

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK**



**FACULTAD DE DERECHO**

Trabajo de fin de carrera titulado:

**“HOMOPARENTALIDAD LESBIANA: EL  
RECONOCIMIENTO A LA DOBLE FILIACIÓN MATERNA  
PARA LOS HIJOS CONCEBIDOS POR MÉTODOS DE  
REPRODUCCIÓN ASISTIDA DENTRO DE LA UNIÓN DE  
HECHO EN EL ECUADOR”**

Realizado por:

**ANA KAREN POVEDA BUSTILLOS**

Directora del proyecto:

**AB. STEPHANIE LEÓN**

Como requisito para la obtención del título de:

**ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL  
ECUADOR**

Quito, junio de 2014



## **DECLARACION JURAMENTADA**

Yo, ANA KAREN POVEDA BUSTILLOS, con cédula de identidad # 1716165749, declaro bajo juramento que el trabajo aquí desarrollado es de mi autoría, que no ha sido previamente presentado para ningún grado a calificación profesional; y, que ha 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, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

Ana Karen Poveda Bustillos

C.C.: 171616574-9

# **DECLARATORIA**

El presente trabajo de investigación titulado:

**“HOMOPARENTALIDAD LESBIANA: EL RECONOCIMIENTO A LA DOBLE  
FILIACIÓN MATERNA PARA LOS HIJOS CONCEBIDOS POR MÉTODOS DE  
REPRODUCCIÓN ASISTIDA DENTRO DE LA UNIÓN DE HECHO EN EL  
ECUADOR”**

Realizado por:

**ANA KAREN POVEDA BUSTILLOS**

como Requisito para la Obtención del Título de:

**ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

ha sido dirigido por la profesora

**AB. STEPHANIE LEÓN**

quien considera que constituye un trabajo original de su autor

AB. STEPHANIE LEÓN

DIRECTORA

## **LOS PROFESORES INFORMANTES**

Los Profesores Informantes:

**DR. GABRIEL GALÁN**

**DR. DIEGO PEREIRA**

Después de revisar el trabajo presentado,  
lo han calificado como apto para su defensa oral ante  
el tribunal examinador.

DR. GABRIEL GALÁN

DR. DIEGO PEREIRA

Quito, junio de 2014

## DEDICATORIA

*Dedico el presente trabajo de investigación a mis padres, Olga y Juan, por su amor, su contante apoyo y por siempre creer en mí. Soy lo que ustedes me han enseñado con su ejemplo de vida, los valores en mí sembrados me acompañaran eternamente.*

*A los miembros del colectivo LGBTI, por su lucha diaria, que me ha inspirado en la realización de este trabajo. Porque al preguntarme ¿Cómo me sentiría si fuera un delito amar a la persona que amo? ¿Cómo me sentiría al ser discriminada por algo que no puedo cambiar, por lo que soy? Me embargó un dolor terrible, y decidí dejar de ser cómplice de una sociedad que vulnera los derechos humanos de una minoría. No están solos en su lucha, no se rindan.*

## AGRADECIMIENTO

*A mis padres, Olga y Juan, por brindarme las herramientas que me han permitido llegar hasta aquí, por enseñarme a luchar por lo que creo correcto y a obrar siempre con honestidad.*

*A mis hermanos, por siempre brindarme ayuda y guiar mis pasos.*

*A mi tutora, por el tiempo invertido en esta investigación, las correcciones nocturnas y su constante motivación. Sin tu aporte este trabajo no sería lo que es hoy.*

*A ti, mi compañero, mi cómplice, mi amigo y mi escudo “en este juego tremendo que es la vida”. Gracias, Arody, por de alguna manera hacer tuya mi lucha, y por tu apoyo constante durante la realización de este trabajo.*

*A ustedes, que en los últimos meses me han alentado, depositando en mí su confianza y su cariño, dándole al vocablo magnífico un nuevo significado, como suelen decir... “muy magnífico”.*

## INDICE

RESUMEN.....	xi
ABSTRACT .....	xii
INTRODUCCIÓN .....	1
LA FAMILIA .....	4
1.1 HISTORIZACIÓN DE LA FAMILIA .....	6
1.1.1 La familia y el paradigma productivista.....	11
1.1.2 Matrimonio y familia nuclear.....	17
1.1.3 De la homosexualidad en la historia de la familia .....	20
1.2 NUEVAS ESTRUCTURAS FAMILIARES .....	22
1.2.1 Familia monoparental .....	28
1.2.2 Familias reconstituidas, polinucleares o mosaico.....	29
1.2.3 Familias de acogida.....	30
1.2.4 Familias Homoparentales.....	30
1.3 PARENTESCO.....	31
1.3.1 Parentesco por consanguinidad.....	32
1.3.2 Parentesco por afinidad.....	32
1.3.3 Grados de Parentesco .....	33
1.3.4 Parentesco entre hermanos.....	33
1.3.5 Cónyuges, un caso especial.....	34
1.4 MATRIMONIO Y UNIÓN DE HECHO.....	34
1.4.1 Matrimonio .....	35
1.4.4.1 Requisitos de Existencia.....	36
1.4.4.2 Requisitos de Validez .....	37
1.4.2 Unión de Hecho.....	39
1.5 REPRODUCCIÓN ASISTIDA .....	42
1.5.1 Conceptualización: Inseminación artificial, Fecundación in vitro y ovodonación.....	42
1.5.2 Problemática de la reproducción asistida .....	45
1.5.2.1 Inseminación Artificial o Fecundación In vitro Heteróloga	

sin el consentimiento del marido.....	46
1.5.2.2 Fecundación In Vitro con material genético ajeno a la madre .....	48
1.5.2.3 Inseminación Artificial o Fecundación In Vitro heteróloga de material genético ajeno a la pareja .....	49
1.5.3 Reproducción Asistida en parejas homosexuales .....	50
PAREJAS HOMOSEXUALES.....	54
2.1 ARGUMENTOS ESGRIMIDOS PARA LIMITAR EL MATRIMONIO Y LA ADOPCIÓN A HOMOSEXUALES .....	63
2.1.1 Posición Oficial de la Iglesia Católica.....	65
2.1.2 El matrimonio igualitario como chivo expiatorio.....	69
2.2 ARGUMENTOS EN CONTRA Y A FAVOR DE LA HOMOPARENTALIDAD LESBIANA .....	71
2.2.1 Argumentos en Contra .....	72
2.2.2 Argumentos a favor.....	74
2.2.2.1 Otras declaraciones institucionales.....	77
2.3 PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.....	78
2.3.1 De la Igualdad y No Discriminación en la Constitución de la República .....	84
2.3.2 De la Igualdad y No Discriminación en los Instrumentos Internacionales.....	85
FILIACIÓN E IDENTIDAD EN HIJOS DE PAREJAS HOMOSEXUALES.....	91
3.1 Filiación en Ecuador .....	98
3.1.2 Unión de hecho y filiación .....	100
3.1.3 La filiación hoy por hoy .....	101
3.2 Otros modos de filiación: la filiación socio afectiva en Brasil.....	103
3.2.1 Elementos de la socioafectividad .....	105
3.2.2 Sobre los fines sucesorios y patrimoniales.....	107
3.2.3 Importancia de la socioafectividad.....	109
3.3 Doble Filiación Materna .....	111
3.3.1 Argentina: Caso Cabrera y Pascal contra Registro Civil de Argentina .....	112
3.3.2 Chile: Caso Benado y Gallo contra el Estado de Chile.....	113
3.3.3 Ecuador: Caso Bicknell y Rotheron .....	114

CONCLUSIONES .....	121
RECOMENDACIONES .....	123
BIBLIOGRAFÍA.....	125
ANEXOS.....	134

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo estudiar el reconocimiento a la doble filiación materna para los hijos concebidos por métodos de reproducción asistida dentro de la unión de hecho en el Ecuador. Para hacerlo, hemos dividido la investigación en tres capítulos, dentro de los cuales analizaremos la familia, la homosexualidad y la filiación. Analizando los nuevos conceptos de voluntad procreacional y socioafectividad. El enfoque utilizado para hacerlo es epistemológico, explorativo y descriptivo. La investigación permite concluir que la familia no es una institución estática; que la homosexualidad no se constituye como una inhabilitante para acceder a la paternidad; que nuestras leyes se han visto rebasadas por el campo biotecnológico, especialmente en el ámbito del derecho de familia; y, que los legisladores ecuatorianos deben tomar la batuta en la reforma de la rama antes mencionada.

**Palabras Clave:** familia, homosexualidad, reproducción asistida, voluntad procreacional, filiación biológica, filiación socioafectiva, filiación homoparental.

## **ABSTRACT**

This research aims to study the recognition of the double maternal registration for children conceived by assisted reproductive technology methods within the domestic partnership in Ecuador. To do this, we have divided our research into three chapters, which discuss within the family, homosexuality and child registration. Doing an analysis of the new concepts of procreational will and socioaffectivity. The approach to do this is epistemological, explorative and descriptive. The investigation leads to the conclusion that the family is not a static institution; that homosexuality does not constitute an element that disables the possibility of becoming a parent; that our laws have been overwhelmed by the biotechnology field, especially in the area of family law; and that Ecuadorian legislators must take the lead in the reform of this branch of Law.

**Key Words:** family, homosexuality, assisted reproductive technology, procreational will, biological registration, socioaffective registration, homoparental registration.

## INTRODUCCIÓN

*“Llegará una época en que nuestros descendientes se asombrarán de que ignorábamos cosas que para ellos son tan claras... Muchos de los descubrimientos reservados para las épocas futuras, cuando se haya borrado el recuerdo de nosotros. Nuestro universo sería una cosa muy limitada si no ofreciera a cada época algo que investigar... La naturaleza no revela sus misterios de una vez y para siempre”*

SÉNECA, *Cuestiones Naturales*, Libro 7

El presente trabajo de investigación constituye un estudio sobre un tema específico en derecho, la posibilidad de la existencia de una doble filiación materna para los hijos concebidos por métodos de reproducción asistida dentro de familias homoparentales lesbianas. Para abordar este tema, nos hemos servido de las tesis foucaultnianas, mismas que se encuentran transversalizadas en toda esta investigación, puesto que nos cuestionamos la naturalidad o normalidad de la institución de la familia, y junto con ella del parentesco y de la filiación.

Dentro de este trabajo analizaremos el discurso, como una “implantación perversa” (Foucault, M. 2008) que manejado por las esferas del poder ha sabido crear dispositivos que regulen las conductas. En el caso específico del sexo Foucault señala:

*“el poder actúa pronunciando la regla: el poder apresa el sexo mediante el lenguaje o más bien por un acto de discurso que crea, por el hecho mismo de articularse, un estado de derecho. Habla y eso es la regla. La forma pura del poder se encontraría en la función del legislador; y su modo de acción respecto del sexo sería de tipo jurídico-discursivo”* (Foucault, M. 2008:81)

Podemos inferir entonces que existe una íntima relación entre el derecho y el poder, y como fruto de la misma se ha posibilitado la creación de un discurso jurídico hegemónico,

mismo que es promulgado por el Estado. A este discurso, le han precedido distintas ideologías por debajo de las cuales “han existido técnicas a través de las cuáles se ha pretendido obtener la obediencia u orientar el deseo de los individuos y las poblaciones que llamamos gubernamentalidades (véase a Michel Foucault. *Nacimiento de la biopolítica en El surgimiento del derecho constitucional en el Ecuador: Gubernamentalidades y discurso jurídico sobre el estado en el siglo XX*. León Calle, S. y Campaña P: 9) Expresan estos autores, que dichas gubernamentalidades se sirven de distintas técnicas para lograr que sus súbditos sean obedientes y de esta manera lograr “penetrar en el deseo de la población” (León Calle, S y Campaña P: 10)

En nuestro tema específico, debemos entender que el poder y el saber se encuentran acoplados dentro del discurso que se maneja, este discurso predica que la familia nuclear y heterosexual es el único modo aceptado, de igual manera predica que la familia reproduce a la sociedad; sin embargo gracias a la comprensión de las gubernamentalidades, se puede entender que por debajo de este discurso de familia hegemónico se encuentran, como lo expresa Foucault, “grandes maniobras para el control malthusiano de la natalidad, para las incitaciones poblacionistas, para la medicalización del sexo y la psiquiatrización de sus formas genitales” (Foucault, M. 2008:96). Es por esto que en esta investigación pretendo de construir la idea que se mantiene de familia, demostrando que existen nuevos modelos de esta institución que no necesariamente siguen lo establecido por el discurso del poder.

Dentro de este primer capítulo nos centraremos en una historización de la familia, siguiendo los estudios de distintos autores como Engels, Lewis Morgan, Marvin Harris, entre otros, quienes se han dedicado a hacer un estudio sobre este aspecto. Sin embargo, recalco sobre Engels y Lewis Morgan su carácter evolucionista, cuyas ideas sobre los periodos de barbarie, civilización y evolución no comparto. Me sirvo de ellos para lograr explicar los diferentes procesos por los cuales ha pasado la institución familiar.

Dentro del mismo capítulo se hará un breve estudio sobre el matrimonio y la unión de hecho, el primero creado como herramienta para controlar la reproducción de la familia, y el segundo como una institución alternativa que cada vez ha cobrado más protagonismo dentro de la sociedad, rompiendo con la idea de que el matrimonio es la única institución generadora de familia. Se hará una descripción del parentesco, originado por las dos instituciones antes mencionadas. Finalmente estudiaremos los métodos de reproducción asistida, su problemática actual y como han sido utilizados dentro de los últimos años como una herramienta para que las parejas homosexuales conciban a su progenie.

En el Segundo Capítulo nos adentraremos de lleno en el tema de la homosexualidad. Su historia, las limitaciones a las que se enfrentan las parejas homosexuales en cuanto al acceso del matrimonio y a la adopción. Nos centraremos en las parejas lesbianas, dado que constituyen el centro de nuestro estudio. Analizaremos los distintos argumentos que se presentan en contra y a favor de la homoparentalidad lesbiana, así como el estado de la misma dentro de nuestro país, para ello nos serviremos del caso Bicknell y Rotheron, un caso reciente que ha servido para abrir los ojos a nuestra sociedad sobre la real y efectiva existencia de hogares homoparentales lesbianos en el Ecuador.

En el Tercer Capítulo nos referiremos específicamente a la filiación, a los distintos modos existentes de ella dentro de nuestro país y fuera, para demostrar que la filiación biológica no es la única existente y que el derecho debe ajustarse a la problemática actual admitiendo la doble filiación materna dentro de nuestro país.

# **CAPITULO I**

## **LA FAMILIA**

La familia ha sido históricamente concebida como el núcleo de la sociedad. El artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos define a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, de acuerdo al Código de la Niñez y la Adolescencia “La ley reconoce y protege a la familia como espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente (...) El Estado tiene el deber prioritario de definir y ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a la familia...” (Artículos. 9 y 10, *Ibidem*). De estas dos premisas se desprende que la familia es un elemento natural que tiene el carácter de fundamental dentro de la sociedad y para el desarrollo del menor, por último, que el Estado debe encargarse de protegerla. En cuanto a sus miembros, hasta no hace mucho tiempo se entendía y aceptaba como hegemónico el modelo de familia nuclear o tradicional, compuesto por un padre, una madre y su progenie. Sin embargo actualmente hemos vivido un proceso de cambio, en el cuál por distintos motivos económicos, políticos y sociales, se han generado nuevos tipos de estructuras familiares.

Pero debemos preguntarnos ¿Acaso la familia tuvo siempre estas calificaciones? ¿Es que el modelo de familia nuclear es el que siempre ha existido? Para brindar una respuesta a estas interrogantes debemos realizar un estudio a la historia de la familia, desde sus incipientes inicios hasta su configuración actual, tomando en cuenta a la filiación y al parentesco como elementos inseparables, más no sinónimos, del concepto de familia. Como

lo expresa Flandrin en su obra los Orígenes de la Familia Moderna “En la actualidad el término "familia" significa realidades diversas. En sentido amplio, es "el conjunto de personas mutuamente unidas por el matrimonio o la filiación"; o aún "la sucesión de individuos que descienden unos de otros", es decir, "un linaje o descendencia", "una raza", "una dinastía" (Petit Robert).

Pero el término tiene también un sentido estricto, mucho más habitual, que los diccionarios dan como primera acepción y que es la única que los sociólogos suelen tomar en cuenta. *En este sentido designa "las personas emparentadas que viven bajo el mismo techo", y "más especialmente el padre, la madre y los hijos" (Petit Robert)*” (Flandrin, Jean. 1999). Debemos mencionar también que para entender la evolución del concepto de familia, y en general de todas las instituciones de la sociedad, se debe partir del reconocimiento de la siguiente premisa:

*“Las relaciones entre los seres humanos son relaciones de poder. Dichas relaciones se manejan a través de la política, pero esa política debe demostrar ser lo más racional posible, y para ello se vale de los sistemas filosóficos al tratar de legitimar el uso de la fuerza en la aplicación de posturas de poder (...) De suerte que la política termina por establecer un tipo de moralidad tendente a sostener “en el poder, una concreta forma de relación de poder que se estima, en ese momento histórico, el que más se acerca al modelo de justicia para ese sistema político”. -Subrayado es personal- (Restrepo C; Sánchez S; Tamayo C. 2010. Pág 19)*

Debemos entender que los intereses del poder han ido fluctuando a lo largo de la historia, lo cual se ha ido reflejando en los distintos marcos jurídicos y junto con el las regulaciones de lo que está permitido o no y de lo que es natural o antinatural (el disciplinamiento, en categorías

de Foucault<sup>1</sup>). Como consecuencia dentro de este estudio de historización de la familia ilustraremos como, de acuerdo al momento histórico y de los intereses del grupo político dominante, se le han atribuido diferentes características y funciones a la familia. Por ello, nos referiremos a la concepción de la familia dentro de las épocas primitivas, pasando por Mesopotamia, Grecia, Roma; y, dentro de la modernidad y post modernidad. Estudiaremos como esta institución fue concebida dentro de los estadios más importantes de la humanidad, exaltando la intrínseca relación del concepto de familia con el mantenimiento del poder en diferentes paradigmas.

## **1.1 HISTORIZACIÓN DE LA FAMILIA**

Para permitirnos hablar de la historia, y de los cambios que se han producido dentro de la familia nos serviremos de distintos enfoques antropológicos y sociológicos. Nos serviremos de los estudios hechos sobre el tema de Marx, Engels, que tienen un enfoque económico, de igual manera nos serviremos del antropólogo Lewis Morgan, que si bien tiene un enfoque lineal y “evolucionista”, fue uno de los primeros en estudiar a la familia como una institución de cambios. Nos serviremos también de las investigaciones de Marvin Harris, un renombrado antropólogo, que fue el creador del materialismo cultural. Desde su enfoque veremos como la familia se ha transformado según las condiciones materiales de su naturaleza humana, dejando a un lado, al ser este enfoque científico, los prejuicios subjetivos. Utilizaremos, como un complemento de destacada importancia los aportes de Levi-Strauss, cuyos aportes sobre el parentesco y la familia contribuyen a deconstruir la idea del modelo hegemónico de familia que se ha manejado dentro de nuestra sociedad.

La tesis marxista, se basa en la teoría materialista que sostiene que “el factor decisivo

---

<sup>1</sup> Para este autor, el disciplinamiento es la manera en que los sistemas de dominación actuales logran encontrarse presentes en todos los espacios de nuestra vida. Se constituye como un proceso que se propaga a través del discurso y que a su vez crea significados, como los referentes a esta investigación sobre lo que es natural y antinatural. Cabe recalcar que dada su naturaleza, el disciplinamiento se derrama por sobre toda la sociedad haciendo realmente difícil que las personas cuestionen el porqué de dichos significados.

de la historia de la humanidad es la producción y la reproducción de la vida inmediata” (Engels, F. 1884, Pág 1) Cuando Engels nos habla de producción se refiere a la producción de alimentación, vestido, vivienda, etc. por otro lado, cuando menciona a la “reproducción de la vida inmediata” se refiere a la producción “del hombre mismo” (Engels, F. Ibídem). Estos dos elementos, o especies de producción, constituyen los pilares del orden social, es por esto que la evolución de la familia, como Engels describe, se encuentra ligada a la evolución del trabajo. Se entiende esto porque las actividades de producción y reproducción determinan todo dentro de un orden social dado, es así que los primeros grupos humanos eran nómadas, no tenían una capacidad de producción y simplemente sobrevivían y se reproducían para contar con miembros de su clan para la incipiente caza y protección del grupo.

La historia de la familia, según Lewis H. Morgan, tiene sus inicios en las sociedades primitivas, las mismas que pasaron por dos periodos antes de llegar a la civilización. El primero denominado el salvajismo, donde los hombres inicialmente desarrollan el lenguaje, descubren el fuego y la cacería, finalmente inventan herramientas como el arco y la flecha.

Posterior a esta etapa, Lewis expone que toma lugar la época de la *barbarie*, que inicia con la introducción de la alfarería, seguida por la domesticación de animales y siembra de productos (cabe recalcar que es en este punto en que algunas sociedades lograron avanzar a pasos agigantados y otras se quedaron atrás) ésta etapa termina cuando se da inicio a la manipulación del hierro, para luego continuar a la etapa de la civilización con el invento de la escritura alfabética, tal como la conocemos, y su uso para la creación literaria. Ahora bien, para Lewis la familia dentro del periodo denominado de *barbarie* estaba constituida en modelos poliándricos, y en ciertas ocasiones polígamos, dado que no se tenía uniones por fuera del grupo sino de una manera endógena. Al respecto Levi Strauss nos señala que estos modelos son netamente monogámicos, ya que dentro de la poliandria o de la poligamia subsisten una serie de familias monógamas yuxtapuestas, señala que “el mismo hombre es el

esposo de un cierto número de mujeres, cada una establecida con sus hijos en una casa separada” (Véase a Levi Strauss, C en Mesa de Uribe, M. ¿La Familia Actual?, 2011) de igual manera ocurre lo mismo con las mujeres.

En cuanto a la producción, podemos ver que dentro de los tres periodos mencionados respectivamente, se nota como la misma cada vez se incrementa, provocando incluso que los hombres dejen de ser nómadas y se conviertan en sedentarios. Siguiendo el estudio de Morgan vemos que dentro de estas etapas lo que conocemos como familia se representaba en una forma incipiente denominada gens, que es una unidad pequeña conformante del “populus” pueblo o nación.

Partiendo de esto, debemos señalar que la gens tiene un cambio de un estadio bajo a uno alto, entendiéndose por bajo a cuando se manejaban matrimonios grupales, y por alto a cuando se inicia el modelo de pareja monógama con la familia sindiásmica, que será explicada más adelante. Refiriéndose a este paso de un grado bajo a un alto, el antropólogo Marvin Harris expone que “la reproducción lleva a la presión demográfica, lo que a su vez conduce a una intensificación, agotamiento y cambio de las formas de producción (...) las variaciones en las tasas de reproducción reflejan los distintos costos y beneficios que supone el criar hijos bajo diferentes modos de producción.” (Harris, M. 1996) De tal manera que bajo un modo de producción esclavista, por ejemplo el que existía en la antigua Roma, las tasas de reproducción eran altas, porque los miembros de la gens romana aumentaban el poderío del pater familias, de igual manera los hijos de sus esclavos, estos últimos especialmente sin reportar mayor costo al pater familias y un gran beneficio; por el contrario, dentro de un modo de producción capitalista como el actual las tasas de reproducción se han disminuido, ya que los costos que implica la reproducción no superan los beneficios. Hoy en día un niño necesita educación, al menos hasta el segundo nivel, alimentación, recreación, etc. Y sus padres no se benefician de ellos, como sucedía en otras épocas. Al respecto Harris señala que el cambio a

una familia monógama se hace en referencia a los modos de producción y no porque este modelo de familia sea per se la cúspide de una mal llamada evolución, notándose su diferencia con la teoría de Lewis.

En cuanto al parentesco, un aspecto importante de los estudios de Lewis, es que fruto de esta evolución se observó en las familias una diferenciación entre lo que era considerado parentesco y lo que era considerado gens o familia como tal. Por ejemplo vemos que cuando se tenían matrimonios grupales los hijos de las hermanas, y de los hermanos, eran considerados de igual manera hermanos, por tanto los hijos de una hermana eran los hijos de las otras, no existía lo que ahora dentro de nuestro sistema de filiación conocemos como primos o tíos. Un claro ejemplo de un grupo que se manejaba de esta manera son los Polinesios, dentro de ellos Lewis Morgan clasifica al tipo de familia antes descrita como familia punalúa. Si bien, la tesis de la familia punalúa ha sido reemplazada actualmente por el de la familia popoica, *de igual naturaleza*, lo nos importa sobre la tesis de Lewis Morgan es ver cómo se demuestran cambios entre los modelos familiares y el parentesco.

Al respecto, Morgan expresa:

*“La familia es el elemento activo; nunca permanece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto. Los sistemas de parentesco, por el contrario, son pasivos; sólo después de largos intervalos registran los progresos hechos por la familia y no sufren una modificación radical sino cuando se ha modificado radicalmente la familia” (Lewis H. Morgan, 1971).*

Morgan reconoció que la familia no es una institución inmutable y que desde sus inicios se ha modificado, para llegar a esta conclusión, dentro de su investigación descubrió que la familia tuvo cuatro pasos antes de llegar a ser nuclear o lo que él denomina “familia monógama”. En primer lugar tenemos a la familia consanguínea, se hacía entre hermanos y

hermanas de un mismo grupo, de esta manera se lograba una universalidad familiar. La forma familiar que se antepuso a la familia consanguínea, fue la familia punalúa (Hawai) en la cual se daban matrimonios en grupo de varios hermanos o hermanas con los esposos o esposas de otro grupo, como ya hemos mencionado. Cabe recalcar que por hermanos se entiende a los primos hermanos hasta cuarto grado de consanguinidad. En cuanto al reconocimiento de los hijos, todos eran hermanos sin embargo una madre siempre sabía a qué niños había parido. El famoso refrán de “madre siempre cierta es” se acuñó luego del conocimiento de los matrimonios grupales o del conocimiento de tribus poliándricas.

Sobre este tema, Bachofen, precursor de Morgan en tratar la historización de la familia, considera que:

*“Éstos matrimonios grupales corresponden a una forma denominada “heterismo” y se daba a causa de la promiscuidad en la que vivían las tribus antiguas, es por esto que el parentesco solo podía asegurarse mediante una línea materna. Como consecuencia de esto llego a fundarse una ginococracia, dado que las mujeres no solamente eran altamente respetadas, sino que ostentaban autoridad dentro de estos grupos” (Bachofen, J. 1992).*

Posterior a este grupo familiar consanguíneo, se originó la familia sindiásmica, denominación otorgada por Lewis Morgan que es usada hasta hoy en día. Dicha familia se fundaba en la unión de un varón y una mujer, en algo similar al matrimonio pero ambas partes podían separarse a cualquier momento, manteniendo los derechos sobre los hijos la madre, sin crear vínculos de consanguinidad con el padre. Una característica de este tipo de familia, es que fue la que abrió las puertas a la monogamia y a la separación del matrimonio entre personas del mismo grupo, dado que para llevarse a cabo el matrimonio un grupo de jóvenes de una tribu debían raptar a una joven de otra. Ahora bien, se describe a la familia sindiásmica como origen de la familia monogámica, porque si bien el vínculo de unión entre un hombre y una mujer era fácilmente disoluble, el mismo comenzó a ganar terreno, de tal manera que la

infidelidad era severamente castigada. De igual manera, esta familia sienta las bases sobre el poder del varón, y vemos cómo se va configurando el poder masculino sobre la propiedad privada, porque ellos eran los proveedores y los que manejaban los bienes. (Araque, F. 2013)

Por otra parte, la familia patriarcal o polígama, en la que se da el matrimonio de un hombre con varias esposas, históricamente se originó por el reducido número de hombres existentes, a consecuencia de los peligros de la caza y de las batallas que tenían lugar entre diversas tribus. En cuanto a manejos de propiedad, filiación y parentesco, era el esposo el que acogía a todo su grupo y los hijos de sus esposas eran hermanos por igual.

A medida que los grupos fueron descubriendo la producción, la siembra, la crianza de animales, entre otras cosas, se fue desarrollando la familia monógama o nuclear, con fuertes tendencias patriarcales, dado que se necesitaba a la mujer dentro del hogar mientras el hombre se encargaba de otros asuntos. Este tipo de familia es el que se mantenía como hegemónico hasta hace no mucho tiempo; se constituía por el matrimonio de un hombre con una mujer, con cohabitación exclusiva, siendo esta característica la que definiría a la institución. La familia monógama se da en el fin de este periodo originario y se la considera como los inicios de la familia moderna al perfeccionarse dentro de un estadio posterior, al que Lewis Morgan denomina civilización.

Habiendo estudiado la perspectiva de Morgan sobre la evolución de la familia primitiva, concentrándose en los períodos de *salvajismo y barbarie*, vemos que la familia cambió de tal manera que se redujo de una familia con parentesco y uniones grupales y consanguíneas, a una cuyos cimientos se encuentran dados en una pareja, dando paso al matrimonio, sin que esta sea sinónimo de familia en general.

### **1.1.1 La familia y el paradigma productivista**

Inicialmente expresamos que la evolución de la familia va de la mano con la evolución

del paradigma productivista, y podremos preguntarnos ¿por qué es importante hablar de la producción? Pues dentro de los siguientes párrafos veremos cómo el proceso de la división del trabajo y el paradigma productivista fueron dejando sus secuelas en el concepto que tradicionalmente manejamos de familia, en los roles de género, funciones y fines de la misma.

Inicialmente los hombres producían para satisfacer las necesidades propias, las que ahora conocemos como “necesidades básicas” (Maslow, A. 1943), al descubrir la siembra y la domesticación de animales se descubre por primera vez un excedente sobre el consumo propio. Más adelante, este excedente se hace cada vez más grande al descubrir la posibilidad de los oficios manuales, revelándose la posibilidad de realizar un cambio, llámeselo trueque o venta, por los mismos. Hasta este momento vemos como la división del trabajo varía dependiendo del estadio en que se encuentre un pueblo, y dependiendo si las personas son productoras o mercaderes. De igual manera vemos como se forman los bosquejos de lo que serán las clases sociales, según Engels, definidas por:

*“La introducción de la moneda metálica (capital en dinero), el uso de esclavos, el apareamiento de mercaderes, la propiedad privada y por el vencimiento de la familia monógama sobre los otros tipos familiares, dentro de las cuales el hombre es superior a la mujer, convirtiendo a la familia individual como pilar económico de la sociedad”*  
(Engels, F. *Ibidem*)

Generando como consecuencia los roles de género, otorgándole a la mujer las funciones del hogar y a los hombres los de proveedor del mismo. Anulando la capacidad de la mujer, y el poder que tenía en las tribus primitivas, y volviéndola dependiente del modelo patriarcal que hasta hace algunos años era hegemónico y no admitía comportamientos contrarios al orden establecido. Ahora bien, debemos entender que para Engels, la monogamia es el resultado de una serie de condiciones sociales y no naturales, dentro de las cuales la propiedad individual –patriarcalismo- triunfa sobre el comunismo primitivo –

matriarcalismo- el autor expresa:

*“A medida que iba en aumento la fortuna, por una parte daba al hombre una posición más importante que a la mujer, y, por otra parte, hacía nacer la idea en él de valerse de esta ventaja para derribar en provecho de los hijos el orden de suceder establecido. Pero esto no pudo hacerse mientras permaneció vigente la filiación de derecho materno, la cual tenía que ser abolida, y lo fue.” (Engels, F. *Ibidem*: 62).*

Sobre este punto es interesante analizar la visión del autor Héctor Bernal Mora, investigador independiente de la Universidad de Guadalajara, quien nos habla de su teoría del Carácter de la Producción<sup>2</sup> a diferencia de Engels, el sostiene que la monogamia no nace como un modo de conservar la propiedad, sino que surge como “una orientación inconsciente a la propiedad que surge con el advenimiento de la propiedad privada en la historia” (Bernal, H. 2010).

Para este autor, en el momento que nace la propiedad privada, nace también la esclavitud porque el hombre orienta su psicología a la propiedad; sin embargo, dicha orientación es inconsciente, el hombre no distingue la diferencia entre un esclavo y una mula, por ejemplo. Mientras sean apropiables cuentan como objetos.

