

DERECHO CIVIL

El afecto como elemento estructurante de las relaciones de familia. Su incidencia sobre los contornos de la legítima y expansión de la vocación sucesoria

POR **GUILLERMINA ZABALZA** (*) Y **MARÍA VICTORIA SCHIRO** (**)

Sumario: I. Palabras de apertura.- II. La afectividad y el Derecho de familias.- III. La sucesión: la transmisión de derechos por causa de muerte. La vocación sucesoria en el sistema normativo y sus posibles contracciones ante el devenir de la socioafectividad.- IV. Proyecciones de la afectividad en el derecho sucesorio.- V. Cierre.- VI. Referencias.

Resumen: la socioafectividad o parentesco social afectivo en el Derecho de Familias irrumpe en el Derecho Sucesorio deconstruyendo la idea de que la legítima se basa en el afecto presunto entre determinados miembros de la familia según las nociones de parentesco captadas normativamente. Si el afecto es un elemento estructurante de las relaciones intrafamiliares, pasando de ser un elemento sociológico a tener hoy fuerza normológica, esto trasciende el Derecho sucesorio. Entonces, se da el traspaso del afecto presunto al afecto real; encauzándose esta realidad a través del desarrollo de la autonomía de la voluntad y solo ante la ausencia de ésta cabe aplicar supletoriamente lo previsto en la norma. Esta construcción de vínculos desde la autonomía se plasma desde la perspectiva de la sucesión como un mecanismo de planificación sucesoria, tanto directamente a través de los pactos de convivencia como indirectamente a partir de la construcción de vínculos de parentesco que reconozcan su fuente en la socioafectividad.

Palabras claves: socioafectividad – derecho de familias – derecho sucesorio

Affection as a structuring element of family relationships. its impact on the contours of the legitimacy and expansion of the succession vocation

***Abstract:** socio-affectiveness or social-affective kinship in Family Law breaks into Inheritance Law, deconstructing the idea that legitimacy is based on the presumed*

(*) Doctora en Derecho. Magister en Derecho Privado. Prof. Titular de Derecho de Familias y Derecho sucesorio, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires (UNICEN).

(**) Doctora en Derecho. Magister en Derecho Privado. Prof. Titular de Derecho Sucesorio y Derecho de familias, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires (UNICEN).

affection between certain members of the family according to the notions of kinship captured normatively. If affection is a structuring element of intra-family relationships, going from being a sociological element to having normological force today, this transcends inheritance law. Then, the transfer from presumed affection to real affection occurs; This reality is channeled through the development of the autonomy of the will and only in the absence of this can the provisions of the norm be applied additionally. This construction of links from autonomy is reflected from the perspective of succession as a succession planning mechanism, both directly through coexistence pacts and indirectly through the construction of kinship ties that recognize their source in socio-affectiveness.

Keywords: *socio-affectiveness – family law – inheritance law*

I. Palabras de apertura

Este trabajo retoma la ponencia presentada en el año 2022 en las *XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (1) en la Comisión 8, sobre “*Mecanismos de Planificación Sucesoria. Pacto sobre herencia futura. Empresa familiar*”, oportunidad donde consideramos que la socioafectividad o parentesco social afectivo que se desarrolla y reconoce en el Derecho de Familias, irrumpe en el Derecho Sucesorio deconstruyendo la idea de que la vocación hereditaria y legítima se basan en el afecto presunto entre determinados miembros de la familia según las nociones de parentesco captadas normativamente. Si el afecto es un elemento estructurante de las relaciones intrafamiliares, pasando de ser un elemento sociológico a tener hoy fuerza normológica, esto trasciende el Derecho sucesorio.

De esta manera, se da el traspaso del afecto presunto al afecto real; encauzándose esta realidad a través del desarrollo de la autonomía de la voluntad y el reconocimiento de realidades que desde la noción de protección constitucional de familia requieren nuevos despliegues de tutela desde la perspectiva de la propiedad. Esta construcción de vínculos desde la autonomía se puede materializar en la sucesión a través de mecanismos de planificación sucesoria, tanto directamente a través de los pactos de convivencia como indirectamente a partir de la construcción de vínculos de parentesco que reconozcan su fuente en la socioafectividad.

En esta profundización sobre la temática ponemos en consideración la posibilidad de que además de los mecanismos de planificación sucesoria existentes para la creación de vocación hereditaria, podamos trascender este análisis y contemplar

(1) Realizadas en Mendoza los días 23, 24 y 25 de septiembre de 2022. <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/>

supuestos de la realidad que interpelan el sistema normativo, de modo tal que la socioafectividad sea fuente generadora de la vocación hereditaria intestada. Un abanico de interrogantes se suscita ante una realidad maravillosamente cambiante, que hace que antiguas estructuras se conmuevan en aras de la construcción de nuevas respuestas jurídicas.

Por ello, en el desarrollo de este trabajo proponemos, reflexionar sobre la socioafectividad, interrogándonos sobre sus alcances sociológicos, normológicos y axiológicos, escenario en el que resulta clave poder discernir si su creciente reconocimiento jurídico podrá trascender y convertirse en una una nueva fuente de vocación hereditaria intestada.

II. La afectividad y el Derecho de familias

En la actualidad observamos que las familias asisten a un proceso de continua “desencarnación”, o sea, el debilitamiento del elemento carnal o biológico en beneficio del elemento psicológico y afectivo como constitutivo de vínculos jurídicos de carácter familiar” (Kemelmajer de Carlucci, 2014). El concepto de socioafectividad trasciende en todo el Derecho de familias, percibiéndose una de sus repercusiones más contundentes en el instituto de la filiación y del parentesco. En tal sentido, se advierte que

La socioafectividad como principio transversal cruza todo el derecho de las familias y, en consecuencia, desborda y va más allá de los aspectos meramente filiales (ello sin desconocer su impacto superlativo en este campo, así como su ineludible conexión con el interés superior del niñx (2)). De allí que cabe considerar su gravitación cada vez más presente y rupturista dentro del derecho de las familias, es decir, como “aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. (Salituri Amezcua y Videtta, 2021, p. 3).

