

FUERA DE TEMA

La poligamia y la pluriparentalidad en los
distintos ordenamientos jurídicos

La poligamia y la pluriparentalidad en los distintos ordenamientos jurídicos: un análisis comparado para incentivar la discusión sobre la familia plural

Juan David Jaramillo Manzano¹
dj.jaramillo1@gmail.com

Artículo de investigación recibido el 11/04/2022
y aprobado el 28/07/2022

Cómo citar este artículo:

Jaramillo, J. (2022). La poligamia y la pluriparentalidad en los distintos ordenamientos jurídicos. *Trans-Pasando Fronteras*, (19). <https://doi.org/10.18046/retf.i19.5379>

¹Estudiante de Derecho de 9 semestre de la Universidad Icesi, Cali, Valle del Cauca

Resumen

Si bien desde la constitución política de 1991, Colombia ha realizado grandes avances en materia de la protección de derechos, hay un aspecto en el derecho de familia que ha sido desatendido: la familia plural. Esta figura, compuesta por las esferas de la poligamia y la pluriparentalidad, ya ha visto importantes avances en otros ordenamientos jurídicos como lo son Brasil, Canadá y Estados Unidos; países que, ya sea por medio de una ley o mediante un precedente judicial, han logrado presentar una discusión que, con argumentos como la socioafectividad, o el mayor interés del menor, han sido resueltas en la aceptación de estas figuras en sus ordenamientos. Es momento de que, como lo hicieron estos países, Colombia empiece una discusión argumentada sobre el tema.

Palabras claves: *Poligamia, Pluriparentalidad, Familia plural, Socioafectividad, Derecho de Familia.*

Polygamy and pluriparentality in different legal systems: a comparative analysis to stimulate the discussion on the plural family



Abstract

Although Colombia has made great advances in the protection of rights since the 1991 Constitution, there is one aspect of family law that has been neglected: the plural family. This figure, composed by the spheres of polygamy and pluriparentality, has already seen important advances in other legal systems, such as Brazil, Canada and the United States; countries that, either by means of a law or through a judicial precedent, have managed to present a discussion that, with arguments such as socio-affectivity, or the greater interest of the minor, have been resolved in the acceptance of these figures in their systems. It is time that, as these countries did, Colombia begins a reasoned discussion on the subject.

Keywords: Polygamy, Pluriparentality, Plural Family, Socio-affectivity, Family Law.

Introducción

El concepto de familia ha evolucionado considerablemente con el pasar de los años. Pasamos de la figura clásica de un hombre y una mujer casados y con hijos, a familias homoparentales; sin hijos; sin necesidad del vínculo matrimonial e incluso familias de crianza. Pero, hay un tipo de familia que no se ha incluido en esta lista en el ordenamiento jurídico colombiano: la familia plural, en donde el matrimonio este compuesto por más de dos personas, independientemente de su género, y en donde los hijos tienen filiación con más de dos figuras paternas y/o maternas. El problema que trata mi investigación es la inclusión de estas familias plurales como figuras jurídicas en los distintos ordenamientos jurídicos, mediante un estudio que compara la forma en la que se ha tratado el tema en otros países.

Esta investigación es útil para las uniones poliamorosas, las cuales son un arreglo familiar común entre los miembros del colectivo LGTBIQ+ que ha sido totalmente desatendido por el derecho. Pues, al igual que una pareja tradicional entre dos individuos, las personas en relaciones plurales poseen el derecho a contraer matrimonio y a conformar familia si así lo desean. En la actualidad, el poliamor está sufriendo la misma desprotección por parte del ordenamiento jurídico que la homosexualidad sufría hace poco más de una década. La familia, el núcleo básico de la sociedad, es un concepto que aún es restrictivo, pues la forma en la cual se entiende sigue amoblándose exclusivamente a aquella figura tradicional, que desconoce todas las otras formas de familia que podemos encontrar en la sociedad contemporánea y, por lo tanto, este concepto deberá evolucionar.

El matrimonio plural y la pluriparentalidad son temas que no han tenido mayor discusión en Colombia, y en las contadas ocasiones en las que se ha discutido, ha sido de manera sumamente breve. Investigaciones similares a la mía han llegado a la conclusión de que la familia plural no es distinta de la homosexual (Santhanagopalan, 2018, p. 420) y es en parte gracias a estas que se ha logrado la aceptación de esta figura dentro de los ordenamientos jurídicos de sus respectivos países. Sin embargo, sigue siendo un terreno completamente inexplorado en el contexto colombiano y es por esto por lo que me interesa realizar esta investigación.

Estos avances ya se han podido lograr en países como Estados Unidos, en el cual se ha permitido que más de dos personas compartan la custodia de un menor. En Brasil se decidió que, debido a los lazos afectivos y en pro del mayor interés del menor, un niño puede tener filiación con más de dos padres y en donde tres o más personas pueden declarar su unión civil plural. También en Canadá, país en el cual ambas figuras existen en perfecta armonía con las demás formas de familia desde 2011. Es de estos tres países de los cuales más adelante expondré tanto decisiones judiciales como leyes y otras normas que fueron hitos en el desarrollo del concepto de familia al incorporar las figuras de la familia plural. En este texto presentaré las formas y los argumentos con los cuales se incorporó la figura de la familia plural en cada ordenamiento; analizaré los casos, sus decisiones y sus argumentos para determinar los puntos que más destacan en la discusión, para finalmente exponer mis conclusiones, con el objetivo de traer la discusión sobre la familia plural al territorio colombiano.

La situación jurídica de la familia plural en Brasil

En Brasil se han aceptado mediante distintos métodos las dos esferas de la familia plural que trato en este texto, pues mientras la pluriparentalidad fue incorporada al ordenamiento vía jurisprudencial, la poligamia ha tenido un acercamiento más burocrático, ya que se consiguió reconocerla desde el ejercicio notarial. No obstante, ambas figuras utilizaron argumentos similares para obtener su validez legal y del mismo modo guardan relación una con la otra, complementándose y desarrollándose juntas con el paso del tiempo.

La Pluriparentalidad en Brasil

La sentencia RE 898.060/SC del Supremo Tribunal Federal.