Esta idea de apropiación, nacida inconscientemente es:

*“El origen de las normas sexuales en general, en virtud de que éstas establecen propiedades y, por lo tanto, propietarios, (matrimonio, monogamia, patriarcado, virginidad, entre otras) y como consecuencia, límites a las propiedades y a los propietarios, (incesto, celos, “no desearás a la mujer de tu prójimo”). Precisamente eso es la propiedad privada: un tener y un no tener. Su sinónimo psicológico es un*

---

<sup>2</sup> Proposición de la Teoría del Carácter de producción: “Cuando trabajamos, adquirimos sin darnos cuenta, estructuras psíquicas que nos permiten laborar; sin embargo, estas mismas estructuras, al ser de naturaleza inconsciente, determinan la totalidad de nuestra vida. Éstas son el resultado de una orientación psicológica inconsciente que surge al trabajar y constituyen lo que llamo “Carácter de Producción”. El Carácter de Producción del esclavo, por ejemplo, es distinto del que tiene el ejecutivo moderno, no obstante, surgen mediante el mismo mecanismo, es decir, como una necesidad inconsciente de adaptación al trabajo” (BERNAL, H. 2011. La filosofía política sintética de la teoría del carácter de la producción)

*“puedo” (derechos sexuales exclusivos) y un “no puedo” (restricción de derechos sexuales)” (Bernal, H. 2010)*

A partir de este aporte no es difícil entender entonces porque la monogamia terminó consolidándose como la figura familiar por excelencia del capitalismo.

Vemos pues como la división del trabajo, los cambios en la producción y el apareamiento de la propiedad sentaron las bases para el modelo que ahora conocemos de familia, al respecto Luis Parraguez dice “efectivamente, el desarrollo de la institución familiar muestra invariablemente la funcionalidad que se ha destacado, a partir de la estructura económica de cada época y del papel asignado a la propiedad”

(Parraguez, L. 2004: 172) señala que:

*El patriarcado se origina como una solución para evitar la dispersión de la propiedad del grupo familiar, cosa que se daba en el matriarcado, y para lograrlo concentró el poder en el patriarca, esto se aprecia de mejor manera en la antigua Roma, donde existía la figura del pater familias, quién era el jefe de la familia y un referente ético para la sociedad; bajo su dirección la familia deja de ser un grupo de unión sanguínea (domus) permitiendo unir a miembros sanguíneamente extraños, para fortalecer el poder familiar<sup>3</sup>, dando paso al nacimiento del parentesco civil (agnatio).*

El patriarcado, para Bernal, tiene que ver de igual manera con la orientación psicológica inconsciente hacia la propiedad, la misma que “por su naturaleza activa, de

---

<sup>3</sup> Podemos ver es te punto a la adopción romana en cualquiera de sus formas “adoptio” o “agnatio”, mismas que tenían como fin la perpetuación del culto familiar. (Alvarez, Mirta. Formas de Incorporarse a la Familia Romana. Recuperado de: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PwFF1sxyEY4J:www.edictum.com.ar/miWeb4/ADOPCION.doc+&cd=5&hl=es&ct=clnk&gl=ec>)

dominio y fuerza, obedece más al hombre que a la mujer<sup>4</sup>. Lo contrario es también cierto: las cualidades psicológicas de la mujer son más aptas para la propiedad común, el régimen de propiedad en el matriarcado” (Bernal, H. 2010).

Ahora bien, es importante que tomemos en cuenta que hay algo que va más allá de una simple división de trabajo, y esto es la concentración y el mantenimiento del poder concentrado en ese patriarcado y derramado sobre todas las esferas sociales. Para Harris, cuando las uniones se hacen exógamas (no dentro de la misma familia) y se les da un carácter monógamo amparado bajo el “matrimonio” se buscaba un aseguramiento de la progenie de la sociedad, así como una sociabilización de sus miembros por parte de sus padres, pero para asegurar estos “intereses corporativos de los grupos domésticos” se deben estipular reglas que determinan quien tiene permitido casarse con quien, y que aseguren el modelo aceptado para formar una familia. Podemos apreciar esto con mayor claridad en los matrimonios de la época absolutista, por citar un ejemplo tenemos el de Juana I de Castilla, o también llamada “Juana la loca”, quien fue ofrecida en matrimonio al archiduque Felipe de Austria, conocido como “Felipe el hermoso”, para crear una alianza fuerte con el emperador de Habsburgo, Maximiliano I. (Gil Parra, L. 2012).

Sobre el aseguramiento de los intereses de los grupos domésticos, de su poder, Foucault sostiene que el poder debe ser distinguido no como el conjunto de instituciones estatales, leyes o formas de sujeción, ya que estas constituyen formas terminales en las que se condensa el poder, sino que se lo debe comprender como “la multiplicidad de las relaciones de fuerza inmanentes y propias del campo en el que se ejercen, y que son constitutivas de su organización; el juego que por medio de luchas y enfrentamientos incesantes las transforma, las refuerza, las invierte; los apoyos que dichas relaciones de fuerza encuentran las unas en las

---

<sup>4</sup> Puede definirse el carácter masculino diciendo que posee las cualidades de penetración, conducción, actividad, disciplina y aventura; el carácter femenino, las cualidades de receptividad productiva, protección, realismo, resistencia, maternidad. (Véase Fromm, 1997: 44 en Bernal, H. 2010)

otras, de modo que formen cadena o sistema (...) las estrategias, por último, que las tornan efectivas, y cuyo dibujo general o cristalización institucional toma forma en los aparatos estatales, en la formulación de la ley, en las hegemonías sociales.” (Foucault, M. Historia de la sexualidad. Tomo I. 2012) –subrayado es personal–

Vemos entonces que la manera en que se construyó la institución familiar como la conocemos ahora, viene dada no solo por una división del trabajo, sino por las relaciones de poder, que lejos de tener un papel prohibitivo o constructor, tienen un papel productor. Producen discurso y este a su vez genera ciencia, lo que aceptamos o no, y que lo regulamos por medio de las leyes. No es de sorprendernos entonces como a medida que cambia el discurso del poder, cambian los modos en los que concebimos a la familia y a la sexualidad, y sus modos de regularlas.

Antes de la Ley de Matrimonio Civil de 1903, se manejaba un discurso del pecado, que iba de la mano con la religión y la confesión. Para Foucault, este tipo de discurso se desprende del sexto mandamiento<sup>5</sup>, “de sus restos surgen, por una parte, las infracciones a la legislación (o a la moral) del matrimonio y la familia y, por otra parte, los atentados contra la regularidad de un funcionamiento natural (atentados que la ley, por lo demás puede sancionar).” (Foucault, M. *Ibidem*). Sin embargo, con la separación de la Iglesia y el Estado, lo que la iglesia puede o no sancionar se queda en el ámbito de la moral, mientras que el Estado asume su verdadero rol de regular las relaciones civiles de sus habitantes, y hoy en día de garantizar el cumplimiento de sus derechos y de no discriminación. Al respecto, Gustavo Zagrebelsky menciona que la condición espiritual –del Estado– del tiempo en que vivimos se puede describir como:

*“la aspiración no a uno sino a muchos principios o valores que conforman la*

---

<sup>5</sup> El sexto mandamiento reza “No cometerás actos impuros”.

*convivencia colectiva, la libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales; la igualdad ante la ley, y por tanto la generalidad de trato jurídico, pero también la igualdad respecto a las situaciones, y por tanto la especialidad de las reglas jurídicas (...) la responsabilidad individual en la determinación de la propia existencia, pero también la intervención colectiva para el apoyo a los más débiles, etc.” (Zagrebel'sky, G. 1997: 16).*

Se refuerza lo ya dicho sobre el rol del Estado, que debe atender a varios principios pero siempre velando por el cumplimiento de los derechos de sus ciudadanos.

Retornando al ejemplo de la Ley de Matrimonio Civil, la misma regulaba el matrimonio civil y abría la oportunidad para que las partes se divorcien, y con el apareamiento del divorcio –que tomó algunos años en aceptarse socialmente– se dio el apareamiento de las familias mono-parentales y se aumentó el número de las familias extensas o reconstruidas<sup>6</sup>. Dando uno de los primeros pasos para destronar a la familia tradicional como el modelo hegemónico.

### **1.1.2 Matrimonio y familia nuclear**

La problemática que se presenta en torno al estudio de las unidades domésticas es que, por como lo describimos anteriormente, son tan diversas como los distintos modos de apareamiento que se han sucedido a lo largo de la historia, a los cuáles hemos denominado “matrimonio”. Sin embargo, podemos resumir que tenemos matrimonios monógamos y polígamos. Ahora bien, nos enfrentamos ante los siguientes cuestionamientos ¿los matrimonios dan el origen a la familia o ¿son las familias las que originan los matrimonios? Como se ha mencionado antes, para Levi Strauss la monogamia está presente en todos los grupos, aun en los que celebraban matrimonios grupales o polígamos, se encontraba presente de una manera yuxtapuesta. Aparentemente es contradictorio pensar en una relación grupal y

---

<sup>6</sup> Modelo familiar conformado por la extensión de varios miembros, por ejemplo hermanos que regresan al núcleo original familiar, con sus hijos tras un divorcio o muerte de su pareja.

monógama, ¿cómo se presenta la monogamia en un matrimonio grupal? El solo hecho del establecimiento de una relación entre dos personas configura la monogamia, sin importar que se mantengan relaciones con otros miembros del grupo, la dualidad de cada una de esas relaciones ya tiene una naturaleza monógama.

Por fines económicos, relacionados a la producción y por mantener el poder a través de lo que se consideraba bueno para la sociedad se aseguró a la familia nuclear como la única reconocida en las sociedades, al menos occidentales, y era el modelo hegemónico protegido, por lo cual se crearon actos religiosos y legales que permitan establecer alianzas entre las dichas familias, siendo éstos cobijados bajo el nombre de matrimonio.

Por tanto, luego de haber analizado las diferentes formas familiares que se han sucedido en la historia, se demuestra que son las familias las que afianzaron al matrimonio como una manera de hacer predominante la exogamia<sup>7</sup> por los beneficios sociales, económicos y reproductivos que un matrimonio monógamo, fuera del grupo familiar podría traer. Los colonos americanos verificaron esto, de acuerdo a la sociedad histórica de Jamestowne, Virginia, al permitir el matrimonio de la princesa Pocahontas, hija del jefe Powhatan, con el colono Thomas Rolfe. Si bien la princesa adoptó un nombre occidental, y fue bautizada bajo la religión católica, su pueblo la seguía respetando. Su unión con Rolfe significó para los colonos de Virginia una especie de declaratoria de paz con el jefe Powhatan, y un avance en intercambios comerciales con los nativos ([http://apva.org/rediscovery/page.php?page\\_id=26](http://apva.org/rediscovery/page.php?page_id=26)). Vemos pues, que si la exogamia predominaba los grupos de poder podían formar alianzas e incrementar su poder, así como sus beneficios económicos.

---

<sup>7</sup> Categoría usada por Lewis para describir la forma de reproducción de la vida humana, que se lleva a cabo con miembros ajenos al núcleo familiar.

La familia nuclear, por esta presente en la mayoría de sociedades,<sup>8</sup> pero eso no significa que sea el único modelo existente. Sin embargo al ser el predominante el proceso de disciplinamiento (Foucault M. Vigilar y Castigar), por medio de la herramienta de la “naturalidad” nos ha llevado a creer que es el modelo naturalmente dado. Logrando que se deseche cualquier otro modelo que se anteponga a lo que naturalmente se reconoce como familia, y otorgándole ciertas funciones a la familia que hasta hace no mucho eran consideradas como ley.

Para Harris, siguiendo lo establecido por George Peter Murdock (1949), antropólogo estadounidense reconocido por su análisis etnográfico comparativo la familia nuclear

*“satisface las necesidades sexuales (...) garantiza la protección de la mujer durante el embarazo (...) es esencial para la endoculturización, solo el hombre y la mujer adultos que residen juntos poseen conocimientos adecuados para la endoculturación<sup>9</sup> de los niños de ambos sexos (...) Dadas las especialidades conductuales impuestas a la hembra humana por su papel reproductor y las diferencias anatómicas y fisiológicas entre hombres y mujeres, la división sexual del trabajo hace más eficiente la subsistencia” (Véase a George Murdock en Harris, M. 1996: 60)*

Si le dedicamos una buena revisión a estas funciones atribuidas por Murdock, vemos que la familia nuclear asegura a la heterosexualidad como natural y hegemónica, además de fijar los roles de género, maquillados en una eficiente división del trabajo. Sin embargo, como explicaremos más adelante, existen instituciones diferentes para asegurar el cumplimiento de las funciones atribuidas a la familia nuclear, y no por ello los grupos familiares contrarios al nuclear deben ser considerados inferiores o incompletos.

---

<sup>8</sup> George Peter Murdock halló la familia nuclear en 250 sociedades y sacó la conclusión de que era universal. Marvin (1996) *Antropología Cultural*. Alianza Editorial.

<sup>9</sup> “proceso por el cual la generación más antigua transmite sus formas de pensar, conocimientos, costumbres y reglas a la generación más joven.” (<http://www.definicionesde.com/e/endoculturacion/>)

### **1.1.3 De la homosexualidad en la historia de la familia**

Carolina Restrepo, Sandra Sánchez y Catalina Tamayo en su libro “Derecho y Diversidad Sexual” establecen que antes de la civilización griega la familia “era el lugar de prolongación de la estirpe, solo las relaciones sexuales extraconyugales que pudieran ver afectado el linaje eran realmente perseguidas. No parece haber existido una regulación rígida de la conducta sexual (...)” (.2010) Al no existir una regulación rígida, se presume que la homosexualidad no tenía una connotación mala, de tal suerte que ni siquiera se le mencionaba, como sucede con las cosas que son comúnmente aceptadas. Otro punto interesante que debemos tomar en cuenta es que al no haber un modelo sexual establecido, dentro de los pueblos que conformaban la región mesopotámica, el sexo no estaba solo ligado al desarrollo de la estirpe. Como lo mencionamos anteriormente la familia era concebida para eso, sin embargo el acto sexual se practicaba en rituales y con motivos religiosos, y no tenía como único fin la procreación. Muchos creen que en Grecia la homosexualidad era penada porque hay registros de conductas sexuales antinaturales, sin embargo tales conductas como la necrofilia o el sexo con un dios, eran consideradas antinaturales por ir en contra de la ley. En cuanto a la homosexualidad era vista como una conducta antinatural cuando se la llevaba a cabo entre iguales, ante esto las autoras exponen “La penetración anal, vaginal u oral era considerada como un símbolo de poder y así el sujeto penetrado como un dominado. Podrían concluirse por tanto, dos cosas: 1) Solo ciertas prácticas homosexuales podían ser consideradas positivamente como sanas decorosas y autorizadas legalmente, independientemente de la fuente que las originara; y 2) Se empieza a dibujar la concepción que sobre el poder, la mujer, la familia y la sexualidad tendrán el varón.” Es importante mencionar la manera en la que la homosexualidad era concebida entre los griegos, primero porque ellos influenciaron directamente a la civilización romana, y ésta a la edad media, además de que configuraron la base axiológica para Occidente, y por ende para

Latinoamérica, hasta la actualidad. Y segundo, porque muchos detractores a la existencia de familias homoparentales lo hacen sobre la base que jamás se permitieron las prácticas homosexuales dentro de la familia.

La homosexualidad se ha encontrado presente en otras culturas de una manera más reconocida, por ejemplo Lévi-Strauss y Harris han mencionado en sus diversos estudios a la tribu africana de los Dahomey en la que las mujeres contraen matrimonio con maridos femeninos, en palabras de Strauss<sup>10</sup>

*“en algunos lugares de África ciertas mujeres de rango elevado estaban autorizadas a casarse con otras mujeres que, mediante el uso de amantes varones no reconocidos que les darían hijos; así la mujer noble se convertía en el «padre» de los hijos de su esposa y transmitía a éstos, de acuerdo con el derecho paterno vigente, su propio nombre, su status y su riqueza” (Lévi-Strauss, C. 1956).*

De igual manera Harris menciona a esta tribu y expresa:

*“Entre los pueblos africanos se dan varios casos —el mejor conocido es el de los Dahomey— en que las mujeres se «casan» con «maridos» femeninos. Esto es posible porque una mujer, que por lo general ya está casada con un hombre, paga el precio de la novia. La mujer que paga el precio de la novia se convierte, así, en un «marido femenino». Funda una familia propia permitiendo que sus «esposas» queden embarazadas mediante relaciones con varones designados. La prole de estas uniones está bajo el control del «padre femenino» en lugar del de los genitores biológicos” (Harris, M. 1996: 63).*

Otro ejemplo que cita el antropólogo Harris es el de la tribu kwakiutl, en la cual si un hombre desea “adquirir los privilegios asociados a un determinado jefe puede «casarse» con su heredero masculino. Y si carece de herederos, puede «casarse» con el lado derecho o

---

<sup>10</sup> Strauss realizó trabajo de campo en India (Tribu Nayar); Africa (Tribus Dahomey, Masai, Chagga); Brasil (Tribu Tupikawahih); Nueva Guínea; Tibet; Nepal, entre otros. Todos mencionados en su texto: *Polémica sobre el Origen y la Universalidad de la Familia*

izquierdo del jefe, o con una de sus piernas o brazos” (Harris, M. 1996: 63)

Del estudio realizado a estos autores, se desprende que si bien estas familias no cumplían con el “ideal” heterosexual monogámico, esto no era un impedimento para obtener un buen funcionamiento como sociedad.

Es importante reconocer que si bien, como lo hemos mencionado anteriormente, aunque las familias nucleares existen en casi todas las sociedades, no quiere decir que sean el único modelo de familia existente y que las funciones atribuidas a ella para lograr mantener un status quo determinado y asegurar el manejo del discurso aceptado por el poder, lo que se considera correcto y lo que no, como por ejemplo el modo de reproducción, usualmente originado por un matrimonio monogámico, pueden ser satisfechas por instituciones alternativas como ocurre en el caso de los Dahomey africanos. Al usar este término “alternativas” me refiero a que existen diferentes modos para organizar una familia, y de igual manera obtener como un fin a la reproducción.

## **1.2 NUEVAS ESTRUCTURAS FAMILIARES**

Podemos hablar de los orígenes de una familia moderna, contraria a la familia tradicional o nuclear, siempre y cuando entendamos que lo tradicional no tiene una connotación negativa ni positiva. Como lo expresa Inés Alberdi, socióloga española y actual directora del Fondo de las Naciones Unidas para las Mujeres, en su obra “La nueva familia española” debemos desprendernos de valoraciones positivas o negativas al momento de hablar de los nuevos modelos familiares, y debemos estudiarlos de acuerdo a su apareamiento en nuestra realidad y como el derecho los ha normado y reconocido.

En nuestro país, hemos tenido algunos momentos clave dentro de nuestra historia que nos han permitido dar paso al apareamiento de nuevas estructuras familiares. En primer lugar, tenemos el establecimiento del matrimonio civil en 1895, separando definitivamente el

matrimonio como sacramento religioso, de una institución civil a la que todos podían acceder sin necesidad de ser obligatoriamente católicos. A partir de 1902 se admite el divorcio por adulterio de la mujer, aunque se mantenía el patriarcalismo al solo mencionar el adulterio de la esposa y no del esposo. Sin embargo, a partir de este hito se consolida el reconocimiento legal de familias mono parentales, compuestas por un solo padre, de igual manera se aprecia el apareamiento de familias extensas o ensambladas, en las que hermanos o padres de la mujer adúltera la acogen junto con sus hijos. Se suma a los antecedentes de la aparición de este tipo de familias, la adición del concubinato del marido y el atentado de los esposos contra la vida del otro, como causales de divorcio en 1904, y en 1910 el divorcio por mutuo acuerdo, así como posteriormente las otras causales que se encuentran en el art. 110 del Código Civil. Adicionalmente, en las últimas décadas el fenómeno de la migración, la revolución sexual, el apareamiento de anticonceptivos y el actual número de incremento en embarazos adolescentes, han contribuido a definitivamente acrecentar la existencia de este los tipos de familia antes mencionados.

Podemos ver, entonces, que poco a poco fueron cobrando relevancia social y numérica los tipos de familia diferentes a la nuclear, haciendo que estos vínculos familiares “de facto” fueran anticipándose a las reformas legales. Como lo expone Albedri, la realidad y el derecho no van siempre de la mano (Albedri, I. *Ibíd*em) y mucho antes de que se hayan reconocido a estos tipos de familia, en el día a día, en la costumbre ya se llevaban dando. Esto ocurre con las familias homoparentales lesbianas, actualmente dentro de nuestro país existen familias así pero no cuentan con la posibilidad de poder inscribir a sus hijos e hijas con la doble filiación materna. Las madres han optado por esconderse, y vivir sin exigir los derechos que ellas como madres, y sus hijos merecen.

En cuanto a los rasgos que definen a los modelos familiares modernos vemos un contraste muy marcado frente a los rasgos de la familia tradicional, como se había explicado

anteriormente, en la familia tradicional vemos una escala de funciones que dependen del sexo y de la edad de los miembros. En palabras de Andrée Michel, socióloga francesa, feminista y anticolonialista, que realizó un estudio sobre la doctrina moral de la familia antigua y moderna, respecto de la primera nos dice “al padre le corresponde la autoridad, el poder y el saber que se derivan fundamentalmente de su función económica: él será el que gana el pan de la familia. Él decide sobre los hijos, su trabajo, su matrimonio, y a éstos les corresponde la obediencia y el respeto. La dependencia de los niños y de los jóvenes con respecto a la familia se complementa con la dependencia de la mujer respecto del marido. Las relaciones conyugales son relaciones de dominio y de obediencia respectivamente. A la mujer le corresponde la vida doméstica y el cuidado de los hijos, solo puede salir de ese entorno por ausencia del marido. La función primordial de esta familia, el mantenimiento del orden social mediante el sometimiento de los jóvenes y las mujeres le hace oponerse a todo tipo de libertad individual; así el individuo se somete a la institución y hace de ella su destino. Se condena y se prohíbe el divorcio, la anticoncepción, el aborto y todo aquello que ayude a la emancipación de la mujer” (Véase Michel, A. *Les cadres sociaux de la doctrine moral de Frederich LePlay* en Alberdi, I. *La nueva familia española. Cap: Un nuevo modelo de familia*).

Esta descripción que Michel hace sobre las características de la familia tradicional nos permite ver como el discurso manejado por el poder, terminan en un disciplinamiento, asegurando un saber sobre cómo debía manejarse la familia. Se destaca de igual manera la condena de los actos que lleven a la emancipación de la mujer, como el divorcio, y éste es el hito que hemos descrito como punto inicial para ver el apareamiento de las familias modernas.

Siguiendo el estudio que Andrée Michel hizo sobre la doctrina moral de Frederich Leplay<sup>11</sup> vemos que concluye estableciendo que uno de los rasgos fundamentales de la familia moderna es que las funciones ligadas al sexo desaparecen, ya no es necesario que sea el hombre el que ocupe el papel de proveedor, sino que puede intercambiar funciones con la mujer. En cuanto a la socialización, o como decía Harris “endoculturación”, ya no es necesario que se haga de superior a inferior (padres a hijos) sino que en cierto punto los hijos pueden socializar a los padres, un ejemplo de esto lo vemos en el uso de la tecnología, ante los avances de la misma, son los hijos los que enseñan a sus padres como utilizarla para que se conecten con la realidad actual. Finalmente, junto con el apareamiento del divorcio, la revolución sexual, el uso de anticonceptivos, entre otros, se ve que las prohibiciones que tenía la familia tradicional se ven abandonadas. Se normaliza la separación de la familia, las relaciones y cohabitación pre-matrimoniales. Denotando que el discurso que se manejaba anteriormente ha sido derogado, y que las relaciones de poder han cambiado, permitiendo el cambio y posterior normalización de saberes.

Para Edward Shorter, psichistoriador<sup>12</sup>, esto es posible porque se ha dado un cambio en la vida íntima de las familias, en el modelo tradicional las uniones se veían aseguradas por el cumplimiento de las obligaciones de los contrayentes, mientras que en la modernidad el compañerismo y la relación amorosa de los cónyuges –hasta de compañerismo- son los que aseguran la unión, cabe recalcar que este rasgo se generaliza en la segunda mitad del siglo XX

---

<sup>11</sup> Uno de los denominados precursores de la sociología francesa, inició la búsqueda de un nuevo método de estudio para las ciencias sociales. Sus posturas se basan en la defensa de una doctrina que tiene como fundamento del sistema social una sólida estructura de la familia y la propiedad, estableciendo las características comunes de la familia tradicional. Véase de entre sus obras: *La Réforme sociale* (1864) y *L'Organisation de la famille* (1871)

<sup>12</sup> La psichistoria es el estudio de las motivaciones psicológicas de eventos históricos. En ella se combinan análisis provenientes de la psicoterapia con metodologías de investigación de las ciencias sociales, para la comprensión del origen emocional de las conductas sociales y políticas de grupos y naciones, en el pasado y en el presente (<http://en.wikipedia.org/wiki/Psychohistory>)

(Shorter, E. 1977. El nacimiento de la familia moderna) Ahora bien, es este mismo cambio en el elemento –vinculo emocional– que “mantiene” las uniones es lo que posteriormente origina un elevado número de divorcios, y posteriores segundas nupcias. Dando origen a variantes de lo que se denominaba familia nuclear, tenemos madres solteras (hogares matrifocales), padres solteros (hogares patrifocales), que pueden permanecer aislados o en algunos casos sumarse a su familia de origen dando como resultado familias extensas.

En Ecuador, tenemos algunos aspectos, como los ya mencionados, que han tenido como fruto un cambio en el modelo que se tenía concebido de familia. Para establecerlos nos guiaremos a los “aspectos del cambio familiar” introducidos por Alberdi en su obra “La nueva familia española” y los adecuaremos a nuestra realidad. En primer lugar tenemos la del rompimiento con la religiosidad que guiaba a la institución familiar, inmiscuyéndose en la legislación del Estado, desde que en el gobierno de Eloy Alfaro se declaró al Ecuador como un estado Laico, cosa que ha sido ratificada en nuestra constitución actual y sobre lo cual dentro del Plan Nacional del Buen Vivir se dice “Un Estado laico es indispensable para garantizar la plena libertad de conciencia y el pluralismo social en todas sus expresiones. La separación entre el Estado y las Iglesias debe distinguir entre lo público (con trato igual a todas las creencias) y lo privado, espacio de las creencias particulares.” (Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017. Principios y orientaciones). Pero más allá de garantizar la libertad de conciencia, el ser laicos llama a un reconocimiento del pluralismo social en “todas sus expresiones”, sin desconocer que si bien somos un país mayoritariamente católico, el Estado debe normal más allá de la moral católica. En segundo lugar, tenemos lo que podremos denominar como la rebelión del sexo femenino, con el pasar de los años las mujeres fueron reclamando espacio en la sociedad, la posibilidad de votar, de ocupar cargos públicos, de tener

autonomía económica<sup>13</sup> y junto con estos, de no estar subordinada a su marido. Aunque, esta lucha por una verdadera igualdad e inclusión femenina continúa, sus inicios permitieron configurar un nuevo tipo de familia. En tercer lugar, como ya lo habíamos mencionado, tenemos el cambio de intereses como base del matrimonio, en otros tiempos eran los padres quienes seleccionaban las parejas de sus hijos, por lo general en busca de poder o por un beneficio económico, al romperse con este punto de referencia para empezar un matrimonio y cambiarlo por la verdadera voluntad de las partes –marcadas por un sentimentalismo y búsqueda de compañerismo- se da paso a una nueva configuración de familia, y normalización incluso del divorcio, ya que se ve aceptado en los nuevos tipos familiares. En cuarto lugar tenemos la equiparación de los roles de los esposos, que si bien en nuestro país siguen marcados por la hegemonía patriarcal, ahora admiten que la mujer puede tener una función no solo reproductora y encargada del hogar, sino productora de recursos, y viceversa para el marido. En quinto lugar, como factor determinante para el apareamiento de nuevos modelos familiares, tenemos el control de natalidad. El uso de anticonceptivos, permiten un ejercicio libre de la sexualidad, las mujeres tienen una libertad sobre sus cuerpos, y deciden cuando quieren concebir. Esto rompe con el paradigma reproductor de la familia nuclear, unido profundamente a los valores religiosos.

Las mujeres tomaron poder sobre sus cuerpos, desconociendo la hegemonía patriarcal que les ordenaba donde, cómo y cuándo concebir, dando paso a un uso de la sexualidad por placer y no con el fin otorgado a la familia. En sexto lugar tenemos el apareamiento del divorcio y reconocimiento de las uniones de hecho, su apareamiento rompió con la idea religiosa del “hasta que la muerte los separe” y del presupuesto que el único modo para tener

---

<sup>13</sup> Un claro ejemplo, de los muchos que existen, de este avance es que antes para que la mujer casada pueda ejercer el comercio debía contar con autorización de su marido, otorgada mediante escritura pública (Art. 12, Código de Comercio, cuyo efecto fue suspendido en 1989). Antes de esta reforma, y muchas otras que se dieron, la mujer se encontraba supeditada a la voluntad de su marido, cumpliendo con una de las características de la pertenencia a una familia nuclear.

una familia era por medio del matrimonio. Como séptimo factor, tenemos a la migración, fenómeno siempre existente pero acrecentado en las últimas décadas, según estimaciones de la Organización Internacional para las Migraciones Ecuador “en la década de 1996 a 2006 habrían salido del Ecuador entre un millón y un millón y medio de personas, calculándose la cifra total de ecuatorianos residentes en el exterior en alrededor de 2 millones de personas en la actualidad; en un país de 13 millones de habitantes (...)” (OIT, Ecuador y la Movilidad Humana). Generando una diversidad familiar como nunca antes se había visto. Súmese a todos estos aspectos, el avance de los métodos de reproducción asistida, que han permitido a mujeres heterosexuales y homosexuales se conviertan en madres con la ayuda de un donante, sin la necesidad de un marido. De igual manera, se ha abierto la posibilidad, en legislaciones como la americana, para que hombres, de distintas orientaciones sexuales, puedan acceder a la paternidad haciendo uso de la maternidad subrogada, o como coloquialmente se dice alquilando un vientre, sin la necesidad de haber contraído matrimonio con una mujer.

Habiendo estudiado las características de los nuevos tipos de familia existentes y los factores que llevaron a su creación, debemos identificar los nuevos modelos de familia que son parte de nuestra realidad. Distintos autores entre ellos Flandrin, Michéel, Alberdi y Valdivia Sánchez han dado una descripción de las variedades de grupos familiares diferentes al nuclear, y coinciden en que se puede hablar de familia y hogares monoparentales; reconstituidas, polinucleares o mosaico; de acogida y homoparentales.

### **1.2.1 Familia monoparental**

Hace referencia a la existencia de un solo padre, conocidas también como patrifocales o de una sola madre, familias matrifocales. De acuerdo a Carmen Valdivia Sánchez en su artículo “La familia: concepto cambios y nuevos modelos” publicado en la Revue du Redif, el concepto de familia monoparental aparece en los años 70 en sustitución de los términos

empleados para referirse a este modelo familiar, tales como “familia disfuncional, incompleta y rota” y solo correspondía a los hogares que tenían en su cabeza a un viudo o una viuda (Valdivia, C. 2008 : 19) Sin embargo, ahora contamos con diferentes criterios de calificación de las familias monoparentales, por ejemplo el origen de las mismas. Algunas se dieron por motivos de migración, otras por separaciones o divorcios, otras tantas por muerte de uno de los padres y, recientemente se han dado por voluntad del padre o la madre, que prefiere acceder solo(a) a la maternidad o paternidad, haciendo uso de los diversos métodos de reproducción asistida. La autora antes mencionada expresa que en su mayoría los hogares homoparentales son femeninos en consecuencia de los niveles de pobreza, el elevado número de embarazo adolescente, y a consecuencia de la elección de las mujeres que “desean compaginar solo los hijos y el trabajo, prescindiendo de la relación estable con el hombre, en pro de una mayor libertad. En nuestro país, de acuerdo al Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, el número de hogares monoparentales femenino, formado por madres solteras es de 339. 656, es decir un 4.7% de la población femenina<sup>14</sup>.

### **1.2.2 Familias reconstituidas, polinucleares o mosaico**

De acuerdo a la autora antes mencionada, dentro de este grupo se tienen a los grupos familiares en los que “al menos uno de los cónyuges proviene de alguna unión familiar anterior” (Valdivia, C. 2008 : 21). Sin embargo este tipo de familias suele ser muy variado, dependiendo de las circunstancias de su formación, además, cabe recalcar que se suele incluir dentro de este tipo de familias a los grupos familiares extensos, que en su mayoría se originaron por efectos de divorcio o de migración, por ejemplo los hijos de los padres que migraron suelen vivir con sus tíos, o las mujeres divorciadas y sus hijos suelen regresar al hogar originario parental. Dentro de este tipo de familias, como se mencionó, es en donde más

---

<sup>14</sup> INEC, 2011. Recuperado de:  
[http://www.ecuadorencifras.gob.ec/wpcontent/descargas/Presentaciones/estadisticas\\_madres\\_solteras.pdf](http://www.ecuadorencifras.gob.ec/wpcontent/descargas/Presentaciones/estadisticas_madres_solteras.pdf)

diversidad existe, inclusive se considera un tipo de familia mosaico a los grupos de amigos que conviven juntos, conformándose como un mosaico familiar sin que tengan lazos de sangre que los unan.