Coincidimos con Herrera cuando indica que pocos términos son tan gráficos en su denominación, observándose que la

Socioafectividad es la conjunción de dos elementos que lo integran y que hacen que lo fáctico sea lo esencial: lo social y lo afectivo; cómo lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social y cómo lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos. A la vez, ambas ideas interactúan entre sí. (Herrera, 2014, p. 2).

(2) Nota de la editora: se mantuvo el término niñx conforme la cita textual.

Se advierte esta conjunción constante en la dinámica de la afectividad, constituyendo un aspecto íntimo *más* una proyección social, que se exterioriza en los cuidados, la atención, el trato dispensado, apoyos tanto emocionales como materiales (Salituri Amezcua y Videtta, 2021, p. 3).

Si bien la filiación y las relaciones que se materializan desde la perspectiva filial y las relaciones parentales son expresión constante de la presencia de la afectividad en figuras tales como la del progenitor afín, la delegación de la responsabilidad parental, la guarda a parientes, la adopción y las técnicas de reproducción humana asistida, advertimos que los alcances del afecto como elemento estructurante del derecho de familias trascienden hoy en múltiples relaciones intrafamiliares, tanto en las relaciones de pareja, como en el reconocimiento de nuevos matices familiares. No obstante, su mayor trascendencia hoy podemos hallarla en lo que hemos conocido como filiación por naturaleza, la que ante este innovador elemento parece deconstruirse de modo tal que deja de ser lo que era para comenzar a ser un nuevo instituto penetrado por una fuente complementaria como es el afecto.

La denominación “socioafectividad” emerge en el Derecho brasilero poniendo en crisis el Derecho filial centrado en la biología, migrando hoy su denotación al resto de las relaciones intrafamiliares y penetrando de manera particular en el Derecho argentino. En tal sentido,

La filiación no consiste solo en el nacimiento, ni tampoco en la descendencia genética. Es algo mucho mayor y más profundo, que es plantado y fortificado en el cotidiano, en los días que pasan, en el crecimiento y en la vivencia conjunta. Padres son, para los hijos, aquellos que los alimentan, amparan, abrazan y protegen. La paternidad sociológica, que se basa en la posesión de estado de hijo, es una construcción diaria, consolidada en el afecto, y es a través de esa noción que se verifican lazos que unen los padres a sus hijos. (Dias, 2009, p. 87)

Dentro de estos despliegues que encarna la socioafectividad, toma un lugar central la familia ensamblada al transgredir los diversos roles parentales que tradicionalmente han estado encerrados en la (i)lógica binaria, demostrando cómo además la voluntad y la elección no necesariamente “sustituyen” a la biología sino que pueden pensarse como complementarios y coadyuvantes, dándose lugar así a vínculos pluriparentales o multiparentales. En tal sentido, coincidimos con Rivas Rivas al indicar que “la biología, la elección y la voluntad están no en relación de oposición, sustitución, asimilación y/o exclusión sino en relación de adición, complementariedad, acumulación, y/o sucesión” (Rivas Rivas, 2009).

La afectividad se conecta con la autonomía de la voluntad y la construcción de vínculos desde la dimensión social, por ello analizar los horizontes de la autonomía en general y de manera específica de la autonomía en el Derecho de

familias, implica reflexionar sobre las delimitaciones y sus posibles perspectivas, es decir, lo que se encuentra más allá si se continúa el camino, y en especial en relación con el Derecho Sucesorio. Indica Ciuro Caldani que las diversas realidades suelen tener relaciones “dialécticas” de “complementariedad” y de “contradicción”, de modo tal que para poder comprender cada realidad es significativo saber cómo se desenvuelve su vinculación dialéctica con las demás (Ciuro Caldani, 1996, p. 31)

En tal sentido, las líneas que anteceden dan cuenta del constante proceso de desinstitucionalización, desacralización y desbiologización de los vínculos familiares, avanzando el peso específico que se le otorga jurídicamente a la voluntad y al afecto, exteriorizándose las posibles tensiones y desafíos entre la institucionalidad y negociabilidad del derecho de familias (Ciuro Caldani, 1997, p. 24). Así, la realidad exhibe una multiplicidad de arreglos o estrategias familiares, que reconocen al afecto como “elemento estructurante del derecho de las familias” (Sallituri Amezcua - Videtta, 2021). Tal reconocimiento implica brindar visibilidad al ensamblaje de los afectos y su proyección social, para que los mismos produzcan efectos jurídicos (Herrera, 2014).

El desarrollo del funcionamiento normativo a través de las tareas de interpretación, elaboración y aplicación han permitido flexibilizar las normas, desarrollando los principios que en las mismas se enmarcan, de modo tal, que se ha propiciado el reconocimiento de la socioafectividad como construcción de vínculos, no solo en lo relativo al cuidado (3) sino también en lo relativo al emplazamiento filial (tanto en vínculos binarios como pluriparentales) (4), visibilizándose a su