Los hechos del caso: Una joven se entera por medio de su madre que el hombre con el que ha convivido 18 años como su padre no es en realidad su padre biológico. Se entera de la identidad de su padre biológico, con el cual nunca había interactuado con anterioridad, y en razón de la situación decide demandarlo exigiendo el reconocimiento de la filiación con él, incluyendo, claro, todos los efectos (inscripción, nombre, alimentos, herencia, etc.). Como antes de este caso no se concebía la multiparentalidad en Brasil, el conceder las pretensiones de la demanda implicaría el desconocimiento total de la paternidad de su padre “socioafectivo” (quien la vino criando como su hija prácticamente desde su nacimiento), incluyendo el remplazo de este como padre figurante en el registro de nacimiento y todos los demás efectos.

Las pruebas científicas de ADN determinaron innegablemente que el demandado era efectivamente el padre biológico de la demandante. También quedó probada la relación socioafectiva del “otro padre” con la demandada, pues esta relación fue aceptada incluso por ella ante el juez. Como ambos tipos de paternidades fueron probados, el tribunal se vio en la necesidad de decidir cuál de los dos debía prevalecer en el caso.

En la contestación de la demanda el padre biológico alegó que la hija ya tenía otro “padre socioafectivo” desde hace muchos años, incluso registrado en su certificado de nacimiento, y como ya tenía un padre, sería imposible declarar una segunda paternidad. Además, alegó que como la hija ya era mayor de edad, era evidente que sus intenciones tenían carácter exclusivamente patrimonial, los cuales no deben prevalecer en una cuestión marcada por intereses existenciales. Así, la defensa del “padre biológico” solicitada la desestimación total de las pretensiones formuladas en la causa.

El juez de primera instancia concedió todas las pretensiones a la demandante, concediéndole la filiación con su padre biológico con todos sus efectos, incluyendo al mismo tiempo la determinación de alteración del registro de nacimiento para hacer el remplazo del padre. El demandado decidió apelar esta decisión. En segunda instancia el juzgado consideró infundadas las peticiones realizadas en la demanda por la hija y se revocó la primera decisión, negando la petición de la hija bajo el argumento de que habría una doble paternidad. Por lo tanto, el proceso sólo sería una declaración de descendencia genética, pero sin reconocerle obligaciones parentales al demandado.

Al enfrentarse a dos fallos tan alejados el uno del otro, la de-

mandante interpone una moción de reconsideración, y bajo este nuevo recurso el tribunal decidió reformar su propia sentencia, con el fin de dejar la decisión de primera instancia. Insatisfecho con la decisión, el demandado interpone recurso extraordinario para que el caso fuera revisado por el Supremo Tribunal Federal, con el objetivo de que este reformara la decisión por motivos de ofensa a los principios y normas constitucionales relativos a la familia y la paternidad, alegando que no se debería desconocer la relación socioafectiva existente, sino que solo se declarara la ascendencia genética, sin los efectos de la filiación. El recurso fue admitido y llegó al Supremo Tribunal Federal para producir la sentencia que hoy se está tratando.

La decisión: Al deliberar sobre el problema jurídico, el tribunal decidió desestimar el Recurso Extraordinario presentado por el padre biológico y mantuvo en firme la decisión que se había hecho en los tribunales inferiores, para reconocer la paternidad biológica con todos los efectos derivados. Sin embargo, el voto del juez ponente dejó clara la posibilidad de que esta paternidad biológica podría persistir, de forma acumulativa y concomitante, con la paternidad socioafectiva del otro padre. Al mantener simultáneamente tanto la paternidad biológica como la paternidad socioafectiva (y entendiendo que la filiación de la madre nunca estuvo en disputa) el fallo está expresamente permitiendo la multiparentalidad en el respectivo caso concreto.

Los argumentos que el tribunal tuvo en cuenta para tomar esta decisión fueron los siguientes: Primero, el referente al “derecho en busca de la felicidad”; un “derecho nuevo” en palabras del magistrado ponente derivado del principio de la dignidad humana, y según el cual “es el derecho el que debe plegarse a las voluntades

y necesidades del pueblo, y no al revés” (Fux, 2016). Segundo, tal vez de los más pesados, el del reconocimiento jurídico de la afectividad, el cual alega que las relaciones afectivas son de especial relevancia jurídica en el derecho contemporáneo, sobre todo cuando de derecho de familia se habla. Tercero, el magistrado ponente afirma que, bajo el ordenamiento brasileño, los vínculos socioafectivos están en igual categoría jerárquica que los vínculos biológicos. Cuarto, el principio parentalidad responsable consagrado en la constitución impone responsabilidad al padre biológico para con su hija, independientemente de su ausencia o de la presencia de otro padre. Finalmente, el tribunal llega a la conclusión de que la multiparentalidad es jurídicamente posible, en palabras del magistrado ponente “en los tiempos actuales, no tiene sentido pretender decidir entre lo afectivo y lo biológico cuando el interés superior del descendiente es el reconocimiento legal de ambos vínculos. (...) Por lo tanto, es de rigurosidad el reconocimiento de la doble filiación”.

La sentencia llega a esta última conclusión a través de un extenso estudio comparado, en el cual analiza casos de países como Estados Unidos y Canadá. También se menciona en la sentencia que “Es posible el reconocimiento jurídico de la existencia de más de una relación parental en relación con una misma persona, porque la Constitución no permite restricciones injustificadas a la protección de diversos modelos familiares”.

Esta sentencia crea para su país la siguiente tesis: “La paternidad socioafectiva, declarada o no en el registro público, no impide el reconocimiento de la filiación concomitante basada en el origen biológico, con los efectos legales adecuados”. Es una tesis innovadora, ya que engendró una nueva solución a esta situación, además de poseer un completo efecto vinculante que la hará ser

utilizada como precedente en casos posteriores. Al prever expresamente la pluralidad de lazos familiares, el Tribunal Supremo brasileño consagró un importante avance para el derecho de familia: el reconocimiento de la multiparentalidad

El recurso especial N° 1.608.005 - SC 2016/0160766-4

Los hechos del caso: Una pareja conformada por dos mujeres logra concebir un niño utilizando métodos de reproducción asistida. Normalmente en estos casos la persona que dona el material genético, ya sea un hombre o una mujer, renuncia a la paternidad del niño para que esta pase completamente a la pareja que recibe la donación, pero en este caso, ni la pareja ni el donante tienen intenciones de cortar estos vínculos, sino que, por el contrario, pretenden la inclusión del padre biológico en el certificado del nacimiento del niño, sin dejar de estimar la paternidad de ambas mujeres, compartiendo los tres la patria potestad del menor.