### **1.2.3 Familias de acogida**

Es una variación de un grupo de familias extensas, que como habíamos explicado acogen a otros miembros de su familia manteniendo la unión por sus lazos de sangre o parentesco, sin embargo, las familias de acogida se caracterizan por abrigar a un menor que no puede ser atendido de acuerdo a sus necesidades por su propia familia. Por lo general en nuestra realidad se ven casos de empleadas domésticas que dejan sus hijos en las casas de sus empleadores. En países como España, existen organizaciones que regulan acogimientos, la Asociación Familias para la Acogida señala que una familia de acogida no es lo mismo que una familia adoptiva ya que:

*“El Acogimiento es un recurso de apoyo temporal o indefinido en situaciones en las que la convivencia con la familia biológica no es posible. Por tanto, se trata de asegurar el desarrollo del niño en un entorno familiar alternativo manteniéndose la relación con la familia biológica en un régimen de visitas regulado y supervisado por la entidad pública. Finaliza cuando ese apoyo temporal deja de ser necesario, previa decisión de la autoridad competente (administrativa o judicial)” (Familias para la acogida. (2008) documento electrónico)*

### **1.2.4 Familias Homoparentales**

Son grupos familiares fundados por una pareja que mantenga una relación homoafectiva (homosexuales y lesbianas). El término homoparentalidad fue acuñado en Francia en 1977 para referirse a las distintas situaciones familiares en las que al menos un adulto que se autoidentifica como homosexual es, a su vez, el padre o madre de al menos un niño (Véase a Gross, M. *Qu'est-ce que l'homoparentalité ?*, Petit Bibliothèque Payot, Paris, 2012 en Flores, J. Homoparentalidad y Derecho Civil). Actualmente, por los cambios en las

legislaciones que admiten matrimonio igualitario<sup>15</sup>, y unión de hecho homosexual como la nuestra, se ha hecho evidente la existencia de este tipo de familias, por tanto, es preciso estudiar cómo se manejan las relaciones entre las personas pertenecientes a los hogares homoparentales, entendiendo estas relaciones como lo que denominamos parentesco.

### 1.3 PARENTESCO

Puede ser definido como:

*“La relación o unión de varias personas por virtud de la naturaleza o ley; en particular, se puede señalar que el parentesco es el nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes de otro consorte, o entre el adoptante y el adoptado. La relación que nace a partir del parentesco es permanente y abstracta, y genera derechos y obligaciones tanto entre los miembros de la relación como en lo que se refiere a terceros, que se conoce como estado civil o familiar; y se identifica como un atributo de la personalidad.”* (Definición Legal Online, 2013).

Cabanellas establece que es la “relación recíproca entre las personas, proveniente de la consanguinidad, afinidad, adopción o la administración de algunos sacramentos. Esa amplia fórmula comprende las cuatro clases principales de *parentesco*: la de consanguinidad o *natural*, el de *afinidad* o legal, el civil y el *espiritual* o religioso.” (Cabanellas, G. 2006: 281)

Para Luis Parraguez, es una de las más importantes relaciones jurídicas generadas por la institución familiar, y consiste en “la relación de familia que vincula a dos o más personas” (Parraguez, L. 2004: 179). Originalmente, se lo ha clasificado como parentesco por consanguinidad y parentesco por afinidad, cada uno de ellos se subclasificándose en base a

---

<sup>15</sup> Hasta el 27 de Noviembre del 2013, son 15 los países que han admitido dentro de su legislación la figura del matrimonio igualitario u homosexual. Los mismos son: Argentina, Bélgica, Brasil, Uruguay, Suecia, Sudáfrica, Portugal, Holanda, Nueva Zelanda, Islandia, Vietnam, Noruega, Dinamarca, España y Francia. Estados Unidos y México han permitido el matrimonio igualitario solo en algunos de sus Estados. Otros países han permitido la unión de hecho entre homosexuales, entre ellos tenemos a Ecuador, México y Estados Unidos (en algunos de sus estados), Colombia, Hungría, Alemania, entre otros.

la naturaleza de su relación de descendencia, la misma que puede ser en línea directa o colateral.

### **1.3.1 Parentesco por consanguinidad**

Se encuentra determinado por los vínculos de sangre que unen a un grupo familiar, sean ascendientes o descendientes, y dentro de las personas que sin ser descendientes tienen un antepasado común.

De acuerdo al articulado 22 de nuestro Código Civil, en adelante C.C, podemos distinguir entre un parentesco consanguíneo en línea recta y uno colateral o transversal. De esta manera el parentesco será lineal cuando una persona es ascendiente o descendiente de otra, por ejemplo en el caso de una abuela, con sus hijos y nietos; por otro lado, el parentesco será colateral o transversal cuando dos personas que no son ascendientes o descendientes el uno del otro cuentan con un tronco o familiar común, por ejemplo es el caso de los primos y los hermanos.

### **1.3.2 Parentesco por afinidad**

La afinidad, según lo estipulado en el inciso primero del artículo 23 del C.C, se define como “el parentesco que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer, o bien, entre uno de los padres de un hijo y los consanguíneos del otro progenitor”. Este parentesco entonces hace referencia a los que están o estuvieron casados, y a sus padres, aun cuando se haya disuelto el vínculo matrimonial.

Como ya se había expresado, este tipo de parentesco puede ser en línea recta o transversal, y depende de la línea que tenga el cónyuge o su pareja en su parentesco consanguíneo pertinente. Como lo establece el segundo inciso del artículo ya mencionado, “así, entre suegros y yernos hay línea recta o directa de afinidad en primer grado, y entre

cuñados, línea colateral de afinidad en segundo grado”. Entonces, vemos que el esposo, en relación a los consanguíneos en línea recta de su cónyuge, también tiene un parentesco por afinidad en línea recta.

### **1.3.3 Grados de Parentesco**

Parraguez (2004) lo define como “el número de generaciones que separan a dos o más personas entre sí” (Pág. 181), entonces, cada grado corresponde a una generación, y la suma de las generaciones formaría una línea de sucesión. Ahora bien, los grados de parentesco se calculan de diferente manera para las personas que tienen parentesco directo y para las que tienen uno colateral. En la línea directa se mide “en forma ascendiente o descendiente el número de generaciones que separan a dos parientes” (Parraguez, L. *ibídem*) siguiendo esta línea de ideas, dado que cada generación corresponde a un grado, padres e hijos son parientes en primer grado, y abuelos y nietos en segundo grado. En la línea colateral, el cálculo es distinto dado que no hay una ascendencia o descendencia recíproca; se toma como referencia un antepasado o tronco común, y se sigue la línea recta descendente que une a este antepasado con la otra persona, por ejemplo vemos a los hermanos que tienen como tronco común con sus padres.

### **1.3.4 Parentesco entre hermanos**

Partiendo de lo explicado, debemos hacer una distinción entre el parentesco que acontece entre los hermanos, es decir entre las personas que descienden de un mismo padre o madre. De acuerdo al artículo 26 del C.C, “Los hermanos pueden ser carnales o medios hermanos. Se denominan carnales los hermanos que lo son por parte de padre y por parte de madre; y medios hermanos, los que son simplemente paternos o maternos.” Ahora bien, los hijos adoptados que sin descender biológicamente de un padre o una madre son considerados, de acuerdo a las clasificaciones dadas, como hermanos en virtud de la filiación, a la cual

brindaremos especial atención en capítulos posteriores.

### **1.3.5 Cónyuges, un caso especial**

Hemos establecido que el parentesco civil puede darse por consanguinidad o por afinidad, excluyendo a los cónyuges de estas posibilidades, ya que la consanguinidad implica que sean ascendientes o descendientes de un núcleo o tronco común, que compartan una línea de sangre, cosa que no ocurre; y en cuanto a la afinidad, como habíamos establecido, *“es el parentesco que existe entre una persona que está o ha estado casada y, los consanguíneos de su marido o mujer...”* (Art. 23 C.C), por ende, los cónyuges no son parientes, tienen una cualidad específica creada por un acto jurídico, el matrimonio, sin embargo de esto, el Art. 24 del código civil establece que *“En los casos en que la ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderán comprendidos en esta denominación el cónyuge de dicha persona y sus consanguíneos (...)”* Dándole aparentemente al cónyuge la calidad de pariente.

## **1.4 MATRIMONIO Y UNIÓN DE HECHO**

El matrimonio fue concebido como la institución natural destinada a la reproducción del ser humano, gracias a él era posible la existencia de la familia, la misma que seguía ciertos lineamientos establecidos por el discurso manejado por el poder de uno u otro tiempo, dotándola de ciertas características que ya hemos analizado previamente. Es por esto, que es de gran importancia estudiar al matrimonio, para apreciar cómo ha evolucionado como institución y como ha dejado de constituirse como la única entidad capaz de dar inicio al núcleo de la sociedad, debemos dar especial atención al apareamiento de la unión de hecho, para comprender como nuestra sociedad ha logrado admitir otro modo de engendrar familia, dándole legalidad a un régimen que mucho antes de ser reconocido por las leyes, ya venía existiendo, especialmente en la región de la costa de nuestro país. Empezaremos entonces por hablar del matrimonio.

### **1.4.1 Matrimonio**

De acuerdo al segundo inciso del artículo 67 de la Constitución 2008, matrimonio es “la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal” , de esta denominación se desprende que las tres características que distinguen a esta institución son en primer lugar, la diferencia de sexo de los contrayentes, convirtiendo al matrimonio en una institución a la que pueden acceder solamente los heterosexuales. En segundo lugar, vemos que el consentimiento de los contrayentes debe ser libre de vicios; y, en tercer lugar se desprende que los contrayentes tienen igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal. Cabe recalcar que esta definición representa una noción moderna del matrimonio, como lo establece Luis Parraguez, ya que previo a esta conceptualización dada por los constituyentes, manejábamos una definición de matrimonio visto como un contrato, denotando la influencia del enfoque contractualista que nació luego de la revolución francesa, entendiendo que para ese entonces darle al matrimonio la conceptualización de un “contrato solemne” significaba un avance enorme para separar al matrimonio de la jurisdicción eclesiástica, en donde según menciona Parraguez “permanecía aprisionado como entidad sacramental” (Parraguez, L. 2004: 187).

Nuestro Código Civil maneja una conceptualización clásica del matrimonio, la misma que fue derogada tácitamente por el artículo constitucional previamente descrito, sin embargo por motivos académicos, para entender los cambios de discurso y por ende de la definición de matrimonio y su caracterización debemos mencionarla. El Código Civil, en su artículo 81, define al matrimonio como “un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.” Vemos pues, que se caracteriza al matrimonio por ser un contrato solemne, debiendo cumplir con ciertas formalidades legales

establecidas en el artículo 102 del Código Civil, las mismas son: que ambas partes hayan comparecido, que no existan impedimentos dirimentes, la expresión del libre consentimiento de las partes, la comparecencia de dos testigos hábiles, y el otorgamiento y suscripción del acta correspondiente. Otra caracterización de esta definición es que debe existir una diferencia de sexo entre las partes, como ya lo hemos mencionado, dándole al matrimonio una característica netamente heterosexual; finalmente tiene como objeto, la procreación, la vida conjunta y el auxilio mutuo. La procreación como objeto del matrimonio actualmente ha sido muy discutida, muchas feministas y defensores del matrimonio igualitario alegan que si su fin es la procreación, las personas estériles, que hayan pasado su edad biológica reproductiva, o simplemente las personas que no desean tener hijos no podrían casarse. Súmese a esto el avance de las técnicas de reproducción asistida, que han permitido la posibilidad de la procreación sin la necesaria existencia de un matrimonio previo o una relación sexual.

El matrimonio, como todo acto jurídico debe cumplir con ciertos requisitos para que sea reconocido como existente y válido,

*“lo normal es que los actos jurídicos produzcan los efectos requeridos por las partes celebrantes, lo que efectivamente acontece cuando el acto es válido. Pero si no se han reunido los requisitos exigidos por la ley para que tenga lugar esa validez o eficacia, se produce una situación de anormalidad jurídica: la nulidad o la invalidez del acto.”*  
(Parraguez, L. 2004: 189)

Entonces, veremos que para que el matrimonio surta efectos debe cumplir con ciertos requisitos de existencia y validez, a más de las solemnidades que ya hemos mencionado.

#### **1.4.4.1 Requisitos de Existencia**

Como lo señala Parraguez, no existe un texto legal que como tal enumere los requisitos de existencia del matrimonio; sin embargo, la doctrina jurídica ha designado tres requisitos para que dicho acto jurídico pueda considerarse existente. En primer lugar tenemos

la diferencia de sexo de los contrayentes, expresada en el artículo 67 de la constitución, que como ya hemos mencionado, con la aceptación del matrimonio igualitario en casi diecinueve países alrededor del mundo, solo es considerada requisito de existencia del matrimonio en los países que no hemos incluido en nuestro ordenamiento el matrimonio entre homosexuales.

En segundo lugar, tenemos la expresión del consentimiento, el autor antes mencionado, señala que “lo que interesa, en materia de existencia, es que se produzca efectivamente una manifestación volitiva” (Parraguez, L. 2004: 192) sin importar que la misma se encuentre viciada, ya que eso deberá juzgarse al momento de determinar los requisitos de validez. En tercer y último lugar tenemos la celebración del matrimonio ante un funcionario autorizado, de acuerdo al art. 100 del Código Civil “El matrimonio civil en el Ecuador se celebrará ante el Jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación, en las ciudades cabeceras de cantón del domicilio de cualquiera de los contrayentes, o ante los jefes de área de registro civil. En todo caso, el funcionario competente puede delegar sus funciones a cualquier otro funcionario administrativo (...)” Entendiéndose que los funcionarios autorizados son los jefes del registro civil, sus jefes de área o un funcionario al cual hayan delegado su competencia.

Si el matrimonio reúne estos tres requisitos se reputa como existente, ahora bien, puede existir pero no ser válido, razón por la cual enunciaremos los requisitos para que sea válido.

#### **1.4.4.2 Requisitos de Validez**

Siguiendo la explicación de Luis Parraguez, al igual que existen tres requisitos de existencia, contamos con cinco requisitos, contemplados en el artículo 102 del Código Civil, que deben cumplirse para que el matrimonio existente sea considerado válido. En primer lugar, las partes deben de haber comparecido por si mismas o por medio de un apoderado. En segundo lugar, se debe dejar constancia de que las partes que han comparecido no incurran en

impedimentos dirimentes, dado que la existencia de ellos acarrearía la nulidad del acto matrimonial.

Los impedimentos dirimentes pueden ser absolutos o relativos, los primeros “impiden el matrimonio de una persona con cualquier otra” y los segundos “inhabilitan a una persona para celebrarlo con ciertas y determinadas otras personas” (Parraguez, L. 2004: 208).

Los impedimentos dirimentes se encuentran prescritos en el artículo 95 de nuestro Código Civil, cuentan como absolutos los numerales 2, 3, 4, y 5, los mismos se refieren a los impúberes, a los que no hayan disuelto un vínculo matrimonial previo, la impotencia existente al momento de llevarse a cabo el matrimonio y la demencia de alguna de las partes. Dentro de los impedimentos dirimentes relativos tenemos los numerales 1, 6, 7 y 8, los mismos son si el cónyuge sobreviviente quisiere contraer matrimonio con el autor o cómplice del delito de homicidio o asesinato del marido o mujer, y el parentesco, sea este en primer grado de afinidad, por ejemplo el que existe entre los un suegro y su nuera; el de consanguineidad en línea recta, y los colaterales en segundo grado civil de consanguineidad.

En cuanto al régimen económico, el matrimonio da paso al nacimiento de la sociedad conyugal, para Cabanellas se constituye como la “unión y relaciones personales y patrimoniales, que, por el matrimonio, surgen entre los cónyuges” (Cabanellas, G. 2006: 350). Dicha sociedad comprende, acorde a lo establecido en el artículo 157 del código civil, comprende: los salarios de todo oficio o género devengados durante el matrimonio; todos los frutos, intereses y lucro que provengan tanto de los bienes comunes como de los cónyuges que se devenguen durante el matrimonio; el dinero que los cónyuges aportaren a la sociedad o que adquiriera durante ella; las cosas fungibles y especies muebles que aportaren al matrimonio, o que adquirieran durante él; y, todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiriera durante el matrimonio, sin embargo existen excepciones para que algunos bienes no

formen parte del haber conyugal, las mismas no constituyen parte del estudio de este trabajo de investigación, razón por la cual no se ha hecho un análisis a profundidad.

#### **1.4.2 Unión de Hecho**

Históricamente, el reconocimiento a la unión de hecho se da por primera vez en la Constitución Política de 1978, siendo esta el antecedente para la promulgación de la ley N° 115 del año 1982, misma inició la regulación de estos tipos de uniones. Ahora, debemos reconocer que esta ley surge para brindar un efectivo reconocimiento a la realidad del momento, dentro de la cual si bien el matrimonio se constituía como la única institución legal y moralmente aceptada para engendrar familia, socialmente se estaban llevando a cabo numerosas uniones informales o libres, especialmente en la región costa de nuestro país. Dichas uniones podían durar muchos años, en ellas se concebían niños, y no existía una ley que las ampare, ni que reconozcan los derechos de los hijos engendrados durante su tiempo de duración, ni de las mujeres en caso de abandono de su compañero. Es por esto que el derecho, tuvo que adaptarse a la realidad social y reconocer este tipo de uniones, las mismas que han sido normadas por varias leyes desde su reconocimiento en 1978, hasta tener los mismos derechos y obligaciones del matrimonio. Sobre este último punto nos referiremos a las últimas regulaciones que sobre la unión de hecho se tienen.

Hasta antes de la constitución del 2008, la unión de hecho estaba concebida como “La unión estable y monogámica de un *hombre y una mujer*, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala éste Código, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal.” (Código Civil, Art. 222, cursivas son personales) Sobre el último punto referido a la sociedad conyugal, nos referiremos

posteriormente dado que la unión de hecho engendra otro régimen patrimonial. De la definición legal mencionada podemos apreciar que, a diferencia del matrimonio, como estaba establecido en el código civil, la unión de hecho, no estaba concebida como un contrato sino como una mera unión que debía cumplir con las características de ser estable y monogámica, además de gozar del reconocimiento de su existencia como tal de “parientes, amigos y vecinos” (Código Civil, Art. 223). Actualmente, nuestra legislación, a partir de la constitución del 2008, se podría decir, modificó a la unión de hecho permitiendo que las parejas del mismo sexo accedan a ella, el artículo 68 de esta manera prescribe:

La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.” Vemos pues, que la intención de los constituyentes, al igual que lo fue cuando se dio el reconocimiento original de la unión de hecho, era la de mantener al margen de la ley una variante de este tipo de unión no matrimonial, la misma que no podía continuar existiendo sin encontrarse normada.

Destaca de la unión de hecho su simpleza para contraerla, y por simpleza nos referimos al hecho de que no exige tantas formalidades ni solemnidades como el matrimonio. Como requisitos, los mismos que se desprenden del artículo 68 de nuestra Carta Magna y del artículo 222 del Código Civil, tenemos que: la pareja debe ser libre de vínculo matrimonial, deben haber tenido una unión estable y monogámica por más de dos años y, en consecuencia de esta convivencia pues dejar en claro ante la sociedad que tienen el ánimo de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

En cuanto al régimen patrimonial, la unión de hecho da origen a una sociedad de bienes (Art. 222, Código Civil) la misma que se asimila a la sociedad conyugal. Sin embargo,

un asunto que destaca sobre la sociedad de bienes es su disolución, dado que para obtenerla primero se debe obtener una sentencia que declare la existencia de la unión de hecho, Torres menciona al respecto que:

*“Se ha observado que algunos Juzgados de lo Civil exigen que previamente se justifique la existencia la unión de hecho, mediante juicio declarativo en vía ordinaria para que proceda el juicio de disolución y liquidación de la sociedad de bienes o su declaración de unión de hecho, mediante acta notarial realizada ante un Notario Público.” (Baquero, L. 2013: 52).*

Este pedido de sentencia que declare la previa existencia de la unión para que el juez pueda analizar que bienes conforman parte de la sociedad de bienes no tiene lugar dentro de la disolución conyugal, notándose una diferencia con el matrimonio. Otro asunto que llama la atención sobre la unión de hecho, es que ella no origina un estado civil, no así el matrimonio que les otorga a los cónyuges el mismo de “casados”. Sin embargo de esto, no hay excepciones al momento de originarse el parentesco por filiación en cuanto a los hijos concebidos de estas uniones.

De lo analizado podemos concluir que la institución del matrimonio ya no ocupa un lugar protagónico como originador de la familia, que la sociedad ha cambiado y junto con ella el derecho, buscando dar reconocimiento y protección a un nuevo modelo que cada vez se abre paso por sobre el matrimonio. Sin embargo, debemos sumar como tema de estudio al papel de la reproducción asistida. Ya hemos mencionado a los diferentes tipos de familia que se han venido desarrollando a causa de varias problemáticas como el apareamiento del divorcio, las olas masivas de migraciones, el incremento en las tasas de embarazos adolescentes, y por supuesto el apareamiento y mejora de los métodos de reproducción asistida que permiten a heterosexuales, entre ellos mujeres que prefieren ser madres sin la necesidad de un matrimonio o de la presencia de una compañero; y, a homosexuales, por ejemplo a las parejas lesbianas, convertirse en padres.

## 1.5 REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Se denomina Reproducción Asistida al conjunto de procedimientos o métodos tendientes a lograr la fecundación que no se ha logrado de manera natural. Antes del apareamiento de dichos métodos, la fecundación se lograba como fruto de la relación sexual mantenida entre un hombre y una mujer, sin embargo “actualmente el desarrollo biotecnológico permite la fecundación extracorpórea, es decir, en nuestra realidad actual, existen cuando menos dos formas de lograr la fecundación, una por vía sexual y otra mediante artificios tecnológicos” (Mendoza, C. 2011:26). Estos “artificios tecnológicos” que se usan para lograr una efectiva reproducción asistida, fueron concebidos como un apoyo para las parejas que por causa de esterilidad o impotencia no lograron concebir. Tal es así que el Código de Ética Médica,<sup>16</sup> en su artículo 107, referente a la inseminación artificial establece que se la llevará a cabo “previo consentimiento mutuo de los cónyuges, y en los casos de esterilidad o impotencia del varón comprobados científicamente”; y, Art. 108 referente a la fecundación in vitro, que dice que se llevará a cabo “previo al consentimiento de los cónyuges y ante fracaso comprobado y total de los procedimientos naturales”. Demostrando que su naturaleza de origen fue pues, asistir a los cónyuges que incurrían en estos casos, sin embargo hoy en día, por las causales que ya hemos mencionado previamente en este capítulo, se hace uso de la reproducción asistida en muchos más casos, como lo es de las parejas lesbianas que buscan tener su propia familia.

### 1.5.1 Conceptualización: Inseminación artificial, Fecundación in vitro y ovodonación

Existen diversos métodos para lograr una efectiva reproducción asistida, sin embargo nos referiremos a dos de ellos que por su manera de lograrse pueden ser: homólogos, es decir que usan el material genético del esposo, esposa, o pareja estable; y, heterólogo, que se lleva a

---

<sup>16</sup> Contenido en el Acuerdo Ministerial 14660, R.O 5 del 17 de agosto de 1992.

cabo con el material genético de una tercera persona.

Según Claudia Morán de Vicenzi, especialista en bioética por la Universidad Católica del Sagrado Corazón (Roma), y autora del libro “El concepto de la filiación en la fecundación artificial”, actualmente no existe un único método para llevar a cabo una inseminación artificial o una fecundación in vitro. Cada equipo médico emplea distintas técnicas dependiendo de las necesidades de cada pareja. Sin embargo, en donde podemos encontrar una cierta unidad es en las definiciones que se ha otorgado a estos dos métodos de reproducción asistida. Para Morán de Vicenzi las mismas son:

### **Inseminación artificial**

*“Se designa cualquier técnica que tiene por finalidad introducir el semen de un varón en las vías genitales de la mujer. Las diversas técnicas de inseminación artificial se diferencian según el lugar en que se deposite el esperma del varón, así el líquido seminal puede depositarse bien en la vagina (inseminación intrauterina), o a nivel de las trompas de falopio (inseminación intratubárica), de manera excluyente o simultánea<sup>17</sup>” (Morán de Vicenzi, C. 2004: 25)*

La inseminación artificial constituye un proceso mediante el cual se logra la fecundación por la introducción de semen en la matriz de la mujer, sin tener una relación sexual.

### **Fecundación in vitro**

Este procedimiento, nacido en 1978, con el alumbramiento exitoso del primer “bebé probeta” Louise Brown (Véase García, A. “El hombre microscópico” en Mendoza, H. 2011: 61), consiste en una concepción llevada a cabo en un laboratorio.

---

<sup>17</sup> La autora señala que para acceder a los procedimientos comúnmente aceptados se puede visitar la página de la INTERNATIONAL FEDERATION OF FERTILITY SOCIETIES, [https://c.ymcdn.com/sites/iffs.site-ym.com/resource/resmgr/newsletters/surveillance\\_07.pdf](https://c.ymcdn.com/sites/iffs.site-ym.com/resource/resmgr/newsletters/surveillance_07.pdf)

La autora antes mencionada expresa sobre la fecundación in vitro que:

*“Se comprende a todas aquellas técnicas reproductivas mediante las cuales el proceso de la concepción se lleva a cabo fuera del cuerpo de la mujer. De ahí que a los niños nacidos mediante esta técnica se les conozca como “niños probeta” toda vez que el óvulo y el espermatozoide son colocados en un recipiente de vidrio a la espera que se verifique la fecundación” (Morán de Vicenzi, C. 2004: 25)*

Cabe recalcar que estas técnicas buscan reemplazar la función de las trompas de falopio de una mujer, que por distintos motivos no ha podido concebir. Una vez que se haya logrado la fecundación, se originará un embrión, el mismo que será implantado en la matriz de la mujer, que debe ser apta y funcional. (Hurtado, X. 2011: 131)

### **Ovodonación**

De acuerdo a Luis Cárdenas Rodríguez, Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y responsable del Área Civil de Gaceta Jurídica, en su artículo *“Maternidad por Ovodonación”* la define como *“la cesión de óvulos de una tercera persona a fin de que sean fecundados con espermatozoides del marido o conviviente y, posteriormente, transferidos al útero de la pareja.”* (Cárdenas, L. 2012: 71)

Esta conceptualización es muy restringida dado que establece que la fecundación solo puede ser realizada con la espermatozoide del marido o del conviviente y, actualmente existen mujeres solteras que utilizan este procedimiento usando una espermatozoide de un donador, o como en el caso de las mujeres lesbianas unidas mediante unión de hecho (ellas se constituyen como convivientes) pero de igual manera utilizan la espermatozoide de un tercero.

Un concepto que se apega de una manera correcta a nuestra realidad, es el propuesto por Florencia Aramburu, investigadora de la Universidad Nacional del Centro de Argentina, quien en su trabajo titulado *“Una mirada trialista a la ovodonación”* expone que la

ovodonación:

*“Es una técnica relativamente nueva, aparecida a mediados de la década del '80 como una variante de fertilización in Vitro. Es definida como la aportación de gametos femeninos por una mujer distinta de la que los recibe. De esta manera se utilizan óvulos de una mujer donante, y se transfieren embriones obtenidos al útero de la mujer receptora.” (Aramburu, F; Ciani, M. 2012: 1)*

### **1.5.2 Problemática de la reproducción asistida**

Actualmente las categorías clásicas manejadas por el derecho civil tales como filiación, paternidad, maternidad e incluso la de noción de persona se encuentran en crisis, los avances en la biotecnología han superado lo establecido por estos conceptos. “El derecho, en definitiva, ha sido rebasado” (Véase a Hurtado Xavier, El derecho a la vida ¿y a la muerte?, en, Mendoza, Héctor. La reproducción humana asistida, 2011: 21)

Para empezar, deberemos señalar que nuestra legislación reconoce el derecho a la vida desde su concepción, y protege al que está por nacer (Art 61. Código Civil), es por esto que la práctica del aborto se encuentra penada en nuestra legislación<sup>18</sup>. Vemos pues, que el nasciturus es considerado *homo* (Mendoza, H. 2011: 64) y por ende sujeto de derechos. Sin embargo, es aquí donde empieza una de las problemáticas generales de la reproducción asistida: la condición del embrión.

De acuerdo al artículo 41 del C.C son personas “todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición (...)” Entonces, ¿es el embrión considerado persona? Como ya hemos mencionado, los niños concebidos mediante fecundación in vitro, son fecundados fuera del cuerpo de su madre, para proceder a insertar en la matriz el embrión resultante, más no se toma en cuenta, que en muchos de los casos se

---

<sup>18</sup> Cabe recalcar que “entre los romanos el aborto era práctica común ya que el nasciturus carecía de derechos en la medida que no era considerado como persona” (Mendoza, H. 2011: 67)

logra una superproducción de embriones, los mismos que dependiendo de la legislación de cada país pueden ser congelados para ser reimplantados, donados a la ciencia o destruidos. En todos estos casos, si son considerados personas, y por ende requieren protección ¿estaríamos hablando de tal vez de un homicidio, o un secuestro? Para Héctor Mendoza, el derecho se ha quedado corto al momento de limitar la ficción de la personalidad, el autor sugiere que para el embrión “*no puede ser considerado ni persona ni cosa*”, siguiendo la clasificación romanista que maneja nuestro código civil, “*sino que es una entidad humana que requiere una categoría, en el ámbito del derecho sanitario, que le dote de derechos especiales.*” (Mendoza, H. 2011: 78) Esto quiere decir que no se le puede considerar como a una persona adulta.

Adentrándonos en nuestro tema en específico, si se trata de inseminación artificial o fecundación in vitro homóloga, la filiación del niño o niña venido de las mismas no generará problema alguno, a menos de que se trate de un caso de reproducción asistida post mortem<sup>19</sup> dado que se rompería con los plazos otorgados por la ley para la determinación de paternidad, y aun así acudiendo a una prueba de paternidad, los casos de fecundación post mortem aún no se encuentran normados por nuestra legislación.

Por otro lado, los procedimientos de inseminación artificial y fecundación in vitro realizados de manera heteróloga son los que mayor cantidad de conflictos generan. Procederemos a mencionar algunos de los escenarios posibles venidos por usar el material genético de un tercero, mismos que han sido tomados de los esquemas propuestos por Héctor Mendoza en su obra “La Reproducción humana asistida: un análisis desde la perspectiva biojurídica”.

### **1.5.2.1 Inseminación Artificial o Fecundación In vitro Heteróloga sin el consentimiento**

---

<sup>19</sup> “En términos biotecnológicos es posible, crioconservación tanto de espermatozoides, como de óvulos y de embriones, siendo así, es técnicamente posible que una mujer se haga inseminar o se implante un embrión cuyo material genético fuera de su marido o pareja estable difunta (...)” (Mendoza, H. 2011: 123)

## **del marido**

Este tipo de casos, implican un problema, porque si bien el producto de la inseminación artificial tiene la carga genética de la madre, carece de la del padre. En el caso de que este último haya brindado su consentimiento y tenga la voluntad de convertirse en padre, no existiría un problema, sin embargo si no dio su consentimiento, se podría hablar de un *adulterio genético*,<sup>20</sup> aunque el niño o niña haya sido concebido dentro del matrimonio, cumpliendo con lo estipulado en la ley. De esta manera en varias legislaciones esta situación, *que antes de los avances de la biotecnología jamás hubiese tenido lugar, a menos que se haya cometido el adulterio conocido como tal*, han llegado a calificarla como adulterio. Por citar un ejemplo, la Suprema Corte de Ontario calificó a una inseminación llevada a cabo sin el consentimiento expreso del marido como adulterio, “el argumento fue que el adulterio implica el ceder las facultades procreativas de una mujer a favor de un tercero, ya que en opinión de la Corte, se introduce sangre extraña a la estirpe” (Mendoza, H. 2011: 128).