(3) La sentencia dictada el 28 de junio de 2010 por el Juzgado de Familia 4^a nominación de Córdoba, ordena un régimen de comunicación a favor de la expareja lesbiana de la madre biológica de un niño, fruto de una TRHA con semen de un hombre unido también en pareja con otro hombre. El fallo indica que “la historia vital del niño desde su concepción hasta su nacimiento (...) reconoce como figura relevante a la actora (...) la actora ha tenido contacto en los primeros años de vida del niño de una manera muy cercana, íntima y afectiva, todo lo cual fue acordado entre ambas partes de la relación en conflicto”. Además, en este supuesto además de acordarse un régimen de comunicación, consideró que la relación entre el niño y la expareja de quien dio a luz constituía una “calificación maternal o familiar del contacto”, distinguiéndose así “(...) el parentesco de sangre o legal, de aquel que se establece por la fuerza de los hechos (o los afectos) y que cuenta con una aceptación social que lo legitima, aun cuando desde el punto de vista normológico carezca de recepción”. De esta manera, se entendió que en este caso “aparece con mucha fuerza el concepto de ‘socioafectividad’, definido como el elemento necesario de las relaciones familiares basadas en la voluntad y el deseo de las personas de mantener vínculos afectivos que trascienden lo normativo, convirtiéndose paulatinamente, conjuntamente con el criterio jurídico y biológico, en un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental”. Juzg. Familia n. 4 Córdoba, 28/6/2010, “A. S. G. v. M. V. S. y otro s/ medidas urgentes”.

(4) Juzgado de Familia No 4 de La Plata en una resolución que tendría dos partes, la sentencia del 20/02/2017 y la interlocutoria del 06/03/2017, inédito, con comentario de Silvia Fernández y Marisa

vez que la afectividad se puede presentar desde el origen de los vínculos como en el devenir de los mismos. Este reconocimiento trasciende en el derecho sucesorio, plasmándose efectos jurídicos que emergen de lo social a lo normativo, mutando así las aristas del parentesco.

En tal contexto, el vínculo entre afectos y voluntad resulta indisoluble. De modo tal, que un instituto que estuvo fuertemente impregnado por el orden público, hoy se flexibiliza presentando nuevas aristas que conmueven las respuestas jurídicas existentes.

La afectividad ya ha tenido su reconocimiento en el Derecho de Familias a través de la captación normativa de las uniones convivenciales, propiciándose así una protección constitucional de la familia. Esta recepción tiene una regulación particular que procura armonizar los principios de autonomía de la voluntad y solidaridad familiar, previéndose un piso mínimo de protección de los derechos humanos de los convivientes y desplegando una mayor autonomía en cuestiones patrimoniales.

En suma, “(...) las formas de vivir en familia se han diversificado gracias a un sinnúmero de agentes; pero también gracias a una nueva manera de concebir el derecho humano a la vida familiar. El ‘cuidado’ y los ‘afectos’ constituyen la base en que se sustentan las relaciones intrafamiliares” (Orlandi y Nieve Bensabath, 2022, p. 81).

III. La sucesión: la transmisión de derechos por causa de muerte. La vocación sucesoria en el sistema normativo y sus posibles contracciones ante el devenir de la socioafectividad

En el sistema normativo argentino la transmisión de derechos puede acontecer por actos jurídicos entre vivos o bien como consecuencia de un hecho de relevancia jurídica como es la muerte de su titular (Orlandi y Nieve Bensabath, 2022, p. 78).

De esta manera, se construye nuestro sistema legal sobre determinadas ficciones jurídicas como es la síntesis entre *muerte-apertura-transmisión de la herencia*,

Herrera “Uno más uno, tres. La adopción como causa fuente de la pluriparentalidad” Cita Online: AP/DOC/83/2018; Corte Suprema del Condado de Suffolk (Corte Suprema del Condado de Suffolk), 08/03/2017 Partes: Dawn M. c. Michael M; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, 15/07/2020, F. F. c/ C. J. y otro/a; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de Personas y Familia N° 2 de Orán, provincia de Salta, 10/08/2021, “P. I. c/ D., S. - Impugnación de filiación”; Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación Monteros, Tucumán. 07/02/2020. L.F.F. c/ S.C.O. s/ FILIACION; Juzgado de Familia de San Cristóbal. 14/03/2022. P. R. R. c/ I. N. V. Impugnación de Filiación Matrimonial y reclamación de la filiación; Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones de 5a Nominación de Tucumán, 04/06/2021. G., J. M. c. G., O. D. y otro s/ Filiación; entre otros.

estableciendo determinados herederos con vocación hereditaria, discriminando entre quienes tienen un llamamiento legal imperativo y aquellos cuyo llamamiento es supletorio. A éstos se suman, quienes son convocados por la voluntad del causante, expresada en testamento válido.

Malaspina (2005) indica que el sistema sucesorio se construye sobre la base de **ficciones y presunciones**. El autor considera que estamos ante **ficciones** cuando la norma parte de una premisa irreal, pero que se transforma en realidad legal a través de su materialización en la norma, como es la continuación de la persona del causante a través del heredero, el efecto declarativo de la partición, el derecho de representación; y ante **presunciones** que se nutre por hechos reales (hechos que existen y son susceptibles de observación) que son susceptibles de generalizaciones, por ejemplo el afecto presunto del causante como fundamento en la sucesión intestada, el fallecimiento del cónyuge dentro de los treinta días de la celebración del matrimonio, entre otros (Orlandi y Nieve Bensabath, 2022, p. 78).

Como se puede observar, el derecho sucesorio argentino se asienta sobre la ficción de la continuación de la persona del causante por sus herederos, abstracción que asegura la continuidad de las relaciones jurídicas para después de la muerte del titular, y sobre presunciones sucesorias como es la vocación hereditaria, ya sea legal o en virtud de la voluntad expresada por el causante.

Continuando este hilo conductor, observamos que salvo los supuestos donde la autonomía puede penetrar, la ley determina quiénes son los llamados a suceder dentro de la familia, previéndose así órdenes hereditarios y jerarquías en atención a aquellos vínculos parentales que estima más próximos y preferidos dentro de estas ficciones y presunciones. En tal sentido, el derecho sucesorio argentino se asienta sobre determinadas presunciones de afecto sustentados en lazos de parentesco o vínculos matrimoniales, conforme un modelo de familia distante con algunas estrategias de familia de la actualidad.