El caso es más complicado que la adopción pues “La adopción y la reproducción asistida heteróloga atribuyen la condición de hijo al adoptado y al niño resultante de la técnica conceptiva heteróloga; sin embargo, mientras que en la adopción se producirá la desconexión de los vínculos entre el adoptado y sus parientes consanguíneos, en la reproducción asistida heteróloga ni siquiera se establecerá el vínculo de parentesco entre el niño y el donante del material fecundante”. Por lo tanto, el donante del material genético no ha establecido ningún vínculo con el niño, al haber renunciado expresamente a la potestad familiar. Sin embargo, este donante a participado de la vida del menor y se puede decir que además de la relación biológica ya se ha formado una relación socioafectiva.

La decisión: La corte decidió otorgar la multiparentalidad del caso bajo la “hipótesis de no adopción”, es decir, ya que el padre biológico no pretende desconectar el menor, se entiende que no lo está dando en adopción, sino que funge como su legítimo padre, como bien reconoce en el certificado de nacimiento, entonces la madre que fue fecundada funge como su madre biológica y su pareja, la otra madre, pasa a ser reconocida como una madre socioafectiva. De esta forma, los tres logran figurar como padres del menor en su certificado de nacimiento.

El artículo 1593 del código civil de Brasil dicta lo siguiente: “El parentesco es natural o civil, conforme resulte de consanguinidad u otro origen”. El tribunal concluyó una nueva interpretación en la que la reproducción asistida y la paternidad socioafectiva constituyen un nuevo fundamento fáctico de incidencia del precepto “u otro origen” de esta norma, pues considera que los conceptos jurídicos de filiación y parentesco requieren una nueva interpretación, actualizada a la nueva dinámica social, para cumplir con el principio fundamental de preservar el interés superior del niño.

En esta sentencia se usó el precedente del caso RE 898.060/SC expuesto más arriba. Con este precedente se decidió que los efectos de la paternidad socioafectiva, declarada o no en el registro, permite implícitamente el reconocimiento del vínculo de filiación concomitante basado en el origen biológico. Y fue gracias a esos argumentos, y a la demostración de que se garantizaría el interés superior del menor, que la corte permitió la multiparentalidad en este caso sin que le representara mayor dilema.

La poligamia en Brasil

El 5 de mayo de 2011, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, profirió un fallo en el cual habilitó a las oficinas públicas notariales a celebrar uniones estables de parejas homosexuales. En otras palabras, después de ese día, las parejas homosexuales podrían acudir ante un notario a declarar de forma civil su unión solo con la comprobación de una “convivencia continua y duradera”, de forma bastante similar a como funcionan las uniones maritales de hecho en Colombia. El tribunal llegó a este fallo utilizando argumentos kelsenianos como: “lo que no esté jurídicamente prohibido, o lo que no sea obligatorio, está permitido” (Kelsen, 2005, p. 205), concluyendo que la unión estable homoafectiva debe regirse por las mismas reglas de la unión estable heteroafectiva, al tratarse de un asunto de derechos fundamentales.

Tiempo después, esta decisión serviría de precedente para que en 2012 sus argumentos fueran utilizados, esta vez, en un caso de unión poliafectiva. Dos mujeres y un hombre que llevaban una convivencia amorosa de seis meses (condición de tiempo suficiente para oficializar una unión estable en Brasil) lograron declarar ante una notaría su unión civil, esto gracias a que utilizaron los argumentos que dejó el precedente de 2011, los cuales fueron considerados como extensibles también a las relaciones poliafectivas. Este fue el primer caso de una unión civil poliamorosa en Brasil, más no fue el último. En 2015, otro trío formado por un hombre y dos mujeres que convivían en la misma casa, compartían gastos, mantenían una relación de “lealtad y compañerismo” desde hace más de tres años, e incluso compartían la custodia de un niño, también oficializaron su unión civil en Río de Janeiro.

La abogada y notaria Cláudia Nascimento Domingues, quien fue la responsable de estas uniones, tomó la decisión de extender la norma del fallo de 2011 considerando que “todos los principios y fundamentos de ese fallo pueden ser invocados también en la relación poliafectiva”. Pero aclaró que las cuestiones relacionadas con los hijos y su filiación deberán ser decididas por la justicia, evento que sucedió más tarde en 2016 con la sentencia RE 898.060/SC del Supremo Tribunal Federal; por lo que en el caso de la segunda familia, no solo adquirieron una unión civil estable oficial, sino que los tres miembros de esta unión pueden fungir como los padres legales del menor que tuvieron dentro de su relación.

Estas uniones oficialmente no se tratan de matrimonios, sino de una “escritura pública declaratoria de una unión poliafectiva estable” (CNN, 2012). En la práctica, la declaración no las habilita automáticamente a hacer declaraciones de renta juntas, ni a beneficiarse de planes de salud para cónyuges; sino que el documento registra las voluntades de las tres personas, con diversas cláusulas en las que se especifican detalles sobre pensión, reparto de bienes, planes de salud y separación.

Si bien el grado de integración de estas uniones no es muy fuerte, ya que se logran por declaración notarial y no mediante matrimonio, ni tampoco hay una ley que las regule de forma debida, es importante mencionar que el fallo de 2011, que permitió la unión civil homosexual, no solo sirvió de precedente para lo expuesto anteriormente, sino que ese mismo fallo fue utilizado como la base para que en 2013, el Consejo Nacional de Justicia de Brasil, aprobara de manera judicial el matrimonio homosexual en Brasil. Consideró que el siguiente paso lógico es, de la misma forma, la aprobación judicial del matrimonio poliafectivo, ya

que todos los argumentos se encuentran sobre la mesa y solo es cuestión de tiempo para que el debate se dé en las altas cortes brasileñas.