Se podría también considerar la posibilidad de un fraude médico, en la que a la mujer se le introduce semen de un tercero, sin que ella lo sepa. En estos casos debería considerarse las implicaciones penales y civiles.

En el caso de la fecundación in vitro sin consentimiento del marido, se podrían tener las mismas consecuencias jurídicas estipuladas en párrafos posteriores. Y debemos sumar que para poder determinar la paternidad ya no es suficiente la prueba de ADN, sino que debe existir, lo que Héctor Mendoza describe como “voluntad procreacional”, entendida como la voluntad de convertirse en padres, junto con ella viene la aceptación para aceptar al niño o niña con carga genética diferente como suyo y reconocerlo como tal.

---

<sup>20</sup> Terminología utilizada por Héctor A. Mendoza en su libro “La reproducción Humana Asistida. Un análisis desde la perspectiva biojurídica”

En razón de esta “voluntad procreacional” es que muchas legislaciones desvinculan a los donadores de esperma o de óvulos de la posible relación parento-filial. Mendoza describe que, en Suecia, se permite que la persona que ha sido concebida gracias a un donador de esperma u óvulos, conozca su identidad biológica, cuando haya adquirido la madurez necesaria; mientras que, en Francia el hijo concebido mediante estos métodos no tiene la posibilidad legal de conocer a su padre o madre biológicos. En España, señala este autor, existe una posición media “en principio toda donación debe ser anónima, sin embargo, los hijos nacidos mediante la utilización de material donado, pueden conocer no la identidad de los donadores, pero si la información general de los mismos” (Véase a Messina de Estrella Gutierrez, Graciela N. Bioderecho, Argentina, Abeledo-Perrot, 1998 en Mendoza, H. 2011: 146)

#### **1.5.2.2 Fecundación In Vitro con material genético ajeno a la madre**

Ya hemos mencionado a la ovodonación, una variante de la fecundación in vitro que consiste en la donación de óvulos para ser fecundados en una probeta e insertados en una mujer. Esto quiere decir que podemos tener casos en los que una mujer, por distintos motivos, no pueda producir óvulos, pero tiene una matriz saludable que es capaz de llevar a cabo un embarazo, entonces puede realizarse una fecundación in vitro utilizando los óvulos de una mujer y la esperma de su esposo o pareja estable.

En estos casos, tenemos serias implicaciones jurídicas, dado que siguiendo nuestra línea romanista, la madre se reconoce como tal por el hecho de parir a su hijo. Adicionalmente a esto, ya hemos mencionado en la historización de la familia, el viejo adagio que reza “mater semper certa est” ya que sobre lo único que se podía tener certeza era sobre la maternidad de una mujer.

Hoy en día, gracias a la manipulación de gametos la categoría de maternidad, tal y

como la conocemos, parece ser insuficiente. Tenemos un padre biológico y legal; y, una madre legal más no biológica. De no ser por la existencia de la “voluntad procreacional” que ya hemos mencionado, esta mujer podría ser considerada como un vientre sustituto, utilizado con el fin de permitir el desarrollo del embrión implantado, y nada más.

### **1.5.2.3 Inseminación Artificial o Fecundación In Vitro heteróloga de material genético ajeno a la pareja**

Existe la posibilidad de que una pareja tenga un hijo que no lleve la carga genética de ninguno de sus padres, por diferentes motivos, sean estos biológicos, porque ninguno de ellos tiene la capacidad de reproducirse, o incluso por una mala práctica médica, dado que un médico puede accidental o voluntariamente insertar en una mujer un embrión con carga genética ajena a la pareja. Esto tiene serias implicaciones jurídicas en términos de paternidad y maternidad, pues como sabemos, al menos dentro de nuestra legislación nos manejamos bajo la premisa de la certeza biológica, y no de la “voluntad procreacional”. Sin embargo, el concepto filiación biológica, se ha visto superado por la biotecnología, y la voluntad procreacional entra en el juego de la relación de descendencia entre padres e hijos.

Debemos preguntarnos entonces, dentro de estos casos de qué tipo de maternidad o paternidad estamos hablando, podría ser biológica, jurídica, social o tal vez ¿existiría la posibilidad de hablar de una paternidad/maternidad voluntaria? Nos referimos especialmente al término voluntario, dado que existiría el ánimo de convertirse en padres, no así en los casos en los que se declara judicialmente la paternidad, mismos en los que existe un vínculo biológico pero no la voluntad de asumir una responsabilidad como progenitor la misma que debe ser forzada.

Una de las principales consecuencias jurídicas de la existencia de este tipo de casos, es según Morán de Vicenzi (2005), es “una disociación entre la paternidad y maternidad

biológica o genética y la filiación legalmente establecida.” (Pág. 61). Como consecuencia de esta separación, vemos que se afecta el principio de veracidad<sup>21</sup> que rige a la filiación biológica. Cabe recalcar que la autora se refiere exclusivamente al caso español, puesto que dentro de su ordenamiento, a diferencia del nuestro, ya se cuenta con normativa referente a la fecundación asistida heteróloga y homóloga; nosotros lo hacemos en esta investigación, porque el principio de anonimato del donante español domina en la mayoría de legislaciones.

Como ya habíamos mencionado, en España, las personas concebidas bajo estos métodos pueden conocer información general de sus padres biológicos, más no su identidad. Al respecto, la afectación al *favor veritatis* que menciona la autora se constituye en dos excepciones a este principio, por un lado tenemos a la regla de la inimpugnabilidad de la filiación y por otro el principio del anonimato del donante. (Morán de Vicenzi, C. 2005: 61). El primero se refiere a que al no poder conocer los hijos/as concebidos por estos métodos a sus padres biológicos, no pueden realizar una impugnación de la maternidad/maternidad, y esto violenta su derecho de conocer su origen biológico, a la identidad, reconocido por numerosas legislaciones incluidas la nuestra.

### **1.5.3 Reproducción Asistida en parejas homosexuales**

Si los problemas mencionados anteriormente han puesto en una encrucijada a la filiación, maternidad y paternidad como tradicionalmente los conocemos, la suma de la homosexualidad a la ecuación genera nuevos frentes de conflicto. Pueden llegar a presentarse casos como:

- a) Dos hombres homosexuales se convierten en padres, por medio de la denominada maternidad subrogada o alquiler de vientre.

---

<sup>21</sup> De acuerdo a Morán de Vicenzi, “La relación jurídica de filiación es el vínculo que existe entre progenitores y generados. Con esta breve definición se describe uno de los principios fundamentales del Derecho de filiación – denominado también como *favor veritatis*-, cuya aplicación supone que el vínculo paterno-filial se establece una vez comprobada la descendencia genética y/o biológica del nacido respecto a un varón y una mujer determinados”

- b) Una pareja de lesbianas se convierten en madres por medio de la inseminación artificial, usando la esperma de un donante.
- c) Una pareja de lesbianas logran concebir haciendo uso de la fecundación in vitro y de la ovodonación por parte de su pareja.
- d) Un hombre hermafrodita o transexual, que tenga la apariencia externa masculina, pero que cuente con órganos reproductivos femeninos, puede llegar con ayuda de los procedimientos de reproducción asistida existentes, a embarazarse<sup>22</sup>.

Estos y otros casos que otrora hubiesen parecido imposibles de llevarse a cabo, actualmente están tomando protagonismo dentro de nuestras sociedades. Y una vez más, insistimos en el hecho de que la legislación ecuatoriana se ha visto superada por los avances de la biotecnología.

Si analizamos el primer caso presentado, vemos que se rompe con el principio de presunción de maternidad. De acuerdo a Cabanellas (2006), es madre la “mujer que ha dado luz uno o más hijos” (Pág. 233), mientras que la maternidad hace alusión a la condición de madre. Por otro lado, subrogar quiere decir sustituir a una persona o cosa en lugar de otra. (Pág. 353). Entonces, se puede decir que la maternidad subrogada es una maternidad sustituta. Esto tiene severas implicaciones jurídicas en el caso de una pareja de homosexuales. Si bien uno de ellos podría ser el potencial donador de esperma, eso excluye al otro de la posibilidad de convertirse en padre legal de ese niño/niña según a lo establecido en nuestra legislación.

---

<sup>22</sup> Se puede tomar en cuenta el caso del primer hombre embarazado: Thomas Beatie. “*En resumen: Thomas nació con un cuerpo de mujer (Tracy Langondino, su nombre previo), y siempre estuvo convencido de que era un hombre, así que recurrió a una serie de tratamientos para conseguir el objetivo de adecuar su cuerpo; Thomas es un hombre transexual (...)*” (ALVAREZ, Jorge (2009). ¿La maternidad de un padre o ... la paternidad de una madre? Transexualidad, reproducción asistida y bioética. Recuperado de: <http://www.medigraphic.com/pdfs/gaceta/gm-2009/gmo92/.pdf>). La mujer de Thomas a causa de una histerectomía no podía convertirse en madre, entonces le propuso a Thomas que se embarazara y este aceptó. Descontinuó sus tratamientos hormonales, logrando recuperar su ciclo menstrual. Ante la negativa de los doctores de inseminarla, fue a un banco de semen y se autoinseminó en casa. Producto de este procedimiento Thomas perdió una trompa de falopio ya que se había producido un embarazo fuera del útero o ectópico. Thomas volvió a intentarlo, y la segunda vez quedó embarazado de una niña. (ALVAREZ, J. *Ibidem*)

Por otro lado, la madre sustituta no tiene la voluntad de convertirse en madre, ella solo está prestando un servicio a cambio de alquilar su vientre.

En el segundo caso, si bien dos mujeres tienen la voluntad procreacional de convertirse en madres, solo una de ellas llevará a término su embarazo originado gracias a la utilización de la esperma de un donante, mismo que puede, dependiendo de la legislación, mantenerse o no anónimo.

En el tercer caso, dos mujeres lesbianas conciben un niño de tal manera que la mujer que se embaraza no tiene una relación genética con el producto que yace en su vientre, dado que este ha sido implantado en ella luego de haber sido creado en un laboratorio, haciendo uso de un óvulo de su pareja y la esperma de un tercero. Se rompe entonces con el principio de presunción de maternidad, mismo que ya ha sido mencionado en párrafos anteriores.

Por último en el cuarto caso, el hombre transexual que lleva a término el embarazo puede estar considerado legalmente como un hombre, por lo cual debería ser considerado como el padre del hijo o hija. Su pareja, debería ser considerada como la madre, pero su maternidad vendría dada por la voluntad procreacional de la que tanto hablamos, ya que el material genético del niño en cuestión estaría determinado por el del hombre transexual, que internamente cuenta con un aparato reproductivo femenino, por tanto aportó el gameto femenino; mientras que el gameto masculino fue dado por un donador de esperma.

Todos los casos mencionados ponen en una encrucijada a los conceptos tradicionales de paternidad y maternidad, así como a la institución de la filiación. Y, debemos recalcar que no son las únicas variantes existentes en cuanto a la problemática que puede suscitarse debido a la utilización de las técnicas de reproducción asistida en parejas homosexuales. Es por esto que dentro de este trabajo de investigación nos dedicaremos a abordar los casos de las parejas lesbianas que han concebido haciendo uso de la inseminación artificial y la fecundación in

vitro. Ahora bien, el concepto que debemos tener muy presente para poder avanzar en esta investigación es el de la “voluntad procreacional”, si insistimos en ello es porque si no se entiende esta concepción, no existe una manera de replantear los conceptos tradicionales de maternidad, paternidad, filiación y por supuesto de familia. Debemos de igual manera comprender que los tipos y modos de filiación se encuentran determinados por la ley, por tanto, es el derecho el que debe recoger los cambios venidos del avance de la biotecnología; así como a los cambios producidos dentro de la institución familiar de nuestra sociedad.

## **CAPITULO II**

### **PAREJAS HOMOSEXUALES**

*“No estamos legislando, señorías, para gentes remotas y extrañas. Estamos ampliando las oportunidades de felicidad para nuestros vecinos, para nuestros compañeros de trabajo, para nuestros amigos y para nuestros familiares, y a la vez estamos construyendo un país más decente, porque una sociedad decente es aquella que no humilla a sus miembros (...) Su victoria nos hace mejores a todos, hace mejor a nuestra sociedad.” (José Luis Rodríguez Zapatero)*

Etimológicamente el término homosexual proviene de las raíces griega *homo* y latina *sexus*, la primera, hace referencia a algo que se considera igual o semejante, y la segunda, que se traduce como sexo, dando como resultado la significación de “mismo o semejante sexo.”

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, en su última edición (2001), la homosexualidad constituye una “inclinación erótica hacia individuos del mismo sexo”, de igual manera, dentro del glosario feminista elaborado por la Comisión de Transición hacia el Concejo de las Mujeres y la Igualdad de Género, según Cuvi, M; López S. (2011) estipula que la homosexualidad es una “afinidad psicoafectiva-sexual con personas del mismo sexo. Relación entre personas del mismo sexo” (Pág. 36).

Refiriéndonos específicamente al término “gay”, este “fue acuñado a mediados del siglo veinte por ellos mismos con la intención de convertir el estereotipo de homosexual deprimido y solitario (Gay en inglés significa alegre)” (Schmidt, T. 2008:34). Por otro lado el término lesbiana hace referencia a la poetiza griega Safo de Lesbos (Isla griega) quien incurría en estas prácticas homosexuales como un modo de preparar a sus pupilas para las relaciones sexuales matrimoniales. (Martos, J. Homosexualidad femenina en Grecia y Roma)

Muchos piensan que el término “homosexual” se ha utilizado desde siempre para designar a esta tendencia sexual; sin embargo, éste no fue acuñado sino hasta 1869 por Karl-Maria, como el autor del Kertberry, a quién algunos, como el autor del libro “La sociedad gay: una invisible minoría”, Juan Herrero Brasas, consideran como el pionero del movimiento de liberación homosexual. Kertberry, a modo de activismo, repartió panfletos en Berlín, abogando por “la eliminación del párrafo 175 del código penal, que castigaba duramente el fenómeno al que él acababa de rebautizar” (Herrero Brasas, J. 2001: 19) Entonces, vemos que a pesar de que la homosexualidad ha existido desde tiempos inmemoriales, como ya se ha descrito oportunamente en el Capítulo I de esta investigación, su definición como tal tuvo un nacimiento posterior.

En términos de disciplinamiento y de control, como ya ha mencionado Foucault, el poder se sirve del derecho y de la ciencia para lograr someter a sus súbditos, es por esto, que si bien Kertberry es el primero en acuñar el término, Richard von Krafft-Ebing<sup>23</sup>, en su “Psychopatia Sexualis” difundió el concepto. De acuerdo a Herrero Brasas (2001) este texto es un “voluminoso compendio de más de doscientos casos ilustrativos de las varias manifestaciones psicopatológicas de la vida sexual” (Pág. 19). Su importancia recae en que a partir de la publicación de Krafft-Ebing, la ciencia y especialmente la psiquiatría toman un puesto protagónico como árbitros de la normalidad sexual, que previamente era manejada por la iglesia<sup>24</sup>. Para Foucault (2008), “la medicina ha entrado con fuerza en los placeres de la pareja: ha inventado toda una patología orgánica, funcional o mental, que nacería de las

---

<sup>23</sup> Neurólogo de profesión, que gracias a la publicación de su “Psychopatia Sexualis”, llegó a convertirse en el director de la clínica psiquiátrica de la Universidad de Viena. (Herrero Brasas, J. Ibidem)

<sup>24</sup> A partir de lo expresado en el antiguo testamento, Génesis 19, la destrucción de Sodoma y Gomorra, la Iglesia predicaba que las perversiones sexuales –la biblia jamás hace alusión a la palabra homosexualidad, que como ya hemos explicada fue acuñada posteriormente- no eran toleradas por dios. De esta manera controlaba que las uniones sean heterosexuales, y condenaba severamente dichas perversiones como el adulterio.

prácticas sexuales “incompletas”; ha clasificado con cuidado todas las formas anexas de placer; las ha integrado al “desarrollo” y a las “perturbaciones” del instinto; y ha emprendido su gestión.” (Pág. 43) Y es que, desde que la ciencia y el derecho se apoderan del discurso de la naturalidad de la sexualidad, se han manejado como hegemónicos los conceptos de familia nuclear y de relación heterosexual.

Para adentrarnos de lleno en la historia de la homosexualidad necesitaríamos conducir una investigación aparte, tal como la que hizo Juan Herrero Brasas en su obra “La sociedad gay: una invisible minoría”; sin embargo, mencionaremos que a nivel mundial hasta antes de 1973 la homosexualidad estaba considerada como un trastorno mental, por la mayoría de psiquiatras incluido Sigmund Freud. Es en este año, 1973, que la Asociación de Psiquiatría Americana (APA) eliminó del Manual de Diagnóstico de los Trastornos Mentales a la homosexualidad, y publicó una declaración oficial denominada “Position Statement on Homosexuality and Civil Rights<sup>25</sup>” en la que urgió a rechazar la discriminación pública y privada en contra de homosexuales. Este fue el inicio del cambio del discurso científico en torno a la homosexualidad, al no ser considerado como una perversión, como una enfermedad, ya no existía la necesidad de buscar una cura. Las legislaciones por ende debían, y digo “*debían*” porque en la realidad el cambio tomó un tiempo considerable, modificarse y dejar de discriminar a los homosexuales, dado que ya no eran considerados como trastornados mentales. En 1990, dos décadas más tarde, en la 43ª Asamblea Mundial de la Salud, Organización Mundial de la Salud (OMS) retiró del manual de clasificación estadística

---

<sup>25</sup> En el texto original: “*WHEREAS HOMOSEXUALITY per se implies no impairment in judgment, stability, reliability, or general social or vocational capabilities, therefore, be it resolved that the American Psychiatric Association deplors all public and private discrimination against homosexuals in such areas as employment, housing, public accommodation, and licensing, and declares that no burden of proof of such judgment, capacity, or reliability shall be placed upon homosexuals greater than that imposed on any other persons. Further, the American Psychiatric Association supports and urges the enactment of civil rights legislation at the local, state, and federal level that would offer homosexual citizens the same protections now guaranteed to others on the basis of race, creed, color, etc ...*” (Recuperado de: <http://www.psychiatry.org/advocacy--newsroom/position-statements>)

mundial de enfermedades a la homosexualidad<sup>26</sup>.

En el Ecuador, la historia de la homosexualidad al igual que en el resto del mundo, ha sido una historia de discriminación y de criminalización. El poder dominante se encargó de establecer que las identidades sexuales contrarias a la heterosexualidad sean consideradas como anormales. En palabras de Judith Salgado<sup>27</sup>,

*“ésto ha sido propiciado por el heterosexismo, entendido como aquella concepción que coloca a la heterosexualidad en la posición de sujeto universal del discurso y la designa como la categoría a la cual todos debemos pertenecer mientras la homosexualidad ocupa la posición de objeto de poder/conocimiento, que designa una categoría que se diferencia de lo “normal” (la heterosexualidad)” (Salgado, J. 2005: 13)*

Dado que el heterosexismo se encargó de establecer que la homosexualidad era antinatural, resultaba obvio que una conducta que atente contra el ordenamiento, lo aceptado, y sobre todo contra la moral establecida, sea tipificada. Es así que hasta 1997, como muestra del máximo poder coercitivo del Estado, el artículo 516 del Código Penal (En adelante CP) prescribía que:

*“En los casos de homosexualismo, que no constituyan violación, los dos correos serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años.*

*Cuando el homosexualismo se cometiere por el padre u otro ascendiente en la persona del hijo u otro descendiente, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años y privación de los derechos y prerrogativas que el Código Civil concede sobre la persona y bienes del hijo.*

*Si ha sido cometido por ministros del culto, maestros de escuela, profesores de colegio o institutores, en las personas confiadas a su dirección o cuidado, la pena será*

---

<sup>26</sup> Véase el manual completo en: [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/70935/2/ICD\\_10\\_1968\\_v1\\_spa.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/70935/2/ICD_10_1968_v1_spa.pdf)

<sup>27</sup> Profesora agregada de Derecho y coordinadora del Programa Andino de Derechos Humanos (PADH) de la Universidad Andina Simón Bolívar.

*de reclusión mayor de ocho a doce años.”*

Al igual que en San Francisco el 28 de junio de 1969,<sup>28</sup> la redada policial realizada a un bar gay llamado Stonewall generó un clima propicio para la denuncia sobre la violación de derechos humanos al colectivo LGBTI<sup>29</sup> (Noir, R. 2010: 135), en nuestro país también se llevaron a cabo ciertos eventos que dispararon el ánimo de reclamo por parte del colectivo LGBTI. De acuerdo a Salgado, en 1997 la detención masiva de homosexuales en Cuenca tuvo como consecuencia final la denuncia de inconstitucionalidad del artículo 516 del CP presentada por “representantes del Movimiento Triángulo Andino, Cocinelli, Asamblea Permanente de Derechos Humanos (APDH), Servicio Paz y Justicia (SERPAJ). (Salgado, J. 2005: 16) Como respuesta a ésta, el Tribunal Constitucional aceptó parcialmente la demanda, declarando inconstitucional el primer inciso del mencionado artículo<sup>30</sup>; sin embargo, se mantienen hasta el día de hoy los incisos segundo y tercero.

La resolución del Tribunal Constitucional es de suma importancia en la lucha no solo por los derechos del colectivo LGBTI, sino porque marcó un hito sin precedentes abriendo la puerta al debate sobre la calificación a los derechos sexuales como derechos humanos.

Los cambios que se dieron luego de dicha resolución, fueron especialmente visibles en la Constitución Política del año 1998, por ejemplo vemos que por primera vez se prohíbe la discriminación en razón de la orientación sexual, siendo nuestra constitución la segunda a

---

<sup>28</sup> Esta fecha es simbólica para el Movimiento de Liberación Gay, mismo que nace formalmente a raíz de los actos sucedidos en Stonewall y con las manifestaciones pacíficas posteriores al 28 de junio de 1969. De manera conmemorativa a nivel mundial alrededor de esta fecha se celebran los desfiles conocidos como “marchas del orgullo gay”.

<sup>29</sup> Bajo la sigla LGBTI se denomina al colectivo de personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales. Debemos recalcar que existen otras minorías sexuales que no son representadas bajo esa sigla, por ejemplo los pansexuales, a los cuales se les incluye dentro del grupo queer. De esta manera, en varios trabajos suele encontrarse el acrónimo LGBTIQ; sin embargo, dentro de esta investigación usaremos la sigla conocida tradicionalmente ya que nos concentramos principalmente en la minoría sexual de las mujeres lesbianas.

<sup>30</sup> Dado por Resolución del Tribunal Constitucional No. 106, publicado en Registro Oficial Suplemento 203 de 27 de Noviembre de 1997.

nivel mundial en recoger este precepto (véase a Montoya, O. Discriminación por Orientación Sexual: 141 en Buitrón, E. 2009: 24)

*“Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:*

*3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole.”*

Con el pasar del tiempo, la tesis de los derechos sexuales y reproductivos fue calando los distintos sectores de la sociedad, y junto con ella poco a poco se abrieron paso los miembros del colectivo LGBTI para reclamar sus derechos. Todos los esfuerzos invertidos por las distintas organizaciones del colectivo LGBTI se vieron plasmados en la Constitución del 2008, especialmente en tres articulados:

El artículo 11, en su inciso segundo, que de acuerdo a la dirigente del Movimiento Ruptura de los 25, Maria Paula Romo, se constituye como “uno de los artículos más garantistas en cuanto a la no discriminación se refiere”<sup>31</sup>, prescribe:

*“Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El*

---

<sup>31</sup> Charla: “Matrimonio Igualitario en Argentina: avanzando a la plenitud de derechos”, FLACSO Ecuador, 10 de mayo del 2013. Auditorio Biblioteca FLACSO.

*Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.”*

El artículo 67, que proclama:

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

Y; el artículo 68 que dice:

*“La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio”*

Del primer articulado se desprende que el Estado, como garante de los derechos, es el llamado a garantizar una igualdad real para todos sus ciudadanos, entre ellos los distintos miembros del colectivo LGBTI. Es decir hace alusión al principio de igualdad, del cual nos ocuparemos más adelante.

El segundo articulado nos habla del reconocimiento a los diversos tipos de familias, entendiéndose que el modelo nuclear de familia, establecido por la hegemonía patriarcalista, constante de un padre, una madre y sus hijos, no constituye el único tipo de familia existente. Esto significa que dentro de esta diversidad pueden estar reconocidas las familias homoparentales, un triunfo para el colectivo LGBTI de nuestro país. De igual manera, el artículo 67 expresa que la familia se constituye mediante vínculos jurídicos o de hecho. Lo cual nos lleva al tercer artículo mencionado, que posibilita la unión de hecho entre parejas del mismo sexo, ya que menciona que es la “unión estable y monogámica entre dos personas” jamás especifica el sexo de las mismas, y les otorga los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas por matrimonio.

Si bien a nivel mundial son varias las legislaciones que han legalizado el matrimonio homosexual o igualitario, teniendo como pionera a la de los Países Bajos en 2001 (Noir, R. 2010: 137), en nuestro país no ha sido legalizado, como ya hemos mencionado solo existe la posibilidad de acceso a la unión de hecho, que si bien en la norma constitucional dice que cuenta con los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio, en el régimen patrimonial existen algunas diferencias, que ya hemos analizado en el capítulo posterior, y más allá de esta diferencia, varios miembros y activistas del colectivo LGBTI, entre ellos Bruno Bimbi,<sup>32</sup> Pedro Zérola,<sup>33</sup> Pamela Troya y Gabriela Correa, consideran que el hecho de que las parejas homosexuales no puedan acceder al matrimonio y solo a la unión de hecho es discriminatorio, atenta contra derechos humanos y pone a los homosexuales en una categorización de ciudadanos de segunda clase.

Por estas y otras razones, en nuestro país en el mes de agosto de 2013 se inició la campaña en busca del Matrimonio Igualitario. El cinco de agosto, la pareja conformada por Pamela Troya y Gabriela Correa, con el Apoyo de la Red Lgbti Ecuatoriana “Equidad”, su abogado, el señor Ramiro García, y varios activistas de los colectivos LGBTI ecuatorianos, se presentaron en el Registro Civil de la ciudad de Quito para pedir turno para contraer matrimonio, dos días después su petición fue denegada por el registro civil en un comunicado que en su parte pertinente establecía “Luego del análisis respectivo el 7 de agosto de 2013, el Registro Civil solicita a las peticionarias que para continuar con el trámite previo a la celebración del matrimonio civil deben completar los requisitos establecidos en la

---

<sup>32</sup> Activista Gay, periodista y escritor argentino, autor del libro “Matrimonio Igualitario. Intrigas, tensiones y secretos en el camino hacia la ley.” Durante el periodo de búsqueda de la obtención del matrimonio igualitario en Argentina, se desempeñó como Secretario de Prensa y Relaciones Institucionales de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans; y, redactó junto a dos colaboradores los recursos de amparo interpuestos ante la negativa del Registro Civil Argentino a dar turno a distintas parejas homosexuales para contraer matrimonio.

<sup>33</sup> Activista Gay, concejal socialista del ayuntamiento de Madrid, ex presidente del Colectivo Gay de Madrid (COGAM) y la Federación Estatal de Colectivos LGBTI (FELGT) y miembro de la Ejecutiva Federal del Partido Socialista Obrero Español (PSOE)

Constitución de la República y Código Civil” (Artículo, Registro Civil Negó Matrimonio a Lesbianas, 8 agosto del 2013), posteriormente las interesadas presentaron una acción de protección, misma que fue inadmitida por la jueza Gloria Pillajo de la Unidad Judicial Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

En respuesta, el 21 de agosto, la pareja apeló el auto de inadmisión “a fin de que la Corte Provincial revoque y le permita -indican- un adecuado ejercicio de la defensa estipulado en el artículo 76.7 de la Constitución” (Artículo, Lesbianas apelan decisión de jueza, 22 de agosto de 2013), el 19 de septiembre el recurso fue aceptado parte de la doctora Karla Muela Bravo, en calidad de Secretaria Encargada de la Segunda Sala Civil, Mercantil, Inquilinato y Residuales, y resolvió que la Jueza Pillajo debía sustanciar el recurso.

El 10 de octubre se llevó a cabo la audiencia pública del recurso interpuesto, posteriormente, el día 17 de octubre, la Jueza Pillajo resolvió abstenerse de continuar conociendo y sustanciando la causa “toda vez que de la revisión del proceso se advierte que he dado opinión en la presente causa” (Artículo, Jueza Pillajo resuelve abstenerse de continuar conociendo la cauda de la pareja de lesbianas que busca el Matrimonio Igualitario en el Ecuador, 4 de noviembre de 2013. La pareja señaló ante varios medios de prensa que acudirían a instancias internacionales, y que la lucha por los derechos del colectivo continuaría. De esta manera unas semanas más tarde, una pareja de homosexuales<sup>34</sup> siguió el mismo proceso que Pamela y Gabriela.

Debemos señalar que la campaña por el Matrimonio Civil Igualitario en Ecuador tiene un plan de acción similar al que se llevó a cabo en Argentina para lograr legalizar el Matrimonio Igualitario. Se basa, en una especie de bombardeo de acciones judiciales, venidas por la negativa del acceso al matrimonio a parejas homosexuales.

---

<sup>34</sup> Para más información del caso ver: <http://www.matrimoniociviligualitario.ec/colectivos-reanudan-campana-en-favor-al-matrimonio-homosexual/>

Podemos concluir que si bien la historia de los derechos de las personas homosexuales en sus inicios fue de medicalización, criminalización y una profunda discriminación, actualmente han dado pasos agigantados para el reconocimiento de sus derechos, entre ellos el acceso al matrimonio. Dado que en nuestro país aun no se ha dado ese salto, debemos analizar las por qué se ha limitado el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales, y junto con esto, la posibilidad de adoptar.

## **2.1 ARGUMENTOS ESGRIMIDOS PARA LIMITAR EL MATRIMONIO Y LA ADOPCIÓN A HOMOSEXUALES**

El colectivo LGBTI se ha visto restringido para acceder a la institución del matrimonio, dado que muchos grupos conservadores y de derecha se basan en ciertos preceptos, tanto bíblicos como legales que mencionan, tal como nuestra constitución y código civil, que el matrimonio es la unión entre “hombre y mujer” y que tiene como fin la procreación. Siguiendo esta línea de ideas, se ha limitado de igual manera la posibilidad de que parejas homosexuales adopten niños.

Como hemos analizado previamente, los homosexuales eran considerados enfermos; sus afectos eran calificados, y aún lo son por 76 países de acuerdo a la última campaña emitida por la ONU llamada “libre e igual”,<sup>35</sup> como delitos; de igual manera, se consideraba que la homosexualidad era algo contra natura dado que una pareja formada por miembros del mismo sexo no eran capaces de procrear. Por ende, se consideraba que tampoco eran aptos para adoptar a un niño o niña, en nuestro país sigue constituyendo un limitante para adoptar el ser homosexual de acuerdo a lo estipulado en el artículo 68 de la Constitución que especifica

---

<sup>35</sup> Campaña lanzada por la Oficina de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ver: <https://www.unfe.org/es>

"La adopción corresponderá sólo a parejas de *distinto sexo*<sup>36</sup>."

Los argumentos expuestos sobre las razones por las cuales los homosexuales no deberían tener la posibilidad acceder al matrimonio, ni a la adopción, no deben ser tomadas a la ligera. Cuando se inicia el debate sobre el ¿por qué los homosexuales no pueden casarse ni adoptar? O ¿por qué deberían? No se está debatiendo sobre estos asuntos precisamente, detrás de ellos se encuentra un intrincado juego de poderes en donde los homosexuales se encuentran en directa oposición al Estado, a su autoridad y al modelo que éste ha planteado como correcto, esto es a lo que Michel Foucault se refiere como gubernamentalidades (véase a Michel Foucault. *Nacimiento de la biopolítica en El surgimiento del derecho constitucional en el Ecuador: Gubernamentalidades y discurso jurídico sobre el estado en el siglo XX*. León Calle, S. y Campaña P: 9). De acuerdo a Marina Castañeda, autora del libro la nueva homosexualidad, el planteamiento del matrimonio homosexual enfrenta dos visiones de vida una que respeta las individualidades y libertades, y una conservadora y religiosa. La autora señala que:

*“El tema del matrimonio gay interesa a todo el mundo porque en él convergen una serie de valores que han sido centrales en las sociedades occidentales desde el Siglo de las Luces: la libertad individual, el papel del Estado en la vida privada, la separación entre Iglesia y Estado, y varias preocupaciones más recientes, como la composición de la familia, la equidad de género, los derechos de las minorías y la participación de la sociedad civil en la elaboración de leyes”.* (Castañeda, M. 2006:75)

De esta convergencia de valores, es de donde nacen los argumentos contrarios al matrimonio igualitario, y que en buenos casos han servido para argumentar las limitaciones de acceso al mismo por parte de homosexuales, entre ellos tenemos, consideraciones de índole

---

<sup>36</sup> La adopción por parte de parejas homosexuales es posible, hoy en día, en varios países como Bélgica, Sudáfrica, España, Suecia, Holanda, Reino Unido, Canadá, entre otros.

religiosa, que han sido mencionadas previamente, y por lo general son apoyadas por los sectores tradicionales de la sociedad. En nuestro país se ha formado una agrupación denominada “Somos 14 millones: Vida, Familia y Libertad” quienes se han encargado de tomar la batuta, junto a la iglesia para luchar en contra no solo del matrimonio igualitario, sino del aborto, la anticoncepción y todos aquellos valores e ideologías “ajenas a nuestra sociedad ecuatoriana” que amenazan, mencionan, los valores y principios no negociables que constituyen pilares de nuestro desarrollo<sup>37</sup>.

