

Derecho y familia

# LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Perspectivas comparadas



Nicolás Espejo Yaksic  
Ana María Ibarra Olguín  
*Editores*



**Suprema Corte**  
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios  
Constitucionales  
SCJN

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Catalogación**

PO

K300

C667c

La constitucionalización del derecho de familia : perspectivas comparadas / editores Nicolás Espejo Yaksic, Ana María Ibarra Olguín ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.-- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.

1 recurso en línea (xxii, 412 páginas). -- (Derecho y familia)

ISBN 978-607-552-137-4

1. Derecho de familia – Normas constitucionales – Jurisprudencia – Ensayos  
2. Convencionalismo jurídico – Derecho civil – Argentina 3. Matrimonio – Derechos humanos – Derecho interno – Instrumentos internacionales – Estudio de casos – Estados Unidos 4. Sujetos del derecho de familia – Derecho constitucional 5. Matrimonio entre personas del mismo sexo – Brasil 6. Derecho a la identidad – Chile 7. Patria potestad – Interés superior de la niñez – Gran Bretaña 8. Derechos de los niños – Derecho procesal civil – Países Bajos – Europa 9. Familia – Constitución – México I. Espejo Yaksic, Nicolás, editor II. Ibarra Olguín, Ana María, editor III. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo IV. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales V. serie

LC K670

Primera edición: enero de 2020

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Avenida José María Pino Suárez núm. 2  
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc  
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

# CAPÍTULO 4

## La Constitución de la Familia\*

---

Douglas NeJaime\*\*

\* Texto publicado originalmente como "The Family's Constitution" (en *Constitutional Commentary*. Yale Law School. Documento 621. Vol. 32, 2017); traducido al español por Alejandra Ortiz Hernández, y publicado con autorización expresa del autor.

\*\* Anne Urowsky Profesor de Derecho, Escuela de Derecho de Yale. Agradezco a Jill Hasday por haberme incluido en este simposio sobre derecho de familia y derecho constitucional y por haberme dado retroalimentación provechosa sobre un borrador previo. Kerry Abrams y Melissa Murray también me dieron comentarios atinados sobre borradores previos. Por su excelente asistencia en la investigación, agradezco a Sanya Kumar y a los bibliotecarios de la Escuela de Derecho de Harvard.

Muchos de los principales temas constitucionales de nuestros días implican asuntos del derecho de familia.<sup>1</sup> La doctrina moderna del debido proceso sustantivo está repleta de preguntas de derecho familiar. Casos como *Griswold vs. Connecticut*;<sup>2</sup> *Eisenstadt vs. Baird*;<sup>3</sup> *Roe vs. Wade*;<sup>4</sup> *Planned Parenthood vs. Casey*;<sup>5</sup> y *Lawrence vs. Texas*,<sup>6</sup> abordan temas como la formación de la familia, las relaciones sexuales e íntimas y la toma de decisiones en salud reproductiva. Otros, como *Loving vs. Virginia*;<sup>7</sup> *Zablocki vs. Redhail*;<sup>8</sup> y *Turner vs. Safley*,<sup>9</sup> dirigen su atención a los contornos del

---

<sup>1</sup> Véase HASDAY, J. E., *Family Law Reimagined*, 2014, p. 40; MEYER, D., "The Constitutionalization of Family Law", *The Family Law Quarterly*, Vol. 42, 2008, pp. 529, 571.

<sup>2</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Griswold vs. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

<sup>3</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Eisenstadt vs. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

<sup>4</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

<sup>5</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Planned Parenthood of Se. Pennsylvania vs. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

<sup>6</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

<sup>7</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Loving vs. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

<sup>8</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Zablocki vs. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978).

<sup>9</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Turner vs. Safley*, 482 U.S. 78 (1987).

matrimonio. El caso *Moore vs. City of East Cleveland*<sup>10</sup> protege a la familia extendida. Los casos *Stanley vs. Illinois*,<sup>11</sup> *Lehr vs. Robertson*,<sup>12</sup> y *Michael H. vs. Gerald D.*<sup>13</sup> consideran los derechos de los padres no casados. El caso *Troxel vs. Granville*<sup>14</sup> protege el derecho de un padre o una madre a tomar decisiones sobre la crianza de sus hijos. El derecho sobre igual protección moderno también presenta una cantidad significativa de asuntos de derecho de familia. Desde finales de la década de 1960, una serie de casos extienden derechos a las relaciones paterno-filiales fuera del matrimonio.<sup>15</sup> Las principales sentencias sobre igualdad entre los sexos, que datan de la década de 1970, han hecho que los derechos y responsabilidades con respecto al matrimonio y la crianza de hijos sean formalmente neutros por razones de género.<sup>16</sup> En años recientes, las sentencias sobre el derecho al matrimonio a parejas del mismo sexo —a saber, *United States vs. Windsor*<sup>17</sup> y *Obergefell vs. Hodges*<sup>18</sup>— reconocen a familias formadas por gays y lesbianas con base en el derecho a la igual protección y al debido proceso.

Se piensa que estos casos representan una explicación hasta cierto punto clara de la relación entre el derecho de familia y el derecho constitucional.<sup>19</sup> Desde esta perspectiva, el derecho de familia suele percibirse

---

<sup>10</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Moore vs. City of E. Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977).

<sup>11</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Stanley vs. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972).

<sup>12</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Lehr vs. Robertson*, 463 U.S. 248 (1983).

<sup>13</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Michael H. vs. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989).

