



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS

CARRERA DE DERECHO

TRABAJO DE TITULACIÓN PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO

**LA FAMILIA HOMOPARENTAL Y SUS PROBLEMAS AL MOMENTO DE
DETERMINAR LA FILIACIÓN DE SUS DESCENDIENTES**

FABIAN PATRICIO PEÑA AGUILAR

QUITO, 2017

CESIÓN DE DERECHOS

DECLARACIÓN JURAMENTADA Yo, Fabián Patricio Peña Aguilar, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría, que no ha sido presentado previamente para ningún grado o calificación profesional y que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento. A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK ECUADOR, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente.

.....

Fabián Patricio Peña Aguilar

C.C. 170988749-9

DEDICATORIA

A mis padres porque siempre me han apoyado en cada decisión que he tomado pero principalmente por soportar todo este tiempo mi ciclo de estudiante. Sin ellos no sería la persona que soy ahora y en la que me convertiré.

A mis hermanas por todas las palabras de aliento y empuje.

De manera general muchas gracias a todos los profesores que he llegado a conocer ya que sus experiencias y conocimientos han sido de gran aporte y desempeño en mi carrera.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	II
Capítulo 1: LA FAMILIA Y LA PROTECCIÓN DE SUS DERECHOS	
1.1. La Evolución de la Familia.....	1
1.2. Familias Homoparentales.....	5
1.2.1. Modalidad Vincular.....	7
1.2.2. Formas de Acceso a la Maternidad o Paternidad.....	8
1.2.3. El Género, el Sexo y la Orientación Sexual.....	9
1.3. La Protección Jurídica de la Familia.....	11
1.4. Filiación.....	13
1.4.1. La Transformación de la Filiación.....	16
1.5. Interés Superior del Niño.....	20
1.5.1. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño.....	25
1.5.2. Interés Superior del Niño en la CIDH.....	29
Capítulo 2: ANÁLISIS DE CASO	
2.1. Hechos y Antecedentes Jurídicos.....	31
2.2. Acción de Protección.....	34
2.2.1. Audiencia.....	40
2.2.2. Sentencia.....	44
2.3. Decisión de la Corte Constitucional.....	45
CONCLUSIONES.....	49
BIBLIOGRAFÍA.....	53

INTRODUCCIÓN

La Familia es una institución social, jurídica y económica, ha sido un pilar para la construcción del orden político y social. A lo largo de la historia humana, su estructura ha sido objeto de importantes transformaciones, como lo podemos evidenciar en la actualidad ya que ahora tenemos diferentes tipos de familias, que son reconocidas y sujetos de derechos, por lo que las legislaciones de cada país tienen que ser adecuadas para reconocer a la familia en sus diversos tipos (Domínguez, Fama, Herrera; 2006: 57).

Se reconocen varios tipos de familia: la nuclear, la extendida, la monoparental y la de hecho. Pero también existe la familia homoparental que es la formada por una pareja homosexual, ya sea de hombres o mujeres, y que tienen hijos biológicos o adoptados. La aspiración de los diferentes tipos de familia que ahora existen, es que sean reconocidas y aceptadas formalmente en las legislaciones de cada país, para que así puedan integrarse sin limitaciones al tejido social, tener el debido reconocimiento, un correcto funcionamiento y así puedan perdurar en el tiempo, es decir, la aspiración se centra en que exista la protección integral de la familia.

En el Ecuador se reconoce a la familia en sus diversos tipos. El Art. 67 de la Constitución de la República nos dice que:

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...

Sin embargo, más importante resulta que ciertos integrantes de la familia como los niños, constitucionalmente tienen derechos a identidad, nombre, ciudadanía, entre otros, así como a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar.

Si bien es cierto, los cambios que se han introducido en la legislación en los últimos años han sido positivos en ciertos aspectos, también existen obstáculos y limitaciones que no permiten que los

diferentes tipos de familia puedan tener su desarrollo planificado, porque a pesar de tener un mecanismo de reconocimiento al amparo de las leyes ecuatorianas, como es la institución de la unión de hecho, la familia homoparental no tiene capacidad jurídica para inscribir a uno de sus miembros, es decir a un descendiente, ya que la filiación maternal o paternal, con el apellido de ambas madres o padres, no permite la inscripción del menor en la oficina de registro respectivo, es decir, no se puede formalizar el acta de inscripción del menor bajo el apellido de ambas madres o de ambos padres que pertenecen al mismo sexo. El caso a que se refiere el presente trabajo, corresponde al de ambas madres, es decir a la figura de la filiación maternal.

La motivación de realizar este trabajo nace porque no ha sido suficientemente estudiado, y por lo tanto no existe una correcta socialización del tema; busca encontrar las razones por las cuales no se ha permitido que este tipo de familia tenga su desarrollo planificado, de acuerdo a las garantías y principios constitucionales; y, por otro lado, tratar de encontrar una respuesta o, mejor aún, una solución para que se pueda lograr la inscripción de los hijos de las familias homoparentales, bajo la figura de la filiación cuando ambos padres pertenecen a un mismo sexo, ya que no se puede vulnerar los derechos de las personas y de la familia por ser el pilar más importante de la sociedad. La familia como institución debe ser protegida, también sus miembros considerados individualmente, mujeres, hijos, padres, etc. La Constitución de la República del Ecuador, reconoce que el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de los infantes y adolescentes y para ello asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos, pero lo más importante es que se reconoce que se debe atender al principio de su interés superior, y sus derechos deben prevalecer sobre los de las demás personas, es decir, rige el interés superior del niño y de acuerdo a la Observación General No. 14, del Comité de los Derechos del Niño, quiere decir lo siguiente:

(...) las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a los que sea mejor para el niño.

De igual manera, la Carta Magna establece que las personas deben tener derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar ya que ello permite la satisfacción de sus necesidades sociales, afecto-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

Es aquí en donde nace el problema de mi investigación, ya que las familias homoparentales que son reconocidas bajo la figura de la unión de hecho, se encuentran con trabas al momento de querer inscribir a sus hijos menores, lo que vulnera el derecho de éstos a la filiación, dado que institucionalmente sólo se admite que la inscripción del menor, cuando no existe matrimonio ni unión de hecho, se pueda realizar si existen padre y madre, a pesar de que, puede haber renuncia expresa por parte del padre biológico a favor de la pareja de la madre. Lo óptimo es que sea el Estado, a través de sus instituciones, el que deba realizar acciones para que no exista desigualdad y por lo tanto discriminación en relación a la familia y peor aún al interés superior del niño.

Con estos elementos planteo como pregunta de investigación,

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS EXISTENTES AL MOMENTO DE LA INSCRIPCIÓN JURÍDICA DE UN INFANTE CONCEBIDO EN UNA FAMILIA HOMOPARENTAL?

Como objetivo principal me he propuesto descubrir cuáles son las principales falencias dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en relación a la filiación maternal, de una familia homoparental. Por otro lado, me propongo analizar la evolución histórica de la familia para comprender sus problemas en razón a tal evolución.

El marco teórico revisa los aportes teóricos sobre la transformación de la familia, desde la nuclear moderna hasta las familias contemporáneas: homoparental, monoparental, entre otras. Así mismo se estudia las formas de protección jurídica a los derechos de la familia como institución, poniendo sobre todo atención a los derechos de los hijos a la filiación desde una perspectiva del interés superior del niño.

El método de investigación será el hipotético deductivo, con enfoque cualitativo por medio de un estudio de caso, identificando sus principales características en relación a los hechos, problema jurídico, argumento y decisión y se analizará una solución alternativa.

Por ello el presente trabajo ha sido dividido en dos capítulos. En el primer capítulo se tratarán los temas relacionados a la familia y su evolución histórica, hasta llegar a la familia homoparental y así comprender sus características. Dentro de este mismo capítulo investigaré cuál es el interés superior del niño y cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo entiende.

En el segundo capítulo entraré a analizar un caso controversial que sucedió en el país y que todavía no tiene resolución. El caso es el planteado por la familia conformada por Nicola Susan Rothern y Helen Louise Bicknell, quienes trataron de inscribir a su hija Satya Amani en el Registro Civil bajo la figura de la filiación maternal de ambas madres, es decir que el apellido de ambas madres es el que figure en el registro de su hija. Lamentablemente no lo lograron, por lo que la Defensoría del Pueblo aceptó el caso e interpuso una acción de protección, la misma que no tuvo el efecto planificado, por lo que luego procedieron a interponer una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional, la cual, luego de la revisión respectiva realizada por la Sala de Admisiones procedió a admitirla. El proceso está sustanciándose hasta este momento, por lo que en mis conclusiones trataré de fundamentar, razonada y lógicamente, cuál debiera ser la resolución del caso.

CAPITULO 1. LAS FAMILIAS HOMOPARENTALES Y LA PROTECCION DE SUS DERECHOS

Dentro de este capítulo estudiaré la evolución histórica que ha tenido la familia, en relación a su organización, nombre y finalidad. Luego me centraré en las familias homoparentales, buscaré definiciones de ciertos autores y trataré de encontrar su organización. Una vez determinada las formas de la familia entraré en la protección jurídica de la misma, iniciando desde un enfoque histórico para llegar a su protección en la esfera internacional y nacional.

Como institución la familia implica la interacción de personas, hechos, actos jurídicos y vínculos que se resume en el matrimonio y en la unión de hecho. Es acá donde encontraremos a la institución de la filiación que permite a los hijos conocer su origen biológico y su identidad. Se podrá apreciar su definición así como su protección internacional y nacional. Finalizaré analizando el Interés Superior del Niño, explicaré su significado, así como el objetivo que persigue y cuál es la definición que nos da la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1.1. La Evolución de la familia

Al principio, la familia tenía como objetivo principal asegurar la transición del patrimonio, esto ocurrió en la Edad Media y es conocida como la FAMILIA TRADICIONAL. En esta época los matrimonios eran acordados por los padres, es decir, no se tomaba en cuenta la voluntad de los futuros esposos ni su vida sexual y afectiva. Lo más impactante es que estos arreglos se producían, respecto de los futuros cónyuges, por lo general en una edad precoz de los contrayentes. La mujer

en esta época no tenía el control sobre su cuerpo ya que existía un interés superior, la protección de la institución de la propiedad privada y la transmisión hereditaria de la propiedad, que por lo general era resuelta por cada cabeza de la familia, es decir por el padre (Domínguez, Fama y Herrera, 2006: 58).

Luego pasamos a lo que conocemos como *pater familias*, institución creada por el Imperio Romano, y que por su nombre en latín: *pater familias appellatur, qui in domo dominium habet*, significa el que tiene dominio en la casa y éste era ejercido por quien tenía la *patria potestad*. *patria potestas*: poder jurídico que el *pater familias* tiene sobre sus hijos legítimos de ambos sexos, descendientes legítimos de los varones dependientes de ella, extraños ingresados en la familia por adopción y sobre los hijos naturales legitimados. Originalmente se lo consideró como poder absoluto en favor del padre, evolucionando progresivamente en un sentido tuitivo, sin perder el carácter de potestad sobre las personas y bienes de los sometidos (Fradique-Méndez, 2000: 63 y 64).

Por lo tanto, este tipo de familia estaba estructurada alrededor del poder absoluto del *pater familias*, mediante una organización interna jerárquica donde hijos y domésticos, esclavos o siervos, según la época, se encontraban sometidos a la autoridad paterna. En estas organizaciones, el vínculo de sangre no era un elemento determinante para definir la composición de la familia. Más bien las relaciones de parentesco estaba dadas más por la comunidad en el culto, por lo que la organización familiar daba lugar a la constitución de hogares muy numerosos, cuyos integrantes convivían en una misma casa, con fuerte arraigo a la tierra de los ascendientes, los que trabajaban a los fines de obtener recursos económicos. En esta época, ya nació la institución de la sucesión pero con la

característica de que solo el hijo mayor varón, era quien heredaba, lo cual obligaba al resto de la familia a convivir en la casa de sus padres, con excepción de las hijas mujeres que contraían matrimonio para formar parte de otra organización similar, unida en función de culto y creencias (Domínguez, Fama, Herrera, 2000: 58 y 59).