### **2.1.1 Posición Oficial de la Iglesia Católica**

Es de imperiosa necesidad que se tome en cuenta la posición que la Iglesia Católica mantiene sobre el asunto, dado que su opinión es por extensión la opinión de sus fieles. Y, si bien existen muchas personas que no practican la religión, culturalmente la poseen. Por ejemplo, en el caso del Ecuador, un gran porcentaje de su población es católica, su moral, sus maneras y su cultura son católicas, practiquen o no la religión. La conquista dejó secuelas en nuestro universo simbólico.

Vemos pues que, la iglesia católica emitió en el año 2003 un texto denominado “Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales” misma en la que se describen razones teológicas, y de orden racional, para justificar porque no se debe permitir el matrimonio entre homosexuales. Entre las razones teológicas, señalan que Dios creó a los hombres a su imagen y semejanza y los hizo “varón y hembra” (Génesis 1, 27), para que se complementen. Sobre el matrimonio y la sexualidad mencionan:

---

<sup>37</sup> Textualmente mencionada organización señala: “14 Millones” es una iniciativa ciudadana que unifica fuerzas de personas y organizaciones que comparten el deseo de promover valores y principios, permanentes y no negociables, propios de la naturaleza humana –de manera especial los referentes a la familia-, pilares del auténtico desarrollo, que están siendo amenazados por ideologías ajenas a nuestra identidad ecuatoriana” Recuperado de: [http://www.14millones.org/?page\\_id=2](http://www.14millones.org/?page_id=2)

*“El matrimonio, además, ha sido instituido por el Creador como una forma de vida en la que se realiza aquella comunión de personas que implica el ejercicio de la facultad sexual. «Por eso dejará el hombre a su padre y a su madre y se unirá a su mujer, y se harán una sola carne» (Gn 2, 24) En fin (...) En el designio del Creador complementariedad de los sexos y fecundidad pertenecen, por lo tanto, a la naturaleza misma de la institución del matrimonio” (RATZINGER, Joseph Card. 2003)*

Vemos pues que uno de los argumentos más utilizados como limitante para el acceso al matrimonio igualitario es de índole religioso, y va atado a la reproducción humana, que, según los representantes del vaticano no puede llevarse a cabo entre miembros del mismo sexo.

En cuanto a los argumentos de orden racional, se refieren a la función de la ley civil, misma que recalcan se encuentra limitada por la ley moral, si la primera no se encuentra acorde a la segunda y por ende a la recta razón, no podrá tener razón de ley. Sobre la legalización de las uniones homosexuales en la ley civil expresan:

*(...) “Las leyes civiles son principios estructurantes de la vida del hombre en sociedad, para bien o para mal. Ellas «desempeñan un papel muy importante y a veces determinante en la promoción de una mentalidad y de unas costumbres». Las formas de vida y los modelos en ellas expresados no solamente configuran externamente la vida social, sino que tienden a modificar en las nuevas generaciones la comprensión y la valoración de los comportamientos. La legalización de las uniones homosexuales estaría destinada por lo tanto a causar el obscurecimiento de la percepción de algunos valores morales fundamentales y la desvalorización de la institución matrimonial” (RATZINGER, Joseph Card. 2003)*

Para la iglesia, los grupos de derecha, en sí, para los sectores tradicionales de la sociedad se debe limitar el acceso al matrimonio por parte de las personas homosexuales para no atentar contra preceptos divinos y morales, en pos del mantenimiento de cierta mentalidad y ciertas costumbres. Este texto constituye un claro ejemplo del discurso hegemónico mantenido por la iglesia, dándole fuerza al patriarcado; porque, como ya habíamos

mencionado no solo se oponen al matrimonio gay, sino al aborto, al uso de anticonceptivos y al nuevo papel que viene desarrollando la mujer en nuestra sociedad.

Debe sumarse a este, otro argumento manejado en contra del matrimonio igualitario y la adopción por parte de parejas homosexuales y es que, el acceso de los miembros del colectivo a estas instituciones constituye una amenaza para el modelo hegemónico-tradicional que se conoce como familia. Esto va ligado al primer argumento, dado que la finalidad del matrimonio es la producción de familia, la procreación; y, si los homosexuales no tienen la capacidad de procrear se pone en riesgo la continuidad de la familia, entendida como el núcleo de la sociedad. Sin embargo, como ya hemos analizado previamente, en el Capítulo I, vemos que existen diversos métodos de reproducción asistida que pueden tener como finalidad una doble maternidad o paternidad, además de una posibilidad de adoptar niños por parte de parejas homosexuales.

Al respecto, la Congregación para la Doctrina de la Fe, en el texto antes mencionado, redactado por el anterior Papa Benedicto XVI mencionan que:

*“En las uniones homosexuales están completamente ausentes los elementos biológicos y antropológicos del matrimonio y de la familia que podrían fundar razonablemente el reconocimiento de tales uniones. Éstas no están en condiciones de asegurar adecuadamente la procreación y la supervivencia de la especie humana. El recurrir eventualmente a los medios puestos a disposición por los recientes descubrimientos en el campo de la fecundación artificial, además de implicar graves faltas de respeto a la dignidad humana, no cambiaría en absoluto su carácter inadecuado” (RATZINGER, Joseph Card. 2003)*

Se continúa manejando un discurso hegemónico que establece la heterosexualidad como natural y como elemento necesario para la existencia del matrimonio y la creación de una familia. Hacen alusión al campo de la fecundación artificial, reconociendo que a consecuencia de su utilización, las parejas homosexuales pueden llegar a convertirse en

padres o madres, pero dicen que la naturaleza de estas relaciones seguiría manteniéndose como inadecuada. Siguiendo esta línea de ideas, cabría preguntarnos si ¿los niños venidos por la utilización de estos métodos, al ser considerados fruto de una operación inadecuada, son o no merecedores de los mismos derechos que los niños venidos de una relación adecuada? Entre ellos el derecho a la identidad.

A simple vista podríamos decir que efectivamente, apelando al principio de igualdad y no discriminación mismo que se ha consagrado como punto clave del constitucionalismo democrático, si son merecedores los hijos de padres homosexuales de tener los mismos derechos que los hijos venidos de relaciones heterosexuales; al igual que, sus padres, o madres, de acceder al matrimonio igualitario. Sin embargo, para la iglesia católica, no se puede apelar al principio de igualdad y no discriminación, para dar tratamiento a la temática de matrimonio homosexual, adopción ni concepción por medio de mecanismos de reproducción asistida, dado que hacerlo constituiría un acto injusto.

Ratzinger, Joseph Card (2003) menciona que:

*“Para sostener la legalización de las uniones homosexuales no puede invocarse al principio de respeto y la no discriminación de las personas. Distinguir entre personas o negarle a alguien un reconocimiento legal o un servicio social es efectivamente inaceptable sólo si se opone a la justicia. No atribuir el estatus social y jurídico de matrimonio a formas de vida que no son ni pueden ser matrimoniales no se opone a la justicia, sino que, por el contrario, es requerido por ésta”.*

Es importante analizar estos argumentos, dado que han influido de manera determinante en nuestras legislaciones que son de talante romanista. De tal manera que, como hemos descrito previamente, constituyen requisitos del matrimonio en nuestra legislación: que se celebre entre un hombre y una mujer, excluyendo a los homosexuales; y, que tenga como fin la procreación, el auxilio entre cónyuges y la mutua convivencia. (Art. 81 CC) En fin, el

discurso religioso ha determinado la manera en que legislamos sobre matrimonio, adopción y familia. Sin embargo, a la luz de los nuevos tiempos debemos considerar el tema del matrimonio igualitario, la adopción gay, la homoparentalidad lesbiana, entre otros, no como quimeras o temas abstractos, sino “en términos de lo que ya existe” (Castañeda, M. 2006: 99) y tratarlos bajo el principio de igualdad y no discriminación.

### **2.1.2 El matrimonio igualitario como chivo expiatorio**

Si bien el matrimonio civil se ha visto influido por el discurso eclesiástico, no debemos olvidar que se originó gracias a la separación entre la Iglesia y el Estado en los países occidentales. En nuestro país, en el año 1902, a finales de la denominada revolución liberal, se promulgó la Ley de Matrimonio Civil contenida en el Registro Oficial 336 del 28 de octubre de 1902, misma que en su artículos primero y segundo, respectivamente, señalaba “Se establece el Matrimonio Civil en la República” y, “Para que el matrimonio produzca efectos civiles, es necesario que se celebre con arreglo a las prescripciones de ésta ley”.

La existencia misma de esta ley constituía una ruptura definitiva con la Iglesia católica y su discurso hegemónico, razón por lo cual los representantes de la iglesia empezaron a satanizar al matrimonio civil, utilizando algunos de los argumentos que se han usado en contra del matrimonio igualitario. De tal manera vemos que días posteriores a la promulgación de la ley, los Obispos de Riobamba, Ibarra y, el Arzobispo de Quito, envían una carta al Presidente de la República, General Leónidas Plaza, en la que mencionan:

*“Ahora bien, es a todos manifiesto que el último Congreso, con la ley de matrimonio civil, ha establecido modificaciones substanciales en materias de exclusiva competencia de la iglesia, por lo mismo que versan sobre el matrimonio elevado por Jesucristo a la dignidad de sacramento (...)” (Pedro Rafael, Arzobispo de Quito. 24 de noviembre de 1902)*

El Arzobispo de Quito recalcó que el matrimonio constituye un asunto de competencia

de la iglesia, por tanto del derecho canónico. Como hasta hoy en día, parece que la Iglesia sigue inmiscuyéndose en los asuntos civiles, sin comprender a cabalidad lo que significa que nos hayamos convertido en un Estado Laico.

Tal como en esas épocas, se consideró al Matrimonio Civil como un chivo expiatorio para designarlo como causante de las transformaciones familiares, y la “degradación” de la institución familiar, hoy en día se ha cambiado de chivo expiatorio, se maneja el mismo discurso sobre la destrucción de la familia pero se le otorga la culpa al matrimonio igualitario, y sus variantes, las uniones de hecho homosexuales. Sobre esto, Castañeda, M. (2006) señala que:

*“El divorcio, las segundas nupcias, la adopción, la maternidad o paternidad sin pareja, han dado pie a una gran variedad de estructuras familiares: hogares monoparentales dirigidos por una mujer o un hombre sin pareja (...) familias mixtas con hijos de matrimonios previos, cada vez más parejas heterosexuales que viven juntas sin casarse, que no tienen hijos, etcétera. Ninguna de estas nuevas formas de convivencia familiar tiene que ver con la homosexualidad: son el resultado de largos procesos económicos, sociales y culturales que se han desarrollado a lo largo de medio siglo. Sin embargo, muchos conservadores asocian el colapso de la familia tradicional con la aceptación de la homosexualidad, vista como sinónimo de depravación moral, y falta de compromiso (...)” (Pág. 91)*

Lo establecido por Castañeda, ha sido abordado en el Primer Capítulo del presente trabajo, sin embargo es importante destacar su visión, que resume la argumentación utilizada para limitar o restringir el acceso de homosexuales al matrimonio, la adopción, y en el caso en concreto de este trabajo, a la posibilidad de la existencia de una doble filiación materna, garantizando el derecho a la identidad de los hijos de parejas lesbianas, bajo el principio de igualdad y no discriminación, del que vamos a hablar más adelante.

Debemos sumar a lo mencionado por Castañeda, lo establecido por Andrés Felipe Castelar (2010), en su artículo “Familia y Homoparentalidad: una revisión del tema”, que sobre el matrimonio dice:

*“Antes de promover o imponer el modelo de familia tradicional, monógamo, estandarizado y distribuido por roles en función de la diferencia sexual, el derecho al matrimonio implica contar con la posibilidad de conformar jurídicamente una estructura de tipo familiar en igualdad de condiciones legales (...)” (Pág. 50)*

Vemos pues que el tema se centra en que la ley discrimina a las minorías sexuales, y que el acceso al matrimonio se ha visto limitado bajo argumentaciones que no tienen cabida en el mundo actual, donde se pregona el garantismo de los derechos fundamentales como máxima directriz.

No podemos olvidar que junto al tema del matrimonio, se lleva a cabo la discusión sobre la homoparentalidad, en referencia a esto, deberemos analizar los argumentos que se esgrimen en contra y a favor de la misma, estudiando particularmente los que se utilizan en contra de la homoparentalidad lesbiana.

## **2.2 ARGUMENTOS EN CONTRA Y A FAVOR DE LA HOMOPARENTALIDAD LESBIANA**

Lógicamente, la mayoría de estudios, datos y estadísticas que se han llevado a cabo sobre la homoparentalidad han tenido lugar en los países en donde se ha llegado a legalizar el matrimonio igualitario o sus variantes, dado que al haber un reconocimiento legal, es decir una necesidad de normarlos, la sociedad los reconoce como reales y no puede seguir negando a su existencia, y los efectos que estas uniones tienen, especialmente cuando hay niños de por medio. En nuestro país, no se cuenta con datos certeros dado que se sigue considerando irreal o abstracto el tema de la homoparentalidad lesbiana.

Ahora bien, debemos advertir que, incluso en los países donde ya se ha admitido el matrimonio gay o sus variables, se tienen opiniones divididas sobre la admisibilidad de la homoparentalidad. Por ejemplo en España, dos de cada tres españoles aprueban el matrimonio igualitario, en cuanto a la adopción un 48,2% se encuentra de acuerdo con la adopción de

niños por parte de homosexuales, no obstante, casi la mitad de los españoles, un 44% no están nada de acuerdo con dichas acciones. Súmese a esto que el 74, 5% de la población cree que no importa la orientación sexual de quien adopte al niño, sino el bienestar del mismo (El país. 2005).

En Estados Unidos<sup>38</sup> se estima que una tercera parte de los hogares lésbicos tienen hijos, y en cuanto a las lesbianas solteras, alrededor del 21% de ellas encuestadas en el periodo 2004-2005 tiene bajo su cargo a menores de 18 años, siendo el 64% de esos niños provenientes de una relación heterosexual previa<sup>39</sup>.

Como podemos ver, con datos verificables, la realidad de los hogares homoparentales lesbianos es una a la que el derecho y la sociedad no pueden cegarse, *“hoy por hoy, todos los niños que ya existen y viven con padres homosexuales carecen de una serie de derechos y protecciones que tendrían si la ley permitiera la homoparentalidad”* (Castañeda, M. 2006: 99). A pesar de esto, se siguen manejando diversos argumentos, además de los religiosos antes mencionados, para oponerse a la homoparentalidad lesbiana.

### **2.2.1 Argumentos en Contra**

Para Castañeda (2006), se ha considerado que los homosexuales no son aptos para ser padres o madres porque son “psicológicamente inestables” (Pág. 100), esto viene dado por las descripciones pétreas establecidas por Sigmund Freud, y posteriores psicoanalistas, que si bien no calificaban a la homosexualidad como una patología, describía a los homosexuales como solitarios e inestables y perversos. Debe sumarse a esto que la industria del cine y la

---

<sup>38</sup> En la presente investigación se utilizan datos de los países en donde se ha empezado a llevar una especie de registro o base de datos concernientes a la población homosexual, cosa que en nuestro país es incipiente. De hecho la única encuesta oficial, referente a temas homosexuales, específicamente condiciones de vida e inclusión, fue llevada a cabo en el año 2013, puede ser encontrada en: [http://www.inec.gob.ec/estadisticas/?option=com\\_content&view=article&id=345&Itemid=428](http://www.inec.gob.ec/estadisticas/?option=com_content&view=article&id=345&Itemid=428)

<sup>39</sup> Véase Datos del Censo 2000 de Massachusetts en: Castañeda, M. 2006: 98

televisión se han encargado, hasta hace no mucho tiempo, de rodear a los personajes homosexuales de miseria, depresión y un sin número de problemas, y esto al ser un medio de esparcimiento del conocimiento, o del discurso aceptado, ha dejado graves secuelas en la mente de muchas personas<sup>40</sup>. Específicamente sobre las mujeres lesbianas, se argumenta que son marimachos, que carecen de una disposición maternal, razón por la cual se suele decir que no son aptas para la maternidad. Aunque estos son estereotipos de género, se siguen utilizando como herramienta de encasillamiento y opresión.

Otro argumento fuertemente utilizado, de acuerdo a Castañeda (2006), tiene relación a la estabilidad emocional y la salud psicológica de los niños, así como su futura orientación sexual. Se arguye que los niños, al no cumplir con el complejo de Edipo y de Electra, tendrán problemas en cuanto a su identidad sexual. Basta con analizar el caso “Karen Atala e hijas contra el Estado de Chile” (CIDH, 2010), mismo que fue ganado en instancias internacionales por Karen Atala, para darnos cuenta de los argumentos se usan para prohibir o limitar la homoparentalidad. En este proceso, el ex cónyuge de Karen Atala interpuso una demanda de tuición por sus tres hijas, luego de que tuviera conocimiento que su ex esposa estaba conviviendo con otra mujer. Dentro del proceso llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el numeral 2, en lo pertinente a fundamentos de hecho se indica que el señor Ricardo López, interpone la demanda de tuición:

*“Por estar su desarrollo físico y emocional –de sus hijas– en serio peligro” de continuar bajo el cuidado de su madre. En la demanda, el señor López sostiene que la señora Karen Atala “no se encuentra capacitada para velar y cuidar de ellas, su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, están produciendo y producirán necesariamente consecuencias dañinas al desarrollo de*

---

<sup>40</sup> Al respecto ver: “VITO”, dirigido por Jeffrey Schwarz. Documental sobre la vida del activista gay Vito Russo, quien realizó un estudio sobre las representaciones de gays y lesbianas en el cine; y, sobre como las mismas se encuentran como cimientos de la homofobia. O referirse al libro del mencionado activista denominado “The Celluloide Closet”

*estas menores...” y que por las prácticas sexuales de una “pareja lésbica”, las niñas están en constante riesgo de contraer enfermedades de transmisión sexual como herpes y SIDA” (CIDH, 2010:11)*

Se debe sumar un nuevo argumento, manifestado por el señor López, y es que los hijos de madres lesbianas corren el riesgo de contraer enfermedades, acusación que resulta discriminatoria, ciertamente ofensiva y carente de toda lógica.

Un último argumento comúnmente esgrimido, al que Castañeda (2006) hace alusión, es que los hijos de hogares homoparentales van a ser estigmatizados y segregados, no solo por los niños y niñas a su alrededor, sino por un sin número de adultos. Esto, sumado a las dudas sobre su estabilidad emocional, alegan los detractores de la homoparentalidad, harán que estos niños jamás se integren plenamente a la sociedad.

### **2.2.2 Argumentos a favor**

Para desarrollar los argumentos esgrimidos en apoyo a la homoparentalidad es necesario analizar los que su suelen utilizar en contra, toda vez que constituyen, en su mayoría, valoraciones sobre prejuicios y miedos infundados de los grupos religiosos y de derecha, que al ser aclarados nos darán como resultado las razones por las cuales se debe pensar en la legalización y efectivo reconocimiento de dichos hogares, así como de los niños venidos de estos.

Sobre la falta de aptitud o cualidades con que cuentan los homosexuales, especialmente, las mujeres lesbianas para ser madres, se ha visto que no existe una diferencia de aptitudes en referencia a los padres heterosexuales, dado que tienen las mismas posibilidades de llenar sus necesidades afectivas, así como de brindarles ambientes sanos. Al

respecto, en 2004 la Asociación de Psicología Americana<sup>41</sup> (en adelante APA) declaró:

*“Los padres gays y lesbianas tienen tanta probabilidad como los padres heterosexuales de proporcionar ambientes sanos y protectores para sus hijos. Las lesbianas y las mujeres heterosexuales no difieren notablemente ni en su salud mental general ni en sus maneras de criar a sus hijos. Las relaciones afectivas y sexuales de las lesbianas con otras mujeres no deterioran sus habilidades para cuidar de sus hijos (...)”* (AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. 2004. En Portugal, R.)

Súmese a esto la voluntad procreacional y de asumir una responsabilidad parental con que cuentan las mujeres lesbianas. Tal y como lo menciona Castañeda (2006) los homosexuales en general son padres comprometidos ya que han debido luchar por sus hijos, no solo ante las cortes, sino ante la sociedad. En el caso de las mujeres lesbianas que utilizan métodos de reproducción asistida, han debido pagar grandes cantidades de dinero para someterse a los mismos, y han debido de pasar por varios intentos antes de lograr concebir. Hablamos entonces de una maternidad planeada, y bien pensada.

En lo que se refiere a la salud psicológica y la orientación sexual de los niños criados en hogares homoparentales, la APA emitió una declaración institucional titulada “Orientación Sexual, Padres e Hijos”, en la misma se dice que existen tres preocupaciones alrededor de la homoparentalidad, las mismas se refieren a la identidad sexual de los niños, a una mayor incidencia de enfermedades mentales en estos niños; y, a la dificultad en el relacionamiento social de estos niños, así como a su segregación y posible maltrato. Al respecto la APA menciona:

---

<sup>41</sup> Hemos tomado como referencia de primer nivel las declaraciones emitidas no solo por la Asociación Americana de Psicología, sino de Psiquiatría y de Psicoanálisis, dado que constituyen un consenso entre especialistas de alta relevancia mundial. Partiendo también del conocimiento que tenemos sobre sus antiguas posturas sobre la homosexualidad, y como sus declaraciones institucionales han contribuido a mejorar la situación de los homosexuales y familias homoparentales. Para estudiar como gracias a éstas se han logrado ganar casos presentados ante la judicatura americana, dentro de lo referente a familias homoparentales, se recomienda visitar: <http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/parenting.aspx>

*“Los resultados de la investigación psicosocial no han podido confirmar ninguna de estas preocupaciones acerca de los hijos de padres gays o lesbianas. La investigación indica que las áreas que tienen que ver con el sexo (incluyendo identidad de género<sup>42</sup>, comportamiento género-rol<sup>43</sup> y orientación sexual) se desarrollan de la misma manera en hijos de madres lesbianas que en hijos de padres heterosexuales (...) La evidencia también indica que los hijos de padres gays y lesbianas mantienen relaciones sociales normales con compañeros y adultos (...) En términos generales, los resultados de la investigación indican que el desarrollo, la adaptación y el bienestar de los niños con padres gays y lesbianas no difiere significativamente del de los niños con padres heterosexuales.<sup>44</sup>” (Paige, R. U. 2005.)*

Debemos añadir que la APA realizó esta declaración institucional sobre varios estudios<sup>45</sup>, mismos que se han encargado de demostrar que no existen una diferencia significativa entre los niños criados por heterosexuales y homosexuales. Sin embargo, debemos recalcar que la mayoría de estos estudios han sido realizados en niños criados por parejas lesbianas, y no tiene mayores datos en niños de parejas gays. En cuanto a su alcance metodológico, señala Castañeda (2006) que las investigaciones tienen sus limitaciones ya que se tratan de temas recientes y se cuentan con pocas muestras, menciona “es cierto que los estudios llevados a cabo hasta ahora han examinado pequeñas muestras y no necesariamente representativas de todos los niños criados por homosexuales, pero ya son tan numerosos los

---

<sup>42</sup> Se refiere al juicio por el cual una persona determina a que sexo pertenece, si femenino o masculino.

<sup>43</sup> Para Rafael Portugal en su conferencia “*Estudios sobre Homoparentalidad: revisión científica y análisis metodológico*” las relaciones de género-rol (de acuerdo a nuestra traducción) son entendidas como “tipificación sexual” y explica que “se trata del proceso por el cual aprendemos lo que es considerado como propio de nuestro sexo (...)”.

<sup>44</sup> Para ver el texto completo, en su idioma original, se recomienda visitar: <http://www.apa.org/about/policy/parenting.aspx>

<sup>45</sup> Entre los textos utilizados por la APA para emitir su pronunciamiento se encuentran: Patterson, C.J. (2000). Family relationships of lesbians and gay men. *Journal of Marriage and Family*, 62, 1052- 1069.; Patterson, C. J., Fulcher, M., & Wainright, J. (2002). Children of lesbian and gay parents: Research, law, and policy. In B. L. Bottoms, M. B. Kovera, and B. D. McAuliff (Eds.), *Children, Social Science and the Law* (pp, 176 - 199). New York: Cambridge University Press; Stacey, J. & Biblarz, T.J. (2001). (How) Does sexual orientation of parents matter? *American Sociological Review*, 65, 159-183, entre otros. Se recomienda referirse a estos textos para profundizar sobre la homoparentalidad.

estudios que sostienen lo mismo, que podemos considerar sus conclusiones como certeras”  
(Castañeda, M. 2006: 102)

### **2.2.2.1 Otras declaraciones institucionales**

Por su parte, el Comité de Aspectos Psicosociales del Menor y la Salud Familiar (Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health) de la Asociación Americana de Pediatría emitió una publicación en el año 2002, incluso posterior a las emitidas por la APA, en la que hace referencia a la coparentalidad o la adopción del segundo padre<sup>46</sup> por parejas del mismo sexo. La misma establece:

*“Los niños que han nacido o han sido adoptados por un miembro de una pareja del mismo sexo merecen la seguridad de dos padres legalmente reconocidos. Por lo tanto la Academia Americana de Pediatría apoya los esfuerzos legales y legislativos para dar la posibilidad de adopción al segundo padre en estas familias. Los niños merecen saber que sus relaciones con cada uno de sus padres son estables y legalmente reconocidas. Esto es aplicable tanto a los hijos de padres del mismo sexo como de sexo distinto. La Academia Americana de Pediatría reconoce que un considerable cuerpo de literatura profesional proporciona evidencia de que los hijos de padres homosexuales pueden tener las mismas condiciones favorables y las mismas expectativas de salud, adaptación y desarrollo que los hijos de padres heterosexuales (...)” (American Academy of Pediatrics. 2002)*

Además de lo mencionado, un punto relevante de esta declaración institucional es que recomienda el reconocimiento legal de la homoparentalidad para proteger el derecho del menor de mantener sus relaciones con ambos padres. De igual manera señala que la adopción por parte del segundo padre garantiza una serie de derechos, tanto como para el padre como para el menor. Por ejemplo se menciona el derecho de custodia, alimentos y de visita del

---

<sup>46</sup> Se refiere a los casos en que los homosexuales han adoptado como solteros. Esta declaración recomienda se permita al segundo padre (no reconocido legal o biológicamente), que sea reconocido como tal, para que el hijo de esa relación se vea amparado en derecho por sus dos padres o madres. Véase el documento en su idioma original en: <http://pediatrics.aappublications.org/content/109/2/339.full.pdf+html>

segundo padre en caso de separación o muerte del padre legal; la posibilidad del menor de acceder al seguro médico de ambos padres; así como el aseguramiento económico del menor.

Todos los argumentos en pos de la homoparentalidad que hemos descrito, contenidos mayoritariamente en declaraciones institucionales que han sido emitidas luego de un minucioso análisis de diversos estudios, se basan también en el principio de igualdad y no discriminación de los hogares homoparentales, especialmente se habla de una igualdad en cuanto al reconocimiento de los menores, tal como lo establece la Asociación Americana de Pediatría. Es por esto que debemos analizar que comprende el principio antes mencionado.

### **2.3 PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN**

Para tratar el tema de la homoparentalidad lesbiana, debemos tener como base el principio de igualdad y no discriminación, mismo que ha sido reconocido en nuestro ordenamiento jurídico así como también internacionalmente. En cuanto a la normativa nacional, haremos alusión a un artículo que ya ha sido mencionado previamente, el art. 11 numeral 2; y, al art 66 numeral 4 de la Constitución de la República. Sobre la normativa internacional, en lo principal nos referiremos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DHDH), la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PDCIP), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PDESC); y, la Carta Andina de los Derechos Humanos, además de algunos informes emitidos por el comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU).

Previo a analizar lo estipulado por la normativa nacional e internacional debemos establecer ¿Qué es la igualdad? ¿Qué es la discriminación? ¿Por qué se consagra el principio de igualdad y no discriminación y en qué consiste? De acuerdo a Cabanellas se entiende por igualdad la “Conformidad o identidad entre dos o más cosas, por comunidad o coincidencia

de naturaleza o accidentes” (Cabanellas, G. 2006: 188); y, por Discriminación a la “acción y efecto de discriminar, de separar, distinguir una cosa de otra. Desde el punto de vista social, significa dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos u otros.” (Cabanellas, G. 2006: 131)

El mismo autor brinda la conceptualización del “Igualdad ante la ley”, por la cual se entiende:

“La propia generalidad de la ley (pues, si no, constituye excepción o privilegio) lleva a equipar a todos los ciudadanos, e incluso a todos los habitantes de un país, siempre que concorra identidad de circunstancias; porque, en caso contrario los propios sujetos o los hechos imponen diferente trato (...)” (Cabanellas, G. 2006: 188).

Para Luigi Ferrajoli, la igualdad se ha consagrado como un fundamento del constitucionalismo democrático; y, ha sido establecida “porque, de hecho, somos diferentes y desiguales: para la tutela de las diferencias y en oposición a las desigualdades” (Ferrajoli, L. 2009: 311). Debemos recalcar que Ferrajoli establece que las “diferencias consisten en las diversidades de nuestras identidades personales” mientras que “las desigualdades consisten, en cambio, en las diversidades de nuestras condiciones materiales” (Ferrajoli, L. 2009: 311), podemos hablar de diferencias, por citar unos ejemplos, en cuanto al género, al sexo, a la religión o la orientación sexual; mientras que, podemos referirnos a desigualdades en cuanto al orden económico o social. Para este autor en el plano jurídico, *el valor de las diferencias y el desvalor u oposición de las desigualdades*, se hacen valer por medio de la creación de dos clases de derechos fundamentales: Los derechos individuales de libertad y los derechos sociales. Nos explica, que los primeros tutelan las diferencias, por ejemplo tenemos la libertad de elegir nuestra orientación sexual; mientras que, los segundos tutelan las desigualdades, es decir reducen las desigualdades o tratan de hacerlo, aquí tenemos por ejemplo el derecho a la salud o a la educación, mismos que deben llegar a todos por igual, sin importar las diferencia

económicas o sociales.

Se desprende, de lo expuesto por Ferrajoli, que la igualdad debe ser entendida como una igualdad en los derechos fundamentales, sean de libertad o sociales, ya que los derechos fundamentales fueron creados como una manera jurídica de tutelar las diferencias y oponer las desigualdades.