<sup>14</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Troxel vs. Granville*, 530 U.S. 57 (2000).

<sup>15</sup> Véase, p. ej., Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Clark vs. Jeter*, 486 U.S. 456 (1988); Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Glonn vs. Am. Guar. & Liab. Ins. Co.*, 391 U.S. 73 (1968).

<sup>16</sup> Véase, p. ej., Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Califano vs. Westcott*, 443 U.S. 76 (1979); Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Orr vs. Orr*, 440 U.S. 268 (1979); caso *Stanton vs. Stanton*, 421 U.S. 7 (1975).

<sup>17</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *United States vs. Windsor*, 133 S. Ct. 2675 (2013).

<sup>18</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Obergefell vs. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

<sup>19</sup> En este artículo me ocupo, principalmente, del derecho constitucional federal, no estatal. Desde luego, hay un cuerpo extenso de derecho constitucional sobre cuestiones de derechos y reconocimiento familiares. La relación entre la resolución constitucional estatal de asuntos de derecho de familia y la subsecuente resolución constitucional federal de cuestiones similares merece su propio estudio académico.

como un *corpus* jurídico estatal.<sup>20</sup> Las legislaturas aprueban leyes que definen y regulan las relaciones entre adultos al igual que entre padres e hijos.<sup>21</sup> Los tribunales resuelven controversias específicas mediante la interpretación y aplicación de estas leyes, como también a través del *common law* y los principios de equidad que tradicionalmente han regulado el derecho de familia. (Al resolver cuestiones de derecho de familia, los tribunales estatales rara vez recurren a la doctrina constitucional, sea estatal o federal).<sup>22</sup> A través de esta lente, las relaciones domésticas implican asuntos de interés local; los tribunales federales dan a los estados discreción para la regulación de la familia y por ende es poco frecuente que las cuestiones de derecho de familia lleguen a los tribunales federales.<sup>23</sup> Cuando esto llega a ocurrir, éstos procuran dejar amplio margen para la regulación estatal.<sup>24</sup> No obstante, los tribunales federales podrían finalmente aplicar el derecho constitucional federal de forma que invalide las regulaciones en materia familiar en muchos estados.<sup>25</sup> Desde esta

<sup>20</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *De Sylva vs. Ballentine*, 351 U.S. 570, 580 (1956) ("[N]o hay una ley federal de relaciones domésticas, lo cual es principalmente un asunto de interés estatal.")

<sup>21</sup> Este énfasis también aplica al alcance del derecho de familia que yace en la influencia continua de la distinción entre familia y mercado. Para una brillante relación genealógica de cómo el derecho de familia llegó a preocuparse más por "la formación de relaciones [maritales y parentales]" que por las "consecuencias distributivas"; véase también, HALLEY, J., "What Is Family Law?: A Genealogy Part I", *Yale Journal of Law and the Humanities*, Vol. 23, 2011, pp. 5-6;

<sup>22</sup> Desde luego, los tribunales evitan las cuestiones constitucionales como norma general cuando los casos pueden resolverse con otras bases. Sobre las justificaciones y las críticas con respecto a la evasión del canon, véase HASEN, R. L., "Constitutional Avoidance and Anti-Avoidance by the Roberts Court", *Supreme Court Review*, 2009, pp. 181, 184-189.

<sup>23</sup> Véase, por ejemplo, la excepción de las relaciones domésticas en la jurisdicción federal de diversidad. Véase Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Ankenbrandt vs. Richards*, 504 U.S. 689 (1992); caso *Barber vs. Barber*, 62 U.S. (21 How.) 582 (1859). Para un análisis crítico e inquisitivo, véase CAHN, N. R. "Family Law, Federalism, and the Federal Courts", *Iowa Law Review*, Vol. 79, 1994, pp.1073. Sobre algunos de los fundamentos históricos e intelectuales del carácter local del derecho de familia, véase HALLEY, J., op. cit., *supra* nota 21, pp. 48-52 (el cual rastrea cómo la noción de matrimonio como estatus, que provoca que esté fuera del alcance de la cláusula de los contratos de la Constitución federal, permitió la deferencia de control local sobre el matrimonio y el divorcio).

<sup>24</sup> En *Troxel*, por ejemplo, la Corte derogó el estatuto de visita de terceros de Washington sólo como fue aplicado al caso anterior, dejando así los límites de la custodia y la vista a la resolución de los estados. Véase *Troxel vs. Granville*, 530 U.S. 57 (2000). A raíz de este caso, proliferaron reformas y litigios estatutarios a nivel estatal sobre la visita de los abuelos.

<sup>25</sup> Por ejemplo, cuando la Corte protegió los derechos de padres no casados como asunto de debido proceso y los derechos de hijos no maritales como asunto de protección igualitaria, impulsó a que los estados reformaran significativamente sus aproximaciones a las relaciones entre padres e hijos.

perspectiva, los principios constitucionales —sobre todo, el de igual protección y el debido proceso— operan para disciplinar y reorientar el derecho de familia estatal, éste responde reformándose a sí mismo de acuerdo al mandato constitucional.<sup>26</sup>