En una siguiente etapa se desarrolló la FAMILIA MODERNA, que empezó a surgir a partir de la Revolución Francesa y hasta mediados del siglo XX. El hito fundamental de esta familia fue la Revolución Industrial y la Modernidad porque creó una diferencia entre la unidad familiar o de consumo y la de trabajo o unidad de producción. Por lo tanto nació la llamada Familia Nuclear, la que a diferencia de la época anterior, sus integrantes ya se sentían partícipes de un clima emocional que se lo debía proteger de terceros y con ello nació la privacidad y el aislamiento (Domínguez, Fama, Herrera, 2006: 59).

Burin (1998), en el libro *Género y Familia*, nos da una definición importante de la familia nuclear: “La familia se tornó una institución básicamente relacional y personal, la esfera personal e íntima de la sociedad. Esta familia nuclear fue estrechando los límites de la intimidad personal y ampliando la especificidad de sus funciones emocionales” (75).

Como podemos ver, se produce una diferencia gigante con la familia tradicional, en virtud de que la base del sustento económico dejó de ser la propiedad de la tierra transmitida hereditariamente entre padres e hijos. (Domínguez, Fama, Herrera, 2006: 60).

Ahora, en relación a los sentimientos y el amor romántico, la familia moderna los refleja en el matrimonio, la reciprocidad de sentimientos y los deseos carnales. El matrimonio se convierte en un contrato que es pactado por la voluntad del hombre y la mujer basado en el amor y en su propia decisión.

Edward Ver Shorter (1975), en su libro *The making of the modern family*, nos dice lo siguiente:

El cambio más importante en relación al noviazgo durante los siglos XIX y XX ha sido el surgimiento del sentimiento. Se dieron dos cosas. La gente empezó a considerar el afecto y la compatibilidad personal como los criterios más importantes al elegir parejas matrimoniales. Estos dos estándares se articularon en el amor romántico. En segundo lugar, aún quienes continuaron utilizando los criterios tradicionales de prudencia y riqueza al elegir a sus parejas, comenzaron a comportarse románticamente, dentro de los límites de su elección (152)

Como podemos ver, en la familia moderna lo que prima es el individuo y por ende el respeto a sus emociones en relación al afecto que siente por la otra persona, lo que da nacimiento a la expresión de la voluntad de ambas partes para a su vez dar nacimiento al matrimonio, es decir, ya no es un matrimonio arreglado por las cabezas de las familias, sino fruto del amor y de la voluntad de la pareja.

Finalmente, en la década de los años sesenta nació lo que se ha denominado la “familia contemporánea” o “posmoderna”, cuya estructura económica dentro de la sociedad exige una familia consumista dependiente de estructuras productivas que le son ajenas, por lo que existe flexibilidad en la estimulación de las necesidades. Todos los elementos que caracterizaban a la familia tradicional, empiezan a desaparecer respecto de costumbres, rigidez en la toma de decisiones, se rompen ideologías dominantes, lo que da nacimiento a un entorno más amigable y de respeto a la forma de pensar de los integrantes de la familia (Domínguez, Fama, Herrera, 2000: 62 y 61).

Lo más importante en esta época es que nace la protección integral de la familia y en especial se respetan los derechos humanos de sus integrantes, así como el papel de la mujer que adquiere más peso e importancia. En esta época se inicia el acceso de la mujer a niveles de educación terciaria, por lo tanto aumenta su participación en las fuerzas de trabajo. La edad de la maternidad cambia radicalmente en comparación con épocas anteriores, ya no es temprana y de esta manera el número de hijos se reduce.

1.2. Familias homoparentales

Tener una familia no conoce condición sexual, ya que todos los seres humanos en algún momento de su vida van a querer transmitir y trascender sus experiencias y conocimientos a través de sus hijos y así ejercer el rol de padres. Cuando se conforman las familias homoparentales al menos uno de sus integrantes va a tener que renunciar a su trascendencia biológica, por lo que sólo participará con amor puro. La capacidad de ser madres o padres, viene de la capacidad afectiva de cada individuo y no por la tendencia sexual de la persona (Moreschi, 2012: SN)

Gustavo Bossert (2011), en su obra *Unión extraconyugal y matrimonio homosexual*, nos dice que hasta fines del siglo XX no existía en ningún país la posibilidad de que una pareja homosexual contrajera matrimonio. Pero desde entonces, esta posibilidad ha ido ganando lugar en la legislación de diversos países del mundo y se señala que la admisión del matrimonio homosexual, o la equiparación al matrimonio fruto de la unión registrada de una pareja homosexual, es una

tendencia creciente en el panorama legislativo, al menos de Occidente, y parece tan imparable como lo fue, en su momento, la extensión del divorcio por todos los países del mundo (356).

Durante las últimas décadas del siglo XX, el concepto jurídico de concubinato se refería expresamente a la pareja heterosexual, por lo que en los textos legales el reconocimiento de los derechos que nacen de estas familias no alcanza para las familias homoparentales, ya que los requisitos era que los vínculos de unión solo podían ser los existentes entre una mujer y un hombre, pero en ningún caso entre los que pertenecen a un mismo sexo.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, si nos referimos al significado de la familia homoparental encontramos la siguiente definición: “Formada por dos personas del mismo sexo y los hijos”. Por lo tanto podemos decir que la familia homoparental es aquella en la cual las funciones de la crianza son realizadas por dos adultos del mismo sexo que mantienen una relación de pareja, que en muchos casos pueden constituir una unión de hecho.

Desde inicios de siglo se escucha y lee cada vez con más fuerza el término de las familias homoparentales y se han producido muchos textos sobre el tema. Tomamos noticia de que alguno de los integrantes de las parejas del mismo sexo tiene hijos, lo cual en ocasiones sigue siendo materia de indignación por varios sectores de la sociedad que no advierten que el objetivo fundamental es permitir el funcionamiento de la familia. Desde épocas inmemoriales han existido varones gays y mujeres lesbianas que han formado familias y que han tenido hijos. El problema es que por tabús o esquemas sociales, y peor aún normativos, sus uniones se realizaban mediante otras figuras, ocultando su orientación sexual. Sin embargo, la necesaria evolución de las normas

para regular hechos sociales, han permitido que legislaciones de distintos países empiecen a reconocer los matrimonios igualitarios así como las uniones de hecho de parejas del mismo sexo, lo que da nacimiento a lo que se conoce hoy en día como las familias homoparentales.

Los Doctores Javier Martín Camacho y Pablo Gagliesi, especialistas en psicología clínica y psiquiatría respectivamente, en su investigación denominada *Familias Homoparentales*, nos entregan una forma de clasificación dimensional, en la cual reflejan las diferentes realidades de estas familias, dimensiones que son: 1) la modalidad vincular; 2) la forma de acceso a la maternidad o paternidad; y, 3) el género, el sexo y la orientación sexual.

1.2.1 Modalidad vincular

Lo que se mira en esta dimensión es la relación que se establece entre los padres o madres y los hijos, así como el número de personas que participan en el rol de padre o madre, es decir:

- Monoparental;

Una sola persona está a cargo de la crianza de los hijos, puede ser una mujer lesbiana, un varón gay o una persona trans.

- Casados o en pareja;

Los hijos son criados por dos personas que mantienen un vínculo de pareja. Ambos realizan los roles de padre o madre y lo más importante es que existe una voluntad de ambos padres en la crianza compartida, es decir ambos se pusieron de acuerdo para que sus roles y responsabilidades como padres nazcan.

- Separados;

Son las madres lesbianas o padres gays que tuvieron hijos en relaciones previas, es decir bajo la figura de las familias heterosexuales u homoparentales, comparten la crianza de sus hijos, pero ya no existe una relación de pareja entre ellos.

- Coparentalidad;

Son los padres que deciden mantener la crianza de sus hijos con otra persona quien va a asumir el rol de padre o madre, pero entre ellos no existe o existió un vínculo de pareja, sino roles parentales en relación a la concepción, cuidado y crianza.

- Pluriparentalidad;

Los doctores Camacho y Gagliesi, dicen:

utilizamos esta categoría cuando los papás o mamás involucrados son más de dos, lo más frecuente en esta modalidad es encontrar tres o cuatro personas involucradas, pueden ser por ejemplo dos parejas, una de varones y una de mujeres y los cuatro son los padres, participando en la concepción, cuidado y crianza de los hijos por igual.

1.2.2. Las formas de acceso a la maternidad o paternidad

Esta dimensión va relacionada con los métodos o formas que se utilizan para lograr ser padres o madres, generalmente implican participación de médicos, abogados o especialistas en áreas específicas, su principal característica es que por lo general participan varios profesionales e instituciones legales como es el caso de la adopción y la subrogación o alquiler de vientre. Las formas de acceso a la maternidad y paternidad son a través de:

- Relaciones sexuales;

Se dan en parejas heterosexuales previas.

- Inseminación artificial y Fecundación In Vitro;

Inseminación intra uterina o artificial, consiste en una técnica de reproducción asistida que tiene como fin depositar el semen del hombre, previamente seleccionado, en el útero de la mujer para que los espermatozoides migren a las trompas de Falopio con mayor facilidad, y así lograr un embarazo.

Fecundación In Vitro es una técnica de alta complejidad, consiste en la unión del óvulo y el espermatozoide en un laboratorio. A la mujer le extraen óvulos que son fertilizados fuera de su cuerpo y, cuando se consigue el embrión, se introduce de manera artificial dentro de su útero.

- Adopción;

La adopción es un acto jurídico que tiene como fin establecer una familia idónea a un menor para que su desarrollo y bienestar sea asegurado.

- Subrogación o alquiler de vientre.

Es la práctica por la cual una mujer, previo acuerdo, se compromete a llevar adelante un embarazo y entregar al niño en el momento del nacimiento a una pareja o persona, renunciando a sus propios derechos como madre. Por lo general este procedimiento es realizado a cambio de dinero.

1.2.3. El género, el sexo y la orientación sexual

Como bien dice la investigación *Familias Homoparentales*, de los Doctores Camacho y Gagliesi, los géneros están relacionados con variables y expectativas sociales respecto de la imagen, roles, comportamientos y estilos ya sean masculinos o femeninos. El sexo en cambio hace referencia a lo biológico principalmente y ahí encontramos la distinción entre varón y mujer.

A continuación veremos conceptos básicos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por medio de su Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI ha desarrollado.

- Gays;

Término para identificar a hombres que asumen de manera abierta su atracción física, emocional y sexual por otros hombres.

- Lesbianas;

Término para reconocer a mujeres que aceptan de manera abierta su atracción física, emocional y sexual por otras mujeres.

- Trans;

Cuando la identidad de género de la persona no corresponde con el sexo asignado al nacer. Las personas trans construyen su identidad independientemente de tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas.

Bajo esta clasificación de sexo, las familias homoparentales tienen una gran diversidad en relación a su constitución y sus diferentes modalidades.

Vale destacar que en las familias homoparentales existe una planificación por parte de la pareja, en relación a los hijos, ya que son muy deseados, es decir, que lo planifican por varios años y por lo tanto no son producto de un accidente o descuido, como ocurre muchas veces en las familias heterosexuales (Camaño, Gagliesi; sf: 14).

1.3. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA

La familia es una institución que ha ido evolucionando y seguirá este mismo curso, por lo que el derecho y las normas constitucionales no se pueden quedar atrás, de esta manera se da una correcta aplicación a las garantías y los derechos que debe tener la familia en relación al cuidado de su orden y evolución (Cándido; Linares; 2012: 61).