El código derogado en la sucesión intestada parte del afecto presunto del causante como fundamento de la sucesión intestada, criterio que continúa aún en el de Código Civil y Comercial (CCiv. y Com.).

La vocación legal no se inspira en la voluntad de tal o cual persona, sino en la probable voluntad de un ser humano apreciada en forma general y normal. En este contexto, debe ubicarse la pregunta si la socioafectividad puede también constituirse en fuente de vocación hereditaria. (Orlandi y Nieve Bensabath, 2022, p. 79)

Observamos que el afecto cumple un rol relevante en el derecho argentino, un afecto que se vincula en cierta medida con el concepto de parentesco que recepta

el sistema normativo y con el vínculo matrimonial, observándose exclusiones de esta vocación hereditaria tanto ante supuestos de indignidad -sanciones civiles- y la exclusión de la vocación hereditaria ante supuestos de separación de hecho. “La determinación de los órdenes y grados en que son llamados a suceder los parientes más cercanos y el enunciado de las causales de indignidad dan sustento a que el afecto presunto del causante es el fundamento de la sucesión intestada en la actualidad” (Orlandi y Nieve Bensabath, 2022, p. 81).

Ahora bien, al revisar el derecho sucesorio observamos que el afecto cumple un rol fundamental en la construcción de presunciones y generalizaciones, con lo cual esto nos permite observar la trascendencia de la relevancia de la socioafectividad y así ensayar posibles hipótesis de otorgamiento de la vocación hereditaria no contempladas (Orlandi y Nieve Bensabath, 2022, p. 81).

IV. Proyecciones de la afectividad en el derecho sucesorio

Ampliar “la pregunta” sobre “lo que es” y “puede ser” la construcción de los despliegues de la autonomía de la persona en sus diferentes fraccionamientos temporales o contextuales, encarna la necesidad de contemplar los alcances de la misma.

Por ello, al abordar la autonomía y los diferentes despliegues de la afectividad como elemento estructurante del derecho de familias, será significativo no sólo reconocer lo que es, sino que también será relevante averiguar indirectamente lo que es por los sentidos que lo diferencian de lo que no es y lo vinculan de manera dialéctica con otras realidades.

El afecto ha sido siempre un elemento estructurante de las familias, pero en la actualidad a su existencia sociológica se le suma su reconocimiento normativo. Y si bien el marco de las relaciones parentales parece ser el foco de expansión del entramado voluntad/afectos, cabe reconocer que han sido las relaciones familiares de pareja otra de las principales puertas de entrada al fenómeno en cuestión. Así, la previsión de efectos para las uniones convivenciales, así como la influencia de la voluntad, entre otras cuestiones, para el cese de efectos del matrimonio (5)

(5) Repárese en la influencia de la separación de hecho en los efectos patrimoniales del matrimonio, en particular, en la comunidad de ganancias: Código Civil y Comercial. “Artículo 480.- Momento de la extinción. La anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges. **Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación.** El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho. En todos los casos, quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean ad-
.....

y como determinante en la disolución del vínculo matrimonial, son prueba de lo dicho. Y así como la separación de hecho determinó que el binomio voluntad/afectos (en particular la ausencia de éstos últimos) revelado en lo fáctico trascendiera normativamente al Derecho sucesorio a través de la exclusión de la vocación hereditaria, de igual manera entendemos que la fuerza normativa de la autonomía que traen consigo las uniones convivenciales, determine la irrupción de la socio-afectividad en la sucesión *mortis causae*, conmoviendo las bases de su instituto nuclear, la legítima.

La protección de las uniones convivenciales que proyecta el ordenamiento tiene dos despliegues: a) La fijación de un piso mínimo de protección en atención a la protección de derechos fundamentales de los convivientes, consagrado en los artículos 519, 520, 521 y 522; b) La regulación de la protección de la autonomía de la voluntad; puesto que el reconocimiento en la norma de la eficacia de los acuerdos por los cuales las personas deciden conformar un proyecto afectivo y acordar su contenido a través de un pacto de convivencia, implica un reaseguro jurídico de su validez (con todo lo que ello implique en relación a su eventual ejecutabilidad). Por tanto, esta “tarea” tuitiva no puede ser llevada a cabo por el Derecho de familias en solitario, ya que lo que el pacto está llamado a regular determina la necesidad de hacer confluir las reglas del derecho privado patrimonial con los marcos protectorios propios del Derecho de las familias. Y aquí es donde ingresa la necesidad de una mirada armónica del sistema, y por tanto de una tutela adecuada por parte del Derecho sucesorio de las diversas formas familiares, como es el caso de las uniones convivenciales, y de la eficacia de las previsiones de los pactos que se den en su seno.

Los pactos de convivencia entendemos son actos jurídico bilaterales (6) propios del Derecho de familias que pueden ostentar un contenido tanto patrimonial como extrapatrimonial, destinado a regular la “vida” de la unión convivencial y/o los efectos para el momento de su cese (Schiro, 2019, p. 119). Frente a los pactos de convivencia que contengan la regulación de los efectos del cese de la convivencia por muerte, y en miras a su ejecución, se despliegan una serie de interrogantes ¿Cuál es el fuero en que se dirimen tales pretensiones? Si provisoriamente entendemos como tal al sucesorio, ¿cómo se calificarían las disposiciones patrimoniales del pacto en relación con la fijación de la compensación económica, o bien las vinculadas a la distribución de los bienes de titularidad de los convivientes? ¿Cuál es la posición del conviviente en dicho marco? Caracterizar las prestaciones como actos a título oneroso y al conviviente como acreedor, hace aplicable la máxima

quirentes a título gratuito. En el caso de separación judicial de bienes, los cónyuges quedan sometidos al régimen establecido en los artículos 505, 506, 507 y 508”. (El resaltado nos pertenece).