La situación jurídica de la familia plural en Canadá

El sentido y reconocimiento jurídico de la familia plural tuvo un revolucionario cambio el año 2011 en la provincia de la Columbia Británica, pues aquí se proclamaría la primera ley que reconocería y regularía tanto la esfera de la pluriparentalidad, como la de la poligamia. El Family Law Act de 2011 marcaría un antes y un después en la historia del concepto jurídico de familia en Canadá, y más aun con el desarrollo jurisprudencial que más adelante se le dio y que le ayudó a establecer una regulación más completa y con mayor protección en el asunto.

La pluriparentalidad en Canadá

Family Law Act, división 2

En 2011, en La Columbia Británica, Canadá, se formuló el Family Law Act, la cual entró en vigencia en 2013. Esta ley tenía el objetivo de realizar varias reformas a la legislación familiar de la provincia, cambios desde conceptos generales como los de “niño” o “familia”, hasta regulación del cuidado del menor, su propiedad privada e incluso su filiación. Uno de los cambios más relevantes de la ley se encuentra en su tercera parte, la cual trata del parentesco, pues en su división 2 podemos encontrar que, siempre que exista acuerdo entre las partes, el menor podrá tener más de dos

padres.

Esto se puede observar de manera clara especialmente en el artículo 30 de esta división, el cual traduzco a continuación:

Parentesco si hay otro acuerdo

30 (1) Esta sección se aplica si existe un acuerdo por escrito que

(a) se realiza antes de que el niño sea concebido mediante reproducción asistida,

(b) se haya celebrado entre

(i) un progenitor previsto o los progenitores previstos y una madre biológica potencial **que acepta ser progenitora junto con el progenitor o los progenitores previstos,** o

(ii) la madre biológica potencial, una persona casada o con una relación similar a la de la madre biológica potencial, y **un donante que acepta ser padre o madre junto con la madre biológica potencial y una persona casada o con una relación similar a la de la madre biológica potencial,** y

(c) establece que

(i) la posible madre biológica será la madre biológica de un niño concebido mediante reproducción asistida, y

(ii) **al nacer el niño, las partes del acuerdo serán los padres del niño.**

(2) En el momento del nacimiento de un niño concebido mediante reproducción asistida en las circunstancias descritas en el

apartado (1), **los padres del niño serán las partes del acuerdo.**

(3) Si se llega a un acuerdo como el descrito en el apartado (1) pero, antes de que se conciba el niño, una de las partes se retira del acuerdo o fallece, el acuerdo se considera revocado.

(Negrilla fuera de texto) (FLA, 2011, art. 30)

Como se puede apreciar en el texto en negrilla, esta norma está explícitamente permitiendo una relación de filiación entre un menor y tres o incluso más personas. La ley considera válido el acuerdo en el que los padres pactan ejercer conjuntamente la crianza de los niños con la madre biológica. También es posible el acuerdo en el que la madre portadora y su cónyuge o compañero acuerden ejercer la crianza de los hijos con el donante de material genético. Esta es la primera legislación en el mundo que incorpora dentro del ordenamiento jurídico de un país la multiparentalidad, aunque es de notar que solo lo permite en casos de adopción y principalmente de reproducción asistida; en temas de concepción mediante relaciones sexuales, como se puede dar por ejemplo en una relación poliamorosa, esta ley guarda silencio.

El primer caso en presentarse una multiparentalidad bajo el régimen de esta ley fue el de Della Wolf, una bebé nacida en Vancouver en 2014 quien en su certificado de nacimiento figuran como padres sus dos madres lesbianas y su amigo quien sería el padre biológico. Las dos mujeres están casadas y cuando decidieron tener un hijo inmediatamente pensaron un su amigo, pero afirman en una entrevista con CBC News, que siempre tuvieron intención de que la hija tuviera un padre que participara activamente y fuera una figura paterna, y no un simple donante (CBC, ca, 2014). Aunque el proceso no fue del todo sencillo, porque el

formulario en la plataforma online por la que regularmente se hace el registro civil en Canadá, no estaba actualizado a la nueva normativa, es decir, no contaba con el espacio para registrar un tercer padre, pero después de conseguir una abogada e ir a la agencia nacional del registro civil, Della se convirtió en la primera niña en La Columbia Británica con tres padres legales.

Numerables casos se han presentado después del de Della Wolf, y así mismo, muchos de estos casos han presentado ciertos problemas jurídicos, lo cual ha permitido una evolución de la norma y su aplicación con el paso del tiempo. Para ejemplificar lo anterior, mencionaré el caso de 2018 en el que, por falta de acompañamiento jurídico, una familia registró a las dos mujeres de la relación como madres de su hijo, con la intención de agregar posteriormente al donante de esperma como padre en el registro, sin ser conscientes de que no era posible, ya que, de acuerdo con el FLA, el acuerdo de parentalidad debe ser firmado antes de la concepción.

Al percatarse de su error, el trio presentó una petición ante la Corte Suprema de la Columbia británica, solicitando la adición del donante como padre en el registro de nacimiento del niño. La jueza MacDonald, quien atendió el caso, consideró que, si bien los padres incumplieron con lo dispuesto en la ley, es contrario al interés superior del niño, y a una interpretación liberal y purista del FLA, exigir a las partes un alto nivel de exigencia en la redacción de los acuerdos. Por lo tanto, decidió que el registro de nacimiento del menor debería reflejar las intenciones de sus padres y el hombre debe ser añadido como padre en registro de nacimiento.

La laguna en el Family Law Act

Como mencioné anteriormente, el FLA, pese a ser un significativo e importante avance para el reconocimiento jurídico de la familia plural, en ciertos puntos puede quedarse corto. El FLA en su división que trata sobre parentalidad, contempla la posibilidad de realizar un acuerdo en el cual se decida que un menor tendrá en su registro de nacimiento a más de dos padres registrados, el problema de esto es que la ley solo prevé los casos en los que el menor fue concebido mediante técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial, alquiler de útero, etc.), o en los casos de adopción, como regula en los artículos 25 y superiores. Pero la ley no previó la posibilidad de que un niño pudiera ser concebido mediante relaciones sexuales y al mismo tiempo tener más de dos padres.