Este relato tradicional es impreciso en toda una serie de dimensiones, algunas de las cuales ya han sido exploradas por los estudiosos del derecho de familia.<sup>27</sup> En este artículo me enfoco en la distorsión que esta narrativa provoca en la interacción entre el derecho de familia y el derecho constitucional. De acuerdo con la interpretación más frecuente, el derecho de familia y el derecho constitucional coexisten en esferas relativamente separadas,<sup>28</sup> pero coinciden en ocasiones cuando el derecho constitucional, que ejerce el poder de arriba hacia abajo, dicta nuevas direcciones para la regulación familiar.<sup>29</sup> Esta narrativa no logra capturar la relación dialógica entre el derecho de familia y el derecho constitucional. Es incapaz de ver que el derecho de familia y el derecho constitucional a menudo ocupan el mismo espacio, contribuyen a comprender los mismos problemas e interactúan de maneras mutuamente constitutivas. Además, el relato convencional no logra apreciar las maneras en que el

<sup>26</sup> Véase, por ejemplo, "Developments in the Law, The Constitution and the Family", *Harvard Law Review*, Vol. 93, No.6, 1980, pp. 1156, 1159 ("Tradicionalmente se ha considerado que la política gubernamental con respecto a la familia presenta cuestiones locales más que nacionales. [...] Pero el poder de los estados para legislar y administrar el derecho de familia nunca ha estado exento de limitantes constitucionales. Restringir el poder estatal dentro de límites constitucionales es una tarea apropiada para la judicatura federal, y llevar a cabo este deber 'no vuelve a la [Suprema] Corte un tribunal sucesorio y de divorcio'. La Corte ha insistido propiamente en que la intervención estatal respete los derechos humanos fundamentales.") (Citando a Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Williams vs. North Carolina*, 325 U.S. 226, 233 (1945)).

<sup>27</sup> Por ejemplo, Jill Hasday ha demostrado cuán extensivo y persuasivo ha sido el derecho de familia estatal. Véase HASDAY, J., *op. cit.*, pp. 17-66, *supra* nota 1.

<sup>28</sup> Mi uso del término "esferas separadas" es deliberado, dado que el localismo del derecho de familia ha servido históricamente para autorizar y aislar un sistema de jerarquías de género. Véase RESNIK, J., "Gender Bias: From Classes to Courts", *Stanford Law Review*, Vol. 45, 1993, pp. 2195, 2199; SACK, E. J., "The Burial of Family Law", *SMU Law Review*, Vol. 61, 2008, pp. 459, 468; Reva SIEGEL, B., "She The People: The Nineteenth Amendment, Sex Equality, Federalism, and the Family", *Harvard Law Review*, Vol. 115, 2002, pp. 948, 1036.

<sup>29</sup> No obstante, véase MEYER, D., *op. cit.*, pp. 568-569 *supra* nota 1 (en donde se argumenta que la adjudicación constitucional más reciente en conflictos en materia familiar refleja un enfoque más restringido, que en esencia "empuja a los tribunales a balancear más equitativamente, y caso por caso, los intereses contrapuestos").

derecho de familia ejerce una influencia sobre el derecho constitucional; el derecho de familia configura el terreno en el que ocurre la adjudicación constitucional, estructura el conflicto constitucional y reorienta el razonamiento constitucional.

Esta afirmación puede parecer obvia para muchos estudiosos del tema. Efectivamente, hay abundante literatura sobre derecho de familia que desafía la narrativa convencional de que el derecho de familia y el derecho federal son, y deben ser, independientes. Los académicos han demostrado, en contra de las suposiciones más comunes, que el derecho de familia no es sólo un asunto de control local y no está más allá del alcance de la supervisión federal.<sup>30</sup> Más bien, cierto cuerpo de legislación federal debería considerarse parte del derecho de familia. Al incluir el control de constitucionalidad como un componente del derecho familiar federal,<sup>31</sup> esta literatura desafía de manera convincente el instinto de tribunales y comentaristas que consideran como distintos al derecho de familia (estatal) y el derecho constitucional (federal).

No obstante, este tipo de trabajo académico está más preocupado por el federalismo y, por ende, por los niveles de gobierno, que por el contenido de ese derecho. En contraste, la preocupación central de este artículo guarda relación con las fronteras doctrinales, más que con las gubernamentales. Se centra particularmente en el derecho de familia —específicamente, en la jurisprudencia y las regulaciones en materia familiar— y el derecho constitucional —principalmente, en cuestiones de igualdad y libertad—. De hecho, aunque mi análisis recurre a la interacción entre la regulación de la familia y el derecho constitucional *federal*, pueden hacerse observaciones similares sobre el derecho de familia y decisiones constitucionales *estatales*.

---

<sup>30</sup> Véase HASDAY, J. E., "Federalism and the Family Reconstructed", *UCLA Law Review*, Vol. 45, 1997, p.1297; JOSLIN, C. G., "Federalism and Family Status", *Indiana Law Journal*, Vol. 90, 2015, p. 787; LAW, S., "Families and Federalism", *Washington University Journal of Law and Policy*, Vol. 4, 2000, p.175.

<sup>31</sup> Véase HASDAY, J. E., "The Canon of Family Law", *Stanford Law Review*, Vol. 57, 2004, pp. 825, 870-883; JOSLIN, C. G., *op. cit.*, p. 787, *supra* nota 30.

Incluso en la medida en que este artículo se ocupa de una dinámica que aún es necesario desarrollar de manera explícita, se suma a estudios académicos existentes sobre el derecho de familia que desafían las narrativas convencionales sobre el lugar que éste ocupa en el orden legal. Mi aserción de la relación dialógica entre el derecho de familia y el constitucional va en contra de las tendencias que siguen dominando el tratamiento entre ambos.<sup>32</sup> Identificar y desentrañar esta relación dialógica resulta crítico para apreciar el alcance del derecho de familia, así como el papel del control constitucional en la regulación de la familia.<sup>33</sup> Hacer esto sugiere que, con respecto a conflictos divisivos sobre la familia, los análisis existentes *subestiman* el poder de los cambios del derecho de familia estatal y *sobreestiman* el poder de los tribunales federales en la aplicación del derecho constitucional federal.

