

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**La triple filiación como una posible implementación en
Ecuador para reafirmar derechos humanos**

Alejandra Martina Peña Farías

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la obtención
del título de Abogado

Quito, 23 de noviembre de 2023

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Alejandra Martina Peña Farías

Código: 00215907

Cédula de identidad: 1722959598

Lugar y fecha: Quito, 23 de noviembre de 2023

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

LA TRIPLE FILIACIÓN COMO UNA POSIBLE IMPLEMENTACIÓN EN ECUADOR PARA REAFIRMAR DERECHOS HUMANOS ¹

TRIPLE PARENTAGE AS A POSSIBLE IMPLEMENTATION IN ECUADOR TO REINFORCE HUMAN RIGHTS

Alejandra Martina Peña Farías ²
alejmartina@hotmail.com

RESUMEN

El trabajo exploró la figura de la triple filiación y su relación con los derechos. Esto se realizó en base a un análisis de derecho comparado y de doctrina para analizar los fundamentos de esta figura y su aplicabilidad a distintos casos en relación con el derecho a la identidad, a la protección familiar y al principio de interés superior del niño. El trabajo concluyó que la triple filiación se basa en la voluntad procreacional y busca equiparar la realidad fáctica con la realidad legal, esto impacta de manera positiva la protección de los derechos del niño/a. Se encontró que el ordenamiento jurídico ecuatoriano no brinda igual protección a todas las familias y que la implementación de esta figura equipara los derechos de las parejas que necesitan acudir a métodos de reproducción asistida. El trabajo también exploró las vías internas en el ordenamiento jurídico para lograr esta implementación a futuro.

ABSTRACT

This paper explored the concept of triple parentage and its relationship with human rights. This was done through a comparative law analysis and doctrinal study to analyze the foundations of this figure and its applicability to different cases in relation to the right to identity, family protection and the principle of the child's best interest. The study concluded that triple filiation is based on the procreational will and seeks to equate the factual reality with the legal reality, which has a positive impact on the protection of the rights of the child to identity and family protection. It was found that the Ecuadorian legal system does not provide equal protection to all families and that implementing this concept would equalize the rights of non-traditional families as well as couples who rely on assisted reproductive methods. This paper also explored domestic legal paths to achieve this implementation in the future.

PALABRAS CLAVE

Triple filiación; Voluntad procreacional; Interés superior del niño; Identidad.

KEYWORDS

Triple parentage; Procreational intent; Child's best interest; Identity.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Farith Simon.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art.144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3.MARCO TEÓRICO.- 4. MARCO NORMATIVO.- 5. FAVORABILIDAD A LOS DERECHOS .- 5.1. LA VOLUNTAD PROCREACIONAL - 5.2. EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y A LA FAMILIA EN RELACIÓN CON EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.- 6. LA TRIPLE FILIACIÓN. – 6.1. PLURICRIANZA Y MULTIPARENTALIDAD. -6.2 TRIPLE FILIACIÓN POR TÉCNICAS REPRODUCCIÓN ASISTIDA, POR ADOPCIÓN Y POR NATURALEZA. - 6.3. IMPLEMENTACIÓN DE LA FIGURA EN OTROS PAÍSES. -7. IMPLEMENTACIÓN EN ECUADOR. – 7.1. LA FILIACIÓN DESDE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA. – 7.2.VÍA NORMATIVA IDÓNEA PARA INTRODUCIR ESTA FIGURA EN ECUADOR. -8.CONCLUSIONES.-

1. Introducción

La filiación es el dispositivo jurídico que establece el vínculo jurídico entre progenitores con sus hijos, es decir que permite establecer la maternidad o paternidad en el ámbito jurídico. A partir de esta determinación, se establecen derechos y obligaciones entre las personas unidas filialmente y se fija el parentesco entre ellas, lo cual abre un abanico de posibilidades a nivel jurídico. La filiación es un derecho en sí y a su vez permite reafirmar el derecho a la identidad y a la familia. En la actualidad muchas parejas (homosexuales y heterosexuales) no necesitan una unión sexual para procrear gracias a varios avances tecnológicos. Frente a estos avances médicos y tecnológicos sobre la reproducción humana los ordenamientos jurídicos alrededor del mundo se han visto frente al desafío de readaptarse a la verdad social que envuelve a las familias modernas. Así se introdujo en países como Argentina la posibilidad de establecer una triple filiación, este nuevo enfoque se considera independiente de las reglas tradicionales de filiación y aplica para parejas que recurren a técnicas de reproducción asistida, como la fertilización in vitro o la gestación subrogada, así como para otros casos en los que el niño identifica que tiene tres progenitores. La triple filiación allana el camino para la existencia de familias multi y pluri parentales, además favorece el interés superior del niño que forma su vida alrededor de tres progenitores.

En Ecuador la filiación se establece principalmente en base a la verdad biológica de acuerdo con la normativa del Código Civil. La Corte Constitucional en sentencia del caso “Satya”³ introdujo al sistema la posibilidad de establecer la filiación en base a la voluntad procreacional a partir de un caso de reproducción asistida. El análisis de la Corte permitió entender que la legislación actual no contempla a los núcleos de familiares homoparentales, en

³ Sentencia 184-18-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 29 de mayo de 2018.

donde muchas veces la realidad biológica de las familias no corresponde con su realidad social. Es así que la normativa actual no contempla las familias en sus diversos tipos porque se encuentra limitada por el enfoque biológico, bajo esa premisa imposibilita inscribir una filiación que contradiga una ya existente y establece como un delito reconocer una maternidad o paternidad que no corresponde a un vínculo biológico. A pesar de eso, eventualmente el ordenamiento tendrá que moldearse a los crecientes casos de reproducción asistida y a las necesidades de las familias ensambladas, por eso es importante explorar la manera en que podrían introducirse figuras como la triple filiación y el impacto que tendría esto sobre los derechos a la identidad y a la familia de los niños involucrados.

La pregunta de investigación que se planteó en este trabajo es si es posible implementar la triple filiación en Ecuador como un mecanismo para reafirmar los derechos fundamentales. El trabajo se realizó en base a un análisis de derecho comparado y de la doctrina desarrollada respecto a la figura, en relación a la protección del derecho a la identidad y al interés superior del niño. La metodología que se utilizó a lo largo del trabajo es deductiva, cualitativa y axiológica, se partió de principios como el interés superior del niño y de la teoría de la voluntad procreacional, para encontrar en específico el impacto de la figura sobre los derechos.

2. Estado del arte

El siguiente apartado tiene como objetivo revisar la literatura producida hasta el momento respecto a la posible implementación de la figura de triple filiación, frente a las nuevas técnicas de reproducción asistida y su impacto en los derechos.

Pedro Femenía López establece en su libro que el ámbito de la filiación más afectado por la aparición de nuevas técnicas de reproducción asistida es la maternidad. Indica que la filiación de la madre puede establecerse en base a tres elementos: genético, gestacional y volitivo; es posible una disociación completa entre estos tres elementos. Femenía López establece que el aspecto esencial para atribuir definitivamente una filiación en casos de reproducción asistida es la voluntad de las partes para sumar un proyecto parental común, lo cual sitúa en un segundo plano la verdad biológica⁴. Estas afirmaciones son importantes para reafirmar las bases de la figura de la triple filiación en la voluntad procreacional.

Marisa Herrera establece de forma concreta que en la experiencia normativa argentina se ha colocado a los derechos humanos como columna vertebral de las nuevas estructuras

⁴ Pedro Femenía López, *La determinación de la filiación en interés del menor: turismo reproductivo y nuevos modelos de familia*, (Madrid: Dykinson, 2019).

legislativas alrededor del derecho de familia. Así, establece que en Argentina se introdujo la figura de la triple filiación con fundamento en el concepto de socioafectividad y desde el entendimiento de que las familias tienen una construcción cada vez más dinámica. Para la autora los casos fácticos presentados en Argentina fueron un impulso importante porque pusieron en crisis la legislación cotidiana y la obligaron a buscar soluciones diferentes, acogiendo así la triple filiación a favor del interés superior del niño en varios casos desde el 2015. Para Herrera, la triple filiación en Argentina se establece como una excepción al principio binario fundado en varios derechos humanos como el derecho a la identidad y el derecho a la protección familiar⁵.