Para poder aplicar al principio de igualdad en el tratamiento de la homoparentalidad lesbiana, deberemos referirnos a tres implicaciones, establecidas por el mismo Ferrajoli, en el texto antes señalado:

1. *“Igualdad y Dignidad de la persona: (...) Las diferencias, se tutelan y se revalorizan porque forman un todo con el valor y la identidad de la persona; de modo que el igual valor asociado a las diferencias no es más que la igual dignidad de las personas (...). Las desigualdades, hay que eliminarlas o reducirlas porque (...) son «obstáculos» al «pleno desarrollo de la persona humana» y, por ello, a la dignidad de la persona.”*

2. *“Igualdad y democracia: (...) La igualdad, esto es, el universalismo de los derechos conferidos a todos, es ante todo, por así decirlo, constitutivo de la unidad política de aquellos entre los que se predica; y, por ello, de la unidad y la identidad de un pueblo en el único sentido del que puede hablarse de tal unidad y en el que tal tal identidad merece ser perseguida e un ordenamiento democrático (...)”*

3. *“Igualdad y garantías: (...) el principio de igualdad es una norma, esto es, una convención; por lo tanto, no una aserción o una descripción, sino una prescripción, cuya actuación o efectividad requiere ser asegurada mediante garantías adecuadas. Y por tanto, contra la realidad, en la cual las diferencias de identidad son, de hecho, discriminadas y, de hecho, se desarrollan desigualdades materiales y sociales”*

Entonces vemos pues que al tratar a la homoparentalidad lesbiana bajo este principio, lo hacemos bajo tres dimensiones. Se toma en cuenta la dignidad de las madres lesbianas y de

sus hijos, revalorizando sus diferencias, entendiendo que las mismas forman parte de quien son, de su identidad. Es esta última la que debe ser cuidada dentro del ordenamiento jurídico, ya que todos conformamos un solo pueblo, y somos nosotros, por la soberanía que ejercemos, los que determinamos las dimensiones de la democracia. De tal manera Ferrajoli establece:

*“la soberanía reside en todos y cada uno, identificándose con los derechos fundamentales –políticos, civiles, de libertad y sociales– de los que todos somos titulares y que equivalen a otros tantos poderes y contrapoderes, a otros tantos fragmentos de soberanía, a otras tantas dimensiones o normas de reconocimiento de la democracia constitucional: la democracia política, generada por los derechos políticos; la democracia civil, determinada por los derechos civiles de autonomía negocial; la democracia liberal o liberal-democracia, basada en los derechos de libertad; la democracia social o social-democracia, basada en los derechos sociales”* (Ferrajoli, L. 2009: 315)

Se completa la tridimensionalidad del principio de igualdad al entender su relación con las garantías; la igualdad es una norma, no una descripción. Para Ferrajoli (2009) este es uno de los logros de la modernidad, ya que antiguos autores desde Aristóteles hasta Hobbes entendían a la igualdad como una descripción o una aserción; sin embargo, al ser considerada actualmente como una norma es exigible y también violable, es por esto que los distintos ordenamientos son los encargados de otorgar ciertas garantías para velar por el cumplimiento efectivo de dicha igualdad. Vemos pues que a partir de la Declaración Francesa de Derechos 1789 se reconoce que todos los hombres son iguales en derechos, como ya habíamos especificado, se le da el carácter de norma de ahí hasta nuestros días, en palabras de Ferrajoli:

*“Esto quiere decir que la igualdad no es un hecho, sino un valor; no una tesis descriptiva, sino un principio normativo: establecido, como todas las normas, contra la realidad precisamente porque se reconoce, descriptivamente, que en realidad los seres humanos son, de hecho, diferentes y desiguales”* (Ferrajoli, L. 2009: 316)

En cuanto a la discriminación, Ferrajoli (2009) nos dice que se entiende por

discriminaciones a las violaciones de los derechos individuales de libertad y autonomía, “violación a la igualdad formal del igual valor de las diferencias”; mientras que la falta de satisfacción de los derechos sociales, “principio de la igualdad sustancial en la efectividad de tales derechos” se constituye como desigualdades.

Vemos pues que las discriminaciones están asociadas con las diferencias de los individuos- ya que son atentados contra los derechos de libertad- y son estas diferencias las que permiten hacer una distinción entre la igualdad formal y material:

*“Según la interpretación clásica –que tiene sus raíces en la obra de Hermann Heller se venía distinguiendo entre un principio de igualdad formal o igualdad ante la ley, como mandato de igual trato jurídico a personas que están en la misma situación, e igualdad material, como una reinterpretación de aquella en el Estado social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos. Para lograr esta igualdad material, los poderes públicos deberán en ocasiones, dictar normas aparentemente desiguales o contrarias a la igualdad formal, con el objetivo de elevar la posición social de los colectivos que se encuentran en una situación continuada de inferioridad social real” (Véase a Carmona Cuenca, E en Buitrón, Edgar Andrés. 2009: 72)*

Vemos pues, que la igualdad formal se constituye como una igualdad ante la ley, es decir que todos debemos ser tratados de forma idéntica ante la ley, y en caso de sucederse una diferencia de trato esta no debe ser discriminatoria. Por otro lado, la igualdad material, se constituye como un reconocimiento efectivo de las diferencias que se tienen entre individuos, por lo mismo busca una equiparación “real y efectiva” de la posición en que se encuentran los ciudadanos, sin embargo para lograrlo en ciertos casos, tal como lo ha explicado Carmona, el legislativo podrá dictar leyes que de primera vista parezcan contrarias a la igualdad formal, por ejemplo podemos ver las acciones afirmativas dentro de los concursos de mérito y oposición en nuestro país. Cabe recalcar que dichas acciones que los poderes públicos tomen

en pos de la igualdad material no pueden constituirse como discriminaciones arbitrarias.

Al respecto, de lo expuesto por Álvarez Conde (2009) en su texto “Prohibición de Discriminación” se desprende que las desigualdades no siempre se constituyen en discriminaciones, dado que si las diferenciaciones tienen una justificación objetiva y razonable no están vulnerando el principio de igualdad formal.

Retornando al tema de las discriminaciones, así como existe una división entre igualdad material y formal, nos parece adecuado tomar en cuenta la división que hace Ferrajoli (2009) de las mismas. Establece dicho autor que existen discriminaciones jurídicas y de hecho. Las primeras, menciona el autor son las que *“excluyen a algunos sujetos de la titularidad de algunos derechos. Piénsese, en Italia, en la exclusión jurídica de las mujeres, hasta primeros de los sesenta, del acceso a las oposiciones de judicatura o de otras de la función pública”*;

Mientras que, las segundas se refieren a aquellas:

*“que de hecho se desarrollan, a pesar de la igualdad jurídica de las diferencias y en oposición al principio de igualdad de oportunidades. Piénsese en las discriminaciones que, de hecho, independientemente de razones de mérito, sufren las mujeres, o los jóvenes, o los ancianos o los inmigrantes o las personas de color, excluidas o devaluadas por el mercado de trabajo”* (Ferrajoli, L. 2009: 317)

Siendo las discriminaciones jurídicas en las que se incurre al momento de de limitar el acceso al matrimonio y la adopción a las parejas homosexuales; de igual manera, se incurre en ellas al momento de no permitir la posibilidad de una doble filiación materna. Debemos añadir que para Ferrajoli (2009) ante las discriminaciones jurídicas las únicas garantías aplicables son su anulación jurisdiccional o bien su abrogación legislativa.

Como habíamos mencionado anteriormente, el principio de igualdad y no discriminación se encuentra consagrado en nuestra normativa nacional, así como en la

internacional. Procederemos entonces, a ver como se encuentra contemplado dicho principio dentro de las normativas y tratados mencionados previamente al inicio de este tema.

### **2.3.1 De la Igualdad y No Discriminación en la Constitución de la República**

El Artículo 66.4 de la CR, reconoce y garantiza el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. Al respecto, las mismas deben ser consideradas en relación a la diferencia. Este artículo no quiere decir que todos los ecuatorianos y ecuatorianas son iguales, sino que se garantiza y se reconoce su derecho a ser diferentes, sin que esto implique se sean discriminados. El constitucionalista Pérez Royo, al respecto menciona:

*“La razón de ser de la igualdad constitucional es el derecho a la diferencia. No que todos los individuos sean iguales, sino que cada uno tenga derecho a ser diferente. Aquí es donde está el secreto de la proclamación constitucional de la igualdad. Si esto no se entiende, no se entiende nada. Ni de la igualdad ni de los derechos fundamentales”* (Véase a Pérez Royo, J. 2005. En: Vicencio, E. 2010: 32)

Este derecho a la igualdad formal, material y a la no discriminación se ve, de igual manera, estipulado en el art. 11.2, mismo que ya ha sido mencionado a inicios de este capítulo, y del cual hemos dicho que se ha consagrado como uno de los artículos más amplios, dentro de nuestra historia constitucional, en lo que a igualdad y no discriminación se refiere. Deberemos añadir que el primer inciso, del segundo numeral de dicho artículo hace referencia a una igualdad formal<sup>47</sup>; mientras que, el segundo inciso hace referencia a una igualdad material<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Art 11.2. Inciso Primero *“Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.”*

<sup>48</sup> Art. 11.2. Inciso Segundo *“Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La*

### 2.3.2 De la Igualdad y No Discriminación en los Instrumentos Internacionales

Como mencionamos, un triunfo de la modernidad, a partir de la Revolución Francesa de 1789 fue la consagración de este principio, mismo que ha sido recogido en diversos instrumentos a nivel internacional. Destacamos este punto, ya que no se puede disminuir la importancia que la internacionalización de los Derechos Humanos, ya que en muchos casos esta dicha internacionalización ha servido para corregir las discriminaciones ocurridas en los distintos ordenamientos internos, como por ejemplo en caso de Karen Atala contra el Estado de Chile.

Sobre la internacionalización, el profesor Peces-Barba menciona:

*“la internacionalización jurídica de los derechos fundamentales puede ayudar a la limitación de la soberanía, y por lo tanto a la causa de la democracia. Por otra parte, la protección nacional de los derechos fundamentales ha llegado a sus límites y para dar más pasos es necesaria esa protección internacional. El movimiento de internacionalización es, pues, positivo y necesario”* (Peces-Barba, G. Derechos Fundamentales. En: Vicencio, E. 2010: 66)

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General, de la ONU, 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948. Es el primer documento que internacionaliza jurídicamente los derechos humanos. Sobre la igualdad, podemos revisar sus arts.1, 2 y 7 que expresan:

**Artículo 1:** *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.*

**Artículo 2:** *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión,*

---

*ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”*

*opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.*

**Artículo 7:** *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.*

De estos artículos se desprende el hecho que todos los seres humanos nacemos libres e iguales en dignidad, y se rescata que debemos, idealmente, mantener una relación fraternal entre nosotros. Sumado a esto, se introduce como herramienta contra la discriminación el segundo y séptimo articulado, reconociendo una igualdad ante la ley, y un igual derecho de ser protegidos contra cualquier forma de discriminación. Sin embargo, debemos recalcar que expresamente no se menciona a la discriminación por causa de orientación sexual, ni en la DUDH, ni en algunos de los tratados que vamos a mencionar a continuación. Trataremos ese tema luego de enunciar el contenido concerniente a la igualdad, que contienen los instrumentos internacionales mencionados al inicio de este tema.

Posteriormente, en 1948, se promulga la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como el “Pacto de San José” misma que en sus artículos 1.1 y 24 establece sobre la igualdad:

**Artículo 1.1:** *“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.*

**Artículo 14:** *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.*

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PDCIP), que fue adoptado en 1966 y posteriormente entró en vigor en 1976 establece en el primer inciso de su segundo articulado, y en su art. 26:

**Artículo 2.1:** *“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.*

**Artículo 26:** *“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.*

En 1966, un mes después de la adopción del PDCIP, La Asamblea General de la ONU emite para firma, ratificación y adhesión el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), mismo que en su artículo 2.2 menciona:

**Artículo 2.2:** *“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.*

A nivel regional contamos con la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, que en sus artículos 52 y 53 menciona:

**Artículo 52:** *“Reconocen que las personas, cualesquiera sean su orientación u opción sexuales, tienen iguales derechos humanos que todas las demás”.*

**Artículo 53:** “Combatirán toda forma de discriminación a individuos por motivos de su orientación u opción sexuales, con arreglo a las legislaciones nacionales y, para ello, prestarán especial atención a la prevención y sanción de la violencia y discriminación contra las personas con diversa orientación u opción sexual, y la garantía de recursos legales para una efectiva reparación por los daños y perjuicios derivados de tales delitos”.

Como vemos todos estos instrumentos consagran el principio de la igualdad y no discriminación, siendo, *de los mencionados*, la Carta Andina de Derechos Humanos la única que se refiere expresamente a la discriminación por orientación sexual.

Por lo que se refiere a los otros instrumentos mencionados, si bien no tienen de manera expresa estipulada este tipo de discriminación, todos, dejan abierta la posibilidad de pensar en la discriminación por orientación sexual al momento que añaden “o cualquier otra condición social”.

Respecto al Art. 2.2 del PDESC, que es similar al artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y al 2.1 del PDCIP, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en el párrafo 20 de la Observación General N° 20, ha señalado que en la frase “cualquier otra condición social, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual”<sup>49</sup> de igual manera añade que los Estados que sean parte del Pacto “deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los afectos de acceder a la pensión de viudedad”. A partir de esta Observación General, se ha procedido a mantener la misma interpretación en los otros instrumentos antes mencionados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del caso Karen Atala e Hijas

---

<sup>49</sup> Para ver el texto completo de la Observación General N° 20 visitar:  
[http://www.observatorioliticasocial.org/images/stories/biblioteca/pdf/documentos-sistema-naciones-unidas/observacionesgenerales/20\\_no\\_discriminacion.pdf](http://www.observatorioliticasocial.org/images/stories/biblioteca/pdf/documentos-sistema-naciones-unidas/observacionesgenerales/20_no_discriminacion.pdf)

Vs. Estado de Chile, basándose en la Observación General antes mencionada; y, expresando que:

*“De acuerdo a la práctica de la Corte y la Comisión, la Convención Americana debe ser interpretada a la luz de las condiciones sociales actuales en los países del hemisferio, y el estado actual del precedente internacional de los derechos humanos. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que los tratados de derechos humanos como la Convención, son “instrumentos vivos”, cuya interpretación debe ser acorde con la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales (...)”* (CIDH, 2010:25)

Determinó que dentro de las categorías de prohibición de discriminación enunciadas en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se encuentra la orientación sexual, dentro de la frase que enuncia “otra condición social”. Se añade que, siguiendo ese sentido,

*“(...) toda diferencia de trato basada en la orientación sexual de una persona es sospechosa, se presume incompatible con la Convención Americana y el Estado respectivo se encuentra en la obligación de probar que la misma supera el examen o test estricto (...)”* (CIDH, 2010:26)

Dicho test se refiere a la diferenciación entre distinciones y discriminaciones, ya que para la Corte las distinciones son diferencias compatibles con la convención por ser “razonables y objetivas”; mientras que, las discriminaciones son diferencias arbitrarias que atentan contra los derechos humanos. Ahora bien, se establece dentro del caso en mención, que para evaluar si una distinción cumple con los requerimientos de ser razonable y objetiva, se debe seguir un test estricto que debe tener elementos específicos; y, se debe evaluar cada caso por separado. Sobre los elementos, la Corte señala:

*“Estos elementos incluyen por ejemplo la existencia de un fin legítimo, la idoneidad o relación lógica de medio a fin entre el objetivo que se persigue y la distinción, la*

*existencia de otras alternativas y la proporcionalidad, entendiendo por esta última el balance de intereses en juego y el grado de sacrificio de uno respecto del grado de beneficio del otro.” (CIDH, 2010:24)*

De lo analizado se desprende que la orientación sexual constituye una categoría de prohibición de discriminación. Por lo cual, al tratar el tema de la homoparentalidad lesbiana, de la doble filiación materna, y del derecho a la identidad de los niños venidos de esos hogares, indudablemente deberemos apelar al principio de igualdad y no discriminación.

Tal y como lo establece el principio 24 de Yogyakarta que establece:

*“Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes” (Principios de Yogyakarta: 29)*

Bajo el principio de igualdad y no discriminación es que las minorías sexuales reclaman una justa reivindicación de sus derechos; y, específicamente sobre el tema de este trabajo de investigación, exigen que sus hijos sean tratados conforme a dicho principio, sin violentar su derecho a la identidad, por medio de la legalización de la filiación homoparental.

Lo que se encuentra en discusión, al hablar de una filiación homoparental, más específicamente de una doble filiación materna, no solo es la deconstrucción del modelo tradicional de familia, sino la deconstrucción de la institución de la filiación biológica que impone el modelo hegemónico patriarcal. Es por esto que el siguiente capítulo se encuentra dedicado al estudio de la filiación tal y como la conocemos, además de analizar la filiación socioafectiva, misma que toman en cuenta a los hijos procreados mediante los distintos métodos de reproducción asistida.

## CAPITULO III

### FILIACIÓN E IDENTIDAD EN HIJOS DE PAREJAS HOMOSEXUALES

*“Las familias homoparentales no son una mera posibilidad, constituyen una realidad social desde hace años. El Estado no posee ninguna razón válida para intentar detener o ignorar esa realidad (...)” (Corte Suprema de México, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010)*

El régimen de filiación tiene sus orígenes en el Derecho Romano, como habíamos mencionado en capítulos anteriores, no siempre era de naturaleza biológica, dado que se utilizaba a la filiación como una herramienta para incrementar el poderío del Pater Familias.

Hoy por hoy, se entiende por filiación, de acuerdo a Guillermo Cabanellas de Torres, *“Acción o efecto de filiar, de tomar los datos personales de un individuo”* (Cabanellas, G. 2006:165).

Para Moreno, *“es el estado de familia que se deriva de la relación entre dos personas de las cuales una es el hijo (a) y otra el padre o la madre del mismo”* (Moreno, J. 2009: 519) y es este estado el que genera ciertos efectos jurídicos, derechos y obligaciones entre padres e hijos.

Tradicionalmente, se ha concebido a la filiación como un *“hecho natural, que el derecho acepta, reconoce y regula, inspirado en un criterio de protección que se basa en la naturaleza y en el interés social”* (Barrera, M. 1996: 681). Dice Barrera, que se basa en la

naturaleza, esto es porque usualmente se solía hablar únicamente de una filiación natural o biológica, misma que reconocía dicho tipo de relación entre padres e hijos, y que una vez reconocida legalmente tendría consecuencias jurídicas, por ejemplo la posibilidad de los descendientes de reputarse herederos de sus progenitores.

Ahora bien, debemos recordar que el reconocimiento de los hijos concebidos fuera del matrimonio no tuvo lugar en nuestro país sino hasta el año 1885, en el cual se introduce la figura del reconocimiento voluntario de hijos naturales; y, junto con ella la filiación jurídica. Este año fue importante porque se configuró uno de los principios que rigen a la filiación, éste es la igualdad de tratamiento jurídico de los hijos, reconocido en el art. 69.6. Más adelante, el legislador brindó la posibilidad de reconocer la paternidad judicialmente.

Sobre este último punto recaen los problemas actuales a los que se enfrenta la figura de la filiación actualmente. Aunque nuestra legislación otorga al hijo la facultad de investigar la maternidad para su efectivo reconocimiento judicial (Art. 259 C.C.); y, de igual manera otorga a la madre la posibilidad de impugnar su maternidad para desconocer a su presunto hijo (Art. 261 C.C.), generalmente se maneja el principio de filiación biológica junto con la certeza, venida del derecho romano sobre la maternidad de la madre “mater Semper certa est”. Sin embargo, con el avance de los campos de la biotecnología, el carácter biológico de la filiación y la mencionada certeza de maternidad se han visto tambaleados.

Vemos como el concepto de “voluntad procreacional” va tomando fuerza al momento de decidir sobre asuntos de filiación, y tal como lo establece Jesús Flores en su texto ‘Homoparentalidad y Derecho Civil’:

*“Ciertamente, existen vínculos de filiación en relación con aquellos que aparecen unidos por lazos de sangre a través de la reproducción, pero también en la adopción o en la procreación asistida con donación de gametos, situaciones en las que padre e*

*hijo puede no serlo biológicamente hablando. En estas situaciones es la Ley la que interviene otorgando efectos a la voluntad de los padres en tal sentido, de modo que se atribuyen las funciones correspondientes a la paternidad no ya a la persona que proporcionó el gameto y, por tanto, transmitió su herencia biológica, sino a aquella persona que prestó su consentimiento a la fecundación y asumió la responsabilidad de ser padre.” (Flores, J. 2012)*

Podemos desprender, de lo establecido por Flores, que la filiación existe como tal en el momento en que la norma jurídica le da un reconocimiento, tanto en sus distintos modos, como en los requisitos para constituirla y en los efectos que llega a tener. Una vez que se ha entendido esto, podremos deslindar la idea del nexo biológico de la filiación, cosa que ya se ha aceptado para los casos mencionados anteriormente.

Se corresponde con el criterio de Flores, lo expuesto en los fundamentos de derecho de la Acción de Protección, mencionada en el anterior capítulo, interpuesta contra el Registro Civil del Ecuador. En ella se señala que *“La filiación es un estado de hecho regulado por la ley (...) por ende, al Estado le corresponde tan solo reconocer las relaciones que existen fácticamente entre las personas, sin permitirse intromisión alguna en las mismas”* (Corte Constitucional del Ecuador. 2012: 2). Sin embargo, tal parece que dar el salto hacia un real reconocimiento de las relaciones que existen fácticamente entre las parejas lesbianas se torna dificultoso, no solo en nuestro país, sino en todos los que continúan manteniendo en un altar a la filiación biológica y adoptiva, sin abrir los ojos a la realidad en donde se hace necesario el reconocimiento de la filiación homoparental, sin discriminar a las madres lesbianas por su orientación sexual o su identidad de género.

Al respecto Flores Menciona:

*“Crear una familia, el establecer de vínculos de filiación, constituye un derecho de las personas con independencia de su identidad u orientación sexual. Conocemos como*

*filiación tanto a la condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otra u otras como progenitores suyos, como a la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno sólo. Constituye así un vínculo que crea una relación de ascendencia y parentesco, por voluntad de la ley, entre dos personas diferentes y que confiere un estado civil determinado. Dicho vínculo o relación de filiación comporta la atribución de un conjunto de derechos y deberes entre procreantes y procreados atribuidos por el Estado (patria potestad). Es, en resumen, el vínculo que une a un niño con sus padre, madre o con ambos, hoy en día indistintamente de la identidad u orientación sexual de la pareja. Se habla así de filiación paternal o paternidad; de maternidad o filiación maternal y, en el último caso, de filiación homoparental” (Flores, J. 2012)*

Debemos reconocer que la utilización de argumentos contra la filiación homoparental, sean estos de origen bíblico “Dios creó hombre y mujer”; de talante moral; o apelando al nexo biológico del que hemos hablado, tienen sus bases en el patriarcalismo hegemónico que aún en nuestros tiempos mantiene la noción de mantener el poderío del pater familias. De esta manera vemos que como regla general, el apellido del padre se antepone al apellido de la madre. Es éste el que configura la filiación y el que trasciende en el tiempo. Antropológicamente hablando, de esto se deriva la importancia de concebir hijos varones, ya que ellos son los que transmiten el apellido paterno.

En algunos países como Chile y Uruguay, se están discutiendo reformas en sus leyes para permitir que el apellido de la madre vaya primero y, rompiendo con la patrilineidad que estamos acostumbrados a manejar, que sea transmitido para futuras generaciones. Contamos de igual manera con el caso otros países como Portugal o Brasil, en donde el apellido de la madre va primero; sin embargo, el que se transmite es el del padre. Este tema será desarrollado más adelante en este Capítulo, cuando hablemos del modo de filiación socio-afectiva, bien manejada en Brasil, misma que nos permitirá configurar a la filiación homoparental.

## De la identidad

Fuertemente ligado al tópico de la filiación, encontramos al derecho a la identidad, con el que contamos todos los seres humanos. Dentro de la legislación ecuatoriana, nuestra Carta Magna consagra este derecho en sus artículos 66. 28, que señala que se reconoce y garantiza a todas las personas:

*“El derecho a la identidad personal 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 y lingüísticas, políticas y sociales”; y,*

En su articulado 45. 2, que consagra este derecho de manera especial para las niñas, niños y adolescentes, haciéndolo prevalecer por sobre los de las demás personas y apuntando que los antes mencionados *“tienen derecho a su identidad, nombre y ciudadanía”*.

En lo que a normas inferiores respecta, de acuerdo al articulado 33 del Código de la Niñez y Adolescencia que establece:

*“Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley. Es obligación del Estado preservar la identidad de los niños; niñas y adolescentes y sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho”*

De igual manera, el artículo 35 *Ibidem* indica que el Estado garantizará el derecho a la identidad y a la identificación, por medio de la institución competente, es decir el Registro Civil.

Pues bien, entendemos que la identidad es un derecho fundamental; sin embargo, cabe

preguntarnos ¿qué es la identidad?. Según lo estipulado en el diccionario de Cabanellas, la identidad hace alusión a la “Filiación, señas personales” (Cabanellas, G. 2006:187); de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2011) encontramos dos definiciones: *“Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracteriza frente a los demás”*; y, *“Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás”*.

Sobre el tema, el doctrinario argentino Gil Domínguez señala:

*“La identidad del ser humano, en tanto éste constituye una unidad, presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de carácter predominantemente espiritual, psicológico o somático, mientras otros son de diversa índole, ya sea cultural, religiosa, ideológica o política. Y estos elementos, obviamente, no se obtienen o heredan genéticamente, sino que se han formado a lo largo de la vida a raíz de distintas circunstancias, una de las cuales –diríamos fundamentales– es la familia que se integra; y ello sea que no exista con todos o algunos de sus miembros vínculo biológico alguno”* (Página12. 2011. Madres dijeron la partera y una jueza)

Podemos decir entonces, que la identidad es la conciencia de saberse uno mismo, negando una posibilidad de encubrimiento del otro, sabiendo que una persona es diferente a otra por ciertas características personalísimas con las que cuenta. Es por esto que la identidad constituye un derecho; sin embargo no debemos pensar que existe una sola identidad. Tal como lo expresa el artículo 33 del Código de la Niñez y Adolescencia, existen diversos elementos que constituyen a la identidad, que la generan, los mismos pueden darse por la cultura de una etnia, por la pertenencia a un grupo, por la nacionalidad; y, en lo que respecta particularmente a este trabajo de investigación, por tener un nombre y los apellidos de tus padres, de las personas que tienen la voluntad procreacional y que quieren tomar el rol de progenitores como tal, independientemente de su orientación sexual o su identidad de género.

Debemos recalcar que la identidad de una persona se va construyendo mediante la incorporación de los elementos antes descritos, algunos pueden estar presentes desde su nacimiento, como su nombre y su apellido; y otros, adherirse con el tiempo, configurando no solo la manera en la que se identifica una persona a si misma, sino como los demás, la sociedad, identifica a esa persona. Coincidimos con el pensamiento de Paúl Iñiguez, que sobre el reconocimiento de la identidad por parte de la sociedad señala:

*“La formación de la identidad únicamente se realiza en función de la interacción con el medio externo, es decir con la sociedad, ya que en una situación de aislamiento, las características individuales resultan absolutamente irrelevantes y transparentes, es sólo en relación a la interacción con los otros significativos, que las diferencias y características de cada persona, adquieren un valor muy importante y se comportan como un aporte para la interacción social y el desarrollo de la sociedad. El derecho a la identidad no debemos de entenderlo o dirigirnos a los rasgos o señales físicas, biológicas, fisiológicas o psicológicas, sino a una personalidad frente a la familia sociedad y Estado.”*(Iñiguez, P. 2011: 12)

De lo expuesto podemos desprender que la filiación de una persona es determinante en el proceso de creación de su identidad, ya que establece su pertenencia a uno u otro grupo familiar, y de esta manera es reconocido como tal por la sociedad; además de generar ciertos efectos jurídicos y obligaciones entre padres e hijos como por ejemplo los derechos sucesorios, derecho de alimentos, patria potestad, entre otros.

Siguiendo esta línea de ideas podemos apreciar el porqué de la importancia de la legalización y reconocimiento de la filiación homoparental, teniendo esta como base la socioafectividad.

Habiendo dicho esto, procederemos a analizar el funcionamiento de la filiación en nuestro país, misma en la que se inadmite la filiación homoparental, originando una situación de discriminación y negando el derecho a la identidad de los niños de madres lesbianas.

### **3.1 Filiación en Ecuador**

En el Ecuador manejamos dos tipos de filiación, la biológica y jurídica o legal. Usualmente la primera se corresponde con la segunda; es decir, una pareja tiene un hijo, cada uno aportó su carga genética correspondiente y lo registran en el Registro Civil con los apellidos paterno y materno respectivos. Sin embargo, como se ha explicado previamente, existen casos en los que no hay una correspondencia biológica, pero existe un reconocimiento legal de el hijo o hija, sea este voluntario o por orden judicial, en este caso también se incluye a la filiación de los hijos adoptivos.

#### **3.1.1 De la diferenciación de filiación en nuestra historia**

Haciendo una reseña histórica, encontraremos que hasta 1970, existía una diferenciación entre hijos concebidos dentro del matrimonio y los extramatrimoniales, mismos que no tenían los mismos derechos que los hijos “legítimos”. Debemos mencionar que el Código Civil de 1930, en su art. 31, hacía una clasificación entre hijos ilegítimos, los mismos podían ser naturales o de dañado ayuntamiento. Los hijos naturales, son los que obtuvieron el reconocimiento de su padre o de su madre, y se denominarían naturales respecto del que así los reconoció; se consideraba hijos de dañado ayuntamiento a los “adulterinos, incestuosos y sacrílegos<sup>50</sup>”; y, los que no son ni naturales ni de dañado ayuntamiento se les conocía como ilegítimos.

A nivel constitucional, menciona el Dr. Larrea Holguín (2009), que el cambio hacia

---

<sup>50</sup> De acuerdo a Guillermo Cabanellas, el hijo adulterino es “El engendrado por persona que al momento de la concepción del hijo no podían contraer matrimonio, porque una de ellas o ambas estaban casadas (...)”: el hijo incestuoso es “el habido por incesto; el nacido de padres que tenían impedimento para contraer matrimonio por parentesco no dispensable, ya por las leyes o por los cánones, según se trate de civil o religioso.”; y el hijo sacrílego es “El engendrado por padre clérigo de órdenes menores, o de persona, padre o madre, ligada por voto solemne de castidad, en orden religiosa aprobada por la Iglesia Católica.” (Cabanellas, G. 2006: 183)

una mejora en el trato de los hijos ilegítimos se dio en la constitución de 1929, misma que en su articulado 151, numeral 19, establece como garantías constitucionales:

*“(...) Los hijos ilegítimos tienen también derecho a ser criados y educados por sus padres, y a heredarles en la proporción que determine la Ley. Establécese el derecho de investigación de la paternidad, en la forma y en los casos que la Ley determine.”*, pero que la ley de *“mayor trascendencia en estas materias, fue la 256 CLP, promulgada en RO 446: 4-jun-1970 (...) dicha reforma establece la más absoluta y plena igualdad entre los hijos, de modo que elimina aún las denominaciones de “legítimos” e “ilegítimos”* (Larrea Holguín, J. 2009: 191).

Debemos recalcar que la ley mencionada buscaba adaptarse a lo estipulado en la Constitución de 1967 que en su artículo 29, establece:

*“Los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio tienen los mismos derechos en cuanto a apellidos, crianza, educación y herencia. La ley reglamentará lo referente a la investigación y facilitará la investigación de la paternidad. Al inscribirse el nacimiento, no se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación.”*

En otros ámbitos la ley 256 CLP, fue innovadora, dado que hasta antes de 1970 se podía decir que en nuestro país se contaba con la filiación legítima, de hijos concebidos dentro del matrimonio; la filiación ilegítima, de los hijos reconocidos; y la filiación adoptiva, dentro de los cuales se podía ser hijo adoptivo legítimo o hijo adoptivo ilegítimo. Como lo expresa Larrea Holguín (2009) la eliminación, especialmente de esta última sub clasificación, era lógica dado que cuando una persona adopta lo hace *“para conferir todos los beneficios de una familia, y no cabía que a través de una institución legal como es la adopción, se situara a algunos en la calidad de “ilegítimos”* (Larrea Holguín, J. 2009: 3).

Otro punto interesante dentro de esta historización de la filiación en nuestro país, es el trato que recibían los hijos concebidos dentro de las uniones de hecho, ya que no contaban con el reconocimiento de los hijos legítimos concebidos dentro del matrimonio. La ley antes

mencionada, al eliminar la clasificación de los hijos legítimo e ilegítimos, realiza una descripción de los motivos que originan la condición de hijo, y por ende la filiación. El artículo 24 introducido en la reforma de 1970 describía:

*“Art. 24. Se establece la filiación , y las correspondientes paternidad y maternidad:*

- a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres;*
- 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 determinado padre o madre.”*

### **3.1.2 Unión de hecho y filiación**

En la reforma del año 1970, vemos que no se hacía mención a los hijos concebidos dentro de una unión de hecho, sino hasta el año de 1989, mediante “la ley 43. RO. 256: 18 de agosto de 1989” (Larrea Holguín, J. 2009: 7) que añadió un cuarto literal que otorgaba la condición de hijo a los nacidos dentro de una unión de hecho, siempre que se cumpla con los requisitos de ser estable y monogámica, además de gozar de un reconocimiento legal. De tal manera, el nuevo literal decía:

- d) Por haber nacido en una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente.*

Más adelante, a nivel constitucional, es en 1998 que se establece una presunción de paternidad para los hijos nacidos dentro de una unión de hecho, el artículo 38 de dicha constitución señala:

*“La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vinculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y*

*obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal.”*

Más adelante, en el año 2005, una nueva reforma al Código Civil, expedida mediante, “Cod. 2005-010. RO-S 46: 24 de junio de 2005” (Larrea Holguín, J. 2009: 7), elimina el literal d) añadido por la Ley 43, y lo unifica con el literal a). De tal manera que hasta hoy en día, el artículo 24 del Código Civil, señala:

*“Art. 24. Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad:*

- 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 declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre.*

### **3.1.3 La filiación hoy por hoy**

Dentro de nuestro país se maneja el principio de la igualdad de filiación, es decir no hay distinciones a causa de la naturaleza de la misma. Nuestra carta Magna, en concordancia con el artículo 6 del Código de la Niñez y Adolescencia, al respecto reza:

*“Art. 69. Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia (...)*

*6. Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción.*

*7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella.”*

En cuanto a las obligaciones, del establecimiento de la filiación se originan una serie de obligaciones y deberes entre padres e hijos. Cabe recalcar que dentro de nuestra

legislación, a diferencia del la de Brasil que estudiaremos en breve, no existe una diferenciación entre progenitor y padre, por lo cual cuando se habla de obligaciones de los padres, bien podemos referirnos a los progenitores.

