

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Matrimonio Igualitario: la situación legal de los hijos e hijas
nacidos dentro de estas instituciones.**

Micaela Carolina Serrano Cevallos

Jurisprudencia

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

Quito, 20 de noviembre de 2020

© 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: Micaela Carolina Serrano Cevallos

Código: 00140072

Cédula de identidad: 1716824741

Lugar y fecha: Quito, 18 de diciembre de 2020

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UNPUBLISHED DOCUMENT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/COPETHese>

Matrimonio Igualitario: la situación legal de los hijos e hijas nacidos dentro de estas instituciones.¹

Equal Marriage: the legal situation of children borned inside these institutions.

Micaela Carolina Serrano Cevallos²
mcserrano22@hotmail.com

Resumen

A partir de la sentencia del Caso Satya en el año 2018, las parejas homosexuales han podido inscribir a sus hijos e hijas con el doble apellido materno o paterno siempre y cuando se presente el certificado médico de inseminación artificial. Sin embargo, esta sentencia no ha contemplado la situación de los niños y niñas que no cuentan con tal certificado médico. El tema en cuestión gira en torno al derecho a la identidad de estos niños y niñas.

Palabras Claves

Caso Satya, parejas homosexuales, inseminación artificial, derechos de los niños y niñas, derecho a la identidad.

Abstract

Since the judgment of the Satya Case in 2018, homosexual couples can register their sons and daughters with the double maternal or paternal surname as long as they present the medical certificate of artificial insemination in the Civil Registration Office. However, this judgment has not considered the situation of children who do not have such a medical certificate. In this document, we will talk about children's right to identity.

Keywords

Satya Case, homosexual couples, artificial insemination, children's right, right to identity.

Fecha de lectura: 18/12/2020

Fecha de publicación: 18/12/2020

Sumario

1. INTRODUCCIÓN 1.1 METODOLOGÍA 2. MARCO NORMATIVO 3. ESTADO DEL ARTE 4. LEGITIMIDAD DEL OBJETIVO DEL TRATO DIFERENCIADO 4.1 CONTEXTO 4.2 DERECHO A LA IDENTIDAD 5. LA RACIONALIDAD CAUSAL 5.1 ELEMENTOS DEL DERECHO DE LA IDENTIDAD 5.2 POSTURAS CONTRADICTORIAS DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA 6. CRITERIO DE NECESIDAD 6.1 INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO 6.2 MEDIDAS ALTERNATIVAS 6.2.1 ACTA NOTARIAL 6.2.2. ADOPCIÓN DEL HIJO DEL CÓNYUGE 7. PROPORCIONALIDAD 8. CONCLUSIONES

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Juan Pablo Albán.

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.

Introducción

En un mundo binariamente establecido, se ha dicho mucho de la diversidad sexual. Es justamente en este sistema donde las oposiciones suprimen activamente las ambigüedades entre categorías opuestas donde se originan una serie de tabúes³. En este contexto, varias han sido las instituciones de poder que han intentado detener a los disidentes de la heteronormatividad desde tiempos inmemorables. Sin embargo, las personas que se han identificado bajo este enorme espectro de la diversidad sexual, han continuado con la lucha incesante por una vida donde no sean señalados y puedan desarrollarse como seres humanos.

Durante todos estos años se han visto grandes avances en temas sociológicos y antropológicos, dando paso al nacimiento de un número considerable de varias perspectivas sobre la teoría de género que han permitido llevar a la sociedad a un entendimiento más profundo sobre el tema.

A pesar de que en estas áreas los avances se han logrado de manera más dinámica, en el ámbito legal el panorama es distinto. En el caso de Ecuador, los logros en el área de los Derechos Humanos han sido alcanzados de manera progresiva. Hasta 1997 la homosexualidad se encontraba tipificada como un delito en el artículo 516 del Código Penal de la versión de 1971⁴. Con su reforma se descriminalizó esta conducta y este fue un punto de partida para el avance de garantías y derechos de las personas LGBTI+. Poco a poco, los derechos civiles también evolucionaron dando como resultado la legalización de las uniones de hecho en la constitución del 2008⁵ y posteriormente la aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo el 13 de junio de 2019⁶.

A pesar de que en la actualidad, los miembros del colectivo LGBTI+ tienen un mayor acceso y protección de sus derechos y garantías, existen algunos aspectos donde la inoperancia de las instituciones estatales, la tradición conservadora del país y los prejuicios sociales no permiten que se hable de una igualdad total. Con la legalización del matrimonio y la unión de hecho en el territorio ecuatoriano, se podría decir que estas parejas cuentan con los mismos

³ Tim O'Sullivan, John Hartley, Danny Sounders, Martin Montgomery, John Fiske. *Conceptos clave de comunicación y estudios culturales*. (Buenos Aires: Amorrortu editores, 1995), 247-249.

⁴ Artículo 516. Código penal, R.O. Suplemento 147, 22 de enero de 1971, reformada por última vez el 15 de febrero de 2012.

⁵ Artículo 68, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018

⁶ Sentencia No. 184-18-SEP-CC. Caso No. 1692-12-EP. Corte Constitucional del Ecuador. 29 de mayo de 2018.

derechos y obligaciones al igual que las parejas heterosexuales, sin embargo, en la realidad no es así.

Uno de los temas en los que el legislador ha evitado mayor pronunciamiento es la filiación. En un comienzo, ha denegado la posibilidad de la adopción dentro de este tipo de familias, lo cual deja de lado la posibilidad de que tengan acceso a la filiación civil, como lo indica el artículo 68 de la Constitución donde se establece literalmente que “La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”⁷. Sin embargo, los avances de la ciencia les han permitido tener acceso a la filiación consanguínea, planteando una serie de desafíos para nuestro ordenamiento legal.

La presunción de paternidad, como se lo conoce tradicionalmente, es uno de aquellos derechos que han sido reservados únicamente para los matrimonios conformados por parejas de distinto sexo. Así, se lo encuentra en el artículo 233 del título VII (Sobre los hijos concebidos en el matrimonio) y reza de la siguiente manera: “El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido”⁸. Si bien, este artículo responde al contexto histórico en el que fue escrito, en la actualidad no concuerda con las nuevas realidades en las que se desarrolla la sociedad contemporánea.

De esta manera, en precedentes como el Caso “Satya”, la Corte Constitucional ha tenido que establecer nuevos parámetros para evitar vulnerar los derechos de las familias diversas en el Ecuador. Sin embargo, pese a que la decisión plantea avances en cuanto a la filiación de los hijos e hijas nacidos dentro de uniones de parejas del mismo sexo, no existe una respuesta que garantice los derechos fundamentales de los niños y niñas nacidos dentro de estos contextos y que no cumplen con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional que permiten su inscripción en el Registro Civil.