Así mismo, Nicolás Espejo Yaksic habla de pluriparentalidades en casos donde consta un tercer progenitor en el registro de un niño y los tres progenitores se comprometen recíprocamente al ejercicio del poder familiar. Para el autor, el derecho de familia moderno es cada vez más complejo y dinámico a nivel individual y social, por lo que la familia estática representada en la mayoría de códigos civiles ha sido readaptada por pequeños cambios constantes, que para Espejo aún no terminan de satisfacer los proyectos individuales de muchas personas. Para el autor estos desafíos culturales requieren que los sistemas legales se ajusten periódicamente para reformular sus reglas y disposiciones.⁶ Estas afirmaciones son importantes en el sentido de evaluar si existe efectivamente esa readecuación normativa en Ecuador o no.

Por su lado, Alehlí Ordoñez establece en su texto que el reconocimiento de la filiación es indispensable para la realización del proyecto de vida de las parejas del mismo género. Para Ordoñez es a través de la negativa de filiación por prevalencia de la verdad biológica frente a la voluntad procreacional, donde se materializa la discriminación a las familias homoparentales y lesbomaternal. Para el autor se trata de casos de violencia estructural y negligencia estatal respecto al ejercicio de derechos básicos como lo es la filiación. De acuerdo con Ordoñez en muchos casos de reproducción asistida se hace una distinción en el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia; propone que aquello requiere cambios legislativos que armonicen las normas civiles con los derechos ya reconocidos a las familias en sus diversos tipos.⁷ Esto

⁵ Marisa Herrera, “Constitucionalización/convencionalización del derecho de las familias. La experiencia del derecho argentino”, en *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas*, ed. de N. Espejo Yaksic y A. Ibarra (Ciudad de México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019), 49-95.

⁶ Nicolás Espejo Yaksic, “La constitucionalización del derecho familiar”, en *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas*, ed. de N. Espejo Yaksic y A. Ibarra (Ciudad de México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019), 4-47.

⁷ Alehlí Ordoñez, “Los derechos de la diversidad sexual. Un diálogo entre la Suprema Corte, la academia y la sociedad civil”, en *La voluntad procreacional, origen de la filiación en la familia homoparental-lesbomaternal y*

sustenta la importancia de implementar al ordenamiento jurídico figuras como la triple filiación y otras que se ajusten a la realidad social de las familias.

3. Marco teórico

El trabajo utiliza la postura de la voluntad procreacional como mecanismo eje para establecer la filiación. Esta postura reafirma que la triple filiación es factible en base a la verdad volitiva, por sobre la teoría de la verdad biológica. El trabajo también utiliza un enfoque de derechos humanos, basándose en el derecho a la identidad, a la familia y al interés superior del niño.

La teoría de la verdad biológica, siendo muy relevante, no es tratada en este trabajo porque no es una opción para muchas familias diversas que no se establecen a partir de un vínculo binario de filiación biológica y que no pueden, en Ecuador, optar por la adopción debido a la prohibición constitucional, por ello la realidad vivencial de muchas de estas parejas no necesariamente corresponde con los vínculos genéticos de los involucrados. En ese sentido, la teoría de la verdad biológica es relevante solo en favor de parejas heterosexuales que no tienen dificultades para reproducirse a través de una unión sexual. La teoría de la verdad biológica no permite establecer un vínculo de filiación en familias que por su género o por dificultades biológicas acuden a técnicas de reproducción asistida, muchos menos aborda a las familias ensambladas ni conformadas por una unión poliamorosa.

La postura de la voluntad procreacional para establecer la filiación plantea que cada familia se distingue por particularidades y que cada una tiene un elemento determinante que es la existencia de un vínculo afectivo como punto de partida. La voluntad procreacional sostiene que la socioafectividad cumple con el principio de igualdad porque comprende los mismos efectos de filiación para todos los hijos y al mismo tiempo garantiza el derecho de toda persona de acceder a un emplazamiento en el doble vínculo filial permitido⁸.

Desde esta teoría, la afectividad es la bisagra que deberá determinar decisiones judiciales donde se discuten casos de emplazamiento de filiación. Es por eso que en ese sentido, resaltan sentencias argentinas en las que se dio preferencia al factor volitivo por sobre el componente biológico, porque al hacer un análisis individual de las situaciones particulares de cada caso se consideró que este factor protegía mejor el interés superior de los niños, su derecho

los límites a la verdad biológica, ed. de A. Martínez (Ciudad de México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021), 95-143.

⁸ Adriana Krasnow, “La socioafectividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”, *Revista de Derecho Valdivia* Vol 32 - No. 1 (2019), 71-94.

a la identidad y su protección a la vida privada familiar. En estos casos, estos derechos no hubieran estado resguardados de la misma manera si se hubiera seguido los límites de los vínculos biológicos⁹. Las soluciones brindadas por la teoría de la socioafectividad son más amplias y favorables para los derechos de los niños.

La teoría de la socioafectividad viabiliza la triple filiación. Pues esta implica que cuando un doble vínculo filial no representa todos los lazos afectivos reales ni el interés superior del niño, se podría incluir un vínculo filial más, con tal de hacer prevalecer el proyecto de vida familiar y la realidad vivencial del niño. Los casos resueltos en Argentina con base en esta teoría analizan la convivencia histórica de los niños para evaluar la importancia de un tercer progenitor, en relación a su derecho a la identidad¹⁰.

4. Marco normativo

Este apartado busca describir la normativa legal actual relevante para el trabajo.

Ecuador es un Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos y está a su vez desarrolla los derechos de protección a la familia, derechos del niño e igualdad, que son relevantes para el trabajo¹¹. La convención Americana de Derechos Humanos es el tratado más importante del sistema de protección de derechos interamericano, y a partir de su creación se crearon nuevas convenciones más especializadas como la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual desarrolla el derecho a la identidad y sus implicaciones en relación a los niños y a las obligaciones estatales respectivas¹².

A nivel interno, la Constitución de la República del Ecuador establece que el derecho a la identidad personal implica tener nombre y apellido debidamente registrados, así como conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad y la procedencia familiar¹³. La Constitución también reconoce a las familias en sus diversos tipos y les otorga igualdad de derechos¹⁴, lo cual es clave para el fundamento de este trabajo.

⁹ Mariana A. De Lorenzi y María de los Ángeles Nicosia, “Socioafectividad familiar e interés de niñas/os y adolescentes. Entrelazando afectos y derechos”, Revista Argumentos No. 15 (2022), 100-130.

¹⁰ Adriana Krasnow, “La socioafectividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”.

¹¹ Artículos 17, 19 y 24 , Convención Americana de Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Ecuador el 21 de octubre de 1977

¹² Artículos 7 y 8, Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Ecuador el 2 de septiembre 1990

¹³ Artículo 66.28, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

¹⁴ Artículo 67, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

En Ecuador las reglas específicas sobre filiación están fijadas en el Código civil, así se establece que la filiación se fija por el hecho de una persona haber sido concebida dentro de un matrimonio o de una unión de hecho, por ser reconocida voluntariamente por el padre o madre o por declaración judicial¹⁵. También el Código Civil indica que no se admite el reconocimiento voluntario que contradiga una filiación ya existente y que de producirse es nula¹⁶.

A su vez, el Código de la Niñez y Adolescencia específica que es una obligación del Estado preservar el derecho a la identidad de los niños y brinda pautas específicas para su identificación¹⁷. Este Código también explica el principio de interés superior del niño, indicando que se debe considerar la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías¹⁸. Para el legislador el derecho a la familia y convivencia familiar de los niños implica desarrollarse en su familia biológica y considera que se debe priorizar su permanencia en dicha familia¹⁹, estas normas son congruentes con la teoría de la verdad biológica. Por eso, tanto el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 286 como el Código Civil en su artículo 258 señalan que en casos donde se discute la existencia de un vínculo filial son determinantes las pruebas de ADN.