(6) Sobre la caracterización de los actos jurídicos familiares puede verse: Krasnow, 2015, p. 227.

según la cual los acreedores prevalecen sobre los herederos y legatarios. Quien afirme que el monto pactado es desmesurado, por ejemplo, en relación con la existencia y extensión del desequilibrio si lo que se acordó fue la fijación de una compensación económica, y por tanto constituye una liberalidad, deberá probarlo en el marco del proceso sucesorio. Solo si se logra acreditar su calidad de acto a título gratuito, podrá analizarse si media una vulneración de la legítima hereditaria. Caso contrario se le brindará el tratamiento de crédito (Zabalza, Schiro y Calá, 2020). Ello permite priorizar el ejercicio de la autonomía de los convivientes en materia patrimonial, invertir la lógica probatoria, y con ello, propender a una tutela judicial efectiva del conviviente y, en suma, de los diversos arreglos familiares.

¿Comporta entonces la conjunción voluntad/afectos que se presenta en las uniones convivenciales, en particular a través de los pactos, un mecanismo de planificación familiar y patrimonial con proyecciones sucesorias? La respuesta afirmativa nos persuade de la decisiva influencia de la afectividad en la necesidad de revisión de los contornos de la legítima.

Asimismo, en el marco de las relaciones parentales, los precedentes jurisprudenciales existentes en la actualidad comienzan a visibilizar el reconocimiento de la afectividad con un carácter emplazatorio y/o desplazatorio de vínculos familiares, irrumpiendo con estas figuras sus consecuencias jurídicas en el ámbito del derecho sucesorio. La sucesión en nuestro sistema normativo se regula por los criterios de orden de preferencia y de prelación de grados -además de la indiferencia del origen de los bienes-; y por el principio de autonomía en la sucesión testamentaria. A estos criterios normativos se suma la presencia de la *legítima* que delimita los contornos de la autonomía del causante en aras de la protección de determinados sujetos llamados a suceder en virtud del parentesco o de la existencia de matrimonio. El principio de preferencia, el criterio de prelación de grados y la legítima tienen una vinculación íntima con la noción de parentesco, conceptos que a diferencia del de familias, han tenido una mayor hermeticidad. No obstante, al irrumpir la socioafectividad, ésta penetra en el parentesco dotándolo de ductilidad, amplificando sus contornos y así sus efectos jurídicos.

Entonces, hacemos nuestras las palabras de Orlandi y Nieve Bensabath cuando señalan

Puesta de manifiesto la relevancia del afecto en el ordenamiento jurídico argentino cabe preguntarse si es posible que la socioafectividad se convierta en fuente de la vocación sucesoria, es decir, ¿puede una persona obtener derechos sucesorios exclusivamente sobre la base de un vínculo socioafectivo y con independencia de la voluntad de la ley o del testador? (2022, p. 85)

En el desandar de la jurisprudencia (7) se contemplan embrionarios precedentes que comienzan a abordar el tema, aún cuando la noción de socioafectividad no esté presente de manera ostensible (Iglesias, 2020).

En tal sentido, podemos citar el precedente rionegrino que llegó hasta la decisión del Superior Tribunal de la provincia en autos “B., E. P. s/ sucesión ab intestato”. La controversia tiene como sustrato fáctico el fallecimiento del causante, ocurrido en 2015 bajo la égida del Código Civil derogado. La Fiscalía de Estado de la provincia de Río Negro solicita el inicio de proceso y sostiene que la herencia debe reputarse vacante, mientras que la sobrina del causante inicia el proceso sucesorio en carácter de heredera por representación, en razón de su carácter de hija adoptiva, bajo la modalidad simple, de la hermana prefallecida del causante. Los demás hermanos del causante se encuentran asimismo fallecidos. En primera instancia se la reconoce como heredera del causante, resolución confirmada en segunda instancia. Así, la Cámara expresó

(...) contraría de igual modo, la Constitución y legislación nacional, como las convenciones internacionales y los principios rectores del Derecho, no pudiéndose realizar una aplicación aislada de normas como la del Código Velezano que niega vocación hereditaria al adoptado por adopción simple respecto de la familia del adoptante, (más aun, cuando como en el caso, concurre en representación de su madre adoptiva), cuando tal aplicación desatiende su finalidad tuitiva de la institución familiar, para favorecer a personas absolutamente ajenas a ella. Menos todavía, sí como se acreditó en la causa y bien ha explicitado en la sentencia de primera instancia, hasta incluso el causante consideró a E. Alejandra Bichara como ‘su sobrina’ y nieta de ‘su padre’, reconociéndole en todo momento vocación hereditaria respecto de éste y sus otros hermanos.

El voto en disidencia se inclina por hacer lugar al recurso de apelación, fundado entre otros argumentos en que

El afecto presumido entre causante y pretensa heredera, no es fuente de atribución de vocación sucesoria. - Que por lo demás, la forma en que la pretensa heredera y el causante han intervenido en los restantes sucesorios de los hermanos -del último- premuertos, no proyecta más alcances que los de los acuerdos de partición en cada caso en particular; no confirmando estado de familia; según la inveterada norma contenida en el art. 701 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación-. El supuesto afecto, no se puede presumir -porque lógicamente en ese caso

(7) Estos datos han sido extraídos de las fuentes de conocimiento desarrolladas por Iglesias (2020) y (Orlandi y Nieve Bensabath (2022).

se hubiera testado o legado a su favor-; ni tampoco descartar, como también sin fundamento que resulte del expediente, pretende la apelante-. Debo reiterar, que las únicas fuentes de vocación sucesoria que se mantienen (...) son la ley y el testamento.