Dentro del presente trabajo se busca analizar una posible vulneración del derecho a la identidad de los niños y niñas nacidos dentro de los matrimonios o uniones homoparentales que no cumplen con los requisitos establecidos en la sentencia No. 184-18-SEP-CC para su inscripción en el Registro Civil. Se utilizará el test de igualdad y no discriminación que sigue

⁷ Artículo 68, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018

⁸ Artículo 233. Código Civil, R.O. Suplemento 46, 04 de junio de 2005, reformada por última vez el 08 de julio de 2019.

los preceptos del test de razonabilidad y proporcionalidad. A la vez, se plantearán posibles soluciones que vayan de la mano con el desarrollo de los Derechos Humanos en nuestro país.

Metodología

Los test de razonabilidad y proporcionalidad son herramientas que sirven para resolver colisiones de principios, es “una herramienta argumentativa que permite a los interesados en los derechos en general, y los expertos en derechos humanos en particular, analizar un caso para poder identificar el sentido que debiera tomar una sentencia”⁹, de esta manera, se puede observar su relevancia en el mundo jurídico para resolver los conflictos que podrían generarse dentro de un mismo ordenamiento jurídico.

Un ejemplo de los más recientes es el Amparo de Revisión presentada por cuatro “afectados” frente a la Corte Suprema Mexicana para que se pronuncie al respecto del consumo lúdico de marihuana en este país. La Corte determinó que “el sistema de prohibiciones administrativas relacionado con el autoconsumo de marihuana era inconstitucional pues se basaba en un prejuicio sustentado en valoraciones morales y no en estudios científicos, revelando que el Estado no actuaba con neutralidad ética”; para deliberar, la Corte utilizó el test de proporcionalidad y analizó a profundidad temas como la validez de la norma en términos constitucionales, la idoneidad de las medidas y la proporcionalidad de las mismas¹⁰

En base a este ejemplo se analizará si los parámetros establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia No. 184-18-SEP-CC, donde se establece como requisito sine qua non el certificado médico de inseminación artificial para el registro de un niño o niña nacido dentro de un matrimonio conformado por personas del mismo sexo, son constitucionales o si por el contrario, representan una medida que vulnera los derechos de las familias diversas. Por los parámetros establecidos para el desarrollo del presente trabajo de titulación, el análisis se centrará en los casos de doble maternidad y lo referente al derecho de identidad de los niños y niñas producto de estas instituciones, en base al test de razonabilidad, especialmente, el test de igualdad y no discriminación.

⁹ Vázquez, Daniel. *Test de Razonabilidad y Derechos Humanos: Instrucciones para Armar*, (México: Universidad Autónoma de México, 2018), 10.

¹⁰ Extracto del Amparo en Revisión 237/2014. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General de Derechos Humanos, México. 4 de noviembre de 2015.

Marco Normativo

Para la presente investigación se analizará la Constitución de la República del Ecuador, en sus normas referentes a la igualdad, derecho a la identidad, derecho a la familia, derechos reproductivos, entre otros. Los tratados internacionales relacionados con los Derechos Humanos, entre ellos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño. Además las reglas del Código Civil relativas a la filiación, la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos y su respectivo reglamento, el Código de la Niñez y Adolescencia, la sentencia No. 184-18-SEP-CC y por último, la jurisprudencia y normas internacionales relacionadas al tema.

Estado del arte

“La estructura de las creencias es tan fuerte que permite que algunos tipo de violencia se justifiquen o ni siquiera sean considerados como violencia”.

Judith Butler

A partir de 2019 con la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, la balanza a favor de los Derechos Humanos en Ecuador con respecto a las personas que conforman la comunidad LGBTI+ parece estarse equilibrando; sin embargo, con este avance han surgido varias interrogantes.

Como lo explica Marcelo Robaldo en su artículo “La homoparentalidad en la deconstrucción y construcción de la familia”, la familia es el terreno donde se han librado grandes disputas ideológicas y políticas, donde compiten varias vertientes ideológicas para que distintos proyectos de una sociedad tengan legitimidad¹¹. Así, en un comienzo, cuando se patologizaba a las personas homosexuales y la familia era comprendida como la unión de hombres y mujeres con fines reproductivos, no cabía tanta discusión sobre cuáles eran los principios que regían dentro de la institución más básica y fundamental del estado, la familia. Con el avance y la promoción en los derechos, cada vez se ha ido haciendo más y más amplia esta discusión.

En la misma línea, Robaldo, en el artículo mencionado anteriormente, realiza una aproximación sobre lo que se sostenía en el pasado acerca de la sexualidad. Por aquellas épocas, el concepto del acto sexual tenía una finalidad netamente reproductiva y por lo tanto la homosexualidad era considerada como una anomalía porque la procreación no tenía lugar en un acto sexual de dos personas del mismo sexo¹². Por esta razón, según Herrera, autora de “Familia y maternidad: sangre y cuidados de la mujer lesbiana”, en Chile se utilizaba la incapacidad de procreación de las parejas homosexuales para excluirlos del parentesco y negarles el derecho al matrimonio y la adopción¹³.

Ahora bien, el avance social de las comunidades LGBTI+ han dado paso a que antiguas ideas conservadoras se modifiquen y el concepto de familia deje de significar únicamente la

¹¹ Robaldo, Marcelo. *La homoparentalidad en la deconstrucción y construcción de la familia aportes para la discusión* (Revista Punto Género No. 1, 2011), 1.

¹² *Ibíd.*, 10.

¹³ Herrera, Florencia. *Familia y maternidad: sangre y cuidado en mujeres lesbianas* (Santiago: Flacso, 2005), 273-274.

unión de personas de distinto sexo con fines reproductivos. Como lo explica José Pláceres et al. en su texto “La familia homoparental en la realidad y la diversidad familiar actual”, la familia es la célula de la sociedad que se ha transformado variando de un contexto socioeconómico a otros y que perdura hasta la actualidad, adaptándose a las necesidades de las distintas sociedades¹⁴. Estas mismas necesidades son las que en la actualidad plantean nuevos desafíos para el término en cuestión.

Si bien, las diferentes legislaciones han ido modificando su concepto de lo que significa “familia”, la idea de tener hijos sigue siendo uno de los objetivos del plan de vida de varias parejas y es justamente en este ámbito donde los progresos en la ciencia han ido adquiriendo más y más importancia. La reproducción asistida ha planteado diversos cuestionamientos morales y legales, tanto en su práctica dentro de matrimonios conformados por parejas de distinto sexo y los de personas del mismo sexo. Viejas ideas sobre la esterilidad en las uniones entre individuos homosexuales, son ahora infundadas y las legislaciones de varios Estados han sido ineficaces al momento de dar una respuesta a los diferentes aspectos que giran en torno al tema; ya sea en la identidad del niño o niña nacido dentro de estas instituciones o en la tutela de la igualdad formal y material de las y los cónyuges.

Toda esta nueva disputa de teorías gira en torno a lo que Jeffrey Weeks plantea en su texto “Same sex intimacies: families of choice and other life experiments”, argumentando que en la actualidad los conceptos de procreación y lo que se ha comprendido como lo “natural” se encuentra dividido y dentro de lo que él denomina como una “familia tecnológica”¹⁵, ya no tendrían sentido viejas instituciones o instrumentos legales que no contemplen las realidades de las sociedades contemporáneas.