Respecto a la jurisprudencia relevante, la Corte Constitucional del Ecuador emitió un fallo muy importante para el desarrollo de este trabajo, el caso “Satya” trata sobre dos mujeres que conciben a una niña a través de inseminación artificial y al momento de inscribir a la niña el Estado sólo reconocía la maternidad de una de las madres²⁰. Es relevante porque introduce en Ecuador la doble maternidad/paternidad, así como varios pronunciamientos respecto a la filiación basada en un factor de voluntad por sobre biología en relación al derecho a la identidad y a la familia.

Otro precedente jurisprudencial importante es *Atala Riffo vs. Chile*, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos discutió el derecho a la no discriminación y a la vida familiar en base a una familia conformada por una pareja de mujeres²¹. En la misma línea, la sentencia *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* es relevante porque discute la vulneración de

¹⁵ Artículo 24, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 104, de 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R.O. 526 de 19 de junio de 2015

¹⁶ Artículo 242 A, CC

¹⁷ Artículo 33 y 36, Código de la Niñez y Adolescencia, R.O. 737, de 03 de enero de 2003, reformado por última vez 7 de julio de 2014.

¹⁸ Artículo 11, Código de la Niñez y Adolescencia.

¹⁹ Artículo 22, Código de la Niñez y Adolescencia.

²⁰ Sentencia 184-18-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 29 de mayo de 2018.

²¹ *Atala Riffo vs. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia, 24 de febrero 2012.

derechos como el derecho a una vida familiar a partir de una resolución que declaró inconstitucional la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro en Costa Rica²².

5. Favorabilidad a los derechos

5.1 La voluntad procreacional

La filiación es el dispositivo jurídico que establece el vínculo jurídico entre padre o madre con sus hijos, es decir que permite establecer la maternidad o paternidad en el ámbito jurídico. A partir de esta determinación, se establecen derechos y obligaciones entre las personas unidas filialmente y se fija el parentesco entre ellas, lo cual abre un abanico de posibilidades a nivel jurídico. La filiación es un derecho en sí y a su vez permite reafirmar el derecho a la identidad y a la familia. A los ordenamientos jurídicos les corresponde establecer las reglas para fijar la filiación a nivel legal, para lo cual se han establecido dos corrientes: la voluntad procreacional y la verdad biológica.

La triple filiación encuentra fundamento en la teoría de la voluntad procreacional. Esta teoría sostiene que al momento de determinar la filiación, es más importante analizar la existencia de lazos afectivos y de un proyecto parental común, que de una correspondencia biológica entre los involucrados. El factor biológico y volitivo no siempre coincide, sobre todo en casos de parejas homoparentales, familias ensambladas o de parejas que acuden a métodos de reproducción asistida. Lo cual implica que las familias diversas no están contempladas en aquellas legislaciones que limitan sus reglas de filiación a la verdad biológica.

Es decir que, la triple filiación se fundamenta en la idea de que si una familia decide incorporar un tercer vínculo filial en su proyecto parental porque aquello representa su realidad vivencial y sus lazos afectivos, esto debería ser jurídicamente posible. Al respecto de un caso de triple filiación, Litardo et al. señalan que:

“La voluntad procreacional como fundamento del vínculo filiatorio se aparta de la lógica usual y causal de identidad biológica, genética y volitiva. En el caso en cuestión vemos como las tres variables se conjugan y entrecruzan de manera singular no en un binomio, sino en tres personas que expresan su fundada voluntad de ser madres y padre de su hijo”²³.

Se trata de casos en los que la filiación tiene como base elementos volitivos, sociales y afectivos que sobrepasan los vínculos genéticos. La teoría de la socioafectividad puede utilizarse para todos los hechos que originan la filiación, por eso puede ser aplicada en casos de reproducción asistida tanto como en casos donde una filiación que ya ha sido fijada por la

²²Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia, 28 de noviembre de 2012.

²³ Emiliano Litardo et al., “Múltiple filiación en Argentina: ampliando los límites del parentesco”, Revista Boliviana de Derecho No. 27 (2019), 384

verdad biológica es cuestionada. Así, Krasnow señala que es más fácil resolver casos de ausencia de nexo genético cuando existe el respaldo de vínculos afectivos preexistentes²⁴. En ese sentido, se requiere evaluar todos los elementos que envuelven la realidad social de una familia para actuar en mejor interés del niño. La teoría de la voluntad procreacional y de la socioafectividad se basan entonces en estructuras flexibles que parten del entendimiento de que las familias son intrínsecamente dinámicas.

Para Femenía López el factor la voluntad procreacional cobra especial importancia en casos de reproducción asistida:

"Así pues, el aspecto esencial para la atribución definitiva de la filiación derivada del acceso a TRA, cuando se usan gametos de donante, es la voluntad de las partes a un proyecto parental común, formalizada a través de los consentimientos exigidos legalmente. Con ello, el principio de verdad biológica se sitúa en un segundo plano, convirtiéndose el consentimiento en título autónomo de determinación de la filiación y único elemento configurador de la misma cuando no existe vínculo biológico entre el concebido mediante el recurso a TRA y la persona que consiente a su filiación. La expresión de la voluntad a través de un consentimiento formal incorpora, además, mayores garantías de seguridad jurídica, puesto que facilita la prueba"²⁵

Para el autor la prevalencia del factor volitivo conlleva incluso mayores garantías a la seguridad jurídica para los involucrados, porque implica la existencia de una expresión de voluntad previa. Lo cual a su vez, puede entenderse como lo más favorable al interés superior del niño y sus derechos de identidad y familia.

Para Ordoñez la familia se debe entender como una comunidad de personas conformadas por la voluntad de permanencia y ayuda mutua, lo cual implica entender la familia como un concepto no estático sujeto a las transformaciones de la sociedad.²⁶ Esta noción de familia requiere de parámetros más flexibles que la genética para establecer el parentesco entre padres e hijos y requiere de la adaptación de la normas de filiación de manera en que se garanticen los derechos de las familias en sus diversidades.

Es importante señalar que las soluciones propuestas por la teoría de la voluntad procreacional buscan ser compatibles con el derecho a la identidad, es así que son necesarios mecanismos que impidan la inscripción de filiación a quienes pretendan validar medios ilícitos bajo el nombre de la socioafectividad. Estos mecanismos deben proteger de adopciones ilegales o de la obtención ilícita de niños provenientes de la trata infantil. En ese sentido, es necesario recalcar que la previsión legal de la socioafectividad no exime del análisis concreto de cada

²⁴ Adriana Krasnow, "La socioafectividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida".

²⁵ Pedro Femenía López, *La determinación de la filiación en interés del menor: turismo reproductivo y nuevos modelos de familia*, 73.

²⁶ Alehlí Ordoñez, "Los derechos de la diversidad sexual. Un diálogo entre la Suprema Corte, la academia y la sociedad civil".

caso, en el que se verifique el principio rector del interés superior del niño para brindar a cada situación un correcto encuadre jurídico que sobre todo resguarde los derechos del niño a su identidad y protección familiar²⁷.

Este análisis concreto implica la verificación de un vínculo real que se sostiene en la presencia de experiencias conjuntas a lo largo del tiempo, que reflejan un lazo familiar verdadero que no puede ser invisibilizado por la norma vigente que no ha sido readecuada, y que tampoco puede resultar de medios ilícitos. A esto se suma la importancia de escuchar al niño y priorizar su autodeterminación con el objetivo de verificar que efectivamente existe una relación paterno filial socioafectiva merecedora de reconocimiento legal²⁸. Es así que la socioafectividad y la voluntad procreacional no dejan de lado la responsabilidad del Estado permanente de tutelar los derechos del niño de acuerdo con su interés superior.

Este enfoque ha permitido que muchas parejas del mismo género puedan realizar su proyecto de vida y para eso el reconocimiento de la filiación es indispensable, en estos casos la verdad biológica resulta limitante. La negación de establecer vínculos filiales por prevalencia de la verdad biológica se traduce entonces en un trato discriminatorio hacia aquellas familias que se forman sin una unión sexual²⁹. Se trata de un trato preferencial institucionalizado muchas veces en la norma jurídica, que favorece a ciertas familias y a otras no.