La jueza de la Corte Suprema de La Columbia Británica, Sandra Wilkinson, se percató de esta desatención por parte del legislador hacia las relaciones poliamorosas y en una sentencia escribió: “Considero que existe una laguna en el FLA con respecto a los niños concebidos mediante relaciones sexuales que tienen más de dos padres”. Esta sentencia trata sobre una relación poliamorosa compuesta por dos mujeres y un hombre que dos años después de iniciada concibieron un hijo. El problema era que solo figuraban como padres el hombre y la madre biológica, mientras la segunda madre no tenía calidad sino meramente de guardiana.

Si el menor hubiera sido concebido mediante reproducción asistida, los tres miembros de la relación poliamorosa podrían haber llegado a un acuerdo para ser declarados todos padres, en virtud del FLA, pues desde antes del nacimiento el trío ya había

tomado la decisión de que la mujer que no formó parte de la concepción sería una “madre completa” para el niño (es decir, con todos los derechos y deberes de la parentalidad), incluso esta mujer llegó al punto de inducirse la lactancia y fue la primera en amamantar al bebé; era clara la relación afectiva que esta mujer tenía con el menor el cual consideraba su hijo.

Sin embargo, esta opción no estaba abierta para un niño nacido mediante relaciones sexuales, pues el FLA guarda total silencio en este tema, volviéndolo imposible. No obstante, Wilkinson consideró que una distinción legal entre esa mujer y los otros dos miembros de la relación “puede crear una inequidad entre sus roles que impactaría negativamente en la vida del niño.”

Finalmente, la jueza Wilkinson llegó a la conclusión de que el artículo 26 del FLA poseía cierto grado de inconstitucionalidad, al desconocerle el derecho a la igualdad a las familias poliamorosas. Así mismo consideró que el tener a los tres miembros de la relación como padres legales sería lo más beneficioso para el mejor interés del niño, tanto por razones económicas, pues el menor se vería inscrito en el plan de salud laboral de la segunda madre, como por razones psicológicas, pues encontraría un hogar más equilibrado y con mayor apoyo moral. Por lo tanto, en su decisión la jueza ejerció su *Parens Patriae* y ordenó a la Agencia de Estadísticas Vitales de la Columbia Británica que modificase el registro de nacimiento del menor, incluyendo a los tres miembros de la relación poliamorosa como padres legales del menor.

Esta sentencia fija el precedente que era necesario para com-

pletar el FLA de 2011 en cuanto a parentalidad, y así poder crear un significativo paso en el avance del reconocimiento jurídico de la familia plural, alejándose cada vez más de la anterior concepción tan restrictiva de familia, y logrando perfeccionar un concepto más adecuado a la realidad social que se percibe hoy en día tanto en Canadá como en el mundo.

La poligamia en Canadá

Family Law Act, artículo 3

El Family Law Act de la Columbia británica, además de incluir en el derecho canadiense la pluriparentalidad, también incluye las relaciones poliamorosas. Esta ley permite a un adulto mantener más de una relación conyugal en un momento dado, y solicitar órdenes de manutención conyugal, la división de los bienes familiares y la asignación de la deuda familiar contra todos esos cónyuges.

El artículo 3 de esta ley define al cónyuge de la siguiente forma:

Cónyuges y relaciones entre cónyuges

3 (1) Una persona es cónyuge a los efectos de esta Ley si la persona

(a) está casada con otra persona, o

(b) ha convivido con otra persona en una relación de tipo matrimonial, y

(i) lo ha hecho durante un periodo continuado de al menos 2 años, o

(ii) excepto en las Partes 5 [División de la Propiedad] y 6 [División de la Pensión], tiene un hijo con la otra persona.

(FLA, 2011, art. 3)

En este artículo se puede apreciar que la definición no limita de ninguna forma a las personas a tener un solo cónyuge. Este patrón en la definición no se ve interrumpido en ningún otro de los artículos de la extensa ley, por lo que se puede concluir que una persona puede tener varios cónyuges; aunque hay que aclarar que el término “cónyuge” no se limita a una persona con la que se tiene una relación matrimonial, pues un matrimonio sigue siendo entre solo dos personas.

En consecuencia, aunque una relación conyugal sólo puede existir entre dos personas, una persona puede mantener varias relaciones conyugales al mismo tiempo. Esta interpretación de la ley se ha aceptado sin problema alguno y esto ha dado lugar a la conformación de relaciones en las cuales hay varios lazos conyugales simultáneamente, más no se permiten varios lazos conyugales por parte de una misma persona. Una persona puede estar casada con otra y al mismo tiempo tener una relación sentimental con una tercera y está a la vez guarda una relación sentimental con el cónyuge de la primera, pero no está casada con ninguna de los dos; pese a la ausencia de ese matrimonio, la tercera persona es considerada una cónyuge para efectos prácticos legales de la relación, como lo son pensión o división de bienes. (Boyd, 2017, p. 52)

La ley acepta a todos los miembros de la relación como cónyuges, y tanto cónyuges casados como no casados tienen derecho a compartir los bienes familiares y son responsables de las deudas familiares en virtud del artículo 81 de la ley. Todos los cónyuges tendrían derecho a los bienes familiares y serían responsables de las deudas familiares; en el momento de la separación, todos los cónyuges tendrían derecho a un interés indiviso igual en los bienes familiares; y, en el caso del fallecimiento de un cónyuge, todos los demás tendrían derecho al reconocimiento de una pensión conyugal.

La situación jurídica de la familia plural en E.E.U.U.

La familia plural en Estados Unidos ha sido un tema de alta discusión durante mucho tiempo, principalmente debido a las grandes concentraciones de comunidades mormonas que residen en el país. Aún con esto, los avances a nivel nacional que se han tenido respecto del tema han sido mínimos, pues son muy pocos Estados los que han dado pequeños pasos hacia el reconocimiento de esta figura. No obstante, sí se han producido algunos cambios significativos en la normatividad de algunos Estados en el país.