¹⁴ Pláceres José, Moncayo Diego, Rosero Mariana, Urgilés Raúl y Barbadillo Samira, *La familia homoparental en la realidad y la diversidad familiar actual* (Revista Médica Electrónica, 2017): 362-364, <http://www.revmedicaelectronica.sld.cu/index.php/rme/article/view/2058/3386>

¹⁵ Weeks, Jeffrey. *Same sex intimacies: families of choice and other life experiments*, (Londres: Routledge, 2001), 37-41.

Legitimidad del objetivo del trato diferenciado

En esta sección se analizará el objetivo del trato diferenciado y si va de acuerdo a la Norma Fundamental.

Contexto

Como es de conocimiento general, la sentencia 1692-12-EP/18, mejor conocida como el “Caso Satya” es un precedente de gran relevancia en el Ecuador. Tras seis años de lucha, Helen Bicknel y Nicola Rothon lograron que el Estado ecuatoriano reconozca la inscripción de los niños y niñas nacidos dentro de un matrimonio homoparental con los apellidos de sus dos madres o sus dos padres. Sin embargo, la sentencia dejó establecido que sería necesario el certificado médico de inseminación artificial para tal inscripción. De esta manera, la sentencia, en una de sus últimas páginas, menciona lo siguiente:

“La inscripción de los niños y niñas cuyos padre y/o madres han realizado un proceso de procreación a través de métodos de reproducción humana asistida, sea con material genético homologado o heterólogo, únicamente requerirán del certificado del centro médico que haya realizado el procedimiento (para que el niño o niña pueda ser inscrito con dos apellidos maternos o paternos)”.

Si bien, a simple vista este “único requerimiento” parece sencillo y hasta lógico, la historia parece mostrar que, al ser el Derecho un área que regula las relaciones humanas, la premisa inicial de la que parte una norma es mutable y al producirse cierto cambio, genera grandes conflictos.

Como ejemplo de lo antes expuesto, la sentencia a favor de la inscripción de Satya fue publicada en 2018, sin embargo, un año después, se publicó el artículo titulado “ La bebé nacida por inseminación casera que el Estado no reconoce” donde justamente una de las premisas habían cambiado. Este no es el caso de una niña concebida dentro de un matrimonio conformado por dos madres que habían llevado un procedimiento de inseminación artificial para poder tenerla. Debido a los altos costos de estos métodos y su ineficacia, al haberlo intentado un par de veces, las mujeres optaron por utilizar otro método, la inseminación artesanal. Al no ser necesario acudir a un médico, ellas no contaban con un certificado médico para la inscripción de la niña en el Registro Civil. Pese a que la corte ha establecido, dentro de la misma sentencia, que en caso de conflicto se resolverá “en función del principio del interés

superior del niño, contenido en la Constitución y demás instrumentos internacionales”¹⁶, el órgano estatal, se negó a garantizar a las madres y a la niña el acceso a un pleno ejercicio de sus derechos.

La pregunta aquí englobada estaría centrada en sí Daniela y otros niños y niñas en su misma situación tienen derecho a una identidad legalmente reconocida, pese a que no cumplan con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en el Caso Satya.

Derecho a la Identidad

El derecho a la identidad es fundamental para nuestro desarrollo como seres humanos, pero a más de su importancia como pilar fundamental de nuestra vida, es uno de los derechos sin los cuales se podrían cometer varias violaciones a la dignidad humana pasando desapercibidas. La identidad de cada persona, reconocida por los diferentes Estados, es la prueba de la existencia de un niño o niña como parte de una sociedad, por lo tanto, la pronta inscripción de un recién nacido en un organismo estatal garantizará que el niño o la niña gocen de una nacionalidad, educación, salud y la protección de sus derechos, así como un sinnúmero de facilidades para que esta persona goce de una vida plena.¹⁷

Ecuador ha establecido dentro de su Constitución, el Código de la Niñez y Adolescencia y los Tratados Internacionales en consonancia con lo establecido en la Norma Fundamental la protección al derecho a la identidad de su población. De esta manera, para hablar sobre el tema en cuestión, debemos comprender los aspectos que comprende la identidad como tal. En el artículo 45 de la Constitución se encuentran establecidos los derechos que la Norma Fundamental concede a los niños y niñas y se pronuncia en su segundo apartado de la siguiente manera:

“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho (...) a su identidad, nombre y ciudadanía; (...) a la educación y cultura, (...) a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; (...) y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.”¹⁸

¹⁶ Sentencia No. 184-18-SEP-CC. Caso No. 1692-12-EP. Corte Constitucional del Ecuador. 29 de mayo de 2018, 92.

¹⁷“Derecho a la Identidad”, Humanium, acceso el 26 de septiembre de 2020, <https://www.humanium.org/es/derecho-identidad/>

¹⁸Artículo 45, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.

De igual manera, el Código de la Niñez y Adolescencia se refiere a este derecho en su artículo 33 donde se menciona que los niños y niñas tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, enumerando los que se consideran como parte de la misma: el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia¹⁹.

En la misma línea, la Convención sobre los Derechos del Niño, se refiere al derecho a la identidad en el numeral 1 del artículo número 8, donde se establece que los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a proteger su identidad, incluyendo los elementos que la conforman como son la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, esto en conformidad con la ley de cada Estado sin que se cometan injerencias ilícitas.²⁰

En los artículos citados anteriormente se puede observar cómo la identidad está conformada por una serie de elementos. En el artículo citado de la Constitución se establece que uno de estos es la información de los progenitores de una persona. Según la Real Academia de la Lengua Española, la procedencia biológica de una persona hace referencia al origen natural de la misma²¹, por lo que en el momento en que la Corte Constitucional establece el requisito del certificado de inseminación artificial para el registro de los niños y las niñas nacidas dentro del matrimonio igualitario parece estar haciendo un especial énfasis en este aspecto de la personalidad; por lo tanto se podría decir que el objetivo del trato diferenciado es legítimo.

Pese a ello, es importante analizar el resto de componentes que son partes de la identidad de una persona y que necesitan ser protegidos de igual manera. En esta misma línea, para que una medida cómo la establecida en la sentencia 1692-12-EP/18 sea, en su totalidad, constitucionalmente válida debe ser idónea para proteger el interés superior del niño y la niña además de los derechos de sus madres o padres y debe evitar limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental a la identidad. En otras palabras, la medida establecida en dicha Sentencia tiene que aprobar el examen de proporcionalidad en sentido amplio.

¹⁹Artículo 33. Código de la Niñez y Adolescencia, R.O. 737, 03 de enero de 2003, reformado por última vez el 29 de julio de 2019.

²⁰Artículo 8, Convención sobre los Derechos del Niño, R.O. suplemento 153, 25 de noviembre de 2005, reformado por última vez el 21 de marzo de 1990

²¹RAE, Diccionario de la Lengua Española, s. v. “biológico” “procedencia”.