5.2 El derecho a la identidad y a la familia en relación con el interés superior del niño

La Convención sobre los Derechos del Niño establece como elementos comprendidos en el derecho a la identidad: el conocimiento de los padres, la convivencia con ellos y las relaciones familiares sin injerencias ilícitas.³⁰ Este derecho tiene fundamento en la dignidad humana y le pertenece a todas las personas, los Estados tienen la obligación de realizar todos los esfuerzos para garantizarlo de forma progresiva en medida de los recursos que dispone.

La doctrina sostiene que este derecho mantiene una doble dimensión: estática y dinámica. La identidad en su dimensión estática se constituye por los datos físicos de una persona, como su nombre y número de cédula. Por otra parte, la identidad dinámica responde

²⁷ Mariana A. De Lorenzi y María de los Ángeles Nicosia, “Socioafectividad familiar e interés de niñas/os y adolescentes. Entrelazando afectos y derechos”.

²⁸ Mariana A. De Lorenzi y María de los Ángeles Nicosia, “Socioafectividad familiar e interés de niñas/os y adolescentes. Entrelazando afectos y derechos”.

²⁹ Alehlí Ordoñez, “Los derechos de la diversidad sexual. Un diálogo entre la Suprema Corte, la academia y la sociedad civil”.

³⁰ Artículos 7 y 8, Convención sobre los Derechos del Niño.

a las relaciones sociales que una persona genera a lo largo de su vida, es decir que implica su historia personal, sus esquemas sociales y culturales.³¹

La identidad entonces se construye en base a múltiples factores psicológicos y sociales, entre ellos se puede destacar la identidad filiatoria. Por ende, es fundamental para la construcción de la identidad del ser humano lo relacionado a su seno familiar y aquello no se agota en lo biológico, sino que se sustenta de experiencias vivenciales. En esa línea Etcheberry señala que “En materia de filiación no existe una única verdad, sino múltiples verdades: la afectiva (verdadero padre o madre es el que ama); la biológica (los lazos sagrados); la sociológica (posesión de estado); la volitiva (para ser padre o madre es necesario quererlo) y la del tiempo (cada nuevo día refuerza el vínculo)”³²

El derecho a la identidad está ligado a la individualidad y a la vida privada de las personas. Este se desarrolla de forma particular en relación a los vínculos familiares y sociales de cada persona, por lo que si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, cobra una importancia especial durante la niñez porque es el periodo en el que el entendimiento del plano familiar se consolida.³³

Por ende, el derecho a la identidad a su vez está entrelazado con el derecho a la protección familiar que también está consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño³⁴ y de la cual incluso se habla en el preámbulo de la misma Convención como medio para garantizar el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de los niños. Ambos derechos deben ejercerse en función del principio de no discriminación consagrado en la misma convención³⁵ y que resulta transversal para el ejercicio de todos los derechos. Ahora bien, negar entonces el emplazamiento filial de un niño constituye una vulneración a su derecho a la identidad y a la protección familiar que le corresponde, puede representar incluso un trato discriminatorio.

La identidad filiatoria de los niños debe determinarse en armonía con el principio de interés superior del niño. Este principio es complejo y flexible, su contenido debe determinarse

³¹ Leonor Etcheberry Court, “La constitucionalización del derecho de familia en Chile. Una mirada a través del derecho a la identidad”, en *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas*, ed. de N. Espejo Yaksic y A. Ibarra (Ciudad de México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019), 191 - 229.

³² Leonor Etcheberry Court, “La constitucionalización del derecho de familia en Chile. Una mirada a través del derecho a la identidad”, 222.

³³ Sofía del Carmen Treviño Fernández y Karla Ripoll Miranda, *Filiación. Mantenimiento de relaciones familiares y derecho a la identidad*, Cuaderno de jurisprudencia núm 11, (Ciudad de México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022).

³⁴ Artículos 9 y 10, Convención sobre los Derechos del Niño.

³⁵ Artículo 2, Convención sobre los Derechos del Niño.

caso por caso, pues es interpretable de forma individual a la situación concreta de cada niño y requiere además de una interpretación integral de la Convención sobre los Derechos del Niño.³⁶

El interés superior del niño es un principio de carácter internacional que ha sido desarrollado por el Comité de los Derechos del Niño en una Observación General, en la que se especifica su alcance y contenido³⁷. Es así que este principio se entiende obligatorio en todo momento, es un derecho sustantivo, una norma de procedimiento y debe ser utilizado incluso en el ejercicio interpretativo de normas³⁸. Por lo tanto, el interés superior del niño es un principio adaptable, su objetivo es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos del niño y adolescente. Para determinar cuál es la decisión más acorde con este principio es fundamental examinar en cada caso los siguientes elementos: Escuchar la opinión del niño; Analizar su identidad; Procurar la preservación del entorno familiar más favorable a sus derechos; Garantizar su cuidado, protección y seguridad; Observar situaciones de vulnerabilidad; Garantizar su salud y educación³⁹.

Desde el entendimiento de que el interés superior del niño es flexible, se puede concluir que los casos conflictivos o novedosos respecto a la identidad filiatoria de un niño requieren de un análisis individual en el que se abarque de forma especial la opinión del niño y se considere todos los elementos que configuran su identidad.

Existen casos donde se ha pretendido limitar el derecho a la identidad del niño al conocimiento de su identidad biológica, lo cual de plano supone una violación al interés superior del niño pues la identidad no se satisface exclusivamente en el conocimiento de lo genético, sino que aborda también aspectos sociales y afectivos mucho más complicados relacionados con su autopercepción⁴⁰. También existen casos en los que se ha pretendido dejar en segundo plano el derecho a la identidad y subordinarlo al derecho a la protección familiar, bajo la idea de que la protección familiar implica dejar al niño dentro de su familia biológica, alegando que aquello atiende de mejor manera los derechos de los niños en general⁴¹. Estos casos caen en el mismo error y es que no analizan de manera individual el interés superior del

³⁶ Emiliano Litardo et al., “Múltiple filiación en Argentina: ampliando los límites del parentesco”.

³⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación general No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, 2013.

³⁸ Belén Aguinaga, Ximena Cabrera, Susana Godoy, Juan Ignacio Mena, Martina Rapido Ragozzino, *Manual de derechos sexuales y reproductivos para operadores de justicia* (Quito: Cevallos – Editora Jurídica, 2020).

³⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación general No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, 2013.

⁴⁰ Sofía del Carmen Treviño Fernández y Karla Ripoll Miranda, *Filiación. Mantenimiento de relaciones familiares y derecho a la identidad*.

⁴¹ *Ibidem*.

niño sino que lo someten a reglas preestablecidas sin considerar las particularidades de su situación ni de su autopercepción en relación con su familia.

En este sentido es importante señalar que los niños no deben comprenderse como adultos incompletos, pues no son seres que aún no poseen las competencias y capacidades que caracterizan a los seres humanos. Los niños son agentes sociales, que dan forma a sus propias circunstancias, a la vez que son influenciados por instituciones como la familia y la escuela⁴².

El objetivo de figuras como la triple filiación es el reconocimiento legal de situaciones fácticas ya consolidadas porque aquello representa la tutela efectiva del derecho a la identidad y a la protección familiar, y eso a su vez representa de mejor manera el interés superior del niño. Por lo tanto, es fundamental mantener un balance entre el derecho a la identidad y a la protección familiar en virtud siempre del interés superior del niño.

5.3 Casos en los que la triple filiación resulta favorable a los derechos del niño

La triple filiación en concreto se ha mostrado como la figura más favorable para el interés superior del niño en casos en los que el niño forma su identidad alrededor de tres vínculos filiales. Estos casos ponen en crisis el principio del binarismo filial contenido en la mayoría de ordenamientos jurídicos que establece que un niño puede tener solo dos vínculos filiales. Estos casos consisten de situaciones fácticas en las que con fundamento en la voluntad procreacional y la autonomía de la voluntad, por distintas razones de la esfera personal de las familias, existen tres personas que el niño identifica como progenitores.