La sentencia es recurrida por la Fiscalía de Estado, y el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro revoca lo decidido y considera que la hija adoptiva (por adopción simple) de la hermana del causante carece de vocación hereditaria, por lo que declara la vancancia. Entre los fundamentos de la mayoría destacamos

El afecto familiar valorado en las instancias anteriores es puesto en entredicho por la recurrente, cuando señala que M. M. B., al adoptar a E. A., eligió la adopción simple, con todas las consecuencias sucesorias que ello trae aparejado; también, E. P. B., sabiendo que no tenía hijos y que su sobrina no lo heredaría, decidió no otorgarle testamento alguno y que -según los autos "B., M. M. s/ sucesión"- la propia madre adoptante de E. A. lega su porción disponible a favor de sus hermanos, reduciendo la herencia de su hija adoptiva a la mínima porción que el ordenamiento jurídico le permite. Con lo cual, existen hechos contrapuestos que, como mínimo, ponen en duda la verificación del citado extremo. En suma, no existe plena certeza en cuanto a la demostración del afecto presunto del tío adoptivo hacia E. A. B., aspecto valorado por las sentencias precedentes; y aunque se diese por cierto tal circunstancia, igualmente el pedido de declaración como única heredera del causante no es permitido por la legislación de la materia, pues, como arriba se explicitó, la ley vigente a la fecha de deceso de E. P. B. no ha contemplado la vocación hereditaria de la sobrina adoptiva por adopción simple.

La disidencia, expresada en el voto del Juez Mansilla, afirma la vocación hereditaria de la sobrina adoptiva por adopción simple y expresa

La sentencia que se intenta poner en crisis no ha hecho más que aplicar el derecho teniendo en especial consideración la finalidad tuitiva de la institución familiar ante un caso donde el Estado -en su propio provecho y el del denunciante de herencia vacante- pretende negarle vocación hereditaria al adoptado por adopción simple respecto de la familia del adoptante. No estamos ante un supuesto de conflicto entre una persona adoptada por adopción simple y otros herederos familiares, sino contra una institución y una persona totalmente ajenas a dicha familia.

Tanto Iglesias (2020) como Orlandi y Nieve Bensabath (2022) comentan un decisorio del año 2012 que llegó a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la

Nación en autos “M. del S. R. y otra”, que se adscribe en la vinculación entre socioafectividad y herencia. Se trata de un supuesto donde, ante el fallecimiento de la guardadora preadoptiva, se resuelve el otorgamiento de la adopción post mortem, lo cual claramente impactaba sobre la vocación hereditaria de los progenitores de la causante. La Corte Suprema de Justicia de la Nación fundada en el interés superior del niño expresa “El fallecimiento del guardador no extingue la guarda preadoptiva, lo que debe admitir el pedido de declaración del menor como hijo de su guardadora fallecida, produciéndose en consecuencia el desplazamiento de los derechos sucesorios de los progenitores de la adoptante”.

En el año 2017 se registra la sentencia neuquina dictada en los autos “R. L. N. y otro s/Adopción”. En este supuesto la sentencia de primera instancia -confirmada por Cámara- otorga la adopción de dos niños a favor de la peticionante y de su conviviente fallecido, quien había obtenido la guarda judicial de aquellos, donde se advierte la incidencia del vínculo afectivo para proyectar la posibilidad de efectos sucesorios (máxime en el caso, donde quienes controvierten el vínculo filial son los otros hijos del conviviente de una unión anterior). La Cámara expresa que

Ambos niños, ahora jóvenes, han sido insertados en la familia C.-C. a edad temprana (dos años y cuatro meses), no han mantenido desde ese momento casi ningún contacto con sus padres biológicos, construyendo vínculos de afecto paterno-filiales con sus guardadores, a quienes han otorgado los roles de mamá y papá. Más aún, los guardadores les han otorgado a los niños el estado de hijos. Se han ocupado de ellos: afecto, cuidado, comida, vestimenta, escolarización, atención médica y psicológica, vacaciones, en definitiva les han dado a las personas menores de edad todo lo necesario para su desarrollo psicofísico. Y esta vinculación mutua familiar no lo ha sido solamente con la señora C., sino también con el señor C., lo ha sido como familia: papá, mamá e hijos. Situación que se consolidó a lo largo de diez años, hasta el fallecimiento de señor C.; y que se encuentra acreditada con las constancias de la causa.

Podemos citar asimismo en punto al reconocimiento de la socioafectividad en relación al vínculo adoptivo, a la sentencia dictada en los autos caratulados “G., G. A. s/ Guarda con vías de adopción”, del Tribunal de Familia de Formosa. Este caso comienza con una guarda de hecho 1983, momento en que la madre biológica entrega a la niña a la Sra. T para que cuide de ésta, solicitando y confiriéndosele en 1984 la guarda preadoptiva.

Por diferentes motivos el trámite de adopción no concluyó, obrando en la causa no obstante el vínculo de cuidado existente entre la guardadora y la niña de cuidado. En 1987 la Señora T. contrae matrimonio con el Sr. A. G. M., conformándose la familia con ellos tres. El tiempo transcurrió, nacieron sus hijas que tuvieron el

trato de 'nietas' por parte del matrimonio T. M., por lo que siempre conformaron una familia. El deceso del señor A. G. M. ocurrió el 18 de diciembre de 2013 y el de la señora T. el 23 de julio de 2013. Que su madre, la señora T., sufrió una enfermedad oncológica a la que cuidó con abnegación, y ante esta situación su madre advierte la desprotección en que se encontraba su hija al no haber concluido con los trámites, por lo que entonces decide realizar un testamento indicándola como heredera, el que fuera conocido por varios testigos propuestos y que fue puesto al cuidado de sus familiares que se han negado a presentarlo y a la fecha sigue sin aparecer. Más tarde fue el señor M. quien se enferma gravemente, siendo ella quien lo cuida a pesar de que el esposo de su madre tenía una hija biológica fruto del primer matrimonio, falleciendo éste en diciembre del año 2013.