Este artículo capta la relación dialógica entre el derecho de familia y el derecho constitucional, con ayuda de mi trabajo previo sobre la relación entre la movilización legal LGBT y la resolución de demandas de reconocimiento parental y marital.<sup>34</sup> El matrimonio y la paternidad son instituciones centrales en el derecho de familia y reciben protección como asuntos de derecho constitucional. La disputa sobre el significado del matrimonio y la paternidad en el derecho de familia ha moldeado la comprensión de estas instituciones para efectos de la doctrina constitucional. A su vez, la doctrina constitucional ha moldeado las disputas de derecho de familia sobre los contornos del reconocimiento marital y parental.

<sup>32</sup> Véase HASDAY, J. E., *op. cit.*, p. 222, *supra* nota 1 (que hace notar la incapacidad de "entender la relación del derecho de familia con el resto del derecho"); JOSLIN, C. G., "Marriage Equality and Its Relationship to Family Law", *Harvard Law Review*, Vol. 129, 2017, pp.197, 206-207.

<sup>33</sup> La profesora Courtney Joslin afirma este punto en respuesta a mi trabajo sobre la relación entre la ley de filiación y la igualdad de matrimonio, señalando que *Marriage Equality and the New Parenthood* "nos recuerda algunas de las perspectivas legales críticas que pueden perderse cuando no logramos ver cuestiones legales como asuntos de derecho de familia o a través de la lente de la familia". Véase JOSLIN, C. G., *op. cit.*, p. 207, *supra* nota 32.

<sup>34</sup> Véase NEJAIME, D., "Marriage Equality and the New Parenthood", *Harvard Law Review*, Vol. 129, 2016, p. 1185; y NEJAIME, D., "Before Marriage: The Unexplored History of Nonmarital Recognition and Its Relationship to Marriage", *California Law Review*, Vol. 102, 2014, p. 87.

En primer lugar, este artículo examina la reforma del derecho de familia encaminada a relaciones no maritales y reconocimiento parental para gays y lesbianas. Estos avances en el derecho de familia contribuyeron a nuevos entendimientos sobre el matrimonio y la paternidad, así como al estatus legal de las parejas del mismo sexo dentro de cada uno de ellos. Las demandas constitucionales de igualdad ganaron empuje después de que el trabajo en el derecho de familia alteró el significado y alcance del matrimonio y la paternidad, y posicionó a las familias encabezadas por parejas del mismo sexo como semejantes a las familias encabezadas por parejas de distinto sexo para propósitos del reconocimiento de la relación y del reconocimiento parental.

Por consiguiente, este artículo relaciona cambios anteriores en el derecho de familia con una eventual adjudicación constitucional sobre las demandas de matrimonio de parejas del mismo sexo. Tribunales federales tuvieron que considerar si las parejas del mismo sexo merecían la inclusión en el matrimonio en aquellas formas ya moldeadas por las luchas previas del derecho de familia con respecto a las relaciones románticas y parentales de gays y lesbianas. Los significados que han sido forjados en las disputas del derecho de familia han estructurado la manera en que los tribunales federales entienden los propósitos y límites del matrimonio y la paternidad como asuntos de doctrina constitucional.

Apreciar la trayectoria histórica del matrimonio entre personas del mismo sexo —y específicamente, situarlo dentro de conflictos más amplios sobre la familia— nos permite ver cómo el matrimonio igualitario se relaciona con un conjunto más extenso de cuestiones sobre la formación y el reconocimiento de las familias que los legisladores y jueces seguirán confrontando.<sup>35</sup> Después de explorar el impacto de los cambios en el

---

<sup>35</sup> Esta perspectiva resuena con el enfoque de Reva Siegel, quien hace una lectura de las garantías constitucionales de igualdad de género a la luz de las luchas por el voto femenino que culminaron con la Decimonovena Enmienda y su repudio de los roles familiares basados en género que facilitaban y justificaban la exclusión de las mujeres de la ciudadanía democrática plena. Véase SIEGEL, B., *op. cit.*, *supra* nota 28. El trabajo de Siegel ilustra la importancia de orientar la igualdad de género constitucional hacia conflictos previos sobre la familia.

derecho de familia en las decisiones constitucionales, este artículo vuelve sobre el derecho de familia. Más que resolver cuestiones de derecho de familia, la adjudicación constitucional reorienta aspectos del derecho de familia estatal, no sólo en una clara dirección de arriba hacia abajo, sino de formas más sutiles. La inclusión de las parejas del mismo sexo en el matrimonio alteró el significado de la paternidad marital al poner en la discusión general conceptos de paternidad intencional y funcional, al mismo tiempo que se redujo la dominancia de los enfoques biológicos y basados en el género. Con esta inclusión en términos constitucionales, los defensores del reconocimiento parental ganaron nuevos y poderosos argumentos para reformar el derecho de filiación. Comprender los antecedentes en derecho de familia del matrimonio igualitario permite relacionar la aceptación constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo con el reconocimiento parental, con lo cual se deja ver la centralidad de la paternidad para la condición de igualdad de gays y lesbianas.