Estos casos se han presentado alrededor de todo el mundo en núcleos familiares diversos y han incrementado a partir del aumento del uso de las nuevas tecnologías de reproducción asistida. Un ejemplo sencillo para justificar la necesidad de la triple filiación es cuando una pareja utiliza un método de reproducción asistida como la fertilización in vitro o la maternidad subrogada, pues son procesos en los que intervienen más de dos personas. En estos casos la pareja puede decidir en su proyecto parental que esta tercera persona sea parte de la vida y crianza del hijo que esperan. Estos tres vínculos filiales quedarían fundamentados bajo el principio de voluntad procreacional, a la vez después de nacido, el niño formaría su identidad alrededor de sus tres progenitores lo cual implica que es en su mejor interés que el ordenamiento reconozca que existe un vínculo filial con los tres y no solo con dos. Así, la triple filiación abre la puerta a familias pluriparentales, la importancia de la flexibilidad de esta figura es equiparar la realidad familiar con la realidad legal desde el entendimiento de que aquella

⁴² Nicolás Espejo Yaksic, “La constitucionalización del derecho familiar”.

protección jurídica brinda protección a los derechos de todos los involucrados. Pues la filiación es un derecho en sí, que a su vez se relaciona con muchos otros derechos tales como la herencia, alimentos y la tenencia. Negar estos derechos a uno de los progenitores de manera indiscriminada afecta tanto al niño como al progenitor que queda desamparado por el ordenamiento, constituye un trato discriminatorio a uno de los progenitores y a su vez constituye una discriminación general a las familias pluriparentales.

Al respecto Bladilo señala casos en Argentina que han servido como excepciones para la regla de doble vínculo filial que colocaron en tensión las estructuras de derecho tradicional contenidas en el ordenamiento. Estos casos han obligado a jueces a llevar a cabo un análisis individual respecto a las situaciones fácticas particulares de cada familia y frente a las solicitudes de tres progenitores han resuelto a favor del reconocimiento de la triple filiación dando paso a la correspondiente inscripción en la partida de nacimiento de los niños, con base a la voluntad y al deseo de crear una familia de los solicitantes⁴³.

La autora narra el caso de una mujer que junto a su mejor amigo y la pareja de este decidieron tener un hijo los tres juntos mediante inseminación intrauterina. Los tres protocolizaron su consentimiento informado para llevar adelante su proyecto pluriparental, pero al momento de inscribir a su hija solo podían inscribir a la niña con dos progenitores. La mujer no tenía dificultades por ser quien dio a luz a la niña y su filiación quedó determinada por ese hecho, pero los padres se veían enfrentados a elegir a uno de ellos para la inscripción, sin ningún criterio de por medio debían darle a una de sus voluntades más peso que a otra.

La jueza que resolvió este caso decidió a favor de la triple filiación tras analizar que esto era lo más favorable para el interés superior del niño, pues observó que la niña crece en un entorno creado para su existencia, en el marco de un proyecto familiar en el que ocupa un lugar como hija y que mantiene lazos afectivos con sus dos padres tanto como con su madre. Así se analizó que la niña tiene vínculos afectivos con los tres y que no reconocer uno sería una vulneración de derechos y un trato discriminatorio⁴⁴.

Estos casos responden a una necesidad de readaptar el ordenamiento jurídico, pues muchos ordenamientos jurídicos están limitados por una concepción estática de la familia. La idea es que conforme la sociedad se vuelve más compleja los sistemas legales se ajusten periódicamente para satisfacer las necesidades y proyectos individuales de las personas⁴⁵.

⁴³ Agustina Bladilo, “Familias pluriparentales en la Argentina. Donde tres o más no son multitud”, Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid No. 38 (2018), 135-158

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Nicolás Espejo Yaksic, “La constitucionalización del derecho familiar”.

Entonces si se mantiene a la tutela de derechos humanos como columna vertebral del sistema, se debe buscar armonizar las normas para favorecerlos y no limitarlos con tal de mantener las normas.

6. La triple filiación

6.1 pluricrianza y multiparentalidad

La figura de la triple filiación busca dar lugar a las familias multiparentales. Cabe la aclaración de que triple filiación no es sinónimo de pluriparentalidad, se trata más bien de una relación en la que pluriparentalidad sería el género y la triple filiación una de sus especies⁴⁶. La triple filiación busca ser el mecanismo para visibilizar en el plano jurídico la realidad vivencial de estas familias.

Las familias pluriparentales pueden conformarse de manera originaria previo al nacimiento del niño por la voluntad procreacional de los progenitores quienes disponen crear un plan parental entre tres o más personas, o pueden conformarse después de nacido el niño (familias ensambladas). Estas familias a su vez, pueden tener o no una relación afectiva entre los adultos lo cual implica una relación conocida como “poliamorosa”⁴⁷.

La pluriparentalidad y pluricrianza tiene fundamento en la voluntad procreacional y en la socioafectividad pero aquello no significa que el plan parental de las familias actuales no tenga límites en relación a la determinación de su filiación. El establecimiento de vínculos filiales en familias multiparentales continúa teniendo sus reglas, su principal límite siempre será el interés superior del niño. De manera más concreta, la autonomía de la voluntad siempre va a estar limitada en cierto nivel por los intereses del bienestar social común. Es así que no sería posible admitir un acuerdo de filiación en el que existan cinco progenitores, porque aquello no es congruente con que exista una verdadera repartición de deberes de cuidado y crianza sobre un niño⁴⁸. Considerando que los vínculos filiales generan deberes y derechos, la triple filiación se puede limitar en los principios de responsabilidad y solidaridad familiar, así países como Canadá han creado reglamentos específicos respecto a las reglas que rigen a la aplicación de esta figura⁴⁹.

⁴⁶ Marisa Herrera, “Responsabilidades parentales en plural. Conflictos contemporáneos en la relación entre progenitores e hijos”, en *La responsabilidad parental en el derecho. Una mirada comparada*, ed. de N. Espejo Yaksic (Ciudad de México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021), 591-643.

⁴⁷ Agustina Bladilo, “Familias pluriparentales en la Argentina. Donde tres o más no son multitud”.

⁴⁸ Marisa Herrera, “Responsabilidades parentales en plural. Conflictos contemporáneos en la relación entre progenitores e hijos”.

⁴⁹ *Ibidem*.

Cabe también señalar que las familias multiparentales no se tratan de ejercicios de mera convivencia, sino de vínculos consolidados en roles de paternidad o maternidad, en los que no necesariamente debe existir una convivencia entre todos sino la existencia de lazos afectivos con el niño. En ese sentido, la triple filiación no busca ser una manera de evadir responsabilidad parental, al contrario pretende hacer efectivas las obligaciones derivadas de la filiación, brindando la posibilidad de exigir jurídicamente los derechos que le corresponden a todos los integrantes de una familia en la que existen tres personas que se identifican como progenitores.

Las familias pluriparentales son familias que rompen los esquemas tradicionales de un núcleo familiar formulado por una pareja heterosexual, se trata de familias que históricamente no han sido contempladas por el ordenamiento jurídico y conforme se reconocen sus derechos humanos requieren de cambios legislativos que favorezcan el ejercicio de sus derechos⁵⁰. Es fundamental poder ejercer el derecho a la filiación para poder ejercer un proyecto de vida sin discriminación, la sentencia *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile* plantea así la importancia de respetar el principio de igualdad entre las distintas formas de familia en armonía con el interés superior del niño. En este caso la Corte determinó que no se puede pretender usar el interés superior del niño para justificar un trato discriminatorio hacia la pareja homosexual.⁵¹

En ese sentido, la Corte IDH ha sostenido que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia por lo que su protección es aplicable a todos los formatos de familia y no solo a la tradicional⁵².