Para entender de mejor manera la protección de la familia debemos regresar en el tiempo a la época romana, ya que ahí nació el *ius civile*, que es el conjunto de normas que regulaban las relaciones de los ciudadanos romanos, es decir los que formaban parte de la ciudad con plenitud de derechos. Por lo tanto el *ius civile* constituye el más apreciado patrimonio romano (Larrea Holguín; 1991: 14).

Como dije antes, en la antigua Roma el Derecho Civil alcanzó su verdadera individualización por lo que llegó a desarrollarse como una verdadera institución. En la modernidad el mundo occidental tiene una fuerte tradición romanista, incluido el Ecuador.

El origen del Derecho Civil Romano, buscó regular las relaciones privadas entre los ciudadanos de un mismo Estado, en relación a la organización familiar y a la organización de la propiedad (Larrea Holguín; 1991: 15).

Juan Larrea Holguín, en su obra *Derecho Civil del Ecuador*, nos entrega una clarísima definición de lo que es el Derecho Civil, de acuerdo a su evolución: es la rama del Derecho Privado Interno

que regula los requisitos generales de las relaciones jurídicas entre particulares y el régimen de la familia y la propiedad. Es por esto que cuando nos referimos a la institución de la familia nos tenemos que referir al Derecho Civil, porque éste regula la constitución, formas, variaciones y derechos que derivan de las relaciones familiares, así como a la propiedad que estará de igual forma regulada en lo relacionado a la adquisición, sus formas, su transmisión y pérdida, entre otros aspectos.

Larrea Holguín sugiere que a la familia se la entiende desde dos visiones, la primera en relación a que el ser humano debe adaptarse en su regulación, de acuerdo al tiempo y espacio; y, la segunda, en cuanto es una institución natural y por lo tanto el Estado debe intervenir en su regulación, lo que ha dado el surgimiento de normativas comunitarias, que se han plasmado en textos constitucionales y legales sobre el reconocimiento y protección de la familia.

Es por eso que la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, en su Resolución 217 A (III), establece por primera vez los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero y que, en relación a la familia, empieza en el preámbulo reconociendo la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

En relación a la familia, la Declaración dice que nadie puede ser objeto de injerencias y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques. De igual forma se establece que los hombres y las mujeres, a partir de una edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia. Se

establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Lo más importante es que se asegura que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure a ella, así como a su familia, de todos los servicios sociales necesarios.

Como vimos en la introducción del presente proyecto, la Constitución del Ecuador, reconoce a la familia en sus diversos tipos, e impone al Estado el deber de protegerla como núcleo fundamental de la sociedad y de garantizar condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines, las cuales se constituyen por medio de vínculos jurídicos o de hecho y se deben basar en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

1.4. FILIACIÓN

La determinación de la filiación permite a los hijos conocer su origen biológico y su identidad. Es por ello que la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en 1989, que entró en vigor en 1990 y fue publicada el 25 de noviembre de 2005, en el Registro Oficial No. 153, determina que la familia es un grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños. Es decir, se considera a la familia como el eje principal de la sociedad y el bienestar de ella incluida los niños es de responsabilidad de la comunidad, por ello los países miembros vieron la necesidad de crear una cooperación internacional para que el mejoramiento de vida de los niños sea debidamente protegido y en especial en los países en vías de desarrollo, como es el caso de nuestro país el Ecuador.

En el Artículo 3, numeral segundo de la Convención, se establece que los estados se comprometen al aseguramiento del niño en relación a su protección y cuidado necesario para su bienestar, pero con la salvedad de que se deben tomar en cuenta los derechos y deberes de sus padres, para lo cual los estados deben tomar medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Por otro lado el artículo 7, numeral 1 habla de la inscripción de los niños, es decir, la filiación. “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Dentro del mismo artículo, en el numeral segundo, se establece que los estados deben velar por la aplicación de estos derechos de conformidad con la legislación interna y sus obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes.

Por lo tanto como podemos ver, la Convención es de carácter vinculante para todos los estados signatarios, entre los cuáles está incluido el Ecuador, y éste tiene que garantizar el principio de igualdad de trato y supremacía del interés de los menores, es decir del niño, principios que han sido recogidos en la Constitución del 2008.

La familia como institución implica la interacción de personas, hechos, actos jurídicos y vínculos. Todo esto se resume en el matrimonio y en la unión de hecho. Es acá donde encontramos a la institución de la filiación, porque el círculo principal que integra la familia es la sociedad conyugal y la relación paterno-filial.

Josserand, quien fue un tratadista francés de gran reputación, nos dio dos conceptos sobre la filiación. La primera, es amplia y se refiere a la concatenación que une a una persona con sus antepasados hasta el más remoto. La segunda, de alcance más restringido y más usualmente utilizada, indica el lazo entre el hijo y sus progenitores (...). De acuerdo a la Corte de Casación Francesa (1838) la filiación es el "...estado de las personas consistente en la relación que la naturaleza y la ley civil establecen independientemente de la voluntad de las partes" (633-20).

Terminaré esta parte introductoria sobre la filiación, mencionando a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, también conocida como el Pacto de San José, ya que el Ecuador es signatario y la ha ratificado. Cito algunas de sus importantes disposiciones:

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

(...)

5. La Ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Como podemos ver, este principio, proclama la igualdad de los hijos nacidos dentro y fuera de matrimonio, y reconoce iguales derechos a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, lo que se inscribe en el debido respeto a su personalidad jurídica, dignidad e integridad (Domínguez, Fama, Herrera; 2006: 89).

Ahora bien, nuestro Código Civil establece que la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad, se da por 3 supuestos:

- a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente;
- b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y,
- c) Por haber sido declarado judicialmente hijo de determinados padre o madre.

1.4.1 La Transformación de la Filiación

La Filiación permite a los hijos conocer su origen biológico y su identidad. Por otro lado, cuando se determina la filiación nace una obligación de los progenitores, en relación a los deberes que deben cumplir frente a sus hijos (Acevedo; 2012: 33).

Acevedo (2012) en la obra *El derecho a la identidad en la filiación*, determina lo siguiente:

La familia es una realidad en la que lo natural, lo social y lo legal se encuentran en mutua interacción. Sobre la base de dos pilares, el matrimonio y la filiación, se estructura el conjunto de normas que conocemos como Derecho de Familia. (33)

Gutiérrez Fernández (1862), en su obra *Estudios fundamentales sobre derecho civil español*, nos dice lo siguiente:

La filiación no es un hecho que comienza con la gestación y acabe con el parto, sino que es una realidad que se prolonga durante toda la vida del individuo. Esta realidad posee una cobertura legal o marco jurídico: el estado civil o status. El estado civil es uno de los conceptos más antiguos y permanentes de la ciencia jurídica: El Derecho Civil, el Canónico y el Penal hacen aplicación de esta circunstancia en materia de sucesiones, impedimentos matrimoniales y agravantes de ciertos delitos. Desde que se presume la posibilidad de la existencia de una persona, un conjunto de variables que incluyen la edad, el sexo y el nacimiento (entre otros) determinan una posición en la vida jurídica que es la capacidad relativa de los derechos. (165)

A partir de la Segunda Guerra Mundial, como sabemos, el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó los Derechos Humanos y, por lo tanto, las legislaciones

internas de los países miembros han tenido que introducir cambios importantes. Por lo tanto, el derecho de filiación también ha sufrido transformaciones, en relación a las nuevas instituciones de la familia, todo esto porque los órganos estatales tienen que velar por el interés superior del niño, que más adelante lo veremos a profundidad.

La evolución de la filiación en lo internacional, se desarrolló a partir del reconocimiento de la titularidad de los derechos humanos sin distinciones, culminando con el reconocimiento de los derechos del niño, para lo cual se protegen sus derechos en relación a su personalidad y la afirmación del yo, lo que ha configurado un estatuto jurídico especial, basándose en los principios de igualdad y primacía del interés del niño (Acevedo; 2012: 37).

Para tener un concepto más claro sobre la filiación, regresaré a las dos acepciones que nos entrega el tratadista clásico francés Jossierand: “La primera es amplia, y se refiere a la concatenación que une a una persona con sus antepasados hasta el más remoto. La segunda, de alcance más restringido y más usualmente utilizada, indica el lazo entre el hijo y sus progenitores”.

Como podemos ver la filiación es en relación del niño y la maternidad o paternidad, de acuerdo a sus progenitores. Los términos de la relación paterno-filial son padre o madre e hijo, ambos son tales en relación al otro (Acevedo; 2012: 39).

La filiación no es más que una relación jurídica o un lazo jurídico entre el hijo y sus padres, pero de acuerdo con la Corte de Casación Francesa, la filiación es el “...estado de las personas

consistente en la relación que la naturaleza y la ley civil establecen independientemente de la voluntad de las partes” (Daloz, Repert; 1838: 633-20).

Royo Martínez, en su obra *Derecho de familia* (1949) nos dice que:

Si bien la Biología sabe que no puede existir un ser humano sin padre y madre (···), el Derecho, para trabar entre dos personas concretas la relación de filiación, plena de pretensiones recíprocas, ha de exigir determinados presupuestos que, de faltar, hacen imposible el establecimiento del vínculo de parentesco, y entrañan, como consecuencia, que no es para el derecho un absurdo la existencia de un ser humano sin padre e, incluso, sin madre, porque ello no quiere decir que biológicamente carezca de ellos, sino que significa que, simplemente, ningún varón o mujer, tienen respecto de dicho menor los derechos y deberes que al padre o la madre corresponden por imperativo y concepción de la norma jurídica (228).

Debemos entender que el Derecho no crea el vínculo biológico, es decir no crea *per se* la relación jurídica. Ésta la crea la norma, ya que ésta configura el contenido del vínculo legal. Biológicamente, el progenitor es quien ha tenido una autoría en la procreación de un individuo. Jurídicamente, padre y madre son todas las personas que cumplen con un conjunto de deberes, por lo que progenitor es el correcto término biológico y padre o madre es la categoría jurídica (Acevedo; 2012: 41).

Existen 3 grandes problemas en relación a la filiación, y éstos son: a) su determinación; b) los medios admisibles para lograrla; y, c) sus consecuencias legales. La determinación se va a basar en relación al ordenamiento jurídico de donde esté ubicado el individuo que quiera aplicar la institución de la filiación. En relación al segundo problema, los medios de determinación han tenido grandes avances, ya que la ciencia y la medicina en particular se han desarrollado mucho, como por ejemplo las pruebas de ADN. Por último, las consecuencias legales serán en relación al significado, en términos legales, de ser hijo o de ser padre. Como podemos ver, determinar que un niño es hijo de un individuo, no es una cuestión patrimonial meramente, porque tal determinación

afecta los aspectos personalísimos del individuo. La filiación está íntimamente ligada a la estructura sociológica de la familia (Acevedo; 2012: 42).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, también resalta los principios de igualdad en la filiación y en el estado civil. Su artículo 24 nos dice lo siguiente:

Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado (...) será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre (...) todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad” (subrayado es mi autoría)

Vieno Voitto Saario, realizó un estudio para las Naciones Unidas, el mismo que tuvo el nombre de *Estudio Saario*. El estudio se encargó de investigar cuál era el panorama de las situaciones legales de las personas nacidas de las uniones no matrimoniales, basándose en las legislaciones de cada país miembro de las Naciones Unidas. El estudio tiene como base que la discriminación de las personas no nacidas dentro del matrimonio puede originarse en la Ley o en la práctica, de forma directa o indirecta, y como primer punto pone en evidencia la vulneración existente cuando la ley veda la posibilidad de establecer filiación, en línea materna o paterna, ya sea a través de la prohibición absoluta, mediante el otorgamiento de efectos casi inexistentes al lazo paterno-filial no matrimonial, o cuando la determinación de la filiación queda librada a la exclusiva buena voluntad del progenitor biológico (Acevedo; 2012: 51 y 52).

Es decir, Saario se refiere a las diferencias existentes al momento de establecer maternidad y paternidad de los hijos sean matrimoniales o no.