Por último, este artículo contempla brevemente la futura interacción entre el derecho de familia y el derecho constitucional, específicamente, con respecto a la paternidad. A raíz del matrimonio igualitario, los cambios en el derecho de reconocimiento parental se han expresado en términos constitucionales. En el caso de los matrimonios de lesbianas, la protección constitucional de la relación paterno-filial de la madre no biológica generalmente ha resonado en el registro de la igualdad. La protección desde el debido proceso para los derechos parentales, por el contrario, permanece atada al vínculo biológico entre padres e hijos, a pesar de que el derecho de familia ha aceptado con cada vez mayor frecuencia conceptos de paternidad que trascienden las barreras biológicas. Por consiguiente, este artículo contempla sucintamente cuál podría ser la resonancia de los cambios del derecho de familia con respecto al significado de la paternidad en el conflicto constitucional sobre los derechos parentales, si acaso la tuvieran.

Los ejemplos de la relación dialógica entre el derecho de familia y el derecho constitucional aquí presentados están destinados a ser ilustrativos

mas no exhaustivos. Se limitan a un solo contexto: el reconocimiento de la familia LGBT; y se centran en avances de una sola jurisdicción: California. El propósito más amplio de este artículo es iniciar un diálogo sobre el derecho de familia y el derecho constitucional: uno que sea capaz de desafiar la división convencional entre el derecho de familia y el derecho constitucional, para propiciar preguntas sobre la interacción concreta entre ambos, y para comenzar la tarea de teorizar la relación entre ellos. En ese mismo espíritu, este artículo concluye sugiriendo brevemente cómo el relato del derecho de familia y el derecho constitucional articulado aquí podría arrojar luz sobre los debates que se ocupan del derecho y el cambio social.

## **I. El papel constitutivo del derecho de familia**

Este apartado muestra cómo el desarrollo del derecho de familia estatal se basó en compromisos constitucionales de igualdad y, al mismo tiempo, contribuyó a la evolución del entendimiento de dichos compromisos. A partir de la década de 1980, cuando comenzaban la crisis del VIH/SIDA y el *baby boom* lésbico, los defensores LGBT luchaban por los derechos de las familias creadas por gays y lesbianas. Las demandas de reconocimiento de la familia pueden encontrarse tanto en reformas legales como en algunos litigios, y estas reivindicaciones también se observan en el trabajo enfocado en el reconocimiento de relaciones entre adultos y paterno-filiales. Los defensores retrataron a las familias encabezadas por parejas del mismo sexo como semejantes a aquéllas de distinto sexo, y enmarcaron la extensión de los derechos no maritales y el reconocimiento de parejas del mismo sexo como una medida de igualdad. Las maneras específicas en las que las familias encabezadas por parejas del mismo sexo eran retratadas como semejantes a las familias encabezadas por parejas de distinto sexo, contribuyeron a nuevos entendimientos sobre el matrimonio y la paternidad que, finalmente, configurarían el enfoque constitucional sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo.

## 1. El reconocimiento de las relaciones: hacia una articulación de la igualdad y una aproximación al matrimonio

Al estar excluidas las parejas del mismo sexo del matrimonio, los activistas LGBT diseñaron el concepto de *domestic partnership*<sup>36</sup> [sociedad doméstica] como un remedio parcial contra la discriminación que enfrentaban gays y lesbianas. Las parejas del mismo sexo eran descritas por los defensores como semejantes a las parejas de distinto sexo, a pesar de que se las excluyera del matrimonio. Desde esta óptica, las parejas del mismo sexo tenían vidas similares a las de las parejas en matrimonio y, por lo tanto, sus reivindicaciones de reconocimiento no marital resonaron en clave de igualdad. Debido a que ese concepto representaba, al menos en parte, una respuesta para la exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio, y debido a que los defensores LGBT necesitaban persuadir a otros que priorizaban el matrimonio como un modelo de reconocimiento familiar, tenía sentido considerar la sociedad doméstica como una aproximación a las cualidades del matrimonio que daba cabida a relaciones similares al matrimonio.<sup>37</sup>

Los esfuerzos para lograr el reconocimiento de la sociedad doméstica en el nivel local fueron impulsados por mandatos o prohibiciones antidiscriminatorias ganadas recientemente. En 1978, tanto en San Francisco como Berkeley se promulgaron decretos que prohibían la discriminación por orientación sexual en el trabajo, la vivienda y en lugares públicos.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> En México la figura jurídica más cercana sería lo que conocemos como sociedades de convivencia. En otros países hispanohablantes se le han dado otros nombres: unión civil, pareja de hecho, asociación doméstica, uniones de hecho, etc. En tanto se trata de una figura cuyo significado varía de acuerdo al contexto jurídico hemos optado por usar "sociedad doméstica" como una traducción literal del término en Estados Unidos [N. E.].

<sup>37</sup> El breve relato presentado aquí se basa en mi examen exhaustivo de la historia del reconocimiento de relaciones no maritales en California. Véase NEJAIME, D., *op. cit.*, *supra* nota 34. Si bien tomo los ejemplos de ese otro artículo, en éste proporciono citas de las fuentes primarias.

<sup>38</sup> LEDBETTER, L., "Bill on Homosexual Rights Advances in San Francisco", *The New York Times*, 22 de marzo de 1978, en A21; Berkeley City Code §13.28.010 *et seq.* Véase también, "Berkeley Council Approves Strong Gay Rights Law", *L.A. Times*, 12 de octubre de 1978, en B28.

