066xe.1998.18

Chaves De Farias, C., & Rosenvald, N. (2013). *Curso de direito civil: direito das famílias.* JUSPODIVM.

Chinoy, E. (1971). *Introducción a la sociología.* Buenos Aires: Paidós.

Dobriansky Weber, L. N. (1999). *Aspectos psicológicos da adoção.* Curitiba: Juruá.

Eribon, D. (2003). *Dictionnaire des cultures gays et lesbiennes.* Paris: Larousse.

Grimal, P. (2000). *El amor en la Roma Antigua.* Barcelona: Paidós.

Hobsbawn, E. (1995). *Historia del Siglo XX.* Buenos Aires: Crítica.

Louzan de Solimano, N. D. (1991). *Derecho de familia y matrimonio en Roma.* Buenos Aires: UFK.

Molina Molina, A. L. (1993). Aspectos de a vida cotidiana en "Las Partidas". *Glossae Eupean Journal of Legal History*, 171-186.

Peralta, M. L. (2015). Filiaciones Múltiples y familias multiparentales: la necesidad de revisar el peso de lo biológico en el concepto de identidad. *Derecho de Familia: Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia.*

Ramos, E. (2020). Efectos jurídicos del Formato Familiar PluriAfectivo (FFPA) o poliamoroso. Un desafío para la sociedad y para el derecho. *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones. IJ Editores*.

Saenz Matienzo, R. (2012). *Historia de la represión de la sexualidad.* Buenos Aires: Dunkén.

Saldivia, L. (2007). Sin etiquetas. *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 133-160.

Silva Santiago, R. (2015). *Poliamor e Direito das Famílias - Reconheciento e Consequências Jurídicas.* Curitiva: Juruá.

Steward, A. (1995). Rape? En E. Reeder, *Pandora, Women in classical Greece*. (págs. 74-90). Baltimore.: Princeton University.

Thalmann, Y.-A. (2008). *Las virtudes del poliamor. La magia de los amores múltiples.* Barcelona: Plataforma Editorial.

Werner, M. (1993). *Fear of a queer planet.* Minneapolis: University of Minnesota Press.