Los padres, corresponsablemente según lo establecido en el art. 100 del Código de la Niñez y Adolescencia<sup>51</sup>, deben velar y cuidar por sus hijos, brindar salud, educación, habitación, alimentos, en fin, no solo cuidado material sino también moral, brindarles afecto y cariño. En respuesta, los hijos también tienen ciertos deberes, de acuerdo al artículo 103 Ibídem, fundamentalmente deben mantener un comportamiento responsable y respetuoso con sus progenitores; asistirlos, de acuerdo a sus capacidades cuando requieran ayuda especialmente en caso de enfermedad, discapacidad y en la tercera edad; y colaborar en las tareas del hogar, de acuerdo a sus capacidades y desarrollo. De lo expuesto, vemos que recíprocamente tienen padres e hijos ciertos derechos y deberes, tal como lo menciona el art. 101 Ibídem:

*“Los progenitores y sus hijos se deben mutuamente afecto, solidaridad, socorro, respeto y las consideraciones necesarias para que cada uno pueda realizar los derechos y atributos inherentes a su condición de persona y cumplir sus respectivas funciones y responsabilidades en el seno de la familia y la sociedad.”*

En cuanto a la manera de filiar, hoy por hoy se mantiene la idea del nexo biológico, y se puede hablar de un nexo volitivo en los casos de adopción. Nos mantenemos en la línea patrilineal, de tal manera que el apellido del padre se escribe antes que el de la madre, y es el que se transmite con el tiempo. Según lo estipulado en el art. 80 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, *“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”*, es decir,

---

<sup>51</sup> Art 100. Corresponsabilidad Paterna: El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes

en el caso propuesto dentro de esta investigación, al no existir la posibilidad de una doble filiación materna, el niño o niña concebido por métodos de reproducción asistida dentro de una unión de hecho homosexual en el Ecuador, debería ser registrado bajo los apellidos de soltera de una de sus madres, violentando su derecho a la identidad.

Sobre la ley mencionada anteriormente, debemos recordar que data de 1976, tiempo en el que en primer lugar, la biotecnología no había avanzado tanto; y en segundo lugar, no se consideraban a los homosexuales como sujetos de derecho, dado que eran considerados enfermos por la ciencia y aberraciones pecaminosas por la religión que influía, mas que ahora, en las leyes de nuestra república. Es decir, esta ley necesita adaptarse a la nueva realidad en la que vivimos.

En Brasil, se ha dado una transformación en su Derecho de Familia, y se habla de un nuevo elemento configurador de la filiación, que rompe con la idea del nexo biológico que manejamos en el Ecuador.

### **3.2 Otros modos de filiación: la filiación socio afectiva en Brasil**

Como ya hemos mencionado previamente, la filiación biológica o natural, tan bien establecida y difuminada por el modelo hegemónico-patriarcal, no es el único camino posible para la construcción del modelo filiatorio y por ende del parentesco. Basta que analicemos el caso de Brasil, país en el que efectivamente se ha renovado la mirada que se tiene sobre la filiación.

Lejos de mantenerse en el familiar camino de la filiación biológica, los brasileños han reconocido que el afecto es digno de tutela jurídica, toda vez que su constitución federal otorga primacía a la dignidad de la persona humana, consagrando los principios de igualdad y

solidaridad. Esto de acuerdo a Maria Berenice Días<sup>52</sup>, quien señala que en el momento en que la constitución federal de Brasil:

*“equiparó las filiaciones biológica y adoptiva, y el Código Civil<sup>53</sup> admitió la posibilidad de que el parentesco resultara de origen diverso de la consanguinidad, el estado de filiación adquirió mayor significado, resultante de la convivencia familiar estable.”* (Dias, M. 2009: 85)

Las nuevas realidades familiares, lejos de reafirmar el modelo biológico con la variante adoptiva como en nuestro país, hicieron que se inicie un debate sobre un nuevo derecho de familia en Brasil, incidiendo sobre el tratamiento que usualmente se le daba a la filiación. De acuerdo a la autora antes mencionada, doctrinaria y jurisprudencialmente se dio un giro en torno al concepto de filiación, cuando João Baptista Villela da el nombre de “desbiologización de la paternidad” a las recientes realidades familiares, donde el punto de unión no era el biológico, sino el afectivo. De esta manera *“se empezó a hablar en “parentalidad socioafectiva”: hecho jurídico compuesto de elementos sociales y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas.”* (Dias, M. 2009: 85).

Por su parte, el catedrático peruano Enrique Varsi Rospigliosi sostiene que la socioafectividad es:

*“Aquel elemento necesario para las relaciones familiares basadas en hechos conjugados en el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y reafirma vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. El criterio socioafectivo se torna hoy, al lado de los criterios jurídicos y biológicos, un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental”* (Varsi, E. 2010: 59)

---

<sup>52</sup> Activista y jurista brasileña, especialista en Derecho Homoafectivo, Familia y Sucesiones. Autora de “Homoafectividad: lo que dice la justicia” y más de cien artículos en diversas revistas como la Revista Jurídica UCES.

<sup>53</sup> “CC. Art. 1.593. El parentesco es natural o civil, conforme resulte de consanguinidad u otro origen” (nota interpuesta al igual que en el texto citado).

Vemos pues que la socioafectividad se constituye como un pilar fundamental al momento de considerar una repersonalización del Derecho de Familia. Se toma en cuenta el elemento volitivo antes que el biológico, y el camino para estas consideraciones fue abierto con el reconocimiento de la filiación legal, venida de la adopción<sup>54</sup>; y ahora, ensanchado gracias a los avances de la biotecnología y los diferentes métodos de reproducción asistida.

### 3.2.1 Elementos de la socioafectividad

Al hablar no de nexos biológicos, sino de vínculos afectivos, se cambian los elementos constitutivos de la filiación. Dentro de la filiación socioafectiva, las pruebas de ADN, sirven para encontrar al progenitor de una persona, más no a su padre, siguiendo al viejo adagio popular que reza “padre es el que cría, no el que engendra”. Al respecto, Rodrigo da Cunha Pereira, acertadamente citado por Varsi (2010: 58), considera que

*“la paternidad es según el psicoanálisis, una función. Sí, una función paterna realizada por un “padre” que es decisivo y responsable por el desarrollo de los sujetos. Por lo tanto, calidad de padre puede recaer en una serie de personas: el padre, el marido de la madre (...) aquel que le da su apellido, aquel que lo reconoce, aquel que lo reconoce ritualmente, aquel lo adopta. En fin, quien detenta la calidad paterna es aquel que desempeña un papel-función como padre”*

Lo expuesto por da Cunha, debemos recalcar, no se contradice con el derecho a tener información o conocimiento sobre los progenitores, dado que existe una diferencia entre el derecho que tiene una persona a conocer sus orígenes con el derecho a la filiación. De acuerdo al profesor Paulo Lôbo, en su texto “Familias”, una vez que se ha generado el vínculo

---

<sup>54</sup> Para Roberto Albuquerque Júnior, en su obra *“La filiación socioafectiva en el derecho brasileño y la imposibilidad de su discontinuación posterior”*, el reconocimiento de la filiación adoptiva o legal sentó la primera piedra para la desbiologización de la paternidad. Menciona el autor “Ese paradigma del biologismo pasó a ser contestado a partir del momento en que la doctrina volvió los ojos hacia la existencia de otro fundamento para la filiación, verdaderamente de orden cultural y desde siempre radicalmente presente en la adopción: la socioafectividad” (Albuquerque, R. en Varsi, E. 2010: 61).

socioafectivo, de acuerdo a la posesión de estado, un examen de ADN no puede destruir el estado de filiación que ya se ha generado. Conforme a lo establecido por el tribunal de justicia de Rio Grande do Sul, Brasil, la paternidad biológica y la socioafectiva son iguales y, no existe prevalencia de la una sobre la otra<sup>55</sup> (Varsi, E. 2010: 59). Es decir, se puede indagar sobre la paternidad biológica sin eliminar el vínculo socioafectivo, como ya había mencionado el profesor Lôbo.

Hemos dicho que el vínculo socioafectivo se configura gracias a la posesión de estado. De acuerdo a Cabanellas dicha posesión, de manera general, se refiere al “conjunto de circunstancias de hecho que poseen valor de derecho en relación con el estado civil de las personas” (Cabanellas, G. 2006:297).

Para Varsi, específicamente en materia de filiación, la posesión de estado “*se refiere a la situación fáctica en la que una persona disfruta el estatus de hijo en relación con otra independientemente de que una situación corresponda a una realidad legal o biológica*” (Varsi, E. 2010: 58).

Es decir, sin que haya un nexo biológico, por el afecto existente entre dos personas que ocupan, que se posesionan, de los roles de padre<sup>56</sup> e hijo se configura la filiación

---

<sup>55</sup> **Texto original en el texto de Varsi:** “Ação de investigação de paternidade. Presença da relação de socioafetividade. Determinação do pai biológico através do exame de dna. Manutenção do registro com a declaração da paternidade biológica. Possibilidade. Teoria tridimensional. Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica de relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres recíprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (arts. 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepor uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica. Apelo provido. (TJRS; AC 70029363918; 8ª C. Civ.; Rel. Des. Cláudio Fidelis Faccenda; DOERS 14/05/2009; p. 55).”

<sup>56</sup> Entendiéndose por padre a la figura como tal, y no específicamente a un hombre. Puede entrar bajo este vocablo las madres lesbianas, padres homosexuales o padres heterosexuales, indistintamente.

socioafectiva. Como bien señala Maria Berenice Dias:

*“La filiación no consiste solo en el nacimiento, ni tampoco en descendencia genética. Es algo mucho mayor y más profundo, que es plantado y fortificado en el cotidiano, en los días que pasan, en el crecimiento y en la vivencia conjunta. Padres son para los hijos aquellos que alimentan, amparan y protegen.”* (Dias, M. 2009: 87).

Siguiendo la línea de ideas planteadas por los autores citados, en la Octava Cámara de lo Civil del Estado de Porto Alegre en Brasil, en un caso de investigación de paternidad<sup>57</sup> se dictaminó que:

*“Comprobada la paternidad biológica por más de 40 años de nacimiento del hijo y no existiendo interés de anular o rectificar el actual registro de nacimiento implica solo el reconocimiento de la paternidad biológica, sin concesión de derecho hereditario o rectificación del nombre”* (Varsi, E. 2010: 60).

Esta decisión es de vital importancia ya que fácticamente demostró lo que los teóricos antes mencionados sostenían, permitiendo la existencia de paternidades análogas, y demostrando que en los casos en que se ha constituido una filiación socio afectiva, se puede reconocer de igual manera la filiación biológica, permitiendo al interesado agregar un elemento para la construcción de su identidad.

### **3.2.2 Sobre los fines sucesorios y patrimoniales**

De acuerdo a las premisas expuestas sobre la socioafectividad, surge una interrogante respecto a cuál de los padres es el facultado para conceder, no solo el derecho hereditario, sino todos los que devienen de la filiación.

---

<sup>57</sup> “EXP. N°70031164676, 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, Comarca de Porto Alegre – Brasil. Sumilla: Apelação Cível. Ação de investigação de paternidade. Concordância do pai e filho biológicos em manter o registro que espelha a paternidade sociafetiva. Pedido que se restringe ao reconhecimento da paternidade biológica. Sem condenação em honorários em razão da ausencia de conflito de intereses.” (Varsi, E. 2010: 58).

Partiendo del antecedente que el elemento generador de la filiación socioafectiva es el vínculo afectivo constante, que demuestre la voluntad de poseer el estado tanto de padre como de hijo, podemos inferir que los deberes económicos, de guarda, de herencia, etc. son responsabilidad del padre que ha filiado a su hijo socioafectivamente, más no del padre biológico, que aportó el gameto para la fecundación sin tener lo que conocemos como voluntad procreacional<sup>58</sup>.

De acuerdo a Rolf Madaleno, especialista brasileño en derecho de familia y derecho sucesorio, se debe eliminar los efectos jurídicos de la relación parental en torno al progenitor, por tres motivos. En primer lugar porque el resultado de una prueba de ADN no puede prevalecer sobre una paternidad que se ha construido con voluntad y afecto a través de los años; en segundo lugar, porque lo primero en la socioafectividad es la dignidad humana, razón por la cual anteponer un interés económico a una relación de afectividad vulnera la dignidad de la persona; y, en tercer lugar, *“porque en la ponderación de los valores debe prevalecer el derecho constitucional de respeto a la dignidad humana y el valor que se muestra digno de preservación son los lazos que nacen del amor”* (Véase Madaleno, R. 2009. Curso de Derecho de Familia en Varsi, E. 2010: 63)

De esta manera vemos que los intereses patrimoniales ocuparían un lugar secundario, porque lo que prima es la verdad afectiva, misma que debe ser reconocida por la ley; claro está, siempre que se cumpla el supuesto de que el hijo cuenta con dos padres que lo han filiado socioafectivamente, ya que a falta de uno de ellos podría acceder plenamente a la filiación biológica y a los derechos que vienen con ella.

En este último caso también se deben considerar las variantes de los hogares

---

<sup>58</sup> Debemos subrayar que en los casos presentados, el padre biológico o estuvo ausente por un largo periodo de tiempo de la vida de su hijo o simplemente fue un donador de esperma o donadora de óvulos, y posteriormente busca conocer al producto de su donación, o el es buscado por su hijo o hija. En cualquiera de estos casos, el progenitor no tuvo la voluntad de convertirse en padre.

homoparentales lesbianos, que si bien logran concebir mediante técnicas de reproducción asistida homologas y heterólogas con el aporte de donadores de gametos, al momento de registrar a sus niños en países conservadores como el Ecuador, no pueden hacerlo por un impedimento legal, más no por la falta del elemento volitivo.

### **3.2.3 Importancia de la socioafectividad**

La filiación socioafectiva ha venido a sacudir las bases pétreas del Derecho de Familia, cuyas normas se establecieron en un tiempo donde jamás se habría imaginado que existan las herramientas con las que hoy contamos dentro del campo de la biotecnología, y específicamente en el campo de la reproducción humana asistida.

De igual manera, su aparecimiento pone en alto los valores de dignidad de la persona, y las relaciones de afecto existentes por la posesión de estado de padres e hijos, lo cual resulta un poco irónico, ya que a la par que se han perfeccionado los métodos para la comprobación de la paternidad, la verdad biológica ha venido a ocupar un segundo lugar.

En palabras de Maria Berenice Dias:

*“La filiación socioafectiva es un instituto jurídico creado para atender situaciones consolidadas, aunque, muchas veces al margen de la ley. Necesita ser prestigiada como expresión del amor del afecto y de la solidaridad, en afirmación del derecho a la convivencia familiar independe de la existencia o no de vínculo por documentos”*  
(Dias, M. 2009: 88)

Tomaremos especial atención a las palabras de Dias, en lo referente a las situaciones consolidadas al margen de la ley, dado que el tema de este trabajo de investigación se enmarca dentro las mismas. Razón por la cual, hemos dado especial atención al tema de la socioafectividad. Sin embargo, hay otro punto que es interesante dentro de la legislación brasileña, y es su manera de construir los nombres de familia.

En nuestra tradición, venida del derecho romano, como ya hemos señalado, se sigue una línea patrilineal. Colocando primero el apellido del padre, mismo que perdura en el tiempo, y que da estructura, de acuerdo a los parámetros establecidos por la hegemonía patriarcal, al sentido de pertenencia dentro de una familia.

En la tradición brasileña, heredada de Portugal, sucede al revés. El apellido de la madre se inscribe primero, y luego el del padre. Ahora bien, muchos creerían que esto significa un quebrantamiento con los modos patrilineales que se manejan en el resto del país, sin embargo esa patrilineidad se mantiene. En palabras de Oscar Botinelli<sup>59</sup>, que a propósito de la reforma de ley que busca invertir el orden de los apellidos en Uruguay, para una entrevista en la Radio Montecarlo, menciona:

*“(...) el orden con que se escriben –los apellidos en Portugal o Brasil- es al revés que en Uruguay, en España o en la tradición española ¿no?, se escribe primero el apellido de la madre y segundo el del padre, pero el que se transmite es el del padre, es decir, el segundo apellido oficia de apellido principal, en Brasil o en Portugal.”*  
(Entrevista Radio Montecarlo. Recuperado de: <http://www.factum.edu.uy/node/903> )

De tal manera, que si bien la filiación se da a la inversa, se sigue manteniendo la transmisión del apellido paterno. Aunque podríamos notar que es algo diferente hacer que el apellido materno oficie al paterno, porque si bien no se transmite, rompe en parte con las nociones patriarcales que estamos acostumbrados a manejar, dándole cierto protagonismo al apellido materno.

Es importante citar el ejemplo de la filiación en Brasil, no solo en cuanto al orden de los apellidos, sino partiendo de la premisa de la socioafectividad como configuración de la paternidad, dado que se puede visibilizar que existen otras maneras de filiar, alejándose en

---

<sup>59</sup> Político Uruguayo, Director General de FACTUM, revista de análisis político, opinión pública y estudios sociales.

primer lugar de la postura biológica, y en segundo lugar, de la forma patriarcal, aunque no es su totalidad.

### **3.3 Doble Filiación Materna**

Luego de haber analizado como se maneja la filiación, podríamos llamarla tradicional, y la menos convencional o socioafectiva, que ha venido instaurándose con fuerza dentro de la doctrina y jurisprudencia brasileña; vamos a hablar sobre la filiación homoparental, más precisamente sobre la doble filiación materna.

Como ya hemos precisado, filiar se refiere a “la acción o efecto de tomar los datos personales de un individuo” (Cabanellas, G. 2006:165). Para el caso en concreto, se refiere a que un niño o niña sea identificado con los dos apellidos de sus madres, que lo concibieron utilizando los distintos métodos de reproducción asistida.

Son varios los países dentro de los cuales ya se ha legalizado el matrimonio homosexual. Dentro de la región, tenemos a Argentina, Uruguay y Brasil, que lo reconocieron en ese orden. En el caso del Ecuador, se han reconocido las uniones de hecho homosexuales, al igual que en Colombia<sup>60</sup>, con limitantes para adoptar.

Ahora bien, podríamos inferir que en los países en los que se ha aceptado el matrimonio igualitario, se debería aceptar sin reparos la filiación homoparental. Sin embargo, se ha debido llevar a instancias judiciales los casos de madres lesbianas que han querido registrar a sus hijos con sus apellidos. Vamos a citar algunos casos renombrados en la región.

---

<sup>60</sup> Para obtener más información y datos referentes a minorías sexuales visitar la web de la Asociación internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales e Intersexuales (ILGA por sus siglas en inglés): [.www.ilga.org](http://www.ilga.org)

### 3.3.1 Argentina: Caso Cabrera y Pascal contra Registro Civil de Argentina

Un año luego de legalizarse el matrimonio igualitario, María del Pilar Cabrera y Marisa Esther Pascal, pareja que convivientes lesbianas, ante la negativa del Registro Civil Argentino de registrar a su hijo con sus apellidos, bajo el pretexto de que eran solteras, y registrarlo solo con el apellido de la madre que dio a luz al niño –como madre soltera– interpusieron un amparo. La jueza porteña Elena Liberatori, titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 4, dictó en sentencia, sobre el caso mencionado, que se debe registrar al niño bajo los dos apellidos maternos ya que había sido concebido bajo el método de ovodonación. Señaló:

*“El apellido (de solo una de las mujeres) no corresponde con la verdadera identidad del niño, en tanto hijo biológico de las dos madres, lo cual patentiza una grave vulneración de derechos fundamentales del ser humano, como son el de la identidad y la autonomía personal”* (Excelsior, Registran al primer bebé argentino con dos madres)

Este caso destaca porque las madres no se habían casado; sin embargo, pedían registrar a su hijo de la misma forma que lo hubiese hecho cualquier pareja de heterosexuales que no hubiesen contraído matrimonio.

Mencionó Esteban Paulón, presidente de la Federación de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales (FLGBT):

*“Es un fallo muy importante y sentará un precedente, ya que avanza mucho más allá que la Ley de Matrimonio Igualitario al reconocer el derecho de comaternidad en base a la voluntad procreacional de las mamás y no a partir del matrimonio igualitario”* (Página12. 2011. Madres dijeron la partera y una jueza)

De acuerdo a lo establecido por Paulón podemos colegir, que a fin de no violentar el

derecho a la identidad, a la igualdad y no discriminación, no solo de estos niños, sino de sus madres, lógicamente y siguiendo la teoría de la voluntad procreacional, se debe dar paso al reconocimiento de la comaternidad, es decir a la doble filiación materna, aunque no exista un vínculo matrimonial entre las madres. Tal y como lo dictaminó la jueza Liberatori.

### **3.3.2 Chile: Caso Benado y Gallo contra el Estado de Chile**

En diciembre del 2013, luego de haber agotado todas las instancias posibles para exigir el registro de su hija, con sus dos apellidos, Alexandra Benado y Alejandra Gallo, con su abogada patrocinadora la Dra. Daniela Quintanilla, miembro de la Corporación Humanas y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, resolvieron denunciar a su país ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH o la Corte), solicitando que la Corte *“ordene el reconocimiento legal de la maternidad de la demandante y la modificación de las normas legales de las cuales se deriva la heteronormatividad obligatoria”* (Humanas, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. 2014)

La pareja, con ayuda de los métodos de reproducción asistida logró concebir dos hijos, mismos que al igual que en el caso de Cabrera y Pascal, fueron registrados solo con el apellido de la madre que los alumbró, en calidad de madre soltera.

En el escrito presentado ante la CIDH, las madres alegan:

*“Nuestra intención y voluntad siempre fue ser ambas reconocidas legalmente como madres de nuestros hijos, para poder ejercer con total plenitud y seguridad jurídica todos los derechos y obligaciones que se generan en una relación madre-hijos”* (Humanas, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. 2014)

Su caso, se centra en que se ha violentado el principio de igualdad y no discriminación, entre otros artículos contenidos en la Convención Interamericana de Derechos

Humanos, que han sido expresados en el capítulo anterior.

La abogada de la pareja, en una entrevista para el “El Mostrador” sostuvo que si se tratara de una pareja de heterosexuales que quisieran reconocer a su hijo concebido por métodos de reproducción asistida heterólogas, no importase la falta de vínculo biológico, para llevar a cabo el registro. De igual manera mencionó *“En este caso, lo que nosotros aspiramos es que a una pareja de lesbianas, de mujeres que acceden a esta misma técnica, puedan acceder a esa herramienta legal de reconocimiento voluntario de maternidad”* (El Mostrador. 2013).

Partiendo de lo resuelto en el Caso Atala e hijas vs. Estado de Chile, la Corte tiene en sus manos la posibilidad de una vez más hacer historia, y sentar un precedente a nivel latinoamericano, sobre la filiación homoparental que sirva de referente a los países más conservadores que no han legalizado el matrimonio igualitario, pero que sin embargo deben regular estas situaciones que son parte de su realidad.

### **3.3.3 Ecuador: Caso Bicknell y Rothern**

Insistimos, la homoparentalidad lesbiana no es un tema abstracto, son varios los hogares de este tipo que existen en nuestro país. Sin embargo, por el miedo a la discriminación, estas minorías, de acuerdo a Castañeda (2009) se asimilan, para tratar de ocultar su naturaleza, y esta asimilación constituye una forma más de discriminación. No es raro encontrarse con madres lesbianas, que pueden haber admitido esta realidad a sus hijos, pero los han registrado solo bajo el apellido de una de ellas; o, que en su defecto, ocultan esta realidad a sus hijos, diciendo que su pareja es un pariente o una amiga de la madre legal.

El 10 de Enero del 2012 se hizo historia en nuestro país. Dos madres lesbianas, de nacionalidad inglesa, residentes en Ecuador; y, con su unión de hecho legalizada tanto en

Inglaterra como en Ecuador, intentaron registrar a su hija, concebida mediante inseminación artificial heteróloga, en el Registro Civil con los apellidos de ambas.

El Director Nacional del Registro Civil, Vinicio Astudillo, se negó a proceder con el trámite alegando 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" (Registro Civil, Identificación y Cedulación OF N° 2012-9-DAJ de 10 enero 2012).

En respuesta a ésta negativa, la pareja interpuso una acción de protección en contra del Registro Civil, misma que por sorteo correspondió al Juzgado Cuarto de Garantías Penales, bajo el número de causa 584-2012. Dentro de la misma se indica:

*“ (...) se están vulnerando los derechos humanos de las peticionarias, contenidos 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, y 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 (Art. 67 Constitución).”* (Corte Constitucional del Ecuador. 2012: 7).

Es decir, las peticionarias alegan que se violan los derechos fundamentales estudiados en el Capítulo II de éste trabajo, mismos que han sido consagrados no en uno, sino en varios cuerpos legales a nivel nacional, como nuestra Carta Magna, y a nivel internacional, como la convención interamericana de Derechos Humanos, entre otros.

Dado que nuestro país no cuenta con una legislación que norme los distintos casos que se puedan originar por el uso de los distintos métodos de reproducción asistida, los

accionantes han apelado a lo establecido en el Art. 42 (1) y (2) de la Ley de Fertilización y Embriología Humana de 2008, que determina:

*“(1) Si en el momento de la colocación en la mujer del embrión o el espermatozoide y el óvulo o de su inseminación artificial, W (la mujer) era parte de una unión civil (unión de hecho), entonces, con sujeción al artículo 45 (2) (4), la otra parte de la unión civil debe ser tratada como progenitora del niño a menos que se muestre que no dio su consentimiento a la colocación del embrión o del espermatozoide y el óvulo o de su inseminación artificial (según sea el caso).”*

*“(2) Esta sección aplica tanto si W se encuentra en el Reino Unido o en otro lugar en el momento mencionado en el inciso (1) (la traducción nos pertenece).”*  
(Corte Constitucional del Ecuador. 2012: 8).

La ley de Fertilización y Embriología Humana del 2008, hace referencia al consentimiento, a este elemento volitivo que ya ha sido estudiado previamente, y que nos permite configurar lo que se ha denominado como “voluntad procreacional”. Las peticionarias tienen razón al argüir que si se tratara de una pareja de heterosexuales que van a inscribir a su hijo luego de haber utilizado estos métodos, jamás se les habría preguntado sobre su nexo biológico, porque el registro voluntario tiene el elemento volitivo, que sirve de nada en los casos de parejas homosexuales.

Avanzando en el caso, dentro del mismo se presentaron numerosos amicus curiae, de acuerdo a lo establecido en el Art. 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que establece:

*“Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de amicus curiae que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia. De creerlo necesario, la jueza o juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado.”*

Entre los escritos presentados, en contra y a favor de la acción de protección, que

conforman la mayoría de los siete cuerpos del proceso<sup>61</sup>, destaca el de Maria Paula Romo dado que toma en cuenta los argumentos esgrimidos por los grupos y personas que enviaron sus amicus curiae pidiendo se deseche la acción de protección. Su escrito se centra en la aplicación del principio de igualdad y no discriminación; y, en el principio del interés superior del niño. Respecto de este último, se hace alusión a la Acción de inconstitucionalidad 2/2010, en la que la Corte Suprema de México estableció que “el reconocimiento jurídico de la existencia de familias homoparentales que existen vía reproducción o adopción, no desatiende el interés superior del niño, por el contrario, de dicho reconocimiento derivan una serie de derechos a favor del menor” (Corte Constitucional del Ecuador. 2012: 102).

Sobre la situación jurídica del caso, dado que los opositores alegaban que las madres inglesas estaban planteando mal su acción toda vez que lo solicitado por ellas constituía una adopción, misma que es prohibida para las parejas del mismo sexo en nuestro ordenamiento, Romo expone que los argumentos presentados por dichos grupos incurren en un evidente error, dado que no se cumple con los casos estipulados en el art. 68 del Código de la Niñez y Adolescencia para dar paso a la adopción. Expresa:

*“En el caso particular, no estamos en ninguno de los cuatro casos detallados por nuestra legislación, pues no existe orfandad, no es imposible determinar quién es su progenitora, no existe prohibición de ejercicio de la patria potestad, y claramente la madre no ha consentido entregar a su hija en adopción, pues por disposición del mismo Código, el efecto de la adopción es extinguir el parentesco entre la persona adoptada y su familia de origen”* (Corte Constitucional. 2012: 103)

Por otro lado, advierte al Juez Altamirano que tiene en sus manos la posibilidad de dictar una sentencia que brinde un precedente para los futuros casos, y que puede frenar las violaciones y discriminaciones de derechos cometidas en una sociedad “que pretende, sin

---

<sup>61</sup> Totalidad de cuerpos que últimamente llegaron a la Corte Constitucional el 24 de octubre del 2012.

ningún fundamento, establecer distinciones basadas en estereotipos, donde existen “familias tipo” y “valores tradicionales” que se consideran superiores a los muchos otros tipos de familia” (Corte Constitucional. 2012: 103). Finalmente, al igual que todos los escritos de simpatizantes, solicita se declare procedente la acción de protección.

Destacamos que en la audiencia de acción de protección llevada a cabo el 21 de mayo del 2012, el Delegado del Señor Procurador General del Estado, dentro de su intervención apeló al principio biológico, que define a las legislaciones de carácter conservador, olvidándose que existe una filiación adoptiva o por adopción que se basa antes que en la sangre, en la voluntad de tomar posesión del estado de padres. De esta manera, el citado señaló:

*“Podemos afirmar perfectamente que consanguinidad significa “con la misma sangre” o “de la misma sangre” o “sangre de mi sangre” o somos sangre de la sangre de ellos. La menor impúber es hija de Nicola Susan Rothern, es decir: madre e hija, son de la misma sangre, por eso deben llevar el mismo apellido, así lo determina expresa y claramente nuestra legislación”* (Corte Constitucional del Ecuador. 2012).

Continúa su intervención alegando que la pareja de Susan Rothern, es decir Helen Bicknell, no es más que eso su pareja, “simplemente su pareja” unida a ella mediante una unión de hecho, argumento que jamás se hubiese utilizado en contra de una pareja heterosexual. Resumiendo, para finalizar su intervención, dice que el no registrar a la menor con los apellidos de soltera de su madre biológica, o querer hacerlo con los apellidos de la pareja de Susan Rothern, sería violar la ley. Para el representante del Procurador parecería que la pareja de la Susan Rothern no existe, que es una entequeia, dado que se refiere a la madre como madre soltera, de tal manera menciona:

*“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 ellas. Por lo tanto, el no proceder de esta manera sería ir contra norma expresa (...)*” (Corte Constitucional del Ecuador. 2012).

La decisión final del Juez Vicente Altamirano fue inadmitir la acción de protección, ya que alegó vicios dentro del procedimiento. Afirmó el Juez que el proceso se lo interpuso de la manera equivocada ya que previo a interponer una acción de protección, las madres, debieron apelar la decisión del Registro Civil o en su defecto, acudir ante el Tribunal Contencioso Administrativo, que juzga las faltas concernientes a la Administración Pública. (El Nuevo Día, 2012).