6.2 Triple filiación por técnicas reproducción asistida, por adopción y por naturaleza.

La triple filiación es una figura aplicable para las tres fuentes que dan origen al emplazamiento de la filiación: la filiación por naturaleza; la filiación adoptiva; y la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida. Cabe señalar, que existen entonces casos donde la triple filiación es originaria desde el nacimiento y otros en donde es derivada.

La filiación por naturaleza se refiere a aquellos casos donde los vínculos filiales han sido ya determinados por la teoría de la verdad biológica. Incluso en estos casos la figura de triple filiación resulta útil, por ejemplo en situaciones donde existe una tercera persona que ha

⁵⁰ Alehlí Ordoñez, “Los derechos de la diversidad sexual. Un diálogo entre la Suprema Corte, la academia y la sociedad civil”.

⁵¹ *Atala Riffo vs. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia, 24 de febrero 2012, párr. 110.

⁵² Nicolás Espejo Yaksic, “La constitucionalización del derecho familiar”.

cuidado del niño o niña tanto como sus progenitores biológicos. Estos casos abarcan a las familias ensambladas, se trata de familias que se generan a partir de los lazos afectivos formados por los padres después de un divorcio o separación y la conformación de sus nuevas parejas, introduciendo a la vida de los niños figuras como “padrastrós” o “madrastras”.

Estas terceras personas pueden jugar un rol tan importante en la vida de un niño como el de su propio progenitor. Bajo la regla de doble vínculo filial, incluirlo en la inscripción legal del niño implicaría impugnar la filiación de uno de los padres del niño probando la ausencia de vínculo genético para desplazar el vínculo que no tenga correspondencia biológica⁵³. Esto no necesariamente tutela el bienestar del niño quien puede tener por ejemplo, una relación más importante con su padrastro que con su padre con quien mantiene un vínculo meramente biológico. Frente a situaciones así la triple filiación también se plantea como una solución aplicable, cuando lo que se busca es emplazar una nueva filiación sin tener que desplazar la anterior.

Por otro lado, la filiación adoptiva se refiere a casos en los que la filiación se fija por adopción. La triple filiación se vuelve aplicable cuando se busca sumar una tercera persona a una solicitud de adopción. Por ejemplo:

“El Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de 3a. Nominación de la ciudad de Córdoba, hace lugar a un pedido de adopción incoado por tres personas, una mujer y sus dos maridos, el actual y el anterior, siendo que ambos habían forjado un vínculo afectivo sólido con la niña que se pretende adoptar.”⁵⁴

En otros casos pueden también sumarse vínculos de origen y vínculos adoptivos configurando así situaciones de triple filiación, y también caben situaciones donde se pretenda ampliar una sentencia donde ya se fijó la adopción para sumar a la inscripción un progenitor.

En los casos de solicitudes de adopción es común que en el tiempo de proceso y formalización de la adopción el niño crezca y adquiera un mayor grado de madurez lo cual permite que exprese su voluntad de que el plano jurídico coincida con el afectivo⁵⁵. Es así que todas las voluntades coinciden en armonizar la realidad social con la jurídica, se trata de casos en los que se busca sumar afectos sin restar a las obligaciones derivadas de la responsabilidad parental.

La última manera de establecer la filiación es a partir de las técnicas de reproducción asistida y está su vez puede abarcar prácticas médicas como prácticas caseras. Actualmente

⁵³ Adriana Krasnow, “La socioafectividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”.

⁵⁴ Marisa Herrera, “Responsabilidades parentales en plural. Conflictos contemporáneos en la relación entre progenitores e hijos”, 619.

⁵⁵ *Ibidem*.

muchos niños nacen como producto del uso de estas técnicas, entre ellas destaca la fertilización in vitro o la gestación subrogada. Es así que en la actualidad muchas parejas homosexuales y heterosexuales no necesitan mantener una unión sexual para procrear.

Estas técnicas pueden utilizar material genético de la propia pareja cuyo plan es ser progenitores, o pueden utilizar material genético de un tercero donante. Como consecuencia de esto no siempre hay un respaldo genético que coincida con la verdad volitiva y afectiva en estos casos. La triple filiación se vuelve apropiada en aquellos casos en los que el tercero también tiene la misma voluntad de ser progenitor y no un mero donante, configurando entre tres un plan parental que va más allá de la reproducción. Para Krasnow se trata de casos en los que el consentimiento previo, informado y libre es fundamental, porque se trata de escenarios en los que se expresa la voluntad procreacional de quienes buscan ser progenitores⁵⁶.

Un ejemplo así es un caso presentado en Argentina en el que una pareja de dos mujeres que junto a un amigo recurren a una técnica de reproducción asistida de práctica casera, los tres expresan desde el inicio su voluntad de desempeñar roles parentales respecto al niño/a que naciera. Cuando nace el niño la filiación se determinó a favor de las dos madres, una de ellas por ser quien dio a luz y la otra por aplicación de la presunción de filiación matrimonial. Por lo que después se reclamó el reconocimiento legal respecto al hombre quien había aportado su material genético⁵⁷. En este caso se resolvió a favor de la triple filiación porque se determinó que aquello era lo más favorable para el bienestar del niño. En los casos de reproducción asistida negar la triple filiación implicaría también desligar a uno de los progenitores de la responsabilidad que voluntariamente asumieron, lo cual es una vulneración a sus derechos derivados de la autonomía de la voluntad.

6. 3 Implementación de la figura en otros países

La adecuación normativa que requieren casos novedosos aplicables a la triple filiación se ha abordado de diferentes maneras.

En Argentina la figura se ha discutido ampliamente en sede judicial, permitiendo su aplicación como excepción a la regla del Código Civil que plantea el binarismo filial⁵⁸. Los primeros dos casos en Argentina se presentaron en 2015, se introdujeron en sede administrativa por medio del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y trataban de casos de

⁵⁶ Adriana Krasnow, “La socioafectividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”.

⁵⁷ Marisa Herrera, “Responsabilidades parentales en plural. Conflictos contemporáneos en la relación entre progenitores e hijos”

⁵⁸ Artículo 558, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, de 8 de octubre de 2014.

reproducción asistida. Al ser luego remitidos y analizados por un juez se resolvió reconocer la triple filiación en base a los argumentos de voluntad procreacional e interés superior del niño⁵⁹. Desde entonces se continuaron presentando demandas de reconocimiento de filiación en casos similares o con diferentes orígenes filiatorios, y en su mayoría recibieron una resolución favorable al reconocimiento del tercer progenitor.

La jurisprudencia desarrollada en Argentina al respecto es amplia y favorecedora a la aplicación de la figura en relación a los derechos⁶⁰. Pero se sigue planteando la triple filiación como una excepción a la regla general contenida en el Código Civil, por lo que las expectativas están en una adecuación de este cuerpo normativo para que aborde la figura como tal.

En Canadá, en cambio, desde 2011 se aprobó el “Family Law Act” para Columbia Británica, esta ley realizó varios cambios a la legislación del derecho familiar. Entre esos cambios, esta ley introdujo la pluriparentalidad y reguló la triple filiación, esta es la primera legislación en el mundo que incorpora dentro del ordenamiento jurídico esta figura⁶¹. Esta norma regula entre otras cosas, que el parentesco puede establecerse por la verdad biológica tanto como por la voluntad procreacional y regula cómo deben formularse los acuerdos que rigen la reproducción asistida y su respectivo emplazamiento de filiación. La norma busca regular la aplicación de esta figura en el mejor interés de los niños y mantiene como eje central el principio de igualdad para las familias en sus diversos tipos. Contempla filiación por técnicas de reproducción asistida y por adopción, pero no abarca en sus reglas el supuesto de que un niño pudiera ser concebido mediante relaciones sexuales y al mismo tiempo tener más de dos padres.⁶²

Por otra parte, California, Estados Unidos la viabilidad de la triple filiación se evalúa en los tribunales en función de las necesidades funcionales, económicas y psicológicas del niño. Así se ha fallado a favor de la triple filiación en aquellos casos donde se determinó que sería perjudicial para el niño negarle a una de las personas que identifica como padre o madre el reconocimiento legal que solicita⁶³.