La pluriparentalidad en E.E.U.U.

Family Code (California)

En el Estado de California el proceso para determinar si un menor tendrá filiación pluriparental está en potestad de los tri-

bunales, que se centran a la hora de fallar en favor del mejor interés del niño, realizando una interpretación dedicada desde un enfoque de las necesidades funcionales económicas y psicológicas del niño. Esto está regulado en el artículo 7612 del código de familia de California, el cual en su literal c dicta lo siguiente:

(c) En una acción apropiada, un tribunal puede determinar que más de dos personas con una reclamación de filiación en virtud de esta división son padres **si el tribunal considera que reconocer sólo a dos padres sería perjudicial para el niño**. Para determinar el perjuicio para el menor, el tribunal considerará todos los factores relevantes, incluyendo, pero sin limitarse a, el daño que supondría retirar al menor de una colocación estable con un progenitor que ha satisfecho las necesidades físicas del menor y sus necesidades psicológicas de cuidado y afecto, y que ha asumido ese papel durante un periodo de tiempo considerable. La constatación de un perjuicio para el menor no requiere la constatación de la falta de idoneidad de ninguno de los progenitores o personas con derecho a la filiación.

(negritas fuera de texto) (Family Code, 2013, art. 7612)

Esta norma permite que los tribunales reconozcan los modelos multiparentales si se comprueba que el establecimiento de la calidad de padres a solo dos personas resultaría perjudicial para el niño, como se puede apreciar en el aparte señalado en negrilla. Es el juez quien determina la situación específica de un niño para determinar si en verdad es necesario el reconocimiento de una filiación pluriparental, teniendo en cuenta la calidad de vida del menor desde una perspectiva de manutención económica y también de apoyo psicológico y afectivo que el menor perdería en el caso en el cual solo se le reconocieran dos padres legales.

En la discusión que se llevó a cabo en el congreso para la sanción de esta ley se dijo que “la mayoría de los niños tienen dos padres, pero en raros casos, los niños pueden tener más de dos, es la intención del legislador que este proyecto de ley solo se aplique en el caso raro en que un niño realmente tiene más de dos padres” (Legislatura Estatal de California, 2013); de esta aclaración se entiende que se debe hacer un análisis casuístico detenido, ya que la ley permite la pluriparentalidad en casos verdaderamente necesarios. Son las cortes quienes reconocen a las familias multiparentales y regulan sus dinámicas.

La ley se promulgó a raíz de la sentencia del Tribunal de Apelación de California en un caso en el cual una niña fue colocada en un orfanato después de que su madre biológica fuera a prisión, ya que ella era la única que figuraba como padre en el registro de nacimiento de la menor. El padre biológico de la niña siempre estuvo ausente en la vida de la menor, y no era un padre presunto de acuerdo con la ley porque nunca estuvo casado con la madre. La defensa intentó evitar la decisión de enviar a la niña a un orfanato argumentando que la madre estaba casada con una mujer y que esta última figuró en la vida de la niña como una madre desde su nacimiento. El tribunal comprendió la situación de la menor y advirtió la necesidad de un régimen que la protegiera, pero concluyó que dichos asuntos eran potestad del legislador, por lo que su decisión finalmente fue enviar a la niña a un orfanato, no sin incluir una invitación al legislador a analizar el caso y a reformar la ley para evitar situaciones similares en el futuro (Boyd Law Suit, 2015); el legislador atendió la invitación y proclamó esta norma, la cual entró en su totalidad en vigencia en enero de 2020 (Family Code, 2013, art. 7612).

Dawn M. v Michael M. (Nueva York)

Los hechos del caso: la señora Dawn M. y el señor Michael M. contrajeron matrimonio en 1994. La pareja deseaba procrear un niño, pero esto les resultaba imposible mediante métodos de relaciones sexuales convencionales, por lo que decidieron acudir a la reproducción asistida por inseminación artificial utilizando material genético de ambos. Este proceso tuvo éxito en producir un embarazo, pero se produjo un aborto espontáneo en la décima semana de gestación.

Tiempo después conocen a la señora Audria G. quien se vuelve muy amiga de los dos y deciden que vivirán los tres juntos en 2004. La relación de los tres fue evolucionando al punto en el cual se consideraban una familia. A raíz de esto surgió la idea de intentar de nuevo la reproducción asistida, pero esta vez con Audria como la responsable de la gestación del bebé, pero el médico que iba a realizar el proceso se negó alegando que Michael y Audria no estaban casados. En vista de esta situación deciden que Michael y Audria intentarían procrear mediante relaciones sexuales convencionales, y acuerdan que, en caso de concepción, los tres, Michael, Dawn y Audria serían juntos los padres del bebé.

En 2007 nace el niño fruto de esta relación. Los cuatro vivían juntos y Audria y Dawn compartían todas las responsabilidades como madres turnándose en el despertar nocturno para cuidar al bebé y para llevarlo al médico etc. Así mismo, Michael cumplía con sus responsabilidades como padre.

En 2008 la relación entre Michael y Dawn empieza a deteriorarse y deciden terminar la convivencia en el mismo hogar. Como consecuencia de esto Dawn opta por mudarse con Audria a otra

casa y se llevan al niño a vivir con ellas. En el año 2011, Michael inicia acción de divorcio contra Dawn. A su vez, Michael inicia contra Audria acción judicial en relación a la custodia y cuidado del menor, desconociendo a Dawn como madre del niño.

Luego de procesos judiciales, llegan al acuerdo de que el menor quedaría bajo la custodia residencial de Audria y que Michael tendría visitas liberales a favor del niño. Dawn, a pesar de convivir en el hogar con el niño, quedo por fuera de ese acuerdo por lo cual inicia acción de custodia del menor al cual crio como su hijo. Esta acción de custodia es el caso sobre el cual debe decidir el tribunal.

La decisión: para fallar, el tribunal se ubica desde la óptica de los derechos del menor, y tienen en cuenta el interés superior del mismo. En el proceso se prueba que Dawn ha estado presente en la vida del niño desde incluso antes de su nacimiento, proveyéndolo, junto con los dos padres, con todos los insumos necesarios para su desarrollo, como lo son gastos de salud, alimentación, educación, etc. Del mismo modo se señaló que el niño considera tanto a Audria como a Dawn sus madres, y para referirse a ellas ante el tribunal solo las diferenció por el color de los vehículos que conducen, sin categorizar a una por encima de la otra.