La racionalidad causal

En esta sección se analizará si la medida es adecuada o idónea para alcanzar el fin constitucionalmente válido

Como se estableció anteriormente, la medida en cuestión es la exigencia de un certificado médico por parte del Registro Civil como único requisito para la inscripción de los niños y niñas nacidos dentro de un matrimonio conformado por parejas del mismo sexo. En la presente sección se analizará si dicha medida es adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente válido, en este caso, la protección del derecho a la identidad.

Elementos del derecho a la identidad

Ya se había mencionado que el derecho a la identidad no comprendía simplemente la procedencia biológica de una persona. La legislación ecuatoriana contempla otros componentes como la familia y la cultura que forman parte esencial de la misma. La familia como tal es un gran componente de nuestra identidad. Así lo ha establecido la psicología en cuanto a la primera etapa de nuestro desarrollo conocida como “La construcción de uno mismo” en la cual las relaciones de los niños con su familia son fundamentales ya que en estas primeras relaciones se crean lazos de calidad y estabilidad con aquellas personas que se encuentran al cuidado de los niños y las niñas. Por lo tanto esta interacción es una parte del desarrollo de la propia identidad de cada persona.²²

La familia como tal ha sido un concepto que ha evolucionado de acuerdo al tiempo y al lugar. Dependiendo de la época histórica, esta pasó de ser una unión organizada de acuerdo a las diferentes organizaciones socioeconómicas, a estar conformadas únicamente por quienes son parte del núcleo familiar. Existen varios registros que muestran cómo se dieron estas mutaciones algunos ejemplos son: el análisis de padrones nominativos, herencias y actas judiciales que son pruebas de los constantes cambios de esta institución²³. Lo cierto es que en la actualidad no se puede hablar de un sólo tipo de familia y la Constitución en su artículo 67, así lo reconoce:

²² Gómez, Blanca. *Derecho a la Identidad y Filiación* (Madrid: Dykinson, 2007), 33.

²³ Hareven, Tamara. Historia de la Familia y la Complejidad del Cambio Social (España: Revista de Demografía Histórica, 1995), 104-106.

“Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.”

Por lo tanto, si el Estado Ecuatoriano reconoce a la familia como una institución diversa; al matrimonio y la unión de personas del mismo sexo como una forma válida de familia, además de garantizar su protección por su especial vulnerabilidad y por último; a la familia como institución que corresponde una parte esencial de la identidad de todo niño, entonces, ¿por qué dar tanta relevancia a la procedencia biológica de los mismos?

El historial biológico juega un papel fundamental en la vida de todo ser humano. Saber de dónde procede cada uno de nuestros rasgos o saber a qué tipo de enfermedades debemos atenernos, son parte importante del desarrollo de cada individuo. Autoras como Blanca Gómez en su libro titulado “Derecho a la identidad y filiación” afirma que la búsqueda por conocer nuestros orígenes no es anormal, más bien todo lo contrario. Según esta autora, el conocer nuestras propias raíces forma parte del desarrollo de nuestra personalidad como una fase de nuestra maduración.²⁴

Posturas contradictorias de la legislación ecuatoriana

Si bien, la medida establecida por la Sentencia No. 184-18-SEP-CC busca la protección de los progenitores y de los niños a conocer esta parte de su identidad por sobre sus derechos a tener una familia, existen situaciones donde el Estado ha tomado una postura diferente. Casos como la adopción, la maternidad subrogada, el reconocimiento de niños y niñas concebidos por métodos de inseminación artificial dentro de matrimonios conformados por parejas heterosexuales y por último, el reconocimiento voluntario de niños y niñas en el registro civil, son algunos ejemplos claves en esta discusión.

Sobre el derecho a la identidad a los casos de los niños y niñas que han sido puestos en adopción, el Estado no puede garantizar en su totalidad su acceso a esta información. El artículo 45 contempla esta situación al mencionar que existen situaciones en las que podría resultar perjudicial para estas personas el recibir información sobre sus progenitores. De esta manera, el artículo 152 del Código de la Niñez y Adolescencia menciona que la adopción es plena y por

²⁴ Gómez, Blanca. *Derecho a la Identidad y Filiación* (Madrid: Dykinson, 2007), 35.

lo tanto extingue el parentesco entre el adoptado y los miembros de su familia de origen²⁵, dejando en un segundo plano la relevancia de la información sobre los progenitores de esta persona.

En cuanto a la identidad de aquellos niños y niñas que han sido concebidos por medio de técnicas de reproducción asistida, la legislación ecuatoriana se muestra indiferente al tema. En la presente investigación, no se ha encontrado norma alguna que haga referencia directa en cuanto a estas situaciones por lo que se trata de una laguna legal que puede ser subsanada vagamente por la Ley Orgánica de Donación de Órganos, Tejidos y Células, además de su respectivo reglamento, ya que los gametos para la fecundación son justamente células sexuales.

Esta normativa establece ciertos aspectos que son importantes con respecto al presente análisis. En primer lugar, se establece que va dirigida al Sistema Nacional de Salud²⁶ por lo que al parecer son solamente las clínicas y los hospitales las autorizadas para recibir material genético. Se establece también que solamente puede hacerse de forma gratuita por lo que todo contrato oneroso que ofrezca cualquier tipo de compensación a cambio de dichas células será nulo²⁷ y queda penado por la ley²⁸.

Por otro lado, esta misma normativa establece que el donador o donadora también tiene derecho a que se proteja la información sobre los datos de su identidad, respetando su confidencialidad²⁹. Por lo tanto, en este caso, tampoco los niños y niñas podrían tener acceso a la información sobre sus progenitores. Una vez más, la ley prima la privacidad del donador o donadora de los gametos ante la posibilidad de los niños y niñas a conocer sobre su procedencia biológica.

La presunción de paternidad es aquel derecho que protege los derechos de las parejas heterosexuales para que los hijos nacidos dentro de estos matrimonios o uniones de hecho puedan tener un reconocimiento inmediato por parte del Estado y además gocen de todos los beneficios que representa tener a un padre y una madre. La legislación vigente reconoce este

²⁵ Artículo 152. Código de la Niñez y Adolescencia, R.O. 737, 03 de enero de 2003, reformado por última vez el 29 de julio de 2019.

²⁶ Artículo 2. Ley Orgánica de Donación y Trasplantes de Órganos, Tejidos y Células. R.O. 398, 04 de marzo de 2011, reformado por última vez el 07 de julio de 2017.

²⁷ Artículo 73. Ley Orgánica de Donación y Trasplantes de Órganos, Tejidos y Células. R.O. 398, 04 de marzo de 2011, reformado por última vez el 07 de julio de 2017.

²⁸ Artículo 96. Código Orgánico Integral Penal, R.O. suplemento 180, 10 de febrero de 2014, reformado por última vez el 24 de diciembre de 2019.