Al año siguiente, en respuesta al decreto de Berkeley, un líder activista LGBT exhortó a la ciudad a proporcionar seguro médico a las parejas del mismo sexo de empleados municipales.<sup>39</sup> Argumentó que era injusto usar el matrimonio como el único criterio de elegibilidad para los beneficios, de modo que sugirió que la ciudad creara una categoría de "sociedades domésticas" para reparar el problema.<sup>40</sup> En la ciudad vecina de San Francisco, un funcionario abiertamente gay elegido democráticamente también propuso un sistema de sociedades domésticas a raíz de las protecciones de no discriminación por orientación sexual.<sup>41</sup>

Aun cuando las primeras propuestas en torno a las sociedades domésticas incluían tanto a parejas del mismo sexo como a parejas de distinto sexo, los defensores LGBT trazaron distinciones entre ambas, de forma que enfatizaban los estragos que sufrían en particular las parejas del mismo sexo como resultado de su exclusión del matrimonio. En San Francisco, por ejemplo, los activistas notaron que la "exclusión *temporal y voluntaria* [de las parejas de distinto sexo] cuando elegían no casarse *no* era igual a la exclusión *permanente, involuntaria y categórica*"<sup>42</sup> de las parejas del mismo sexo. Desde esta perspectiva, la política de sociedades domésticas era necesaria no solamente para extender los beneficios a distintos tipos de relaciones de pareja sino sobre todo para compensar parcialmente el trato desigual a parejas del mismo sexo con respecto al matrimonio.

Aunque la alcaldesa Dianne Feinstein vetara el decreto promulgado por la Junta de Supervisores de la ciudad de San Francisco,<sup>43</sup> activistas

<sup>39</sup> Véase TRAIMAN, L., "A Brief History of Domestic Partnerships", *The Gay & Lesbian Review*, Vol. 23, 2008, p. 1523.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> Véase TURNER, W., "Couple Law Asked for San Francisco", *The New York Times*, 28 de noviembre de 1982, en A1; "An Ordinance To Create a Record of Domestic Partnerships", borrador en 1 (1982) (de los archivos de Matt Coles) (en archivo del autor).

<sup>42</sup> *Cfr.* En "Points To Remember When Countering Opposition or Criticism", en las notas personales de Matt Coles (1982) (en archivo del autor).

<sup>43</sup> MORRIS, D., "SF Mayor Vetoes Domestic Partners Bill", *Gay Comm'E News*, Vol. 10, 1982, p. 1.

lesbianas y gais de Berkeley llevaron sus quejas a la Comisión de Relaciones Humanas y Bienestar de la ciudad (HRWC, por sus siglas en inglés). Argumentaron que el uso del matrimonio como el criterio de elegibilidad para los beneficios de los empleados "tiene un efecto discriminatorio hacia lesbianas y hombres gay".<sup>44</sup> Cuando la HRWC convocó audiencias sobre el asunto, los activistas LGBT expresaron su apoyo a una política de sociedades domésticas como un remedio para la "discriminación basada en orientación sexual".<sup>45</sup> Exigieron que las parejas del mismo sexo recibieran "la parte que [les] corresponde y no fueran excluidas de los 'beneficios conyugales'".<sup>46</sup> Es importante notar que la demanda de sociedades domésticas no desafiaba explícitamente el vínculo entre el matrimonio y los beneficios basados en la familia, sino que sugería que las parejas del mismo sexo merecían dichos beneficios y a pesar de ello, no eran elegibles para casarse.

Cuando la HRWC recomendó posteriormente que la ciudad debía adoptar una política de sociedades domésticas,<sup>47</sup> se enfocó en cómo las leyes del matrimonio excluyentes perjudicaban a las parejas del mismo sexo: "Todas las parejas no casadas de distinto sexo son *capaces* de moverse voluntariamente a través de la 'barrera del matrimonio'", pero "todas las parejas del mismo sexo son *incapaces* de moverse a través de la 'barrera del matrimonio' para siempre y a pesar de su voluntad".<sup>48</sup> De esta manera, la HRWC enmarcó una política de sociedades domésticas, que al final incluiría tanto a parejas del mismo sexo como de distinto sexo, principalmente, como una medida de igualdad para parejas del mismo sexo. De hecho, la HRWC no pretendía buscar un sistema de distribución de beneficios "generalmente mejor", sin embargo, dado que respondía a "un

---

<sup>44</sup> "Memorandum from Human Relations and Welfare Commission, to Hon. Mayor and Members of the City Council 1" (17 de jul. de 1984) (en archivo del autor).

<sup>45</sup> *Idem*, pp. 4-6.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> *Idem*, p. 20.

<sup>48</sup> *Idem*, p. 9.

conjunto particular de quejas" de "miembros de la comunidad gay/lésbica", buscaba "volver el programa de beneficios *específicamente más igualitario*".<sup>49</sup>

Al replantear las condiciones de igualdad de las parejas del mismo sexo (inelegibles para casarse) con respecto a las parejas de distinto sexo (elegibles para casarse), la HRWC impulsó un régimen de sociedades domésticas que se "aproxim[ara] al criterio actual de matrimonio".<sup>50</sup> Recomendaba que la sociedad doméstica fuera definida como: dos personas "sin ninguna relación de sangre tan cercana que impida el matrimonio" que "residen juntos y comparten las necesidades básicas de la vida" y son "responsables por el bienestar común [del otro]".<sup>51</sup> Esta política imitó la propuesta anterior de San Francisco, la cual definía a las parejas de hecho como "[d]os individuos":

- (a) que "no tienen lazos de sangre",
- (b) que "no están casados ni unidos por alguna relación derivada del matrimonio",
- (c) que "comparten las necesidades básicas de la vida",
- (d) que "declaran ser la principal pareja doméstica del otro" y
- (e) que "en los seis meses anteriores, no han declarado ante ningún departamento de la Ciudad tener una pareja doméstica diferente".<sup>52</sup>

Aunque en ese punto los esfuerzos en San Francisco habían fracasado, los funcionarios de Berkeley adoptaron la política de sociedad doméstica propuesta por la HRWC en 1984. Enmarcada como una medida de igual-

---

<sup>49</sup> *Idem*, p. 18

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> *Idem*, p. 20.