Producido el fallecimiento de ambos cónyuges la señora S. M., hija biológica del señor A. G. M., solicita la apertura del sucesorio de ambos, a raíz del conocimiento de que no se terminó con el trámite de adopción y de la inexistencia de otros herederos forzosos. Ante esta realidad, G. A. G. se ve en la necesidad de presentarse en autos solicitando la continuidad de las actuaciones relativas a su adopción, necesitando en consecuencia un pronunciamiento para regularizar su situación.

El tribunal para resolver pone de relieve que: 1) el plazo que se exige de cumplimiento de la guarda con vías de adopción se ha cumplido en exceso, más de 30 años; 2) que está en juego la identidad de esta persona que vivió y se identificó prácticamente toda su vida como 'hija' de la señora T., y que por razones insondables no culminó con el juicio de adopción, falleciendo ésta el 23 de julio de 2013. 3) que no es posible encolumnarse en el pensamiento de la desconfianza de las adopciones de mayores de edad pues sugieren la posibilidad de fines inadecuados, pues la adopción se concibe como instituto protector del menor, ya que en autos sucede todo lo contrario pues G. A. desde su más pequeña niñez ha tenido posesión de estado de hija, tanto cuando su madre adoptiva era soltera como cuando contrajo matrimonio. Resulta evidente a juicio del Tribunal que la situación planteada se enmarca con lo previsto por el artículo 597, inciso b, del nuevo ordenamiento legal, lo que es aplicable conforme el artículo 7 de dicho Código de fondo. Otro tema que no se puede obviar es que todas las convenciones internacionales garantizan el derecho de todo ser humano a tener y crecer en una familia, a su identidad, por lo que en este caso estamos ante una identidad que el Derecho protege como identidad dinámica. Puedo aseverar que hubo posesión de estado de hija mientras G. era menor de edad fehacientemente comprobada, no por indicios, ni semiprueba, sino por este propio expediente que habla por sí solo. Aquí claramente se puede advertir que no se violenta tampoco el orden público familiar pues se está respetando la identidad adoptiva que durante 30 años se consolidó, no oponiéndose expresamente nadie, ni tan siquiera la pretensa, quien

si carecía de ánimo de considerar 'hija' a G. hubiera ocurrido ante este tribunal a desistir expresamente de la guarda con vías de adopción, lo que no hizo. Y adelante desde ya que en el sucesorio que se denuncia no se afectan derechos de terceros, porque G. -ante el reconocimiento de su identidad- es heredera forzosa de la señora T. que en vida la emplazó en estado de hija, lo que en Derecho se califica como filiación adoptiva (Iglesias, 2020).

Otro precedente que visibiliza los alcances de la socioafectividad en el emplazamiento filial posmórtem de los hijos de la pareja de la causante, motivándose así la exclusión de los colaterales, es el dictado por el Tribunal de Familia N° 4 de Rosario en 2017. Comparece la Sra. M.V. M. en representación de sus hijos menores de edad inicia demanda de reclamación de filiación extramatrimonial post mortem, persiguiendo el emplazamiento de los niños como hijos de la Sra. S.G., quien falleciera el día 1° de noviembre de 2012, contra sus herederos y/o sucesores. Refiere que junto con la Sra. G., formaron una familia homoparental, a partir de una relación de pareja que iniciaron en el año 1992 hasta el fallecimiento de S. para perseguir el emplazamiento filial de los niños en relación con la causante en contra de sus sucesores. Destaca que sus hijos crecieron bajo la situación de estado que S. era su otra mamá, y les dispensó trato de hijos y les proveía todo lo necesario para su crecimiento y subsistencia, situación era conocida por los familiares de ambas. El trato de hijo que les dispensaba S. era público y que cuando tomaron conocimiento que era posible realizar el reconocimiento de los niños, empezaron a juntar la documentación, quedando inconcluso a raíz de su fallecimiento. Corrido el traslado de la demanda a los sucesores de la causante, éstos comparecen y en carácter de tíos de S. se oponen a la procedencia de dicha acción, manifestando que su sobrina falleció sin haber conatado matrimonio y sin haber tenido hijos.

Se hace lugar a la demanda filiatoria, afirmando que

Del análisis de la causa y de las pruebas producidas puede concluirse que ha sido acreditada la voluntad procreacional de la Sra. S. B. G., en relación a los niños V. M. M. y L. D. M., al tiempo de la realización de la técnica de fertilización y mantenida luego de nacimiento de éstos, que se evidenció con la posesión de estado de hijos de ambos. En efecto, tal como lo ha señalado la doctrina (Herrera Marisa y Lamm Eleonora Una Trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reformas al Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida -Microjuris MJ-DOC-5751-AR MJD5751) la voluntad procreacional no es más ni menos que el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza; circunstancias todas acreditadas en autos y que llevan al Tribunal a la convicción que debe hacerse lugar a la demanda instaurada.

Como se puede observar, y tomando la pluma de Iglesias, advertimos junto a ella como en los diferentes fallos transcriptos podemos inferir que la socioafectividad puede erigirse en fuente de vocación hereditaria (Iglesias, 2020).

V. Cierre

La posibilidad de constitución de vínculos basados en la autonomía de la voluntad que emerge de la afectividad existente, encauza posibles mecanismos de planificación sucesoria, ya que a través del reconocimiento de estos vínculos y sus respectivos emplazamientos comienzan a surgir nuevas posibilidades en la sucesión. Flexibilizar el parentesco amplifica los alcances de la autonomía en el derecho sucesorio.