El tribunal consideró que el menor amaba tanto a su padre como a sus madres, y que el alejamiento de Dawn lo devastaría. Por lo tanto, se llegó a la conclusión de que el interés superior del niño se vería favorecido si se concediera la solicitud de Dawn de una custodia legal compartida con el marido, al considerar que Dawn, Michael y Audria pueden llevarse y se llevarán bien como lo han hecho en el pasado. La concesión de la ayuda solicitada por

Dawn mantendría la estabilidad psicológica del niño. Se concedió la triple custodia a los tres progenitores para que sigan actuando en el interés superior del menor y puedan cooperar en la toma de decisiones importantes, como la salud, la educación y el bienestar,

La poligamia en E.E.U.U.

Brown vs State

Kody Brown se encontraba en una relación poliamorosa con cuatro mujeres a las que llamaba sus esposas, y estas entre ellas se llamaban “esposas hermanas”, la relación era totalmente consentida por todas sus partes y todos en ella afirmaban estar felices con la situación; incluso Brown tiene hijos con cada una de sus esposas. El canal de televisión TLC se interesó en la situación y decidió que sería buena idea filmar un programa estilo documental acerca de la vida de esta familia, a lo cual ellos accedieron. Pero cuando el programa “Sister Wives” se estrenó, la policía de Utah comenzó una investigación en contra de Brown por el delito de bigamia, el cual podría representarle hasta 20 años de prisión para él y 5 para cada esposa.

Inicialmente, Brown alegaba que su conducta no era típica del delito, pues el único matrimonio legal que tenía era con su primera esposa, mientras con las otras tres, a pesar de llamarlas sus esposas, solo tenía una unión libre. Este argumento no fue suficiente para la corte, pues de todas formas interpretó que todas esas uniones contaban como matrimonios para efectos de la condena. Brown, descontento con la sentencia, decide apelar.

En la apelación, Brown comienza alegando que la interpre-

tación de todas sus relaciones como matrimonio con el objetivo de condenarlo era excesiva, injustificada e inconstitucional. Pero este no fue el argumento que definiría su absolución del delito, pues también añadió que la misma ley que prohibía la bigamia era, en sí, inconstitucional. Brown acudió al precedente judicial que dejó el caso *Lawrence vs Texas*, caso hito que consiguió la despenalización del matrimonio homosexual en el Estado de Texas en el año 2003. Extendiendo la norma que decía que lo que hagan las personas en su habitación en un ámbito sexual está fuera del alcance del Estado. Prohibiendo así que el Estado “imponga sanciones penales por la conducta sexual íntima en el hogar”.

Con este argumento, Brown no solo fue declarado inocente de sus cargos, sino que también logró que la corte despenalizara en cierta medida la poligamia en el Estado de Utah, pues era inconstitucional que el Estado criminalice la conducta sexual consentida entre adultos no casados. Esta norma no es una regulación de la poligamia como las que se expusieron en capítulos anteriores, pero es el mayor avance que se ha logrado hasta el momento en Estados Unidos, y deja el camino preparado para normas más completas sobre la familia plural en un futuro.

Conclusiones

Se puede apreciar que los países aquí estudiados han realizado significativos avances en busca de una actualización del concepto de familia a las realidades sociales que se presentan tanto en sus contextos jurídicos, políticos y territoriales como en el mundo. El lugar analizado en este texto con los avances más significativos es sin duda Canadá, concretamente en la provincia de la Colum-

bia Británica, pues en este ordenamiento jurídico podemos encontrar una ley que regula y concede derechos y protecciones a la figura de la familia plural, tanto en la esfera de la poligamia, como la de la pluriparentalidad. Por el otro lado, el territorio menos avanzado en temas de familia plural es Estados Unidos, pues si bien permite la pluriparentalidad, esta no puede ser declarada sino que debe ser probada necesaria; De igual manera, la poligamia no es regulada en ninguno de los 50 Estados del País, siendo el mayor avance que se ha logrado en el tema la despenalización de la figura en el Estado de California, en el cual no se permite un matrimonio plural, sino que dejaron de castigarse las uniones libres poliamorosas.

Desde otro ángulo, se puede notar que, de las dos esferas que componen la familia plural, la de la pluriparentalidad es la que mayor aceptación, regulación y protección ha tenido de forma general en los ordenamientos estudiados. Contando con una ley que la regule tanto en Canadá como en Estados Unidos, y una inclusión mediante precedente judicial en Brasil. En cambio, la poligamia solo está legalmente regulada en Canadá, mientras en Brasil ni si quiera existe una regla jurisprudencial que la permita, sino una simple declaración de la unión ante un notario; y en Estados Unidos la figura está tan desprotegida que la mejor situación que tienen es que esas relaciones no son consideradas un delito. Esta divergencia tan marcada en cuanto el alcance normativo entre ambas esferas posiblemente se deba a la prioridad que el ordenamiento jurídico les concede a los derechos de los niños, pues dado que la pluriparentalidad es un tema que, si bien no es la regla, trae intrínsecos los derechos de los niños, por lo que pudo beneficiarse de una evolución más pronta.

Los argumentos principales que lograron llevar la discusión hasta una resolución que fuera satisfactoria de los derechos de la familia plural fueron los de la adaptación del derecho a la realidad social, la atención a las relaciones socioafectivas, y la protección del mayor interés del menor. Estos argumentos logran conformar una sólida defensa en favor de la familia plural por la fuerte relación que guardan entre sí. Pues el derecho se tiene que adaptar a la realidad social para garantizar la felicidad de las personas, esta felicidad a su vez se origina, en este contexto, de las relaciones socioafectivas que las personas crean unas con otras al momento de decidir conformar familia, y es a su vez por medio de estas relaciones socioafectivas que las familias garantizan el mayor interés del niño.