Diez años después del estudio de Saario, en 1977 se celebró la Conferencia de Viena sobre Derecho de Familia, en la cual se abordaron los problemas de las normas reguladoras de la familia. Por lo que de acuerdo a la postura implementada, la resolución de conflictos familiares no depende únicamente de los factores jurídicos, sino de otros elementos entre los cuales se cuentan consideraciones de orden social, religioso, filosófico y sociológico. Es por eso que la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981, da cuenta de los elementos no materiales que componen la *patria potestad*, que de acuerdo al artículo quinto de la Declaración, los padres o tutores legales del menor tienen derecho a organizar su vida familiar en conformidad con sus convicciones morales y religiosas (Acevedo; 2012: 54 y 55).

1.5. Interés Superior del Niño

La Convención sobre Derechos del Niño, aprobada por aclamación en la sede de la Asamblea General de Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York, el 20 de noviembre de 1989, proclama los derechos de los niños, y su primer artículo define como niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad. Ahora, esta Convención no es el primer instrumento internacional en proclamar los derechos de los niños por lo que tenemos que regresar en el tiempo, ya que en el año 1924, la Declaración de los Derechos del Niño, fue el primer instrumento internacional que incluyó el tema y treinta y cinco años después, es decir en 1959 se adoptó por las Naciones Unidas la Declaración de los Derechos del Niño, que consagra la noción del “interés superior”, como principio guía en toda acción relativa a los menores en todos los ámbitos materiales, morales y

espirituales, a fin de que el niño "...pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian". El primero de los principios establece la igualdad de todos los niños, sin excepción por razón de origen, y proclama el derecho de todo menor a tener desde su nacimiento un nombre y una nacionalidad, ambos elementos constitutivos de la personalidad. Por último, aclara la necesidad de que el niño crezca en un ambiente de amor y comprensión con seguridad moral, afectiva y material (Acevedo; 2012: 50).

Como podemos ver la comunidad internacional siempre ha demorado en el reconocimiento, en instrumentos internacionales, de derechos a los grupos marginados y los niños no son un caso diferente ya que recién en el siglo XX se les reconoce como actores sociales (Freedman; 8).

Diego Freedman (S/F), en su obra *Los riesgos del interés superior del niño o cómo se esconde el "Caballo de Troya" en la Convención*, nos dice que evidencia una restricción de los derechos del niño ya que tiene un fin expreso de protegerlos o tutelarlos de manera paternalista por parte de los Estados, de la siguiente manera:

Estas restricciones, necesariamente coactivas, operan cuando este interés superior del niño se encuentre afectado y se obliga al órgano aplicador a tomar las medidas necesarias para garantizarlo. Al igual que en el régimen tutelar, otra vez existirían restricciones de derecho teniendo en miras la tutela de los niños. Téngase en cuenta, que las restricciones de derechos que poseen cierta intensidad y son aplicadas a sujetos en particular deben ser consideradas sanciones. Por lo tanto, se opera el ridículo de sancionar, castigar, provocar dolo; en beneficio del niño. (12)

Es acá donde el autor nos dice que se está sometiendo la efectividad de los derechos de los niños a la interpretación de palabras vagas, porque históricamente ha venido funcionando como un cheque en blanco ya que se institucionaliza la discrecionalidad judicial para la toma de decisiones,

en vez de que sea una protección integral, lo que daría la reducción de la discrecionalidad de la autoridad pública y en sí la efectividad de los derechos de los niños (Freedman; 13 y 14).

Regresando al artículo primero de la Convención, obviamente existen diferencias entre una persona menor de 5 años con una persona mayor de 14, por lo que nace las definiciones de niño y adolescente. Pero en ambos casos el principio rector es el interés superior del niño. Principio que goza de reconocimiento internacional universal y ha adquirido el carácter de norma de Derecho Internacional general, por lo que en los diferentes ordenamientos tiene similares denominaciones, como (Cavallo, 2008; 226):

1. En el mundo Anglosajón: Best interest of the child o, The welfare of the child;
2. En el mundo hispano: Interés superior del niño; y,
3. En el modelo Francés: “l'intérêt supérieur de l'enfant”

Los niños al ser un grupo de atención prioritaria, son beneficiarios de una protección especial, por lo que la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, confirmó de manera clara este principio, vinculándolo además al de la prohibición de la discriminación, que señaló: “La no discriminación y el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernan a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados” (A/CONF.157/23 12 de julio de 1993, par. 21).

Pero la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, es el instrumento internacional que reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas, por lo que se la usa como la

Constitución de la infancia y la adolescencia, ya que es el instrumento fundamental en la evolución de los derechos de los menores de edad a nivel global (Simon; 2013: 10).

Como lo mencioné, los Derechos Humanos nacieron después de la Segunda Guerra Mundial, y han pasado a ser concebidos como el contenido esencial de los sistemas democráticos. Tanto los instrumentos internacionales como los nacionales recogen estos principios ya que son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier particularidad. Lo negativo es que todavía existen algunos grupos de personas que no están efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, ya sea por una forma discriminatoria o por circunstancias particulares de su vida, que les impide el acceso idóneo a los mecanismos ordinarios de protección y uno de esos grupos lo constituyen precisamente los niños. La Convención reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas por lo que se le puede denominar a la Convención como un instrumento contra la discriminación y a favor del respeto y protección de los derechos de todas las personas, criterio básico para entender el sentido y alcance del principio del interés superior del niño. Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos y garantías frente a la acción del Estado y representan un deber de políticas públicas para su correcta satisfacción (Bruñol, S/F: 5).

La consideración del interés del niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten. El principio sólo exige tomar en cuenta o en consideración al niño como un ser humano, como un verdadero sujeto de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado (Cavallo; 2008: 230).

Es importante señalar que en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño se señala que requiere de cuidados especiales y por ello el artículo 4, manifiesta:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos que dispongan, y cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Farith Simon dentro de su tesis doctoral *Interés superior del menor: Técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva* (2013), encuentra que la categoría interés del menor o mejores intereses del niño son el resultado de cambios de percepción y el apareamiento de una visión romántica de la infancia, que reemplazó a la idea predominante, ya que antes del siglo XVII, los hijos eran propiedad de los progenitores y en particular el padre tenía un rol dominante dentro de la familia, y por lo tanto los intereses de los niños no se los consideraba para nada. Luego, a inicios del siglo XX, nace la denominada regla “preferencia materna”, y se consideró que el interés del niño estará mejor protegido, en su primera infancia si es la madre la que se encargue de su cuidado y a partir de ese momento el concepto de tenencia del menor cambia y los jueces comienzan a tomar decisiones más precisas en cada caso particular, lo que dio nacimiento al concepto del interés del niño frente al de sus progenitores (4 y 5).

Dentro de la misma tesis doctoral, Simon señala que el Comité de los Derechos del Niño ha creado una doctrina sobre el interés superior del niño dentro de sus observaciones generales que a continuación explicaré:

El Comité de los Derechos del Niño es un órgano independiente de las Naciones Unidas, conformado por 18 miembros, sus integrantes son reconocidos por su integridad moral así como por un amplio conocimiento en el campo de los derechos humanos. Se encargan de identificar,

destacar y desarrollar respuestas a los problemas relacionados con los derechos humanos. Se encargan de proporcionar asistencia a los gobiernos, que son los encargados de velar por los derechos humanos, por medio de conocimientos técnicos y capacitación en varias áreas. Publican sus interpretaciones a las disposiciones sobre derechos humanos, en forma de observaciones generales.

1.5.1 Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño

Observación General No. 5 (2003) Sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación al Artículo 3, párrafo 1, que nos dice que el interés superior del niño, como consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños, se refiere a que las medidas que deben tomar las instituciones públicas o privadas de bienestar social, así como los tribunales, autoridades administrativas o los órganos legislativos, deben aplicar el interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven o en el futuro se verán afectados por sus decisiones (Unicef; 2014: 58).

Observación General No. 11 (2009) Sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. La aplicación del interés superior del niño requiere particular atención en el caso de los niños indígenas. Para determinar cuál es el interés superior de un niño indígena, toda autoridad estatal incluyendo el poder legislativo, debe tener en cuenta los derechos culturales del niño indígena y su necesidad de ejercerlos colectivamente con los miembros de su grupo. Cuando existan cuerpos legales o políticas que afecten a los niños indígenas, primero se debe consultar a su Comunidad para que participe en la determinación de establecer cuál es el interés superior de

los niños miembros de su comunidad, y estas consultas deben incluir a los niños indígenas (Unicef; 2014: 189 y 190).

Observación General No. 12 (2009) Sobre el derecho del niño a ser escuchado. Vale mencionar que para el niño, expresar sus opiniones es una opción, sino una obligación y los Estados Partes deben asegurar que el niño reciba toda la información y asesoramiento que sea del caso para que pueda tomar una decisión que favorezca a su interés superior. Dentro del análisis literal del artículo 12 de esta observación, nos dicen lo siguiente (Unicef; 2014: 206):

21. El Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados Partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. A ese respecto, el Comité subraya lo siguiente: En primer lugar, en sus recomendaciones a raíz del día de debate general sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia celebrado en 2004, el Comité subrayó que el concepto del niño como portador de derechos está “firmemente asentado en la vida diaria del niño” desde las primeras etapas. Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante los cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto. En tercer lugar, los Estados Partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. (...) También debe hacerse un esfuerzo por reconocer el derecho a la expresión de opiniones para los niños pertenecientes a minorías, niños indígenas y migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario (...).

Ahora, en relación al interés superior del niño, la Observación nos dice que es semejante a un derecho procesal que obliga a los Estados Partes a introducir disposiciones en el proceso de adopción de medidas, para garantizar la consideración del interés superior. Éste, en relación de la consulta, no es el único factor para tomar en cuenta las actuaciones de las instituciones pero sí es de importancia para saber las opiniones del niño. (Unicef; 2014: 214).

Observación General No. 13 (2011) Sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. Informa que el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño que abarca su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social (Observación General No. 5, párr. 12).

Observación General No. 14 (2013) Sobre el Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Artículo 3, párrafo 1). En esta observación se aclara que el interés superior del niño no es un concepto nuevo,

El comité señala que el interés superior del niño es un concepto triple (Unicef; 2014: 260):

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicación inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: Si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: Siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.

Esta observación que señala el Comité de los Derechos del Niño, tiene como objetivo garantizar que los Estados Partes den los efectos esperados al interés superior del niño y lo respeten. Lo más importante es que se señala que este interés superior del niño está en constante evolución, por lo que sus observaciones no pretenden establecer lo que es mejor para el niño en una situación o un momento concreto, sino mejorar su comprensión y observancia, así como promover un verdadero

cambio de actitud para que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos (Unicef; 2014: 260).

La Observación General No. 14, nos entrega un concepto del interés superior del niño que vale mencionar (Unicef; 2014: 264 y 266).

33. El interés superior del niño se aplicará a todos los asuntos relacionados con el niño o los niños y se tendrá en cuenta para resolver cualquier posible conflicto entre los derechos consagrados en la Convención o en otros tratados de derechos humanos. Debe prestarse atención a la búsqueda de posibles soluciones que atiendan al interés superior del niño. Ello implica que los Estados tienen la obligación de aclarar, cuando se adopten medidas de aplicación, cuál es el interés superior de todos los niños, incluidos los que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

36. El interés superior del niño debe ser una consideración primordial en la adopción de todas las medidas de aplicación. La expresión “a que se atenderá” impone una sólida obligación jurídica a los Estados y significa que no pueden decidir a su discreción si el interés superior del niño es una consideración primordial que ha de valorarse y a la que debe atribuirse la importancia adecuada en cualquier medida que se tome.

37. La expresión “consideración primordial” significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. La firmeza de esta posición se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz). Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses. Si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar.

40. La consideración del interés superior del niño como algo “primordial” requiere tomar conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias, pero sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los niños de que se trate.