En suma, la socioafectividad incide e incidirá en la delimitación de los contornos de la vocación hereditaria y de la legítima, y cabe propiciar un diálogo entre el Derecho de las familias y el Derecho sucesorio, para transicionar de la tensión al equilibrio en procura de respuestas en perspectiva de derechos.

VI. Referencias

Ciuro Caldani, M. A. (1996). Horizontes del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo. *Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 21. Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

Ciuro Caldani, M. A. (1997). Jusfilosofía del derecho de familia en la posmodernidad. *Investigación y Docencia*, N° 29, Rosario.

Dias, M. B. (2009). Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales. *Revista Jurídica UCES*, N° 13, pp. 83-90.

Fernández, S. y Herrera, M. (2028). *Uno más uno, tres. La adopción como causa fuente de la pluriparentalidad*. Cita Online: AP/DOC/83/2018.

Herrera, M. (2014). La noción de socioafectividad como elemento “rupturista” del derecho de familia contemporáneo. *Abeledo Perrot*: AP/DOC/1066/2014.

Iglesias, M. (2020). ¿Puede la socioafectividad convertirse en fuente de vocación hereditaria en el derecho argentino vigente? *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 2. Rubinzal y Culzoni.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). Las nuevas realidades en el Código Civil y Comercial argentino de 2014. Cita: *TR LALEY AR/DOC/3592/2014*.

Krasnow, A. (2015). Derechos subjetivos familiares. Acto jurídico familiar. Estado de familia y posesión de estado de familia. Acciones de estado de familia y

acciones de ejercicio de estado de familia. En A. Krasnow (Dir.), *Tratado de derecho de familia*, t. I. La Ley.

Orlandi, O. Y Nieve Bensabath, C. J. (2022). El reconocimiento de la socioafectividad en el derecho sucesorio. *Revista Argumentos*, N° 15, 2022, pp. 75-99 Sección: Dossier Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez.

Rivas Rivas, A. M. (2009). Pluriparentalidades y parentescos electivos. Presentación del volumen monográfico. *Revista de Antropología Social*, Vol. 18, pp. 7-19. <https://revistas.ucm.es/index.php/RASO/article/view/RASO0909110007A>

Salituri Amezcua, M. y Videtta, C. A. (2021). La interseccionalidad de tres principios del contemporáneo derecho de las familias: socioafectividad, interés superior del niño y perspectiva de géneros. Cita: *TR LALEY AR/DOC/48/2021*.

Schiro, M. V. (2019). Implicancias patrimoniales del cese de las uniones convivenciales por causa de muerte. En M. M. Brandone [et al.]; Y. Cagliero (Coord. General), *Cuestiones patrimoniales en el derecho de familia*. 1a Ed. La Ley.

Zabalza, G., Schiro, M. V., Calá, M. F. (2020). La posición de los convivientes como acreedores hereditarios de la compensación económica. *Diario La Ley*, lunes 2 de marzo.

Jurisprudencia

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, 15/07/2020, F. F. c/ C. J. y otro/a. <http://www.saij.gob.ar/camara-apelaciones-civil-comercial-local-buenos-aires--otro-acciones-impugnacion-filiacion-fa20010043-2020-07-15/123456789-340-0100-2ots-eupmocsollaf?>

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de General Roca, 12/06/2018, B., E. P. s/ sucesión ab intestato. Cita Online: AR/JUR/33050/2018.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén, Sala II, 05/12/2017, autos R. L. N. y otro s/ adopción. Cita online: AR/JUR/105483/2017.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26/09/2012, "M. del S. R. y otra", AbeledoPerrot - Newsletter de Derecho de Familia - 11/10/2012.

Corte Suprema del Condado de Suffolk, 08/03/2017, Partes: Dawn M. c. Michael M., Publicado en: RDF 2017-VI, 306, RDF 2017-VI-306; Cita Online: US/JUR/1/2017.

Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación Monteros, Tucumán. 07/02/2020. L.F.F. c/ S.C.O. s/ FILIACION, TR LALEY AR/JUR/132/2020.

Juzgado de Familia de San Cristóbal. 14/03/2022. P. R. R. c/ I. N. V. Impugnación de Filiación Matrimonial y reclamación de la filiación. <https://aldiaargentina.microjuris.com/wp-content/uploads/2022/03/Sentencia-Pluriparentalidad-anonimizada-1-convertido-Malvestiti-1.pdf>

Juzgado de Familia n. 4 Córdoba, 28/6/2010, autos “A. S. G. v. M. V. S. y otro s/ medidas urgentes”, RDF 2011-I-137 y ss.

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de Personas y Familia N° 2 de Orán, provincia de Salta, 10/08/2021, “P., I. c/ D., S. - Impugnación de filiación”, TR LALEY AR/JUR/118826/2021.

Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones de 5a Nominación de Tucumán, 04/06/2021. G., J. M. c. G., O. D. y otro s/ Filiación, TR LALEY AR/JUR/68820/2021.

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, sala Civil, Comercial y de Minería, 25/06/2019, B. E. P. s/ sucesión ab - intestato s/ Casación, Cita Online: AR/JUR/20632/2019.

Trib. Fam. De Formosa 29/10/2015, “G., G. A. s/ Guarda con vias de adopción”, TR LALEY AR/JUR/88605/2015.

Tribunal de Familia Nro. 4 de Rosario, 13/10/2017, autos “M.V.M. en representación de sus hijos L.M. y V.M. s/ filiación post mortem”. <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/12/27/se-hace-lugar-a-la-demanda-de-reclamo-de-filiacion-extramatrimonial-postmortem-homoparental-ya-que-ha-sido-acreditada-la-voluntad-procreacional-de-la-fallecida-en-relacion-a-los-ninos/>

Fecha de recepción: 31-03-2024

Fecha de aceptación: 10-10-2024