<sup>52</sup> "Domestic Partnerships, Amending San Francisco Administrative Code by Adding Chapter 45 Thereto, Establishing Domestic Partnerships and Requiring Boards, Commissions and Departments of the City and County of San Francisco To Afford to Domestic Partners the Same Rights and Privileges as Spouses", p. 1 (1982) (en archivo del autor).

dad para las parejas del mismo sexo, la política no obstante, era aplicable a empleados no casados en relaciones del mismo sexo o de distinto sexo.

Tal como lo ilustran los esfuerzos de Berkeley y San Francisco, las primeras protecciones derivadas de la sociedad doméstica estaban enmarcadas en gran parte como medidas de igualdad en relación con la orientación sexual, incluso cuando incluían a parejas de distinto sexo que sí tenían la opción de casarse. El gobierno extendió derechos basados en la familia para parejas del mismo sexo como un remedio parcial para la exclusión de gays y lesbianas del matrimonio. Debido a que las parejas del mismo sexo actuaban como parejas casadas, como sugerían los defensores LGBT, merecían un reconocimiento que se aproximara al matrimonio.

Al articular las maneras en que las parejas del mismo sexo eran semejantes a las parejas casadas, los activistas LGBT también articularon nuevos entendimientos compartidos sobre el matrimonio. Los argumentos de semejanza de los activistas no solo lograron asimilar a gays y lesbianas a las normas dominantes y reforzar el papel central del matrimonio. Más bien, con las parejas del mismo sexo en mente, el enfoque del matrimonio se desplazó de las ideas de diferenciación por razones de género y de procreación hacia las ideas de afiliación romántica e interdependencia financiera y emocional. Al retratar a las parejas del mismo sexo como una especie de matrimonio para asegurar el reconocimiento no marital, los activistas LGBT contribuyeron a una comprensión de las parejas del mismo sexo como merecedoras del matrimonio y a una entendimiento del matrimonio consistente con familias encabezadas por parejas del mismo sexo.

## **2. Reconocimiento parental: hacia un cambio en los significados de la paternidad e igualdad por orientación sexual**

Los defensores LGBT trabajaron en espacios distintos al matrimonio para reforzar el estatus igualitario de las relaciones del mismo sexo y al

mismo tiempo asegurar derechos, de igual modo trabajaron en los espacios fuera del matrimonio para presentar demandas de igualdad familiar y lograr el reconocimiento parental para padres del mismo sexo.<sup>53</sup> Las demandas de reconocimiento en virtud de la Uniform Parentage Act (UPA) ilustran este hecho.

La UPA de 1973, que brindó un régimen legal para reconocer las relaciones entre padres e hijos, fue consecuencia de las decisiones constitucionales que rechazaban la discriminación a hijos no maritales y el reconocimiento de los derechos parentales de padres no casados.<sup>54</sup> Muchos estados, entre ellos California, adoptaron la UPA con modificaciones. Si bien la UPA claramente no contemplaba a las familias formadas por parejas del mismo sexo, a finales de la década de 1990, los defensores LGBT en California comenzaron a presentar demandas de reconocimiento parental con base en la UPA.<sup>55</sup>

Para las familias maritales, las legislaturas que adoptaron la UPA y los tribunales que aplicaron sus disposiciones utilizaron más frecuentemente conceptos de *intención* y *función* para proteger las relaciones entre padres e hijos, incluso en el caso de padres que carecían de lazos biológicos con sus hijos.<sup>56</sup> La UPA reguló la inseminación artificial con donante al establecer que el esposo de una mujer que haya dado a luz a un hijo concebido con esperma donado deberá ser "tratado ante la ley como si fuera el padre natural".<sup>57</sup> El matrimonio con la madre proporcionaba la evidencia de dicha intención de filiación.

Los principios de intención finalmente también comenzaron a dar forma a determinaciones sobre maternidad. En *Johnson vs. Calvert*, un caso que

<sup>53</sup> Una vez más, el breve relato presentado aquí recurre a mi examen exhaustivo de la historia del reconocimiento parental no marital en California. Véase NEJAIME, D., *op. cit.*, *supra* nota 34. Si bien tomo los ejemplos de ese otro artículo, en éste proporciono citas de las fuentes primarias.

<sup>54</sup> *Ibidem*, pp. 1194-1195.

<sup>55</sup> *Ibidem*, pp. 1212-1229.

<sup>56</sup> *Idem*, pp. 1195-1196, 1208-1212.