Las madres apelaron la decisión, ratificándose en todos los argumentos de hecho y de derecho presentados en la demanda, así como también los expuestos en la audiencia de Acción de Protección. Por el respectivo sorteo, el recurso correspondió a la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, bajo el N° 223-2012. El 09 de agosto de 2012, se dictó sentencia rechazando el recurso de apelación y se confirmó la sentencia subida en grado, establecida el 21 de mayo del 2012 por el Juzgado Cuarto de lo Penal de Pichincha. Se alegó que se atentaba contra el interés superior de la menor, y una vez más se les indica que al no haber progenitor masculino presente, deben proceder como “todas las madres solteras”. De igual manera, los jueces parecen olvidar que existe otra forma de configurar la filiación, es decir por adopción, donde no existe vínculo biológico alguno; sin embargo, se refieren al vínculo biológico como en único posible para configurar la filiación. Señalan: “(...) cabe resaltar que indistintamente del sexo, solo el progenitor biológico del sexo opuesto al progenitor que consta como tal en el acta de inscripción, es quien puede reconocer al menor” (Corte Constitucional del Ecuador. 2012). Lo cual se constituye en una falacia.

Ante el rechazo del recurso de apelación, las accionantes presentaron ante la Corte Constitucional una Acción Extraordinaria de Protección. El caso signado con el N° 1692-12-EP hasta la fecha, sigue esperando a ser resuelto. Debemos recalcar que de ser desfavorable la

decisión de la Corte, las madres han expresado que recurrirían a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, misma que resolvió a favor de Karen Atala, en su caso presentado contra el hermano país de Chile; y, que tiene que resolver la demanda de la pareja chilena conformada por Alexandra Benado y Alejandra Gallo.

## CONCLUSIONES

Habiendo finalizado el presente trabajo de investigación, hemos podido obtener las siguientes conclusiones:

1. La familia no es una institución única, fija e inmutable. Gracias a los diversos estudios realizados, no solo a nivel antropológico, sino también sociológico de esta institución, podemos ultimar que no existe un modelo perfecto de familia o que se constituya como el modelo final de la evolución familiar, puesto que no existe tal cosa como una evolución o un cambio de estadios a nivel familiar.

Podemos decir que contamos con diversos modelos de familia que han respondido a las diferentes etapas por las que ha pasado una sociedad, grupo o etnia. Teniendo como modelo predominante al nuclear, que responde a la imposición de una hegemonía patriarcal; sin que esto signifique que por ser el modelo que más se ha encontrado alrededor del globo se constituya como el mejor.

2. Ser homosexual, específicamente, ser Lesbiana no vuelve a una mujer no apta para ser madre. De la misma manera que ser heterosexual no brinda mayor aptitud para la maternidad. La homosexualidad ya no es considerada una patología, ni una elección, razón por la cual, la orientación sexual de una persona no puede ser utilizada como argumento para limitar su acceso a los derechos fundamentales con los que cuentan todos los seres humanos. Hacerlo constituye una violación al principio de igualdad y no discriminación consagrado tanto en normas nacionales como internacionales

3. El campo de la biotecnología ha avanzado considerablemente en los últimos años, contamos hoy en día con métodos de reproducción asistida que necesitan ser normados. El derecho se ha visto rebasado por estos avances, a consecuencia de esto nos encontramos con situaciones reales, que se dan día a día en nuestra sociedad al margen de la ley.
  
4. Los hijos de parejas lesbianas concebidos por métodos de reproducción asistida, sean estos homólogos o heterólogos, en conjunto con la voluntad procreacional de sus madres, tienen tanto derecho como los hijos de padres heterosexuales de ser inscritos con los dos apellidos de sus madres. El Estado ecuatoriano al desconocer el derecho a la identidad de estos niños, genera un clima de injusticia y discriminación, tanto para ellos como para sus madres, obligándolos a asimilarse a una sociedad que cuenta con una legislación de antaño, redactada en épocas de fuerte influencia religiosa y que no se adapta a los cambios que se han dado a nivel social y biotecnológico.

## RECOMENDACIONES

*“(...) el progreso se origina con los cambios de las leyes. En muchos lugares, inclusive en mi propio país, las protecciones legales han precedido y no han seguido al reconocimiento más amplio de los derechos. Las leyes tienen un efecto pedagógico. Las leyes que discriminan validan otras clases de discriminación. Las leyes que exigen iguales protecciones refuerzan el imperativo moral de la igualdad. Y hablando prácticamente, a menudo se da el caso que las leyes deben cambiar para que los temores acerca del cambio se disipen.” (Hillary Clinton , Discurso de Conmemoración de los Derechos Humanos)*

Luego de haber expuesto las conclusiones obtenidas de la elaboración de este trabajo, brindamos las siguientes recomendaciones:

1. Se recomienda a los órganos y autoridades pertinentes realizar campañas de información y sensibilización a la ciudadanía sobre los diversos tipos de familias existentes, para de esta manera hacer que la ciudadanía reconozca que existen diversas unidades familiares, iniciando un proceso cambio de mentalidad en torno a los Derechos Humanos.
2. Se exhorta a los jueces de la Corte Constitucional del Ecuador que tienen en sus manos la Acción Extraordinaria de Protección presentada por Nicola Rothon y Helen Bicknell, y sus defensores, resolver la acción favorablemente, cumpliendo con sus funciones de garantizar la supremacía de la constitución, asegurando su vigencia y goce de derechos y garantías establecido en la Norma Suprema, considerando los principios de justicia constitucional; y, que declaren inconstitucionales los artículos de la Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación que imposibilitan registrar a un niño o niña con los apellidos de sus dos madres, dado que atentan contra

3. el principio de supremacía constitucional, impidiendo el efectivo goce de derechos y garantías; o, en su defecto, que en su decisión, de acuerdo a lo establecido en el inciso segundo del art. 43 de la Ley Orgánica de Garantías y Control Constitucional, definan con precisión el supuesto fáctico objeto de la decisión, para que en el futuro los casos análogos tengan la misma solución jurídica. Se les recuerda, que tienen una oportunidad magnífica de hacer historia, y de engrandecer el camino hacia la igualdad de los seres humanos.
  
4. Se recomienda a los legisladores de nuestro país crear una ley que norme los distintos procedimientos de reproducción asistida, bajo los principios de la bioética, que siendo una rama de la ética busca orientar la conducta humana respecto de los distintos casos que se pueden presentar relacionados con la vida misma; y, tomando como base lo establecido por la Ley de Fertilización y Embriología Humana de 2008. De igual manera se invita, no solo a los legisladores, sino a los estudiosos del derecho a pronunciarse sobre la tan necesaria reforma del Derecho de Familia, para que el mismo norme las situaciones que hasta el momento tienen lugar al margen de la ley.

## BIBLIOGRAFÍA

**ALBERDI**, Inés. (1999) *La nueva familia española* Madrid. Ediciones Taurus

**ÁLVAREZ CONDE**, Enrique: “Prohibición de discriminación”, en **ÁLVAREZ CONDE**, Enrique, **FIGUERUELO BURRIEZA**, Ángela y **NUÑO GÓMEZ**, Laura (Dir.) *Estudios Interdisciplinarios sobre Igualdad*. Madrid: Iustel, 2009, p. 42.

**ÁVILA**, Ramiro. y otros. (2008) *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. (1ra Edición). Quito. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. ISBN: 978-9978-92-611-6

**BACHOFEN**, Johann Jakob (1992). *El matriarcado: Una investigación sobre la ginecocracia en el mundo antiguo según su naturaleza religiosa y jurídica*. Segunda edición. Madrid.

**CABANELLAS DE TORRES**, Guillermo (2006). *Diccionario jurídico elemental* (18ª edición), Buenos Aires: Heliasta.

**CADORET**, Anne. (2008). *Parenté et figures maternelles: Le recours à une gestatrice pour autrui par un couple gay*. Centre National de la Recherche Scientifique.

**CASTAÑEDA**, Marina (2006). *La Nueva Homosexualidad* (1ª edición), México: Editorial Paidós

**CASTRO**, Laura. (2013) *Derechos Fundamentales de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgéneros e Intersexuales (LGBTI) en Colombia*; Bogotá: Grupo editorial Ibañez, ISBN:978-958-749-065-7.

**Corporación Universitaria Lasallista**. (2011) *Familia y subjetividad: perspectivas y abordajes*. Caldas: Corporación Universitaria Lasallista.

**ENGELS**, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Zurich, 1884. Recuperado de:

[http://www.marxists.org/espanol/m-e/1880s/origen/el\\_origen\\_de\\_la\\_familia.pdf](http://www.marxists.org/espanol/m-e/1880s/origen/el_origen_de_la_familia.pdf)

**FERRAJOLI**, Luigi. (2001) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid.

**HERRERO BRASAS**, Juan. (2001). *La sociedad gay: una invisible minoría*. (1era edición). Madrid: Focas Ediciones

**Familias para la acogida** (2008) *El Acogimiento*. Recuperado de: <http://www.familias-acogida.es/index.php/esl/El-Acogimiento>

**FOUCAULT**, Michel. (2008) *Historia de la Sexualidad, TOMO I, La Voluntad del Saber*, (2da Edición. cuarta reimpresión), Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.

**FOUCAULT**, Michel. (2008) *Historia de la Sexualidad, TOMO II, El Uso de los Placeres*, (2da Edición. cuarta reimpresión), Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.

**FOUCAULT**, Michel. (2008) *Historia de la Sexualidad, TOMO III, La inquietud de sí*, (2da Edición. cuarta reimpresión), Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.

**FLORES**, Jesús (2012). Homoparentalidad y Derecho Civil, Universidad Rey Juan Carlos. Recuperado de: <http://ciencia.urjc.es/handle/10115/11392>

**HARRIS**, Marvin (1996) *Antropología Cultural*. Alianza Editorial. Recuperado de: [http://www.bsolot.info/wp-content/uploads/2011/02/Harris\\_Marvin-Antropologia\\_cultural.pdf](http://www.bsolot.info/wp-content/uploads/2011/02/Harris_Marvin-Antropologia_cultural.pdf) el 07 de octubre de 2013.

**HUMANAS**, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. (2014) “Denuncian al Estado de Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por caso de madres lesbianas”. Recuperado de: <http://www.humanas.cl/?p=13002>

**LARREA HOLGUÍN**, Juan. (2009). Derecho Civil del Ecuador. Volúmen III: Filiación, estado civil, alimentos. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

**LEVI-STRAUSS**, Claude (1956): SPIRO, M & GOUGH, K. *Polémica sobre el Origen y la Universalidad de la Familia*. Barcelona: Anagrama.

**MASLOW**, Abraham. (1953) *A Theory of Human Motivation*.

**MENDOZA**, Héctor. (2011) *La reproducción humana asistida: Un análisis desde la perspectiva biojurídica*. (1era edición), México, DF: Editorial Fontamara.

**MICHEL**, Andrée (1991). *Sociología de la Familia y del Matrimonio*. Ediciones Península. Barcelona. Segunda Edición.

**MORAN DE VICENZI**, Claudia. (2005) El concepto de filiación en la fecundación artificial. (1era edición) Lima: ARA Editores

**MORENO, J.** (2009). “*Derecho de Familia*” Tomo II. (3era Edición). Asunción, Paraguay: Ed. Intercontinental. Página 519. En: Machicado,R. (2012).Apuntes Jurídicos. Recuperado de: [http://www.jorgemachicado.blogspot.com/2012/11/fil.html?m=1#\\_Toc342051023](http://www.jorgemachicado.blogspot.com/2012/11/fil.html?m=1#_Toc342051023)

**PEDREIRA, M.** (2006) *Familia y psicopatología: Parentalidad y filiación un proceso en cambio*. Recuperado de: <http://www.transexualia.org/DOCUMENTACION/filiacionycambio.pdf>

**PORTUGAL**, Rafael. Conferencia. *Estudios sobre Homoparentalidad: revisión científica y análisis metodológico*. Recuperado de: <http://www.felgtb.org/rs/1440/d112d6ad-54ec-438b-9358-4483f9e98868/bd0/fd/1/filename/estudios-sobre-homoparentalidad.pdf>

**RESTREPO**, Carolina; **SÁNCHEZ**, Sandra; **TAMAYO**, Catalina (2010). *Derecho y Diversidad Sexual* (1ra Edición). Medellín: Universidad de Medellín.

**SHORTER**, Edward. (1977). *El nacimiento de la familia moderna*. Anesa: Buenos Aires.

**SCHMIDT**, Thomas. (2008). *La Homosexualidad: compasión y claridad en el debate*. (1era edición en español). Barcelona: Editorial CLIE

**ZAGREBELSKY**, Gustavo. (1997). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. (2da Edición). Madrid: Editorial Trotta S.A

### **Artículos de Prensa**

**EL MOSTRADOR**. (2013). “Abogada de madres lesbianas: “El Estado de Chile se niega a ajustarse a los estándares internacionales de DD.HH.”. Recuperado de: <http://www.elmostrador.cl/pais/2013/12/12/abogada-de-las-madres-lesbianas-el-estado-de-chile-se-niega-a-ajustarse-a-los-estandares-internacionales-de-dd-hh/>

**EL NUEVO DÍA**. *Lesbianas apelan fallo adverso en caso de doble maternidad en Ecuador*. 23 de mayo del 2012.

**EXCELSIOR.** “*Registran al primer bebé argentino con dos madres*”. Recuperado de: <http://m.excelsior.com.mx/node/736516>

**PAGINA12.** (2011). “*Madres dijeron la partera y una jueza*”. Recuperado de: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-167996-2011-05-12.html>

**EL PAÍS.** (2005, 19 de junio). Dos de cada tres españoles apoyan el matrimonio homosexual.. Recuperado de: <http://www.siiis.net/documentos/hemeroteca/ds231.pdf>

## Casos

**COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** (2010). Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Karen Atala e hijas contra el Estado de Chile. Caso 12.502. Recuperado de: <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.502SP.pdf>

**CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR** (2012) Acción Extraordinaria de Protección N°:1692-12-EP. Defensoría del Pueblo, Dirección Nacional de Protección de Derechos Humanos y de la Naturaleza, Coordinación Nacional de Protección Prioritaria contra la sentencia de 09 de agosto del 2012 dictada por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia, dentro de la acción de protección N° 223-2012, 584-2012.

## Declaraciones Institucionales

**American Academy of Pediatrics.** Committee on Psycho-social Aspects of Child and Family Health, *Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents*, Vol. 109, n° 2, 2002, pp 339 – 340.

Recuperado de: <http://pediatrics.aappublications.org/content/109/2/339.full.pdf+html>

**American Academy of Pediatrics.** (2002). *Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents*, Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health. Pediatrics, vol 109, no 2, Febrero de 2002. Recuperado de:

<http://pediatrics.aappublications.org/content/109/2/339.full.pdf+html>

**American Psychological Association.** (2004). APA Briefing Sheet on Same-Sex Families

and Relationships. En PORTUGAL, Rafael. Conferencia. *Estudios sobre Homoparentalidad: revisión científica y análisis metodológico*

**Paige, R. U.** (2005). Proceedings of the American Psychological Association, Incorporated, for the legislative year 2004. Minutes of the meeting of the Council of Representatives July 28 & 30, 2004, Honolulu, HI. Retrieved November 18, 2004, from the World Wide Web <http://www.apa.org/governance/>. (To be published in Volume 60, Issue Number 5 of the American Psychologist.). Recuperado de: <http://www.apa.org/about/policy/parenting.aspx>

**RATZINGER, Joseph Card.** (2003). *Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales*. Sede de la congregación de la Doctrina de Fe. Texto aprobado por el Sumo Pontífice Juan Pablo II. Recuperado de: [http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_2003\\_0731\\_homosexual-unions\\_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_2003_0731_homosexual-unions_sp.html)

## **Legislación Nacional**

Constitución de la República del Ecuador

Código Civil del Ecuador

Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador

Ley del Registro Civil del Ecuador

SENPLADES, Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017, Senplades

## **Legislación Internacional**

**CARTA ANDINA DE DERECHOS HUMANOS**, Decisión del Acuerdo de Cartagena 586, Publicada en el RO Suplemento 461 del 15 de Noviembre de 2004.

**CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, (1969). Serie sobre tratados, OEA, N° 36. Recuperado de: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

**DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS**, (1948). GA. Res 217A

(III), U.N. Doc. .A/180 at 71. Recuperado de: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

**OIT** (Organización Internacional para las Migraciones Ecuador), *Ecuador y la Movilidad Humana*. Recuperado de:

[http://www.oim.org.ec/portal/images/pdf/migracion\\_en\\_ecuador.pdf](http://www.oim.org.ec/portal/images/pdf/migracion_en_ecuador.pdf)

**PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS** (1966).

Resolución 2200 A (XXI). Recuperado de:

<http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/constituciones%20e%20instrumentos/pacto%20internacional.htm>

**PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y**

**CULTURALES.** (1966). Resolución 2200 A (XXI). Recuperado de:

<http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/constituciones%20e%20instrumentos/pacto%20desc.htm>

**PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA:** Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Recuperado de:

[http://www.oas.org/dil/esp/orientacion\\_sexual\\_Principios\\_de\\_Yogyakarta\\_2006.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf)

### **Publicaciones de Revistas**

**ARAMBURU**, Florencia y **CIANI**, Mariela. (2012). Una mirada trialista a la ovodonación.

Revista electrónica Cartapacio de Derecho. Recuperado de:

<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1402/1656>

**ARAQUE**, Francis. (2013). *Una aproximación teórica-conceptual para el estudio de las organizaciones familiares. TELOS. Revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales. UNIVERSIDAD Rafael Belloso Chacín. Vol. 15 (1): 103 – 116.* Recuperado de:

<http://www.publicaciones.urbe.edu/index.php/telos/article/viewArticle/2505/3654>

**BARRERA**, María Fernanda. (1996). “Presunción de paternidad y tutela judicial efectiva”.

Revista de Investigaciones Jurídicas, México, Año 20, N° 20. P. 681

**BERNAL**, Héctor (2010). *La propiedad privada, la monogamia, el patriarcado, la esclavitud y el carácter de la producción.* Artículo tomado de: Nómadas revista crítica de ciencias

sociales y jurídicas N°25. Recuperado de:

<http://pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/25/hectorbernal.pdf>

**BORILLO, Daniel.** (2011). *Por una Teoría Queer del Derecho de las personas y las familias.* Direito, Estado e Sociedade, n° 39. P 27-51.

Recuperado de: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo2.pdf>

**CARDENAS, Luis.** (2012). *Maternidad por Ovodonación.* Revista: Dialogo con la Jurisprudencia N° 166. P. 71-73. Recuperado de:

<http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1091&context=luiscardenasrodriguez>

**CASTELLAR, Felipe** (2010). Familia y homoparentalidad: una revisión del tema. *Revista CS en ciencias Sociales*, N° 5, pp 47-70. Recuperado de: [http://www.icesi.edu.co/revista\\_cs/images/stories/revistaCS5/articulos/02%20Castellar.pdf](http://www.icesi.edu.co/revista_cs/images/stories/revistaCS5/articulos/02%20Castellar.pdf)

**CEVALLOS R, Andrea; RIOS Q, Juliana; ORDOÑEZ P, Richard.** *El reconocimiento de derechos de parejas del mismo sexo: el camino hacia un concepto de familia pluralista.* Corporación Universitaria Empresarial Alexander von Humbolt, Estudio Socio Jurídicos-Universidad de Rosario; recuperado de:

<http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/2173>

**DIAS, María Berenice.** (2009). “*Filiación Socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales*” en Revista Jurídica UCES. P. 83-90.

**FERRAJOLI, Luigi.** (2009). *La Igualdad y sus Garantías.* Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid N°13 “Desafíos de la Igualdad, Desafíos a la Igualdad”. 311-325. Recuperado de: [http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/hem/afduam\\_13.pdf](http://biblioteca.uam.es/derecho/documentos/hem/afduam_13.pdf)

**MARTOS, Juan Francisco.** *Homosexualidad Femenina en Gracias y Roma.* Universidad de Málaga. Recuperado de: <http://webpersonal.uma.es/de/JFMARTOS/PDF/Orientaciones.pdf>

**NOIR, Raúl.** (2010) Sobre el movimiento LGHBT (Lésbico-Gay Homosexual- Bisexual- Transgénero). Revista Electrónica de Psicología Política Año 8 N° 22 – Marzo – Abril 2010. Recuperado de: [http://www.psicopol.unsl.edu.ar/abril2010\\_Nota8.pdf](http://www.psicopol.unsl.edu.ar/abril2010_Nota8.pdf)

**VARSÍ**, Enrique. (2010). *“Paternidad Socioafectiva. La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto”*. Actualidad Jurídica N° 200. Recuperado de: [http://works.bepress.com/enrique\\_varsi/16](http://works.bepress.com/enrique_varsi/16)

### **Trabajos de Investigación**

**BUITRÓN**, Edgar Andrés. (2009). *“La implementación de las uniones de hecho de parejas del mismo sexo en Ecuador como ejercicio de igualdad del colectivo LGBT”*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito.

**GIL PARRA**, Lucinda. (2012) *“Juana la Loca”*. Trabajo para la obtención de Titulado Universitario Senior. Recuperado de:

[http://mayores.uji.es/datos/2011/apuntes/fin\\_ciclo\\_2012/Juana.pdf](http://mayores.uji.es/datos/2011/apuntes/fin_ciclo_2012/Juana.pdf)

**ÑIGUEZ**, Paúl. (2011). *“En el Ecuador el plazo para impugnar la paternidad, lesiona los derechos del padre que dentro del matrimonio ha reconocido mediante engaño al hijo que no es suyo”*. Tesis de grado. Universidad Nacional de Loja.

**PÉREZ ROYO**, Javier. (2005). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons. Págs. 276-277. En: VICENCIO, Evelyn. (2012). El principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado por orientación sexual. Reflexiones a partir del caso español y chileno. Trabajo de fin de Master. Universidad de Salamanca

**SALGADO**, Judith. (2005). *Derechos Sexuales en el Ecuador*. Tesis de Maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

**VICENCIO**, Evelyn. (2012). El principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado por orientación sexual. Reflexiones a partir del caso español y chileno. Trabajo de fin de Master. Universidad de Salamanca.

### **Otros**

**Artículo**. Registro Civil Negó Matrimonio a Lesbianas, 8 agosto del 2013. Recuperado de: <http://www.matrimoniociviligualitario.ec/tag/ecuador/page/13/>

**Artículo.** Lesbianas apelan decisión de jueza, 22 de agosto de 2013. Recuperado de: <http://www.matrimoniociviligualitario.ec/lesbianas-apelan-decision-de-jueza/>

**Artículo.** Jueza Pillajo resuelve abstenerse de continuar conociendo la cauda de la pareja de lesbianas que busca el Matrimonio Igualitario en el Ecuador, 4 de noviembre de 2013. Recuperado de: <http://www.matrimoniociviligualitario.ec/jueza-pillajo-resuelve-abstener-de-continuar-conociendo-la-causa-de-la-pareja-de-lesbianas-que-busca-el-matrimonio-igualitario-en-ecuador/>)

**CHARLA:** *“Matrimonio Igualitario en Argentina: avanzando a la plenitud de derechos”*, FLACSO Ecuador, 10 de mayo del 2013. Auditorio Biblioteca FLACSO.

# ANEXOS

## ANEXO A

### AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS

Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health

#### Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents

**ABSTRACT.** Children who are born to or adopted by 1 member of a same-sex couple deserve the security of 2 legally recognized parents. Therefore, the American Academy of Pediatrics supports legislative and legal efforts to provide the possibility of adoption of the child by the second parent or coparent in these families.

Children deserve to know that their relationships with both of their parents are stable and legally recognized. This applies to all children, whether their parents are of the same or opposite sex. The American Academy of Pediatrics recognizes that a considerable body of professional literature provides evidence that children with parents who are homosexual can have the same advantages and the same expectations for health, adjustment, and development as can children whose parents are heterosexual.<sup>1-9</sup> When 2 adults participate in parenting a child, they and the child deserve the serenity that comes with legal recognition.

Children born or adopted into families headed by partners who are of the same sex usually have only 1 biologic or adoptive legal parent. The other partner in a parental role is called the "coparent" or "second parent." Because these families and children need the permanence and security that are provided by having 2 fully sanctioned and legally defined parents, the Academy supports the legal adoption of children by coparents or second parents. Denying legal parent status through adoption to coparents or second parents prevents these children from enjoying the psychologic and legal security that comes from having 2 willing, capable, and loving parents.

Several states have considered or enacted legislation sanctioning second-parent adoption by partners of the same sex. In addition, legislative initiatives assuring legal status equivalent to marriage for gay and lesbian partners, such as the law approving civil unions in Vermont, can also attend to providing security and permanence for the children of those partnerships.

Many states have not yet considered legislative actions to ensure the security of children whose parents are gay or lesbian. Rather, adoption has been decided by probate or family courts on a case-by-case basis. Case precedent is limited. It is important that a broad ethical mandate exist nationally that will

guide the courts in providing necessary protection for children through coparent adoption.

Coparent or second-parent adoption protects the child's right to maintain continuing relationships with both parents. The legal sanction provided by coparent adoption accomplishes the following:

1. Guarantees that the second parent's custody rights and responsibilities will be protected if the first parent were to die or become incapacitated. Moreover, second-parent adoption protects the child's legal right of relationships with both parents. In the absence of coparent adoption, members of the family of the legal parent, should he or she become incapacitated, might successfully challenge the surviving coparent's rights to continue to parent the child, thus causing the child to lose both parents.
2. Protects the second parent's rights to custody and visitation if the couple separates. Likewise, the child's right to maintain relationships with both parents after separation, viewed as important to a positive outcome in separation or divorce of heterosexual parents, would be protected for families with gay or lesbian parents.
3. Establishes the requirement for child support from both parents in the event of the parents' separation.
4. Ensures the child's eligibility for health benefits from both parents.
5. Provides legal grounds for either parent to provide consent for medical care and to make education, health care, and other important decisions on behalf of the child.
6. Creates the basis for financial security for children in the event of the death of either parent by ensuring eligibility to all appropriate entitlements, such as Social Security survivors benefits.

On the basis of the acknowledged desirability that children have and maintain a continuing relationship with 2 loving and supportive parents, the Academy recommends that pediatricians do the following:

- Be familiar with professional literature regarding gay and lesbian parents and their children.
- Support the right of every child and family to the financial, psychologic, and legal security that results from having legally recognized parents who are committed to each other and to the welfare of their children.
- Advocate for initiatives that establish permanency through coparent or second-parent adoption for

The recommendations in this statement do not indicate an exclusive course of treatment or serve as a standard of medical care. Variations, taking into account individual circumstances, may be appropriate.  
PEDIATRICS (ISSN 0031 4005). Copyright © 2002 by the American Academy of Pediatrics.

## ANEXO A-1

children of same-sex partners through the judicial system, legislation, and community education.

### COMMITTEE ON PSYCHOSOCIAL ASPECTS OF CHILD AND FAMILY HEALTH, 2000–2001

Joseph F. Hagan, Jr, MD, Chairperson  
William L. Coleman, MD  
Jane M. Foy, MD  
Edward Goldson, MD  
Barbara J. Howard, MD  
Ana Navarro, MD  
J. Lane Tanner, MD  
Hyman C. Tolmas, MD

### LIAISONS

F. Daniel Armstrong, PhD  
Society of Pediatric Psychology  
David R. DeMaso, MD  
American Academy of Child and Adolescent Psychiatry  
Peggy Gilbertson, RN, MPH, CPNP  
National Association of Pediatric Nurse Practitioners  
Sally E. A. Longstaffe, MD  
Canadian Paediatric Society

### CONSULTANTS

George J. Cohen, MD  
Ellen C. Perrin, MD

### STAFF

Karen Smith

### REFERENCES

1. Perrin EC. Children whose parents are lesbian or gay. *Contemp Pediatr.* 1998;15:113–130
2. *Janice Ann DeLong v Fredrick Joseph DeLong III, Guardian Ad Litem.* Brief of Amicus Curiae American Psychological Association. Available at: <http://www.psyclaw.org/delongbrief.html>. Accessed February 15, 2001
3. *Kimberly Y. Boswell v Robert G. Boswell.* Brief of Amici Curiae American Psychological Association and National Association of Social Workers. Available at: <http://www.psyclaw.org/boswellbrief.html>. Accessed February 15, 2001
4. Gold MA, Perrin EC, Futterman D, Friedman SB. Children of gay or lesbian parents. *Pediatr Rev.* 1994;15:354–358
5. Tasker F. Children in lesbian-led families: a review. *Clin Child Psychol Psychiatry.* 1999;4:153–166
6. Patterson CJ. Children of lesbian and gay parents. *Adv Clin Child Psychol.* 1997;19:235–282
7. Benkov L. *Reinventing the Family: The Emerging Story of Lesbian and Gay Parents.* New York, NY: Crown Publishers; 1994
8. Parks CA. Lesbian parenthood: a review of the literature. *Am J Orthopsychiatry.* 1998;68:376–389
9. American Academy of Pediatrics, Perrin EC, and the Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health. Technical report: coparent or second-parent adoption by same-sex parents. *Pediatrics.* 2002;109:341–344

## ANEXO B

### APA Official Actions

## Position Statement on Adoption and Co-parenting of Children by Same-sex Couples

Approved by the Board of Trustees, November 2002  
Approved by the Assembly, November 2002

"Policy documents are approved by the APA Assembly and Board of Trustees...These are...position statements that define APA official policy on specific subjects..." – *APA Operations Manual*.

Numerous studies over the last three decades consistently demonstrate that children raised by gay or lesbian parents exhibit the same level of emotional, cognitive, social, and sexual functioning as children raised by heterosexual parents. This research indicates that optimal development for children is based not on the sexual orientation of the parents, but on stable attachments to committed and nurturing adults. The research also shows that children who have two parents, regardless of the parents' sexual orientations, do better than children with only one parent.

While some states have approved legislation sanctioning second parent adoption, other court judgments and legislation have prohibited lesbian women and gay men from adopting or co-parenting. Therefore, in most of the United States, only one partner in a committed gay or lesbian couple may have a legal parental relationship to a child they are raising together. Adoption by a second parent, however, would not only formalize a child's existing relationships with both parents in a same-sex couple, it would also provide vital security for the child.

Children could avail themselves of both parents' health insurance benefits, access to medical care, death benefits, inheritance rights, and child support from both parents in the event of separation. Adoption protects both parents' rights to custody and/or visitation if the couple separates or if one parent dies.

The American Psychiatric Association has historically supported equity, parity, and non-discrimination regarding legal issues affecting mental health. In 2000, APA supported the legal recognition of same sex unions and their associated legal rights, benefits, and responsibilities. APA has also supported efforts to educate the public about homosexuality and the mental health needs of lesbian women, gay men, and their families. Removing legal barriers that adversely affect the emotional and physical health of children raised by lesbian and gay parents is consistent with the goals of the APA.

**The American Psychiatric Association supports initiatives which allow same-sex couples to adopt and co-parent children and supports all the associated legal rights, benefits, and responsibilities which arise from such initiatives.**

*This position statement was drafted and proposed by the Committee on Gay, Lesbian, and Bisexual Issues and was supported by the Council on Minority Mental Health and Health Disparities.*



# ANEXO C

APA Document 197310

## Position Statement on Homosexuality and Civil Rights

"Policy documents are approved by the APA Assembly and Board of Trustees... These are ...position statements that define APA official policy on specific subjects..." -- APA Operations Manual.

Approved by the Board of Trustees, December 1973  
Approved by the Assembly, 1973

WHEREAS HOMOSEXUALITY per se implies no impairment in judgment, stability, reliability, or general social or vocational capabilities, therefore, be it resolved that the American Psychiatric Association deplors all public and private discrimination against homosexuals in such areas as employment, housing, public accommodation, and licensing, and declares that no burden of proof of such judgment, capacity, or reliability shall be placed upon homosexuals greater than that imposed on any other persons. Further, the American Psychiatric Association supports and urges the enactment of civil rights legislation at the local, state, and federal level that would offer homosexual citizens the same protections now guaranteed to others on the basis of race, creed, color, etc. Further, the American Psychiatric Association supports and urges the repeal of all discriminatory legislation singling out homosexual acts by consenting adults in private.

(The American Psychiatric Association is, of course, aware that many other persons in addition to homosexuals are irrationally denied their civil rights on the basis of pejorative connotations derived from diagnostic or descriptive terminology used in psychiatry and deplors all such discrimination. This resolution singles out discrimination against homosexuals only because of the pervasive discriminatory acts directed against this group and the arbitrary and discriminatory laws directed against homosexual behavior).

*This statement was prepared by Robert L. Spitzer, M.D., with the approval of the Task Force on Nomenclature and Statistics and was recommended for approval by the Council on Professions and Association.*



The American Psychiatric Association is a national medical specialty society, founded in 1844, whose 38,000 physician members specialize in the diagnosis and treatment of mental and emotional illnesses and substance use disorders.

**The American Psychiatric Association**  
1000 Wilson Boulevard, Suite 1825 • Arlington, VA 22209  
Telephone: (703) 907-7300 • Email: [apa@psych.org](mailto:apa@psych.org)