Brasil introdujo también la triple filiación a su ordenamiento a través de una sentencia de un caso hito que luego fue precedente para casos posteriores, la sentencia es interesante

⁵⁹ Agustina Bladilo, “Familias pluriparentales en la Argentina. Donde tres o más no son multitud”.

⁶⁰ Ver, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia Ministerio Público de la Defensa “La triple filiación en la jurisprudencia argentina” Boletín de jurisprudencia 2022.

⁶¹ Juan David Jaramillo Manzano, “La poligamia y la pluriparentalidad en los distintos ordenamientos jurídicos. Un análisis comparado para incentivar la discusión sobre la familia plural”, Revista Trans-pasando fronteras No. 19 (2022), 30-65.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*.

porque discute el “derecho a buscar de la felicidad” que alude a que es el derecho el que debe amoldarse a las voluntades y necesidades de las personas y no al revés, y sostiene en ese sentido que garantizar la dignidad humana requiere superar los obstáculos impuestos por los sistemas legales para las familias pluriparentales⁶⁴.

Esta sentencia de Brasil también hace un análisis respecto a la jerarquización de familias y su ilicitud, por lo que concluye que los vínculos socioafectivos están en igual categoría jerárquica que los vínculos biológicos, eliminando la posibilidad de otorgarle más peso legal a los vínculos establecidos por correspondencia genética⁶⁵. Estos aportes son importantes porque brindan nuevos elementos a la discusión y resaltan la importancia de considerar esta figura por su impacto en los derechos de las familias diversas.

Considerar cómo otros países regulan y tutelan derechos en estos casos que rompen los parámetros de la familia tradicional es clave para allanar el camino de la triple filiación en otros ordenamientos jurídicos, lo cual facilitaría el camino para que muchas personas puedan satisfacer sus proyectos individuales. Readequar los sistemas normativos evitaría incluso casos de desplazamiento en los que familias se ven obligadas a migrar para conseguir una tutela adecuada de sus derechos, ya que la negativa de una inscripción de filiación se traduce muchas veces a una discriminación.

7. Implementación en Ecuador

7.1 La filiación desde la legislación ecuatoriana

La legislación ecuatoriana regula el emplazamiento filial en su Código Civil, en este se regula que la paternidad y maternidad se establece si una persona ha sido concebida dentro del matrimonio o de una unión de hecho, y en los casos en que no haya un vínculo matrimonial la filiación puede establecerse por un reconocimiento voluntario declarando implícitamente que existe una relación biológica; alternativamente la filiación puede ser declarada judicialmente después de llevar a cabo pruebas de correspondencia genética⁶⁶. De esto es claro que la normativa ecuatoriana establece que la filiación está determinada principalmente por la realidad biológica. El Código Civil no contempla casos de reproducción asistida, por lo que existe un vacío legal referente a estos casos.

⁶⁴ Juan David Jaramillo Manzano, “La poligamia y la pluriparentalidad en los distintos ordenamientos jurídicos. Un análisis comparado para incentivar la discusión sobre la familia plural”.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Artículo 24 y 258, CC.

A esto se suma que este cuerpo normativo contempla una regla que contiene la prohibición de reconocer voluntariamente una filiación que contradiga a otra ya existente, el Código señala que estos reconocimientos serían simplemente nulos⁶⁷. Esto se traduce de cierta manera a una regla de binarismo filial porque indica que una persona no podría reconocer jurídicamente a un hijo con quien mantiene todos los lazos afectivos sin impugnar y desplazar otro de sus vínculos filiales, para lo cual debería probar la inexistencia de correspondencia biológica en el vínculo ya inscrito⁶⁸. Sin embargo, este artículo no prohíbe explícitamente la existencia de más de un vínculo filial, dejando un espacio para discutir la posibilidad de admitir tres vínculos.

Es claro que existe una falta de normativa en el sistema jurídico ecuatoriano actual para brindar protección jurídica a las familias en sus diversos tipos, a pesar de que la Constitución como norma superior establece que se reconoce a la familia en sus diversos tipos y que se deben garantizar condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines⁶⁹. La falta de figuras como la triple filiación y la prevalencia de la realidad biológica contenida en el ordenamiento es un obstáculo en la protección eficaz y trato igualitario de las familias que no encajan en el concepto tradicional de la misma. Esto finalmente configura una afectación a los derechos de identidad y protección familiar de los niños miembros de estas familias.

El derecho a la identidad, a la protección familiar y el principio de interés superior de los niños están reconocidos en la Constitución⁷⁰ y en el Código de la Niñez y Adolescencia⁷¹, son preceptos fundamentales que derivan de la dignidad humana. Sin embargo, es necesaria una adecuación normativa que haga realmente efectivos esos derechos porque la normativa actual no satisface los proyectos individuales de todas las familias ni las trata con igualdad.

En Ecuador existe el precedente jurisprudencial del Caso Satya, este caso fue resuelto por la Corte Constitucional y trata de una familia lesbomaternal que concibió una niña a través de inseminación artificial. Al momento de inscribir a la niña el Registro Civil solo permitió la inscripción de la maternidad de una de las madres por ser quien dio a luz. La Corte en esta acción extraordinaria de protección resolvió a favor de inscribir a la niña con sus dos madres como progenitoras⁷². A pesar de no tratarse de un caso de triple filiación sí abrió la puerta a familias homoparental desde el análisis de establecer la filiación en base al factor de voluntad

⁶⁷ Artículo 242A, CC.

⁶⁸ Artículo 258, CC.

⁶⁹ Artículo 67, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁷⁰ Artículo 44, 45, 66.28 y 69, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁷¹ Artículo 11, 22, 33 y 36, Código de la Niñez y Adolescencia.

⁷² Sentencia 184-18-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 29 de mayo de 2018, pág. 87.

procreacional cuando no existe correspondencia biológica. La Corte resolvió que negarle la inscripción a la niña con sus dos madres la colocaba en una situación de vulnerabilidad y constituye una vulneración a su derecho a la identidad. Los aportes de esta sentencia también mencionan que el Código Civil sólo contempla uniones heterosexuales, por lo que no se adapta a la realidad fáctica de muchas familias y por lo que no cumple con el eje transversal de igualdad y no discriminación⁷³.

El caso Satya pone en la palestra pública la discusión de la existencia de tres aspectos jurídicos para determinar la filiación: la verdad biológica; la asignación legal en estricto sentido; y la voluntad procreacional. Esto es un buen punto de partida para contemplar implementar figuras como la triple filiación cuyo principal fundamento gira en torno a los mismos razonamientos adoptados por la Corte.

7.2 Vía normativa idónea para introducir esta figura en Ecuador

En Ecuador el precedente constitucional del caso Satya estableció la posibilidad de fijar la filiación en base a la voluntad procreacional. Sin embargo, no se ha adecuado el ordenamiento jurídico para abarcar este supuesto, lo cual de cierta manera genera inseguridad jurídica. Adecuar el ordenamiento para respaldar la voluntad procreacional en una norma equipararía los derechos de distintas familias, y a su vez allanaría el camino para introducir figuras como la triple filiación.

Perseguir la implementación de la figura de la triple filiación en Ecuador supone encontrar la vía legal idónea para aquello. Es así que en base al análisis comparado de cómo se ha regulado esta figura en otros ordenamientos jurídicos es claro que existen dos caminos para regular la triple filiación, por un lado existe la opción de implementar la figura a través de una ley y por otro, la posibilidad de introducirla a través de jurisprudencia con un caso destacado.

La primera opción requiere de un proyecto legislativo, que puede girar en torno a reformar o sustituir el Código de la Niñez y Adolescencia, como sucedió en Canadá. Esta opción implica poder darle mejor uso a la figura porque se puede regular normativamente su aplicación de forma detallada y desde el principio de interés superior de los niños. Presentar un proyecto de ley implica tener el respaldo de por lo menos el 0,25% de las ciudadanas y ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional, estos son aprobados en dos debates y pueden ser objetados total o parcialmente por el Presidente⁷⁴. Un proyecto de ley puede brindar

⁷³ Sentencia 184-18-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 29 de mayo de 2018, pág. 55.