Como podemos apreciar, las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, dan las pautas de cómo se debe interpretar a la Convención sobre los derechos del niño, pero principalmente de cómo se debe entender el interés superior del niño. La Observación General No. 14, contiene una importante referencia sobre el entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones, que me parece muy importante señalar ya que se apega al tema de investigación. Al respecto señala:

59. La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños (preámbulo de la Convención). El derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención (art. 60). El término “familia” debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local (art. 5).

60. Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño, y se basan en el derecho recogido en el artículo 9, párrafo 1, que exige “que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando (...) tal separación es necesaria en el interés superior del niño”. Asimismo, el niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho “a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” (art. 9, párr.3). Ello también se aplica a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha.

1.5.2. Interés superior del Niño en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte en el caso *Bulacio Vs. Argentina*, señaló, que “cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior de niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades” (Par 134, p. 55). Luego en la Opinión Consultiva sobre *Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño*, se ratificó este concepto por lo que el principio del interés superior del niño exige que se tome en especial consideración el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, con el fin de alentar en el niño, niña y adolescente un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado (Cavallo; 2008: 243).

En el 2012, la Corte dentro de su Sentencia del caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, señaló:

108. El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño, es en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección.

Pero lo que me parece más importante señalar, ya que se relaciona directamente con el tema de investigación, es que dentro de esta misma sentencia la Corte consideró que la determinación del interés superior del niño, cuando existen casos de cuidado y custodia de menores de edad, debe partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos, así como en su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según sea el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no de especulaciones o imaginaciones. Es decir, nunca serán admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas en relación a las categorías personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia (Sentencia Atala Riffo y Niñas Vs. Chile; 2012: 39).

Lo que puedo destacar del párrafo anterior, es que cuando exista una familia homoparental que tenga un hijo biológico o adoptado, bajo su cuidado o custodia, la entidad administrativa o judicial no puede determinar que ese cuidado o custodia está afectando al menor edad por la preferencia sexual que tengan los padres, es decir si esa decisión se la hace por estereotipos o especulaciones, se está afectando directamente al interés superior del niño, ya que para determinar que un niño no puede estar bajo el cuidado de sus padres, estas determinaciones deben ser debidamente probadas en relación a los daños o riesgos que estén sucediendo o puedan suceder, respecto de lo cual la Corte manifiesta en la misma sentencia lo siguiente:

110. (...) El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

CAPÍTULO 2. ANÁLISIS DE CASO

Dentro de este capítulo se analizará un caso controversial que sucedió en el país y que todavía no tiene solución. Se identificará el problema jurídico, se verán los hechos, los argumentos de ambas partes y la decisión.

La familia Rotheron Bicknell, una pareja que tiene unión de hecho reconocida en el país y que pertenecen al mismo sexo, trató de inscribir a su hija Satya Amani en la oficina del Registro Civil bajo la figura de la filiación maternal. Para la época en que ello ocurría, estaba vigente otro cuerpo legal con el que la administración fundamentó su decisión, la misma que no cumplió el objetivo de la familia y mucho menos precauteló el interés superior de la niña.

La Defensoría del Pueblo tomó a su cargo el caso e interpuso una acción de protección ante el Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, cuyo juez inadmitió la acción. Se interpuso un recurso de apelación pero también fue rechazado, por lo que la Defensoría del Pueblo planteó ante la Corte Constitucional una acción extraordinaria de protección, causa que fue admitida y se encuentra en ese momento procesal.

2.1. HECHOS Y ANTECEDENTES JURÍDICOS

Nicola Susan Rotheron y Helen Louise Bicknell, provenientes del Reino Unido, son dos mujeres que mantienen una relación sentimental, es decir, son una pareja homo-parental establecida por más de diez años. En el año 2010 formalizaron su relación en el Reino Unido mediante Unión

Civil y, en el 2011, en el Ecuador mediante la figura de Unión de Hecho reconocida mediante escritura pública, en los términos de la legislación local.

Su historia comienza cuando trabajaron como voluntarias en África. A partir de ese momento han establecido una relación sentimental. Nicola Rothon se embarazó mediante inseminación artificial con la idea de que su hija tenga el apellido de su pareja, Helen Louise Bicknell, por lo que el 27 de diciembre de 2011 solicitaron al Director General de Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador, la inscripción de su hija Satya Amani, con el primer apellido de cada una, en los libros respectivos, es decir como Satya Amani Bicknell Rothon.

El Director Nacional de Asesoría Jurídica de la institución, opinó negativamente respecto de la solicitud de inscripción, basado en los artículos 32 numeral 5, 33 y 80 de la Ley de Registro Civil (Ley Derogada el 4-02-2016), que decían lo siguiente:

Art. 32.- Datos de inscripción.- El acta de inscripción de un nacimiento deberá contener los siguientes datos:
(...)

5o.- Los nombres y apellidos y la nacionalidad del padre y de la madre del nacido, y los números de sus cédulas de identidad o de identidad y ciudadanía o de sus pasaportes en el caso de que fueren extranjeros no residentes; (...)

Art. 33.- Prueba sobre filiación.- Cuando la inscripción de un nacimiento no fuere solicitada personalmente por ambos padres o por su mandatario, se probará su filiación respecto de dichos padres con la presentación de la partida de matrimonio de ellos o de sus respectivas cédulas de identidad y ciudadanía en las que conste el estado civil casados entre sí.

Art. 80.- Hijo reconocido.- El hijo reconocido por uno solo de sus padres llevará los apellidos paterno y materno del padre o de la madre que le hubieren reconocido.

Si el padre que le reconociere tuviere un solo apellido, se le asignará dos veces el mismo apellido.

Si con posterioridad le reconociere el padre o la madre que no le hubieren hecho, se marginará el nuevo reconocimiento en la respectiva partida, a la presentación del instrumento que contenga el reconocimiento, asignándole los dos apellidos que por esta razón le correspondan al inscrito.

Y también se fundamentó en el artículo 82 de la Constitución que reza: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”.

La negativa de inscripción se produjo mediante Oficio No. 2012-9-DAJ, de fecha 10 de enero del 2012, en la cual se consideró que

...en procura de precautelar la seguridad jurídica de la filiación paterna, y en virtud de que nuestra legislación no contempla la duplicidad de filiación materna en una inscripción de nacimiento, esta Dirección de Asesoría Jurídica considera que no es procedente inscribir el nacimiento de la menor SATYA AMANI en los términos solicitados.

Ante la negativa de la oficina de Registro Civil, la familia Rotheron-Bicknell, acudió a la Defensoría del Pueblo para poner en conocimiento la violación de sus derechos. La Defensoría aceptó el caso y emprendió una acción de protección por considerar que la decisión administrativa, vulneró los derechos humanos, contenido en los artículos 66 numeral 4, derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación; numeral 9, el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, su vida y orientación sexual; numeral 28, el derecho a la identidad personal que incluye tener nombre y apellido y familia; y, el derecho a la protección que el Estado debe a la familia en sus diversos tipos para garantizar la consecución de sus fines, según el artículo 67 de la Constitución.

2.2. ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Primero veremos lo que es la acción de protección para luego entrar al caso.

El artículo 88 de la Constitución consagra la acción de protección de la siguiente manera:

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

El artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional nos dice que el objeto de la acción de protección es el siguiente: "...el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos..."

Por otro lado, el artículo 40 del mismo cuerpo de leyes nos da los requisitos:

1. Violación de un derecho Constitucional;
2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y,
3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

Ahora la Corte Constitucional, en su sentencia No. 016-13-EP-CC emitida dentro de la causa No. 100-12-EP, señaló que:

No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria. El juez constitucional cuando de la sustanciación de la garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar la existencia de otras vías (...).

Por ello si la acción de protección es considerada una garantía jurisdiccional de protección de derechos constitucionales, su activación cabe siempre y cuando esté de por medio un desconocimiento del ámbito constitucional en relación al derecho vulnerado, solo en esos casos cabe invocar la acción de protección, ya que no todos los conflictos de derechos que se presentan

en la vida real pueden ser sustanciados por esta vía, pues de lo contrario habría un abuso de la acción.

El 8 de marzo de 2012, los señores Ramiro Rivadeneira, Defensor del Pueblo; Patricio Benalcázar, Adjunto Primero del Defensor del Pueblo; y, Carla Patiño, Directora Nacional de Protección de los Derechos Humanos y de la Naturaleza de la Defensoría del Pueblo, formularon una acción de protección en contra del Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador, impugnando la decisión adoptada por el Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación constante en el Oficio No. 2012-9-DAJ de 10 de enero de 2012.

En su escrito manifestaron lo siguiente:

Sobre la Filiación:

La Filiación es un estado de hecho regulado por la ley conforme se ha analizado; por ende, al Estado le corresponde tan sólo reconocer las relaciones que existen fácticamente entre las personas, sin permitirse intromisión alguna de las mismas. Las relaciones familiares, de acuerdo al Art. 96 del Código de la Niñez y Adolescencia, consiste en lo siguiente:

La familia es el núcleo de la formación social y el medio natural y necesario para el desarrollo integral de sus miembros... Sus relaciones internas de carácter no patrimonial son personalísimas y, por lo mismo, irrenunciables, intransferibles e intransmisibles...” De igual modo, el Art. 8 de la Convención sobre Derechos del Niño (...) “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Sobre las injerencias ilícitas, puntualizaron que el artículo 248 del Código Civil determina: “*El reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce*”, por ello consideraron una intromisión ilegítima el hecho de que una persona o institución en ejercicio de funciones públicas, sin un asidero jurídico contundente, decida sobre las relaciones parento-filiales de una niña, sin tomar en cuenta, e inclusive negando (como fue el caso), la realidad familiar. Insistieron en el artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador, en relación al

reconocimiento de las familias en sus diversos tipos, por lo que sostuvieron que la Dirección Jurídica del Registro Civil se atribuyó un derecho intransferible que recae exclusivamente de las peticionarias.

Sobre la Resolución del Director Jurídico del Registro Civil que determinó la negativa de la inscripción basado en que “*nuestra legislación no contempla la duplicidad de filiación materna*”, la Defensoría consideró que el régimen jurídico aplicable, no se encontrará en la Ley General de Registro Civil, sino en el Código Civil, que establece las condiciones para la verificación de la filiación de maternidad y paternidad, consistentes en que el hijo o hija haya sido concebido o concebida dentro del matrimonio verdadero o putativo o la unión de hecho estable y monogámica reconocida legalmente; y, que el caso es que la concepción fue dentro de una unión de hecho que reúne esas características y lo demostraron con la prueba de la unión civil debidamente apostillada, así como con la prueba de la unión de hecho otorgada mediante escritura pública en nuestro país.

Adicionalmente insisten en el artículo 11 numeral 5 de la Constitución que dice:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte... No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción de esos hechos ni para negar su reconocimiento.

En relación a la niña Satya Amani, manifestaron que se está vulnerando su derecho a la identidad, al nombre y a su procedencia familiar, ya que ella en el país de sus madres puede ser reconocida como Satya Amani Bicknell Rotheron, ya que sus apellidos deben corresponder a su realidad familiar, ya que así lo prevé la Ley de Fertilización y Embriología Humana de 2008 de su país.

Alegaron que las familias diversas se encuentran plenamente recogidas en la Constitución del 2008, en el artículo 66 numeral 28, que reconoce como parte del derecho a la identidad, el nombre y apellido de una persona y su procedencia familiar, de la siguiente manera:

El derecho a la identidad personas y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.

Por lo que manifestaron que después de un análisis a la Constitución, se entiende que la Dirección de Registro Civil está vulnerando el derecho a la identidad de Satya, al pretender desconocer que ella procede y es parte de una familia diversa la cual está reconocida en la Constitución y la sociedad.

Recordaron que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Niñas Yean Bosico vs. República Dominicana, en relación a la importancia del nombre y de la inscripción de un niño o niña al momento de nacer, dijo:

182. Ahora bien el derecho al nombre, consagrado en el artículo 18 de la Convención Americana, constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado. Dicho derecho se establece también en diversos instrumentos internacionales.