Finalmente, considero fundamental resaltar el relevante papel que juega la jurisprudencia dentro del debate por el reconocimiento de la familia plural. Para empezar, un precedente en un caso hito puede convertirse en una fuente principal de inclusión de la figura de la familia plural en el ordenamiento de un país, como pasó en Brasil con la pluriparentalidad, o en Estados Unidos con la pluriparentalidad en Nueva York, y la despenalización de la poligamia en Utah. Adicionalmente, la jurisprudencia es una herramienta imprescindible para la complementación de las normas ya existentes, pues se puede ver reforzado un precedente, incluso añadiéndole aspectos que el anterior no tuvo en consideración, como fue el caso en Brasil con las pluriparentalidad; o también se puede ir más allá y con una norma jurisprudencial se puede presentar una interpretación de una ley que en principio parecía estar incompleta, pero después de la jurisprudencia presenta una regulación más adecuada a la aplicación práctica, como ocurrió con el FLA de la Columbia Británica en el asunto de la pluriparentalidad.

Con todos estos argumentos y herramientas se puede lograr una concepción del concepto de familia que se adecúe completamente a la realidad que se vive actualmente en el mundo, consiguiendo una regulación que abarque exitosamente todas las necesidades y eventualidades de esta figura tan nuclear en el derecho mundial. Por lo tanto, realizo una invitación a la comunidad académica colombiana, así como a los grandes doctrinantes, los jueces y los miembros del órgano legislador, a que comiencen una discusión que traiga consigo el debate de la familia plural, pues considero que la falta de regulación de esta figura es un vacío dañino en el derecho colombiano.

Referencias

Bix, B. (2008). The Bogeyman of Three (or More) Parents. Minnesota Legal Studies Research Paper No. 08-22, 1-11. disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1196562>

Boyd Law Suit. (2015). Boyd Law Successfully Achieves One of California's First Rulings Under New "Three Parent Law". San Diego. Recuperado de <https://www.boydlawlosangeles.com/boyd-law-successfully-achieves-one-of-californias-first-rulings-under-new-three-parent-law/>

Boyd, P. (2017). Polyamorous Relationships and Family Law in Canada. Quebec: Canadian Research Institute for Law and the Family. Disponible en <http://dx.doi.org/10.11575/PRISM/34641>

Chaves, M. (2014). Famílias mosaico, socioafetividade e Multiparentalidade: breve ensaio sobre as Relações parentais na pós-modernidade. Brasília: IX Congresso Brasileiro de Direito de Família.

Corte Constitucional de Colombia. (27 de febrero de 2019). Sentencia C-085-19. [MP Cristina Pardo Schlesinger]

D'vera Cohn et al., Barely Half of U.S. Adults Are Married – A Record Low, PEW RES. CENTER (Dec. 14, 2011).

Davis, A. (2009). Regulating Polygamy: Intimacy, Default Rules, and Bargaining for Equality. 110 Columbia Law Review 1955 (2010), Washington U. School of Law Working Paper No. 09-09-01, Women, Gender & Sexuality Studies Research. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1480906>.

Delgado, M. (2017) Responsabilidade civil por violação do direito fundamental à busca da felicidade: reflexões sobre um novo dano. São Paulo: IASP. ISBN 978-989-8891-39-6

Instituto Colombiano De Bienestar Familiar – ICBF. Concepto 66 del 1 de junio de 2015. Santafé de Bogotá.

Jacobs, M. (2007). Why Just Two? Disaggregating Traditional Parental Rights and Responsibilities to Recognize Multiple Parents. *Journal of law & famil y studies*. 9. 309-339, Forthcoming, MSU Legal Studies Research Paper No. 05-04, Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1012333>

Kelsen, H. (1934). *Teoría pura del derecho: Introducción a la ciencia del derecho* (4a. ed.). Santafé de Bogotá: Unión Ltda. ISBN: 6079014696

Legislatura Estatal De California. (2013). Senate Bill No. 274. Sacramento.

Lewis, M. (2016). Biology, genetics, nurture, and the law: the expansion of the legal definition of family to include three or more parents. *Nevada Law Journal*. 16:743. 744-773. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2767137>

Martín M. (31 de agosto de 2012). “¿Una pareja de tres? Sí, en Brasil se «casó» un trío”. CNN en español. Recuperado de <https://cnnspanol.cnn.com/2012/08/31/una-pareja-de-tres-si-en-brasil-se-caso-un-trio/>

Marvel, S. (2016). The Evolution of Plural Parentage: Applying Vulnerability Theory to Polygamy and Same-Sex Marriage. *Osgoode Legal Studies Research Paper*. 12. 2048-2087. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2800522>

Parlamento de la Columbia Británica. (24 de noviembre de 2011). Family Law Act. [SBC 2011, c 25]. DO: Queen's Printer, Victoria, British Columbia, Canada

Rolfesen, C. (6 de febrero de 2014). "Della Wolf is B.C.'s 1st child with 3 parents on birth certificate". CBC.ca. Recuperado de <https://www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/della-wolf-is-b-c-s-1st-child-with-3-parents-on-birth-certificate-1.2526584>

Santhanagopalan, R. (2018). Menage what: The fundamental right to plural marriage. *William & Mary Journal of Women and the Law*, 24(2), 415-[x].

Casos citados

Supremo Tribunal Federal. Brasil. (21 de septiembre de 2016). Recurso Extraordinario 898.060/SC. [MP Luiz Fux]

Superior Tribunal de Justicia. Brasil. (14 de mayo de 2019). Recurso Especial N° 1.608.005 - SC (2016/0160766-4). [MP Paulo De Tarso Sanseverino]

Supreme Court Of British Columbia. Canadá. (23 de abril de 2021) British Columbia Birth Registration No. 2018-XX-XX5815, 2021 BCSC 767. [MP Sandra Wilkinson]

Supreme Court, Suffolk County. Estados Unidos. (8 de marzo de 2017). Dawn M. v Michael M. 47 N.Y.S.3d 898. [MP H. Patrick Leis III]

United States Court of Appeals for the Tenth Circuit. Estados Unidos. (11 de abril de 2016) Brown v. Buhman, No. 14-4117. [MP Scott M. Matheson, Jr.]