²⁹ Artículo 5c. Ley Orgánica de Donación y Trasplantes de Órganos, Tejidos y Células. R.O. 398, 04 de marzo de 2011, reformado por última vez el 07 de julio de 2017.

derecho, pero también es consciente de que no es un derecho absoluto cuando establece que se puede impugnar la paternidad por medio de un examen de ADN³⁰. Por lo tanto, al momento en el que el Estado establece una presunción para establecer la filiación está suponiendo que el hijo es del marido de la mujer que lo ha tenido, cuando podría ser que no es así. La sociedad en la que vivimos, no es la misma que la que concebía al matrimonio como una unión monógama y perpetua, por lo que una presunción de este estilo podría estar vulnerando los derechos de los niños a conocer a sus progenitores y de los progenitores a contar con los derechos de ser padres.

En la misma línea se encuentran los reconocimientos voluntarios, mismos que pueden ser hechos por medio de una declaración personal en la inscripción del nacimiento del hijo por el supuesto padre biológico en el Registro Civil³¹, sin embargo, no se establece como requisito una prueba de ADN, sino que la norma actúa en base a una presunción legal. Al igual que en el caso anterior, la normativa establece que se puede impugnar estos reconocimientos pero hace referencia a algo esencial para la presente discusión. En el artículo 250 del Código Civil, en su cuarto apartado, se menciona que poco importa la verdad biológica para una impugnación de paternidad, por lo tanto la ausencia de un vínculo consanguíneo no constituye prueba para dicha acción. En este artículo, el legislador protege el derecho a la identidad dando mayor relevancia a otros aspectos del mismo distintos a la procedencia biológica de una persona³².

Si bien, las situaciones planteadas anteriormente constituyen presunciones aceptadas por la sociedad y que no causan mayor discusión, siguen dejando de lado el derecho de los niños y niñas a conocer sobre sus progenitores y a estos a ejercer sus derechos como padres. La medida en cuestión es idónea para proteger la identidad de los niños y niñas con respecto a su procedencia biológica, sin embargo, es inidónea al hablar de la protección de otros derechos, especialmente cuando el acceso a todos los beneficios que representa tener una identidad legalmente reconocida están totalmente ligados a la procedencia biológica de una persona, restando importancia a los demás elementos que constituyen esa identidad.

³⁰ Artículo 233. Código Civil, R.O. Suplemento 46, 04 de junio de 2005, reformada por última vez el 08 de julio de 2019.

³¹ Artículo 249. Código Civil, R.O. Suplemento 46, 04 de junio de 2005, reformada por última vez el 08 de julio de 2019.

³² Artículo 250. Código Civil, R.O. Suplemento 46, 04 de junio de 2005, reformada por última vez el 08 de julio de 2019.

Criterio de Necesidad

En esta sección se buscará dar respuesta a la interrogante de si el trato diferente es necesario o indispensable. También se analizará si existe otra medida que pueda ser aplicable para alcanzar el mismo objetivo.

La finalidad del marco regulatorio para la inscripción en el Registro Civil de un niño o niña nacido dentro de un matrimonio conformado por parejas del mismo sexo, es procurar el derecho a la identidad de estos niños y niñas, evitando que su procedencia sea el resultado de una interferencia ilícita como en el caso Gelman³³. Los hechos de dicho caso se desarrollaron en un contexto diferente al de la actualidad y el problema jurídico también es distinto al analizado pero es uno de los pocos precedentes respecto a la protección del derecho a la identidad de los niños y las niñas.

El caso Gelman gira en torno a las desapariciones forzadas y la obligación estatal de impedir su impunidad. Además, incluye temas como la adopción ilegal en Argentina durante el régimen militar, donde miles de niños y niñas fueron dados en adopción sin tomar en cuenta la voluntad de sus progenitores. Al contrario, la situación estudiada en este documento se basa en la inscripción de una hija o hijo propio del núcleo familiar. Estos son niños y niñas concebidos y nacidos dentro de un matrimonio establecido legalmente por lo que su origen no es sospechoso.

Una vez establecido esto, se procederá a analizar el criterio de necesidad de la medida. El concepto de “necesidad”, ha sido entendido desde diferentes vertientes. Sea desde el área de la educación, la salud o las políticas sociales, los expertos de estos campos han buscado definirlo con el propósito de aclarar el alcance de sus investigaciones. En el área de las políticas sociales, se ha definido a la “necesidad” como la piedra angular para el desarrollo del Estado de Bienestar, estableciendo al término como un criterio de acceso a las diferentes dimensiones de la protección social³⁴. Al ser este un tema basado en los derechos de las niñas y los niños es importante considerar el principio del interés superior del niño para determinar si la medida en cuestión es necesaria.

Principio de interés superior del niño

Dentro del artículo de la Revista Vistazo, se pueden observar una serie de preguntas realizadas al coordinador de servicios de la institución, una de ellas hace referencia a uno de los principios más importantes dentro de materia de niñez y adolescencia: el del Interés Superior del Niño. El entrevistado habla sobre la sección de la sentencia donde menciona que en caso de

³³ Sentencia del Caso Gelman v. Uruguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 24 de febrero de 2011.

³⁴ Moreno Cámara Sara, Palomino Moral Pedro Ángel, Frías Osuna Antonio y Pino Casado Rafael. *En torno al concepto de necesidad*. (Revista Electrónica Scielo, 2015)
http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-12962015000300010&lng=es.
<http://dx.doi.org/10.4321/S1132-12962015000300010>.

conflictos se resolverá en función de este principio y los demás instrumentos internacionales aplicables al caso concreto.

Al respecto, el Registro Civil responde que su actuación corresponde a garantizar el derecho a la identidad, que no se le ha negado a las madres la posibilidad de inscribir a la niña, sino que solamente podrían hacerlo con el apellido de la madre progenitora aunque esta niña no procede de una madre soltera, sino de un matrimonio establecido legalmente según la Constitución de la República. El Registro civil afirma que “no se está violando el derecho a la identidad porque se está precautelando el derecho del menor para que conste con una filiación”³⁵, dejando de lado la importancia del resto de elementos que conforman el derecho a la identidad.

La respuesta de Cristian Chacha, funcionario público entrevistado por la Revista Vistazo es un claro ejemplo de la arbitrariedad y subjetividad a la que está sujeto este importante principio. Al respecto, dentro de la sentencia Fornerón e hija v. Argentina, el Superior Tribunal de Justicia menciona que la determinación del interés superior de la niña “está llena de subjetividades y depende de la escala de valores del juez, de su formación ideológica, de su experiencia de vida, como así también de quienes participan en la decisión, la que por otra parte también es aleatoria, porque cuando se conozcan los resultados, el tiempo habrá consumido muchos años de la vida de [M]”³⁶, haciendo alusión a la complejidad de lo que significa decidir sobre la vida de un niño o una niña basándose en este principio.

Es por esto que no es de asombrarse que el Registro Civil considere que el interés superior de la niña está más ligado a la protección de su proceder biológico que a su inscripción con dos apellidos maternos. Sin embargo, al realizar un análisis sobre la necesidad de la medida, es fundamental cuestionarnos si esta está configurada en base al estado de bienestar y busca la protección social de la niña.