183. Los Estados, dentro del marco del artículo 18 de la Convención, tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento.

184. Igualmente, los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. Una vez registrada la persona se debe garantizar la posibilidad de preservar y restablecer su nombre y su apellido. El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado. En el caso concreto, el Estado mantuvo a las niñas Yean y Bosico en un limbo legal en que, si bien las niñas existían y se hallaban insertadas en un determinado contexto social, su existencia no estaba jurídicamente reconocida, es decir, no tenían personalidad jurídica.

Escogieron este análisis jurisprudencial para demostrar la gravedad de la no inscripción de niñas y niños en el Registro Civil, lo que provoca violaciones de derechos humanos de efecto dominó y que se prolongan en el tiempo.

Dicen que la autoridad aplicó la Ley de Registro Civil, que fue emitida cuando la homosexualidad estaba tipificada como un tipo penal y que fue declarada inconstitucional por ser discriminatoria y lesionar libertades fundamentales. Continúan explicando que es por ello que la Constitución, hoy en día, en vez de anormalizar la homosexualidad, trata de que las mujeres y hombres, con opciones diversas, tengan un adecuado respaldo jurídico en derechos humanos, reflejado en la figura de la Unión de Hecho para las parejas del mismo sexo, con los mismos derechos y obligaciones que emanan del matrimonio, excepto el de la adopción que no permite que parejas del mismo sexo lo puedan hacer, conforme al artículo 68 inciso segundo de la Constitución, pero que no es el caso de discusión, ya que Satya Amani no fue adoptada sino que cuenta con dos progenitoras que la reconocen como hija y no existe sentencia que prive a alguna de ellas de la *patria potestad*.

Sobre la seguridad jurídica, manifestaron que la decisión del Director Nacional de Asesoría Jurídica del Registro Civil, es inconstitucional, pues el sistema jurídico ecuatoriano, de acuerdo con el artículo 425 de la Constitución, establece que la constitución está sobre las leyes, en este caso sobre la de Registro Civil de 1976, es decir que la interpretación de la norma del Registro Civil debe ser adecuada a los principios constantes en el artículo 11 de la Norma Suprema, y demás normas y principios, ya que se prohíbe la discriminación por razón de sexo e identidad de género, como principio de aplicación de los derechos, y explican la vigencia y eficacia de este principio de la siguiente manera:

Al hablar de principio de aplicación, se quiere significar que, en todo caso en que una persona pretenda ejercer sus derechos (en el caso presente, el derecho a formar una familia y los derechos al nombre y a la filiación), el Estado, responsable de respetarlos, garantizarlos y promoverlos, deberá observar estos principios y aplicarlos para garantizar la efectividad del derecho. Para asegurar la aplicación de este principio específico, se dispone la sanción de toda forma de discriminación

Además recuerdan que el Ecuador ha ratificado múltiples tratados internacionales que protegen a las mujeres de la discriminación y promueven sus derechos de igualdad al hombre, por lo que mencionan al artículo primero de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:

Discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio para la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera

Finalizan que con el criterio de la Dirección Nacional de Asesoría Jurídica del Registro Civil, Identificación y Cedulación al negar la inscripción de Satya Amani Bicknell Rotheron, por el hecho de que la normativa ecuatoriana no contempla la doble maternidad, se vulneraron derechos humanos de Nicola Susan Rotheron y Helen Louise Bicknell y por lo tanto existe un daño inminente al derecho a la identidad de la niña, de otros derechos conexos, así como de los de la madre a su orientación sexual libre y voluntaria, por lo que piden que de acuerdo con el Art. 88 de la Constitución de la República y los Arts. 39 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, mediante sentencia se disponga que el Director de Registro Civil, Identificación y Cedulación proceda con la respectiva inscripción de Satya con los apellidos de las dos madres, es decir como Satya Amani Bicknell Rotheron.

Si bien los razonamientos utilizados para plantear la acción, en lo que respecta a la prevalencia de los derechos superiores de la menor son correctos, el hecho de plantear la acción sin que se hayan agotado las instancias administrativas, podría constituir una deficiencia que, sin embargo, debería quedar en segundo plano si se trata de considerar la vigencia plena precisamente de los derechos superiores de un menor de edad, consagrada en la Constitución y en los Convenios Internacionales.

2.2.1. Audiencia.

El día 4 de mayo de 2012, se llevó a cabo la Audiencia de Acción de Protección en el Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, en la que comparecieron el Dr. Patricio Vicente Benalcázar Alarcón y la Dra. Carla Gabriela Patiño Carreño, en representación de la Defensoría del Pueblo y las señoras Nicola Susan Rothon y Helén Louise Bicknell. En representación del Registro Civil compareció el Ab. Fausto Rodrigo Flores Ramírez y el Dr. Bernardo José Crespo Vega lo hizo como delegado del Procurador General del Estado. Dentro de esta Audiencia en calidad de *Amicus Curiae*, asistieron 22 personas. La pareja Rothon Bicknell, al fundamentar su Acción de Protección, manifestaron en lo que nos ocupa, lo siguiente:

...Que Helen y Nicola llevan juntas más de 12 años, que se radican en el Ecuador hace 5 y en el año 2010 legalizan en el Reino Unido su unión mediante unión civil, de igual manera lo hacen con la unión de hecho en el Ecuador. La decisión de formar una familia es parte de su proyecto de vida y conforme a esto, en diciembre del año anterior nace Satya Amani. Alegan que la Constitución del Estado ecuatoriano, reconoce los derechos de esta familia como lo detallan a continuación, mientras el Registro Civil les niega sus derechos mediante un Acto Administrativo. Afirmando que estos derechos constituyen; el Derecho a la Igualdad, por cuanto Helen y Nicola, han sufrido discriminación por su orientación sexual lo que vulnera el principio y derecho a la igualdad, la vulneración del Derecho a la Familia y la protección que el Estado otorga a la misma en sus diversas formas y la vulneración del Interés Superior de la niña Satya Amani. La prohibición de discriminación está inserta en todos los tratados de derechos humanos y pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. (...) El Acto Administrativo del Registro Civil, es una acción del Estado el cual tuvo como resultado la discriminación de Helen y Nicola por ser una pareja homosexual. Ejemplo, como comprendemos de mejor manera este tema, el día de hoy una pareja heterosexual se acerca al Registro Civil a inscribir a su hija y el funcionario o funcionaria no consulta, no pregunta si el recién nacido lleva los genes del hombre que acompaña a esa mujer y le inscribe al niño como hijo de ese hombre y mujer. (...) La pareja que Nicola eligió es mujer y por esto su familia fue discriminada y desprotegida a pesar de que su decisión, orientación sexual, está protegida por la Constitución de la República del Ecuador y los Tratados Internacionales. (...) Se han planteado un proyecto de vida juntas el mismo que incluye tener hijos e hijas, de manera que han buscado el cómo hacerlo realidad. Están comprometidas por igual con el cuidado de Satya, en definitiva, que se cumplen los parámetros fácticos de la familia, por lo que el Estado le corresponde tan sólo reconocer esa realidad, que no va a cambiar por la decisión que usted, señor Juez, tome en el caso, pero sí se restringirán drásticamente los derechos de Satya si se decide que no se inscriba como hija de ambas. En cualquier lugar y contexto, tener dos personas al cuidado de una niña es mucho mejor que tener una sola. Satya quedaría desprotegida, huérfana ante la Ley si algo le ocurriera a Nicola, cuando en la práctica tiene otra madre que se puede hacer cargo de ella; así también, si el día de mañana Helen decide irse del hogar, Satya no tendría derecho a percibir alimentos de ella, aun cuando es su hija; tampoco podría Helen ir a retirar a Satya de su escuela, entre otras muchas dificultades, entre las cuales están sus derechos sucesorios, su derecho a viajar, a conocer a su familia extendida por parte de Helen,

mismos que reconocen a Satya como parte de la misma, de modo que se lesiona su derecho a la identidad por desconocer a su familia como tal. Esa es una familia, hecho innegable, familia con vínculos de hecho como lo considera nuestra Constitución, que continuarán desarrollándose cuidándose y queriéndose independientemente de las decisiones estatales, sin embargo Satya a quien debemos un interés superior se verá disminuida en sus derechos si el Estado no reconoce su doble maternidad. Las familias homo-parentales no son una mera posibilidad, constituyen una realidad social desde hace años. En el presente caso y en cualquier otro, siempre será mejor que un niño o niña tenga dos personas responsables de ella que solo una. (···) Nicola no es madre soltera, tiene un documento legal y válido y no tomó la decisión de concebir a Satya sola. Las dos madres son responsables de la niña de igual forma y Satya no tiene una sola madre, tiene dos y el Estado debe reconocerlas. En el nuevo contexto jurídico del Ecuador, corresponde a las autoridades atender más a la realidad que a lo legal, de modo que prime la justicia (···)

La parte actora, más allá de las formalidades de procedimiento, deja en evidencia que la administración realizó un acto discriminatorio por la orientación sexual de las madres y como consecuencia se negó la filiación de la menor, decisión que de hecho puede llegar a tener efectos negativos a futuro, porque vulnera el interés superior del niño en relación a los elementos constitutivos de la filiación, esto es la garantía a la identidad y por ende a conocer de donde proviene y quiénes son sus padres. Adicionalmente, de no corregirse esta infracción constitucional, se deja en evidencia que los derechos de la familia extendida de la menor se verán afectados.

Por su parte, la Administración respondió de la siguiente manera:

(···) Se ha manifestado enfáticamente por parte de los medios de comunicación que se ha negado el Derecho al Registro de Nacimiento de la menor Satya Amani, sin embargo me remito al universo procesal y específicamente al acto impugnado constitucionalmente, constituido por el Acto Administrativo de negativa de inscripción, me refiero a su texto, en el cual usted puede leer que se niega la inscripción en los términos solicitados, es decir haciendo constar una doble filiación materna, porque esto es lo que buscaban las accionantes, pero la menor no solo que puede sino que debe ser inscrita por su madre biológica con su apellido, pero se no se ha negado en ningún momento la inscripción en los términos tangenciales, polares o absolutos que sugiere la pareja (···) La pretensión de esta acción está constituida por 4 derechos fundamentales o constitucionales, sobre los que tiene que discutirse y resolverse: Derecho a la Identidad, Derecho a la Igualdad Formal y Material, Derecho de Filiación y Principio o Derecho de Supremacía Constitucional, con sus correlativos conceptos de violación y estructura. Y estos derechos son personales y no familiares, aun cuando su importancia impacte o afecte a toda la familia, son personales, motivo por el cual usted señor Juez no podría exceder la pretensión de los sujetos procesales, es decir debe descartar de plano y conducir el debate previniéndonos y precautelando la discusión en torno a los derechos de la niña y no de la pareja, contrario a lo que sugiere permanentemente la prensa que ha querido ver en este problema jurídico un problema no de la niña sino de la pareja. (···) En teoría constitucional las normas jurídicas se clasifican en tres tipos, estos tres tipos de normas están presentes en todo enunciado normativo, uno puede tomar cualquier código, ley, reglamento, instructivo, Constitución, Tratado Internacional, declaración de derechos y hasta sentencias judiciales y son valores, principios y reglas, dentro de los principios se encuentran derechos, las garantías y las libertades, por lo que usted señor juez descartará de plano la posibilidad que