⁷⁴ Artículo 134 y 137, Constitución de la República del Ecuador, 2008

una solución más completa considerando la falta de normas sobre el uso de técnicas de reproducción asistida y en general la falta de consideración del ordenamiento jurídico respecto a esta figura.

En la vía constitucional ecuatoriana existe también la posibilidad de plantear una acción pública de inconstitucionalidad, esta posibilidad permite que en abstracto se solicite que la Corte Constitucional revise la constitucionalidad de cualquier norma infraconstitucional⁷⁵. Para facilitar la implementación de la triple filiación se podría plantear una acción de este tipo respecto al artículo que establece la regla de binarismo filial⁷⁶ por ser contraria a los derechos reconocidos en la Constitución.

La segunda opción tiene a su vez varios caminos, pues a partir de un caso de litigio estratégico se puede plantear una acción de protección alegando la vulneración de los derechos a la identidad, al interés superior del niño y a la protección familiar tras recibir una negativa de inscripción de los tres vínculos filiales en el Registro Civil. Junto a la acción de protección se le puede solicitar que el juez que resuelva el caso en primera instancia, que haga una consulta de norma respecto al artículo 242A del Código Civil⁷⁷, alegando que este puede ser inconstitucional por no cumplir con el principio de igualdad y no discriminación contenido en la Constitución⁷⁸ y señalando que además es contrario al precedente constitucional en el que se reconoce la voluntad procreacional⁷⁹. Frente a esto, el juez de oficio debería suspender la tramitación de la causa y remitir la consulta a la Corte Constitucional que debería resolver la consulta en un plazo de 45 días⁸⁰. Conseguir la declaratoria de inconstitucionalidad de este artículo supondría que se deje de aplicar el mismo en futuros casos a resolver y su vez implicaría que la Asamblea busque derogarlo después conjunto a las normas con las que mantenga conexión.

También se podría buscar llegar a la Corte Constitucional planteando una acción extraordinaria de protección, como se hizo en el caso Satya, para esto es necesario agotar los recursos ordinarios contemplados en el ordenamiento⁸¹. Otro camino sería esperar que el caso sea seleccionado por la Corte Constitucional para revisión bajo el parámetro de novedad o

⁷⁵ Artículo 98, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], R.O. Suplemento 52, de 22 de octubre de 2009.

⁷⁶ Artículo 242A, CC

⁷⁷ Artículo 242A, CC

⁷⁸ Artículo 11.2, Constitución de la República del Ecuador, 2008

⁷⁹ Sentencia 184-18-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 29 de mayo de 2018.

⁸⁰ Artículo 428, Constitución de la República del Ecuador, 2008

⁸¹ Artículo 94, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

gravedad⁸². La idea de utilizar la vía constitucional, es conseguir un pronunciamiento vinculante de la Corte Constitucional respecto a la triple filiación en relación a los derechos, y que este se pueda aplicar en el futuro en beneficio de las familias diversas y de los niños.

Existen dos desafíos normativos importantes a considerar, por un lado la prohibición de adoptar para parejas del mismo sexo⁸³; y por otro que es un delito tipificado el inscribir una maternidad o paternidad sabiendo que no corresponde a un vínculo biológico, porque se considera una vulneración al derecho a la identidad⁸⁴. Cualquier solución normativa que busque implementar la triple filiación debería considerar ambas prohibiciones como elementos a enfrentar por resultar contrarios a los derechos garantizados por la Constitución de manera conexas a la regla de binarismo filial del Código Civil.

Para todos estas soluciones el antecedente del caso Satya es muy positivo porque ya resuelve la importancia de la voluntad procreacional, pero queda pendiente una reforma normativa que refleje el contenido de la sentencia. También se puede invocar a favor de la figura sentencias del sistema interamericano de derechos humanos como la del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, en el que la Corte Interamericana discutió alrededor de la fecundación in vitro el derecho de las personas a buscar tener hijos, a ampliar su familia y la relación de aquello con el interés superior del niño; en este caso se determinó el derecho de gozar de los progresos científicos, entrelazando la tecnología con la libertad reproductiva⁸⁵.

A esto se suman algunos desafíos principalmente culturales, pues la pluriparentalidad siempre va a estar relacionada con conceptos como la poligamia, que en una sociedad conservadora como la ecuatoriana es fuertemente rechazada. A pesar de que no todos los casos de triple filiación implican una relación poligámica, es muy probable que muchas personas encuentren la iniciativa como una manera de “desnaturalizar” la figura de la familia. Sin embargo, fomentar el debate público alrededor de un caso puede ser fundamental para llevarlo adelante, aún más si existe controversia a su alrededor.

8. Conclusiones

El trabajo realizó una investigación sobre los fundamentos principales de la voluntad procreacional, así se inició una discusión sobre la figura de la triple filiación y el impacto

⁸² Artículo 436, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁸³ Artículo 68, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁸⁴ Artículo 211, Código Orgánico Integral Penal [COIP], R.O. Suplemento 180, de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez 17 de febrero de 2021.

⁸⁵ Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia , 28 de noviembre de 2012, párr. 150.

positivo que su implementación podría tener en los derechos humanos y del niño. También analizó el abordaje de la filiación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo cual permitió concluir que existe una falta de protección para las familias no tradicionales. Finalmente, el trabajo hizo un primer análisis de los caminos normativos existentes para implementar esta figura en el Ecuador. Es así que el trabajo entrelazó por primera vez al ordenamiento jurídico ecuatoriano con una figura novedosa como la triple filiación. Se encontró que flexibilizar las respuestas legales, no solo beneficia a diferentes personas adultas con un proyecto parental compartido sino que también tutela en muchas ocasiones los derechos de los niños a la identidad y a la protección familiar, garantizando así de mejor manera el principio de interés superior contenido en la Constitución y en diferentes tratados internacionales.

La pregunta de investigación que se planteó fue: ¿Es posible implementar la triple filiación en Ecuador como un mecanismo para reafirmar los derechos fundamentales?; la respuesta es afirmativa pues se concluyó que esta figura cumple con impactar de manera positiva la tutela de los derechos de miembros de familias no tradicionales. El entendimiento de que las familias son dinámicas y no estáticas permitió señalar la necesidad institucional de readecuar algunas normas en Ecuador para favorecer un trato igualitario, se encontró que estas readecuaciones son posibles en la medida en que se impulsen sobre todo a partir del precedente constitucional del caso Satya que ya resolvió la relevancia de la voluntad procreacional y la socioafectividad para fijar la filiación.

El principal obstáculo que se enfrentó en este trabajo fue la falta de información respecto a la figura como tal, por tratarse de una implementación relativamente nueva en varios lugares del mundo. Existe un cierto grado de limitación en la información específicamente respecto a la multiparentalidad, por tratarse de un tema nuevo y de cierta forma controversial porque rompe los esquemas que normalmente acompañan al concepto de familia.

Enfrentar estos obstáculos requiere ampliar la investigación referente a los temas abordados en este trabajo. Se sugiere abordar desde políticas públicas el sesgo referente a temas como las relaciones poliamorosas o a los derechos familiares de las familias homoparentales y lesbomaternales, para facilitar la expansión de foros de discusión de figuras como la triple filiación que puedan ayudar a la realización de nuevos trabajo al respecto.

Se recomienda impulsar esta implementación al ordenamiento jurídico ecuatoriano con la idea de que se puedan crear nuevas regulaciones que otorguen nuevos criterios al emplazamiento filiatorio y que representen en una norma la voluntad procreacional bajo los parámetros desarrollados jurisprudencialmente por la Corte Constitucional. Es así que se alientan iniciativas legislativas o el impulso de casos de litigio estratégico cuyo fin sea darle

un trato igual a todas las familias a través de la triple filiación, para que puedan cumplir sus proyectos parentales en virtud también del interés superior de los niños. Las implementaciones deberían surgir del entendimiento de que la integración de las familias ha cambiado y que necesitan encontrar un respaldo normativo de sus diferentes realidades fácticas.