Necesidad de la medida

El hecho de que un padre o madre soltera inscriba a sus hijos de forma individual, sin contar con el apoyo del otro progenitor es totalmente válido en un Estado que reconoce las familias diversas. Según el INEC, en el censo de 2010 se determinó que 4,1% de las mujeres ecuatorianas son madres solteras³⁷, por lo que el poder inscribir a un niño o niña solamente con el apellido de su progenitora es un derecho muy importante para nuestra sociedad. Sin embargo, al hablar de un niño o niña nacido en un matrimonio conformado por una pareja del mismo sexo, las premisas del supuesto cambian.

³⁵ Pinasco, Gabriela. “La bebé nacida por inseminación casera que el Estado no reconoce”, *Revista Vistazo*, (2019), <https://www.vistazo.com/seccion/pais/actualidad-nacional/la-bebe-nacida-por-inseminacion-casera-que-el-estado-no-reconoce>

³⁶ Sentencia del Caso Fornerón e hija v. Argentina. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 27 de abril del 2012, 15.

³⁷ “Madres Solteras” Instituto Nacional de Estadística y Censo. Publicado en 2010, acceso el 01 de noviembre de 2020, https://www.ecuadorencifras.gob.ec/wp-content/descargas/Presentaciones/estadisticas_madres_solteras.pdf

Las familias homoparentales son instituciones donde el amor y la protección que se le va a brindar a los hijos o hijas nacidos en ese núcleo, no son escasos. Un estudio realizado por The American Psychological Association indica que los hijos criados dentro de un matrimonio conformado por dos hombres tienen un mejor desarrollo que los hijos nacidos dentro de los matrimonios heterosexuales, esto lo explican a través de varios factores, uno de ellos y el más importante, es que todos los niños y niñas nacidos dentro de estas familias son completamente deseados, lo que no sucede dentro de los matrimonios heterosexuales, donde el porcentaje de niños no deseados es del 50%³⁸.

Por lo tanto, establecer una medida que obligue a las madres casadas o unidas civilmente a inscribir con un solo apellido a sus hijos o hijas, no busca la protección social y menos aún un estado de bienestar pleno para este nuevo ser. Los derechos y obligaciones que adquiere una persona al ser reconocida legalmente son varios. En el Código Civil se puede encontrar algunos, entre ellos, la crianza, la educación, alimentos, herencia, etc³⁹. Por lo que dejar de lado a uno de los padres o de las madres de estos niños, sería atentar hacia los derechos tanto de los niños al negarles el cuidado y la protección de ambos representantes legales y del padre o de la madre, que al no ser biológicos, no podrían ofrecerles tales derechos a estas personas.

En conclusión, la medida establecida es desproporcionada en el sentido de que se basa en la protección del derecho a la identidad de forma tal que se olvida del resto de elementos conforman este derecho. Es innecesaria ya que genera una protección mínima al niño o niña frente a los múltiples beneficios a los que pudiera tener acceso de contar con la protección de dos padres o madres, comprometidos que quieran brindarle todo lo necesario además de lo esencial para poder criarse como una persona íntegra. Finalmente, se podría decir que la medida en cuestión inobserva lo establecido en la Convención de los Derechos de los Niños donde se establece que “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley”⁴⁰.

³⁸ Miller, Benjamin, Kors, Stephanie y Macfie, Jenny. *No differences? Meta-analytic comparisons of psychological adjustment in children of gay fathers and heterosexual parents*. (American psychological association, 2017), 14–22.

³⁹ Título XI. Código Civil, R.O. Suplemento 46, 04 de junio de 2005, reformada por última vez el 08 de julio de 2019.

⁴⁰ Artículo 3, Convención sobre los Derechos del Niño, R.O. suplemento 153, 25 de noviembre de 2005, reformado por última vez el 21 de marzo de 1990

Medidas alternativas

En esta sección se abordarán posibles medidas que protejan el derecho a la identidad de una mejor manera y que sean aplicables al tema en cuestión.

Una vez establecido porqué es importante buscar otras medidas que sean menos restrictivas al derecho de la identidad, se procederá a analizar la viabilidad de posibles soluciones al problema jurídico. El primer planteamiento tiene que ver con el establecimiento de un acta notarial donde las madres y el donante acuerden directamente las bases en las que se realiza la concepción de este niño o niña. El segundo planteamiento se basa en la adopción del hijo de cónyuge dentro de los matrimonios conformados por parejas del mismo sexo.

Acta notarial

En el año 2018, la jueza argentina Andrea Danas ordenó que el Registro Civil inscriba como hijo de dos mujeres a un bebé nacido dentro del matrimonio de ambas. Estas personas habían contraído nupcias el 8 de junio de 2015 en la Ciudad de Buenos Aires y tras varios intentos por concebir un hijo, optaron por la inseminación casera. Una vez nacido el niño producto de este método, las madres lo presentaron en el Registro Civil donde se negaron a inscribirlo por no contar con un certificado médico de inseminación artificial. Hasta aquí se pueden observar varias similitudes con el caso ecuatoriano al que se ha hecho referencia varias veces dentro del presente análisis⁴¹.

Sin embargo, el desenlace fue bastante positivo. La jueza estableció que para la inscripción del niño en el Registro Civil, solamente es necesario un acuerdo notarial donde se establezca la voluntad procreacional de ambas madres. Hubiera sido de gran utilidad tener acceso a la sentencia del caso, pero por motivo de precautelar los derechos de los niños, este documento no es público. De la investigación bibliográfica, hemerográfica y periodística respecto a este caso se concluye que la jueza extendió una figura legal establecida para las parejas que optan por una reproducción asistida y que tiene que ver con la voluntad procreacional. Recogida en el artículo 562 del Código Civil y Comercial Argentino, donde se menciona que los niños y niñas nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son

⁴¹ Clariá, Miguel. “Reconocen comaternidad en un caso de inseminación casera”, *Cadena 3* (2018), https://www.cadena3.com/noticia/la-mesa-de-cafe/reconocen-comaternidad-en-un-caso-de-inseminacion-casera_204502

hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre con independencia de quién haya aportado los gametos⁴²⁴³⁴⁴.

Si bien la legislación ecuatoriana es muy limitada en temas relacionados a la reproducción asistida, existen varias clínicas que ofrecen ese servicio y que se han organizado de diferentes maneras para brindar el mejor servicio posible a sus pacientes. Sin embargo, este servicio es muy costoso por todo lo que incluye y el Estado no ha asumido su rol de garantizar el derecho a la salud sexual y reproductiva que se encuentra recogido en el artículo 32 de la constitución⁴⁵. Por el momento, el país no cuenta con un Banco Público de Células Reproductivas y peor aún con un procedimiento gratuito de reproducción asistida.

Es por eso que tomar en cuenta lo que establece el Código Civil Argentino y emularlo como una obligación del Ecuador, protege los derechos de las partes y de la nueva persona. Dentro del caso de las madres argentinas, se estableció que para inscribir a los niños y niñas nacidos dentro de matrimonios conformados por parejas del mismo sexo solamente será necesario presentar el acuerdo notarial donde se establezca la voluntad procreacional⁴⁶ de las madres.