sugieren las demandantes de ponderar entre la garantía constitucional de protección a las familias de diverso tipo y las reglas de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación y de otras leyes conexas relativas al Derechos de Filiación y al de Identidad, porque solamente se puede ponderar en el mismo nivel normativo y específicamente solo en el nivel de principios, los valores no se ponderan por su extremada abstracción y las reglas no pueden ser ponderadas porque ellas aprovechan el criterio de preferencia de aplicación por su refinado contenido normativo y porque a ellas no se aplica el principio de concordancia práctica. (...) Las normas aplicadas por el Registro Civil para negar la inscripción de la menor con los apellidos de la pareja no son heteroaplicativas y tanto susceptibles de ser aplicadas de diverso modo, como dicen las accionantes “ por motivos discriminatorios” , desde un punto de vista sistemático, tomando en cuenta todo el ordenamiento jurídico, porque si bien es cierto que las normas invocadas en la Resolución son en su mayoría de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, también existen normas que expresamente se refieren a “padre y madre” , “paternidad y maternidad” y “hombre y mujer” en el Código Civil, en la Ley de Unión de Hecho y en la propia Constitución. (...) en el caso de que un hombre aún sin ser el padre de una criatura comparece como tal y realiza un reconocimiento voluntario el acto es lícito, pero lo propio no ocurre cuando comparece una mujer para figurar como padre o como una segunda madre, no porque exista discriminación en la aplicación de la norma, la cual sería imputable a la Administración Pública sino porque la discriminación existe legalmente y no solo en una Ley sino en varias, por lo que correspondería iniciar una acción de inconstitucionalidad y no ejercitar una acción ordinaria de protección. En este punto no hay que perder la prudencia jurídica al apreciar el concepto de igualdad, estamos discutiendo el derecho a la igualdad de la niña en este juicio y no el derecho a la igualdad de reconocimiento y protección de la pareja homosexual frente al de parejas heterosexuales. Derecho de filiación bajo el argumento de que de conformidad con el Art. 24 del Código Civil se establece la filiación por el hecho de haber nacido la criatura en el seno de una unión de hecho legalmente constituida y que al existir el reconocimiento legal de su unión se ha violado el derecho a la filiación de la niña. Frente a esto manifiesto que el derecho a la filiación ya posee un contenido legal y constitucionalmente protegido y parte de ese contenido es la pareja heterosexual y que no sería conveniente alterar la estabilidad jurídica del ordenamiento entero en un caso concreto si la filiación está concebida de esta forma. (...) el Registro Civil no negó la inscripción de la niña sino en los términos solicitados esto es con una doble filiación materna, con lo cual queda descartado parcialmente este argumento, la madre biológica puede en cualquier momento inscribir a su hija con sus apellidos, siempre ha podido hacerlo y siempre podrá de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, pero lo que ella quiere es inscribir a su hija también con el apellido de su pareja y ello no es procedente; y, segundo que no puede ingresarse el estado civil de su madre de “unión de hecho” por efecto de la Resolución Administrativa 277 de 11 de septiembre del 2011, y aún si pudiera ingresarse ello no significaría que la pareja de la madre biológica deba constar como madre de la niña, ello es un extremo que carece de asidero legal y constitucional.

Comentarios a argumentos de la Dirección de Registro Civil:

Por un lado, se limita a realizar un análisis formal del procedimiento, argumentando que al no haberse agotado la vía administrativa y la vía judicial, no cabe que se plantee una acción de protección de carácter constitucional.

Su argumentación, por otro lado, se basa en la aplicación literal de la ley, negando una aplicación con carácter extensivo que precautele los derechos superiores de la menor. Deja de lado, pues no se refiere a ello, el contenido de acuerdos internacionales del cual el país es signatario y adherente.

El delegado de la Procuraduría manifestó algunos puntos, pero el que más me parece importante señalar es que a su parecer el Registro Civil al precautelar la seguridad jurídica de la filiación paterna, estaba protegiendo el derecho que tendría la menor impúber de conocer, algún día, quién es su padre. De igual manera es importante manifestar la siguiente declaración:

Nuestro sistema jurídico históricamente estipula que los apellidos que llevamos junto a los de nuestros nombres personales se intercalan siendo el primero el apellido paterno y luego el apellido materno y así uno tras el otro, en razón al parentesco de consanguinidad que hay entre cada uno de los progenitores y su hijo o hija. Podemos afirmar perfectamente que consanguinidad significa “con la misma sangre” o “de la misma sangre” o “sangre de mi sangre”, es decir que los hijos llevamos el apellido de nuestro padre y de nuestra madre porque somos “de las misma sangre” o somos “sangre de la sangre de ellos”. La menor impúber es hija de Nicola Susan Rethon, es decir, las dos: madre e hija, son de la misma sangre, por eso deben llevar el mismo apellido, así lo determina expresa y claramente nuestra legislación. Qué es o qué representa la ciudadana Helen Louise Bicknell para la niña que se llamará Satya Amani? La respuesta es nada, esta ciudadana inglesa no tiene ningún parentesco ni de afinidad, peor de consanguinidad. Helen Louise Bicknell es simplemente la pareja de Nicola Susan Rethon, que en el mes de noviembre del año 2011, formalizaron ante un Notario del Cantón Quito su unión de hecho (...) Todas las mujeres que en el Ecuador han dado a luz, en el transcurso de la historia hasta la actualidad y que han sido o son madres y han tenido que realizar la inscripción del nacimiento de su hijo, en forma individual, sin el concurso del padre del niño, lo han inscrito con los apellidos de ella. Por lo tanto, el no proceder de esta manera sería ir contra norma expresa, es decir violar la Ley. Queda demostrado de manera clara que no existe vulneración de los derechos constitucionales que señalan las accionantes...

Es claro que los argumentos del delegado de la Procuraduría se basan expresamente en insinuar que solamente debe aplicarse el método exegético, el mero análisis gramatical del texto de la Ley es el que debe aplicar el juez, desconociendo la jerarquía que tiene científicamente la labor de interpretación jurídica. Adicionalmente introduce un criterio personal y un concepto tradicional, en relación a que no se puede concebir que una familia homoparental quiera inscribir a su hija con el apellido de ambas madres. Lo más grave es que menciona que con la negativa de inscripción, no existe vulneración de los derechos constitucionales que la parte actora ha manifestado que han sido vulnerados. En otras palabras, para su parecer no ha existido discriminación hacia las madres de la menor y el interés superior de la menor no ha sido vulnerado.

2.2.2. Sentencia

El Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, llegó a la siguiente conclusión:

Más allá de analizar los derechos que se dicen fueron vulnerados por el Acto Administrativo emitido por el Director de Asesoría Jurídica del Registro Civil, Identificación y Cedulación, precisa examinar el Acto Administrativo emitido, a fin de establecer si se trata de una cuestión constitucional; para ello nos remitiremos al Acto Administrativo en sí, vale decir proveniente de Autoridad Pública No Judicial, que constituye el Oficio de la Dirección de Asesoría Jurídica del Registro Civil, Identificación y Cedulación No. 2012-9-DAJ de 10 de enero de 2012 (...) que señala la improcedencia de inscripción de la menor Satya Amani, con los primeros apellidos de las señoritas Nicola Susan Rothern y Helen Louise Bicknell, por no contemplar la legislación ecuatoriana duplicidad de filiación materna en una inscripción de nacimiento; Acto Administrativo contra el cuál se ha propuesto la presente Acción de Protección.(...).

Luego desarrolla en sí el acto administrativo, para explicar que estos pueden ser impugnados tanto en la vía Administrativa como en la vía Judicial (impugnación de doble vía), para luego continuar con lo que determina la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que en su artículo 42 numeral 4, habla de la Improcedencia de la Acción de Protección, la cual determina que para proceder en materia constitucional, se debe demostrar que el Acto Administrativo no puede ser impugnado en la vía administrativa y manifestó lo siguiente:

El Acto Administrativo objeto de la Acción de Protección emana del Director Nacional de Asesoría Jurídica del Registro Civil; el Art. 28 de la Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación determina el o los funcionarios ante quien se realiza la inscripción de nacimiento; el Art.13, establece las atribuciones del Departamento de Asesoría Jurídica, entre las que no se encuentra negar la inscripción de nacimiento, en el mejor de los casos entre sus atribuciones está emitir su dictamen en torno a la inscripción de nacimiento; dictamen legal que debe ser analizado por el Jefe del Registro Civil, para emitir la respectiva Resolución; ya que éste es el funcionario público facultado para inscribir el nacimiento de una persona, será este funcionario entonces quien niegue por los argumentos que considere, la inscripción de nacimiento de un infante. En la especie, el objeto de la Acción de Protección y ante la negativa emitida por funcionario no competente para ello, con mayor razón se debió seguir la vía administrativa y presentar la respectiva petición ante el señor Jefe del Registro Civil, Identificación y Cedulación; y, de persistir la negativa, incluso se debió hacerlo ante el Señor Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación; y, aparte de ello, la Vía Administrativa continúa, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo (...) La Resolución emitida por el Director de Asesoría Jurídica del Registro Civil, Identificación y Cedulación, claramente no ha causado estado, de ahí que al existir impugnación por doble vía, es evidente que se debió continuar con la impugnación en la vía judicial ante el Tribunal Contencioso Administrativo, con sede judicial. No se desconoce que las normas constitucionales son de directa e inmediata aplicación pero también es evidente que la Acción de Protección debe referirse a una cuestión constitucional como queda analizado; El Acto Administrativo materia de impugnación, no ha causado estado en la vía administrativa y lo que es más ni siquiera se ha intentado la impugnación en la vía judicial, esto es ante el Tribunal Contencioso Administrativo; la Garantía Constitucional de Acción de Protección si bien fue instituida a fin de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, no es menos cierto que impugnar un Acto Administrativo mediante Acción de Protección, sin intentar las otras dos vías de impugnación, constituiría un abuso de la Acción de Protección y se constituiría en una desmesurada forma de conseguir resoluciones afines a sus intereses; sin que esas

resoluciones hayan seguido los procedimientos pertinentes. (...) En la especie, es evidente que la Acción de Protección no se trata de una cuestión constitucional, se trata de un Acto Administrativo del que no se ha impugnado mediante las vías prescritas en la misma Constitución de la República del Ecuador. (...) Resuelve INADMITIR la Acción de Protección...

De esta sentencia los accionantes interpusieron recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió a los señores Jueces de la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, quienes dictaron sentencia el 9 de agosto del 2012, en la que decidieron rechazar el recurso de apelación y confirmaron la sentencia del juez de instancia. Sobre esta decisión recae la acción extraordinaria de protección que interpusieron ante la Corte Constitucional, misma que respondió de la siguiente manera.

Claramente la sentencia pretende motivar las conclusiones de la misma en aspectos meramente formales de procedimiento, desconociendo que siempre debe prevalecer el interés superior de los menores.

2.3.- DECISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Acción extraordinaria de protección

De igual manera para entender esta acción nos tenemos que remitir a la Constitución de la República del Ecuador, que en el artículo 94, señala:

La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

El objeto de la Acción Extraordinaria de Protección, de acuerdo a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 58, es:

La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción y omisión derechos reconocidos en la Constitución.

La naturaleza de esta acción es proteger todos los derechos constitucionales vulnerados por jueces o tribunales dentro de la esfera jurisdiccional. Se lo fundamenta en el respeto a la Constitución y la existencia de normas previas, claras y públicas que deben ser aplicadas por las autoridades competentes.

La Corte Constitucional en su Sentencia No. 284-15-SEP-CC, manifestó que de acuerdo reiterados pronunciamientos, por medio de la acción extraordinaria de protección:

...se pronunciará respecto de dos cuestiones principales: la vulneración de derechos constitucionales o la violación de normas del debido proceso. En este orden, todos los ciudadanos, en forma individual o colectiva, podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra decisiones judiciales en las cuales se hayan vulnerado derechos reconocidos en la Constitución, mecanismo previsto para que la competencia asumida por los jueces esté subordinada a los mandatos del ordenamiento supremo y ante todo respeten los derechos de las partes procesales. La acción extraordinaria de protección procede exclusivamente, en contra de sentencias o autos definitivos en los que por acción u omisión, se haya violado el debido proceso y otros derechos constitucionales reconocidos en el Constitución, una vez agotados los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado, conforme lo previsto en el artículo 94 de la Constitución de la República.