Pero, ¿qué es un acuerdo notarial? Es lo que en Ecuador y España se conoce como “Acta notarial” y se refiere a los documentos emitidos por los notarios quienes dan fe de la identidad de los comparecientes y los hechos y circunstancias que les consten. De esta manera, el contenido de las actas notariales es la constatación de la percepción que tiene el notario sobre determinado hecho. Este tipo de documentos se utilizan cuando no cabe la posibilidad de establecer un contrato en determinada situación⁴⁷.

⁴² Artículo 562. Código Civil y Comercial Argentino, Decreto No. 1795/2014.

⁴³ Medina, Carlos. “La justicia ordenó inscribir como hija de dos madres a un bebé que nació por fertilización”, *Voces Críticas*, (2018), <https://www.vocescriticas.com/policiales-judiciales/2018/11/9/la-justicia-ordeno-inscribir-como-hijo-de-dos-madres-un-bebe-que-nacio-por-fertilizacion-3596.html>

⁴⁴ Velásquez, Pablo. “Sin documentos”, *Colibrí*, (2019), <https://revistacolibri.com.ar/sin-documentos/>

⁴⁵ Artículo 32, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.

⁴⁶ Cuando se habla de “voluntad procreacional”, se hace referencia a la decisión autónoma e independiente de ser madre o padre. Rivas, Andrea. “Voluntad Procreacional ¿Qué es?” *AFDA* (2016), <https://www.afda.org.ar/2016/09/16/voluntad-procreacional-que-es/#:~:text=La%20voluntad%20procreacional%20est%C3%A1%20presente,la%20sentencia%20judicial%20que%20hace>

⁴⁷ “Actas Notariales”, Consejo General del Notariado, acceso el 01 de noviembre 2020, <https://www.notariado.org/portal/actas-notariales>

El uso de un acta notarial como una medida que garantice el derecho a la identidad del niño o la niña nacida dentro del matrimonio homoparental tendría que estar planteado de manera íntegra para evitar la vulneración de los derechos de ninguna de las partes. En primer lugar, es importante mencionar que las madres deben establecer su voluntad procreacional como lo establece el Código Civil Argentino, pero no olvidar que no son las únicas intervinientes en este proceso. Al no contar con la garantía de una clínica de reproducción asistida, se debería incluir la negativa a la voluntad procreacional del donante de semen para evitar que más adelante pueda exigir sus derechos como padre o por el contrario, se le pueda exigir un reconocimiento legal o el cumplimiento de las obligaciones que como padre le correspondería. Por último, para precautelar la salud de las niñas y niños concebidos por inseminación artesanal, se debería presentar los correspondientes exámenes para descartar cualquier tipo de enfermedades genéticas, hormonales o de transmisión sexual⁴⁸.

Adopción del hijo del cónyuge

El Código Civil establece tres tipos de filiación: matrimonial, sanguínea y civil. Como se había mencionado anteriormente, en la actualidad las dos primeras son derechos de las personas LGBTI+ sin embargo, la adopción es un tema que el Estado viene postergando y se podría decir que hasta cierto punto comprende una deuda hacia estas minorías.

En la Constitución y Código de la Niñez y Adolescencia encontramos impedimentos para que las parejas homosexuales puedan ser considerados como posibles candidatos para la adopción que van desde una prohibición tácita en la Constitución⁴⁹ hasta el establecimiento de requisitos para los adoptantes que incluyen tener una pareja heterosexual⁵⁰. Esto cuando la cantidad de niños, niñas y adolescentes en el Ecuador que se encuentran en aptitud legal para ser adoptados era de 255 en julio de 2020⁵¹. Pese a que el país tampoco cuenta con programas de calidad para los niños, niñas y adolescentes que se encuentran dentro de estos programas de adopción, tampoco ha mejorado sus protocolos para que el proceso de adopción sea más

⁴⁸ Clariá, Miguel. “Reconocen comaternidad en un caso de inseminación casera”, *Cadena 3*, (2018), https://www.cadena3.com/noticia/la-mesa-de-cafe/reconocen-comaternidad-en-un-caso-de-inseminacion-casera_204502

⁴⁹ Artículo 68, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.

⁵⁰ Artículo 159. Código de la Niñez y Adolescencia, R.O. 737, 03 de enero de 2003, reformado por última vez el 29 de julio de 2019.

⁵¹ Rosero, Mariela. “255 niños están listos para ser adoptados”, *El Comercio*, (2020), <https://www.elcomercio.com/actualidad/ninos-adopcion-ecuador-mies-parejas.html>

sencillo para las parejas heterosexuales o personas solteras que quieren comprometerse a darles una mejor vida a estas personas⁵². En cuanto a la adopción por parte de las parejas homosexuales, su postura es indiferente y hay muy escaso pronunciamiento por parte de las autoridades.

A nivel global son varios los países donde la adopción homoparental es legal, por nombrar algunos de ellos: Países Bajos, México, Alemania⁵³ y Argentina⁵⁴. El régimen de los Países Bajos es el más antiguo, habiéndose implementado esta posibilidad en su ordenamiento en el año 2000⁵⁵. En Sudamérica se puede observar un avance un poco más lento habiéndose aprobado la adopción homoparental en la Ciudad de México en el año 2000⁵⁶. Este avance a nivel regional estuvo marcado por un contexto de poca aceptación por parte de ciertas instituciones de la sociedad como la Iglesia Católica. Sin embargo, el resto de países de la región no se ha dejado llevar por la fuerte influencia de esta religión y han sido cada vez más países los que han implementado este cambio de paradigma en sus ordenamientos. Al final, lo importante es que los niños y niñas puedan ser parte de una familia y un hogar, incluso si este está conformado por personas de igual sexo⁵⁷.

Pero, ¿Qué sucede cuando es el hijo de la pareja a quien se busca adoptar? Es justamente esta la posibilidad la que constituye una medida alternativa para el problema jurídico en cuestión. Si bien se ha mostrado una serie de Estados donde la adopción homosexual es totalmente legal, existen otros donde esta posibilidad está extendida únicamente hacia la adopción del hijo o hija de la pareja. Países como Italia⁵⁸, Suiza⁵⁹ y Taiwán⁶⁰ han determinado

⁵² *Ibíd.*

⁵³ “Alemania aprueba que las parejas homosexuales puedan adoptar niños”, *El Mundo*, (2017), <https://www.elmundo.es/sociedad/2017/07/28/597b539f46163fce1a8b469a.html>

⁵⁴ Ybarra Gustavo. “Es ley el matrimonio entre homosexuales”, *La Nación*, (2010), <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/es-ley-el-matrimonio-entre-homosexuales-nid1284861/>

⁵⁵ Reuters. “Same sex dutch couples gain marriage and adoption rights”, *The New York Times*, (2000), <https://www.nytimes.com/2000/12/20/world/same-sex-dutch-couples-gain-marriage-and-adoption-rights.html>

⁵⁶ “Mexico City backs gay marriage in Latin America first”, *BBC New*, (2009), <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/8425269.stm>

⁵⁷ Quintana, Kateryn. “Adopción de niños en parejas del mismo sexo”, *El Comercio*, (2019), <https://www.elcomercio.com/cartas/adopcion-ninos-parejas-sexo-cartas.html>

⁵⁸ “Homosexuales podrán adoptar a su hijastro en Italia”, *El Universal*, (2016), <https://www.eluniversal.com.mx/articulo/mundo/2016/06/22/homosexuales-podran-adoptar-su-hijastro-en-italia>

⁵⁹ “Gays y lesbianas podrán adoptar hijastros”, *Swissinfo*, (2017), https://www.swissinfo.ch/spa/sociedad/ley-de-adopci%C3%B3n_gays-y-lesbianas-podr%C3%A1n-adoptar-hijastros/43783624#:~:text=A%20partir%20del%201%20de%20enero%2C%20las%20parejas%20del%20mismo,ponerse%20en%20contacto%20m%C3%A1s%20frecuentemente

⁶⁰ “Taiwán, primer lugar de Asia que legaliza el matrimonio homosexual tras aprobar proyecto de ley histórico”, *Amnistía Internacional*, (2019), <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2019/05/taiwan-same-sex-marriage-law/>

que en virtud del principio de igualdad formal y no discriminación este es un derecho que les corresponde también a las parejas del mismo sexo.

En Ecuador, a más de ser un tema insuficientemente regulado, el derecho a adoptar hijastros o hijastras está reconocido solamente bajo los requisitos generales con una sola variante que incluye la diferencia de edad entre el adoptante y adoptado. La limitación a que la adopción sea únicamente para parejas heterosexuales se mantiene, lo cual limita de gran manera los derechos de las personas homosexuales a tener una familia con hijos.

En los casos de los niños y niñas concebidos dentro de matrimonios o uniones de hecho conformados por parejas homosexuales que no cuentan con un certificado médico de inseminación artificial pero que quieren ser reconocidos por ambos padres o madres, esta debería ser una posibilidad para tales familias, lo que hace necesaria una regulación más igualitaria y equitativa al respecto. La medida resolvería el problema legal de negar la inscripción del niño o niña en el registro civil únicamente con el apellido de la madre que lo ha parido para que este ser pueda llevar el apellido de su otra madre quien también ha formado parte de esa concepción y que sobre todo, tiene voluntad procreacional y su compromiso con respecto a los derechos y obligaciones que esto conlleva.

Además, este sería un gran avance para el país en el tema ya que más adelante se podría dar paso a adopciones homosexuales para mejorar la situación de miles de niñas y niños que no cuentan con un hogar estable y que pertenecen a instituciones estatales donde su protección es mínima y sus posibilidades de salir de él y ser adoptados se reducen con el paso de los años. Tener una familia es un derecho reconocido por nuestra Constitución. Ser parte de una protege los derechos de los niños y niñas y garantiza el desarrollo integral de cada uno de ellos.

Proporcionalidad

En esta sección se busca determinar si la distinción puede ser menos gravosa de lo que se ha determinado para obtener el fin buscado.

Se podría hablar de la proporcionalidad de la medida, si el derecho a la identidad si no se limitará a la procedencia biológica de una persona. Si la medida solamente logra precautelar este componente de dicho derecho, resulta desproporcionado y afecta severamente el derecho a la identidad de los niños y niñas nacidos dentro de un matrimonio conformado por parejas del mismo sexo.

Se considera además que el exigir como requisito un certificado médico de inseminación artificial para la inscripción de niños y niñas nacidos dentro de estas instituciones, ocasiona una afectación grave a los derechos de igualdad hacia las personas LGBTI+ en cuanto a su derecho de formar una familia y a los niños y niñas al negarles la posibilidad de tener la protección y la garantía del reconocimiento de ambos de sus padres o madres según sea el caso. A pesar de que los jueces y juezas de la República del Ecuador tengan la potestad de generar precedentes obligatorios y que protejan derechos constitucionales, la limitación al derecho a la identidad es excesivo en cuanto se niega la inscripción de estos niños y niñas en el Registro Civil por la orientación sexual de sus madres.

Así que, a pesar de que la medida en cuestión supera las dos primeras fases del examen de proporcionalidad, se ha demostrado que genera una protección mínima del derecho a la identidad, dejando en total desprotección el resto de componentes de la misma. Además, es innecesaria ya que se observan diferentes medidas alternativas que protegen de mejor manera el derecho fundamental a la identidad.

Conclusiones

En primer lugar se concluye que la medida en cuestión es constitucional ya que este derecho se encuentra recogido dentro de la Norma Fundamental y los Tratados Internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano. Se determinó también que es una medida idónea en cuanto protege la procedencia biológica de tales niños y niñas. Sin embargo, es innecesaria ya que, a pesar de que protege tal elemento de la identidad deja mucho que desear en cuanto al resto de componentes de este derecho.

Se determinó que es una medida excesiva ya que existen otro tipo de medidas como el acuerdo notarial y la adopción del hijo del cónyuge que restringirían este derecho en menor grado, proporcionando la posibilidad de estos niños y niñas a tener todos los derechos y obligaciones de ser reconocidos por dos personas mayores de edad comprometidas a darles la mayor cantidad de cuidados y protección posible.

Por último, se estableció que esta medida es desproporcionada ya que no garantiza el derecho fundamental a la identidad de los niños y las niñas. Al no poder ser inscritos en el Registro Civil no podrían acceder al resto de derechos y garantías que les corresponden como ciudadanos ecuatorianos. Al existir buenas prácticas en el derecho comparado, el Estado debería implementarlas en el ordenamiento legal tomando en cuenta las diferentes legislaciones que ya contemplan estas posibilidades, con el fin de proteger de mejor manera el principio del interés superior del niño y el derecho a la igualdad de las personas LGBTI+.

Recomendaciones

El presente estudio se ha realizado en base a las regulaciones para la elaboración del trabajo de titulación de la Universidad San Francisco de Quito en el año 2020, por lo que es importante mencionar que es una aproximación a las complejidades de este tema. Quedan muchas áreas que abordar y medidas alternativas que quizá no han sido tomadas en cuenta.

Se recomienda a futuros estudiantes de jurisprudencia o cualquier persona que esté tomando este trabajo como base para sus artículos académicos que tomen en cuenta el contexto legal en el que se desarrolla su estudio ya que este es un tema de actualidad y relevancia que sin duda ha mostrado avances en varios países en los últimos años. Se espera que los diferentes Estados tomen cartas en el asunto para que un día este tema se convierta en parte de la historia y sorprenda al lector al notar la discriminación que en pleno Siglo XXI vivían las personas

miembros del colectivo LGBTI+ y los hijos e hijas concebidos en las uniones conformados por sus miembros.

Por último, es importante revisar con cuidado la normativa al respecto de cada nación, ya que las regulaciones sobre temas como la adopción o la reproducción asistida, así como demás derechos recogidos en el presente trabajo de titulación, podría encontrarse esparcidas en diferentes cuerpos legales haciendo que sea complicado el análisis íntegro de determinado tema.