Por lo tanto la acción extraordinaria de protección es un mecanismo excepcional que busca garantizar la supremacía de la Constitución frente acciones u omisiones de los jueces. También garantiza que las decisiones de cualquier autoridad pública, estén conforme a lo establecido en la Constitución y sobre todo que se respeten los derechos de las partes procesales. Es importante mencionar que su objeto no es deslegitimar las actuaciones de los jueces ordinarios, sino por lo contrario es que el sistema de justicia vaya en la línea del respeto con sujeción a la Constitución.

El 30 de septiembre del 2014, la Sala de Admisión de la Corte avoca conocimiento de la causa No. 1692-12-EP, Acción de Protección, presentada el 10 de septiembre del 2012.

En relación a los argumentos sobre la presunta vulneración de derechos constitucionales, los accionantes sostienen que la sentencia impugnada vulnera derechos constitucionales por cuanto:

(...) permite que prospere la consideración de la Dirección General del Registro Civil sobre la supuesta imposibilidad de registrar a la niña Satya como hija de dos madres en virtud de que nuestra legislación secundaria no contempla la duplicidad de filiación materna, afirmación que se contrapone al principio de aplicación directa e inmediata de los derechos constitucionales. (...) La norma fundamental determina que se reconoce y protege a la familia en sus diversos tipos, cuestión que es analizada por la Corte Provincial pero lastimosamente lejos de los principios y reglas de interpretación constitucional legalmente reconocidos. El principio de aplicación más favorable a los derechos requiere que debe prevalecer la interpretación que más favorezca el ejercicio de derechos, cuestión que resulta complejo comprender cuando la autoridad judicial determina que la protección de familias en sus diversos tipos solamente se relaciona a la familia heterosexual tomando en cuenta el Código Civil y lo más preocupante es que determina que la protección no es absoluta; análisis que tácitamente derogaría la norma constitucional y que se contradice en su argumentación, puesto que al manifestar que se reconoce la variedad de familias al ampliar su concepción a la unión de hecho, pero no a la unión de hecho de personas de la diversidad sexual cuestión que es evidentemente discriminatoria...

La pretensión de los accionantes es que se declare la procedencia de la acción extraordinaria de protección y en consecuencia se reconozca la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en que ha incurrido la sentencia dictada por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha, dentro de la acción de protección signada con el No. 223-12-VC, el nueve de agosto de 2012, y que se ordene la reparación integral del derecho afectado y que se disponga la inscripción de la menor en la forma como ha sido solicitada por las accionantes.

La Corte considera lo siguiente:

1. Se certificó que no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción;
2. Que la Constitución en su artículo 10 y el numeral 1 del artículo 86 señala:

“Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”

“Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: 1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”

3. Se verificó la procedencia del recurso en relación a que se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal; y,
4. Que la revisión de la demanda y de los documentos que se acompañaron, cumplieron con los requisitos de admisibilidad previstos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Por lo que la Sala procede a admitir la acción extraordinaria de protección No. 1692-12-EP.

CONCLUSIONES

La familia ha tenido etapas en las cuales por temas económicos, políticos, sociales y culturales se han roto esquemas que se los conocían como tradicionales. De un esquema en el que el matrimonio era materia de definición y arreglo de las cabezas de familia para que su patrimonio siga una línea deseada, pasó a entenderse que el matrimonio es un acuerdo de dos partes reflejado en la expresión de la voluntad de la pareja, para luego definirse que a la familia se la debe proteger integralmente y que la misma no solamente surge del matrimonio sino también a partir de la unión de hecho, independientemente de la inclinación sexual de sus integrantes.

En el Ecuador a la familia en sus diversos tipos, dentro de los cuales tenemos a la unión estable y monogámica entre dos personas libre de vínculo matrimonial que forman un hogar de hecho, como son las familias homoparentales, se las protege y reconoce. El problema que tenemos es que todavía, por temas tabúes o esquemas sociales, existen ciudadanos y peor aún funcionarios gubernamentales que todavía no conciben ampliamente el concepto de familia y dificultan su correcto funcionamiento y, por lo tanto, el Estado debe intervenir para corregir estas actitudes que son contrarias a lo que garantiza nuestra constitución, garantías que además están ampliamente recogidas y reconocidas en tratados internacionales.

Sobre la filiación, entendida como la relación jurídica o lazo jurídico entre el hijo y sus padres, es decir, que permite a los hijos conocer su origen biológico y su nombre e identidad y que están garantizados constitucionalmente, pero que fundamentalmente debe intrínsecamente reconocer que lo más importante es que a los niños les caracteriza la noción del interés superior, es decir, el

derecho del niño es una consideración primordial que se debe evaluar y tener en cuenta al momento de la toma de una decisión concreta o debatida, precautelando siempre que el principio del interés superior prevalezca siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño. De igual manera, si el caso es controvertido y existe más de una interpretación, se deberá elegir la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

En el análisis de caso apreciamos a la familia Rotheron Bicknell como una familia homoparental legalmente reconocida en el país, mediante la figura unión de hecho. Al momento de solicitar la inscripción al Registro Civil Identificación y Cedulación, ésta entidad no permitió la inscripción de su hija Satya Amani con el apellido de ambas madres, es decir como Satya Amani Bicknell Rotheron, sustentando su decisión en una Ley que a la presente fecha se encuentra derogada, con el argumento de que buscaron precautelar la seguridad jurídica de la filiación paterna, ya que no existe la filiación materna. Lo que pasaron por alto es que la familia está protegida por convenios y tratados internacionales, protección que pone énfasis particular en los niños, por lo que se ha producido una clara vulneración a los derechos humanos y constitucionales tanto de la familia como del interés superior de Satya.

Como estrategia, yo hubiera apelado de la decisión del Director Jurídico de la Dirección General de Registro Civil, para ante el Director General, para exigir que la Administración se pronuncie por medio de una resolución, a efectos de poder atacar, de forma efectiva, el acto administrativo y evitar la discusión de un tema de legalidad formal.

La respuesta del Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, en inadmitir la acción de protección por medio de su sentencia, es vaga porque como juez constitucional tenía la obligación de dar una respuesta razonada en relación a la vulneración de los derechos constitucionales invocados por la parte activa, y peor aún al tratarse de presuntas vulneraciones de derechos constitucionales de un niño, niña o adolescente, es decir tenía la obligación expresa de enunciar normas que guarden relación a dichos derechos, por lo que a mi parecer carece de la debida motivación.

El Tribunal Constitucional en el momento de determinar su decisión deberá observar los convenios y tratados internacionales relacionados a la protección de la familia y en especial al interés superior del niño, su decisión deberá ser clara en relación a las normas que invoque y deberá mantener coherencia con las premisas que use para su conclusión y, así, llegar a su decisión. La motivación del fallo que se dicte, sin perjuicio de que deberá hacérselo al amparo de la ley ecuatoriana, no podrá desconocer el origen extranjero de la familia y su ley nacional.

Para la decisión se debe tomar en consideración primordialmente el interés superior del niño, que no puede estar al mismo nivel de las consideraciones relacionadas con el problema social de las familias homoparentales. Debe amparar la situación de Satya Amani, porque ha sido vulnerada en relación a sus garantías constitucionales y sigue siendo de forma sistemática por que no se ha permitido su respectiva filiación y, por ende, no existe la conexión jurídica con sus madres que mantienen unión de hecho, que constituye una familia legalmente reconocida en el Ecuador. Por lo tanto se debe declarar que ha existido vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de la motivación de la resolución del Juzgado Cuarto de Garantías Penales

de Pichincha y en consideración de los derechos superiores del niño, se debe aceptar la acción extraordinaria de protección planteada y como medida de reparación se debe:

1. Dejar sin efecto la sentencia del Juez de la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que confirmó la sentencia de primer grado;
2. Dejar sin efecto la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Pichincha y todos los actos procesales y demás providencias dictadas como consecuencia de la misma;
3. Dejar sin efecto la Resolución emitida por el Departamento Jurídico del Registro Civil;
4. Ordenar la inmediata inscripción de la menor, bajo la figura de la filiación maternal, es decir como Satya Amani Rothon Bicknell

Esta decisión debe ser Erga Omnes.

BIBLIOGRAFÍA

- A.G. Domínguez, M.V. Fama, M. Herrera (2006). *Derecho Constitucional de Familia*, Prologo de Aida Kemelmajer de Carlucci. Editorial AR S.A. Buenos Aires.
- Acevedo, María de las Mercedes (2012). “La filiación como eje del derecho de familia y su transformación en el siglo XX” en Acevedo, María. *El derecho a la identidad en la filiación*, Valencia, ES: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Burin, M y Meler, I. “Ámbito familiar y construcción del género”. *Género y Familia*. Disponible en <http://lbd-libros.blogspot.com/2017/02/genero-y-familia-mabel-burin-irene-meler.html> (visitado el)
- Bruñol, Miguel (S/F). *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*. Disponible en http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf (visitado el 1-04-2017)
- Constitución de la República del Ecuador
- Código Civil ecuatoriano
- Código de la Niñez y Adolescencia
- Caso Bulacio Vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas) disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf (visitado el 01-04-2017)
- Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Sentencia de 24 de Febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas) disponible en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf (visitado el 01-04-2017)

- CIDHLGBTI, *Conceptos Básicos*. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html> (visitado el 01-04-2017)
- Camaño, Javier. Gagliesi, Pablo (S/F). *Familias Homoparentales*. Disponible en <http://www.fundacionforo.com/pdfs/familias-homoparentales.pdf> (visitado el 01-04-2017)
- Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993), *Declaración y Programa de Acción de Viena (1993)*, A/CONF.157/23 disponible en <http://www.cinu.org.mx/temas/dh/decvienapaccion.pdf> (visitado el 01-04-2017)
- Cavallo, Gonzalo (2008). “*El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”. En *Estudios Constitucionales de Chile*. No. 1, PP. 223-247. Disponible en: <http://132.248.9.34/hevila/Estudiosconstitucionales/2008/vol6/no1/9.pdf> (visitado el 01-04-2017)
- Eugene Petit (2002). *Tratado Elemental de Derecho Romano*, traducido por D. José Ferrández González. Editorial Porrúa. México.
- Freedman, Diego (S/F). *Los riesgos del interés superior del niño o cómo se esconde el “Callo de Troya” en la Convención*. Disponible en <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-riesgos-del-interes-superior-del-nino.pdf> (visitado el 01-04-2017)
- Juan Larrea Holguín (1985). *Derecho Civil del Ecuador*. Corporación de estudios y publicaciones. Quito.
- Josseland, Luis, (1952) *Derecho Civil*, trad de Cunchillas S, y Manterola, Buenos Aires, p 213.

- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional
- Ley Orgánica de gestión de la identidad y datos civiles
- Linares, J. (Mx. 2012). “*La protección constitucional de la familia en América Latina*”. En IUS *Revista del instituto de ciencias jurídicas* de Puebla. No. 29, PP. 60-76. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v6n29/v6n29a5.pdf> (visitado el 01-04-2017)
- Miguel Cillero Bruño. *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*. Disponible en http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf (visitado el 01-04-2017)
- Méndez-Fradique, Carlos (2000). *Adagios y Términos Jurídicos Latinos*, Cuarta edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Santa Fe de Bogotá D.C.
- Moreschi, G. *Familias Homoparentales*. Disponible en <http://gracielamoreschi.com.ar/familias-homoparentales/> (visitado el 01-04-2017)
- Sentencia No. 284-SEP-CC de 2 de septiembre de 2015. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/284-15-SEP-CC.pdf> (visitado el 01-04-2017)
- Simon, Farith (2013). *Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*, Salamanca: Tesis Doctoral Universidad de Salamanca disponible en https://gedos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124216/1/DDP_Sim%C3%B3nCampa%C3%B1a_Farith_Tesis.pdf (visitado el 01-04-2017)
- Ver Shorter, Edward (1975). *The Making of the modern family*, Basic Books, New York, p. 152