<sup>57</sup> Uniform Parentage Act § 5(a) (enmendada en 2002) (UNIF. LAW COMM'N 1973).

involucraba subrogación gestacional, el Tribunal Supremo de California aplicó la UPA para reconocer como padres legales a la madre y el esposo intencionales, quienes también eran los padres genéticos del infante, por encima de la objeción de la mujer que subrogó su vientre para la gestación.<sup>58</sup> Más tarde, la Corte de Apelación de California extendió la lógica tanto del caso *Johnson* como de la ley sobre inseminación artificial con donante, a una mujer que no tenía un vínculo gestacional ni genético con su hijo. En el caso *Marriage of Buzzanca*, la Corte reconoció como padres a un hombre y una mujer en proceso de divorcio que habían contratado subrogación gestacional para llevar un hijo concebido con un óvulo y esperma donados.<sup>59</sup> Guiada por la regulación de la UPA para inseminación por donante, la Corte reconoció a los padres casados con base no en vínculos biológicos sino en relaciones intencionales.

Para aprovechar estos avances en formas que alcanzaran a las parejas del mismo sexo, que aún quedaban excluidas del matrimonio, los defensores LGBT argumentaron que el reconocimiento de padres no biológicos debía extenderse a familias no maritales. Para lograrlo, retrataron a las familias no maritales de parejas del mismo sexo como suficientemente semejantes a un matrimonio para ameritar formas similares de reconocimiento parental, incluso al mismo tiempo que argumentaban en contra del matrimonio como una línea divisoria para la filiación.

Vale la pena considerar una importante victoria previa ante la *Board of Equalization* [Junta de Igualación] del Estado de California —un foro improbable para una reforma de derecho de familia—.<sup>60</sup> Helmi Hisserich declaró como su dependiente al hijo que criaba junto con su pareja doméstica, Tori Patterson. Los abogados del Centro Nacional de Derechos de las Lesbianas (NCLR, por sus siglas en inglés) argumentaron que Hisserich, la madre no biológica, era la madre, con base en la "doctrina

---

<sup>58</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Johnson vs. Calvert*, 851 P.2d 776 (Cal. 1993).

<sup>59</sup> *Marriage of Buzzanca*, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (Ct. Ap. Cal. 1998).

<sup>60</sup> Hisserich, caso núm. 99A-0341, 2000 WL 1880484 (Jt. Ec. Cal. 1º de nov. de 2000).

de crianza intencional" que se adoptó en *Johnson* y en *Buzzanca*.<sup>61</sup> En la decisión que tomó en el año 2000, la Junta de Igualación aceptó este argumento:

La recurrente y su pareja de hecho, incapaces de casarse por la ley californiana, se registraron como sociedad doméstica en la ciudad, el condado y el estado en el que vivían; sostuvieron una relación comprometida por un período sustancial previo a la decisión de tener un hijo; decidieron tener un hijo juntas con la intención específica de criar al hijo juntas; voluntaria y conscientemente consintieron a la inseminación artificial de la señorita Patterson con un banco de espermatozoides certificado en California bajo la supervisión de un médico registrado de California; la recurrente además demostró su intención de ser la madre de Madeline al iniciar los trámites de adopción tras el nacimiento de Madeline; y vivían juntas, se comportaban y se presentaban ante la comunidad como una familia después del nacimiento de Madeline.<sup>62</sup>

La relación entre Hisserich y Patterson, que como un asunto estrictamente legal era irrelevante para la relación parental, proporcionó evidencia de la intención de la pareja de criar a una hija juntas. Además, el hecho de que Hisserich y Patterson fueran "incapaces de casarse por la ley californiana" pareció relevante para la manera en que la Junta trató a la familia. Su relación semejante al matrimonio pero legalmente no marital, así como su decisión conjunta de tener y criar a una hija dentro de esa relación, las acercó al marco de los conceptos basados en intención articulada en *Johnson* y en *Buzzanca*, casos que habían incluido a parejas casadas. De hecho, la Junta consideró que era un hecho "esencial para [su] conclusión que la recurrente y la señorita Patterson [...] son una pareja no casada que sostenía una relación comprometida".<sup>63</sup> Al describir a Hisserich y Patterson como suficientemente semejantes al matrimonio

---

<sup>61</sup> *Idem*, p. \*2.

<sup>62</sup> *Idem*, p. \*4.

<sup>63</sup> *Idem*, p. \*5 (énfasis añadido).

para ameritar un tratamiento análogo al de padres casados, la Junta propuso, al menos de manera implícita, una visión particular del matrimonio y específicamente de la paternidad marital; las parejas casadas, al igual que Hisserich y Patterson, formaban relaciones íntimas y comprometidas y luego conjuntamente decidían traer hijos a la familia y criar a esos hijos. La procreación biológica y la crianza diferenciada por género parecían inmateriales para este modelo de paternidad marital.

Para el 2005, El Tribunal Supremo de California asumió la cuestión del reconocimiento de las compañeras de crianza no biológicas lesbianas. Para ese momento, los tribunales y la legislatura de California no sólo habían reconocido a la crianza no biológica en el contexto del matrimonio, sino que también habían reconocido a madres y padres no biológicos fuera del matrimonio.<sup>64</sup> La UPA dispuso que un hombre que "recibe a un niña en su hogar y abiertamente la presenta como su hija natural" se presume como el padre legal de la niña.<sup>65</sup> En su resolución de 2002 en el caso *Nicholas H.*, el Tribunal Supremo de California sostuvo que un padre no casado podía presentar a una niña como su hija "natural" y así satisfacer la presunción relevante de paternidad, incluso si reconocía desde el inicio que el o la niña era su hijo/a biológico/a.<sup>66</sup> Poco después de *Nicholas H.*, el Tribunal de Apelaciones de California, en *Karen C.*, reconoció a una mujer como madre a pesar de no ser la madre biológica del niño, con base en el hecho de que presentaba abiertamente al niño como si fuera suyo.<sup>67</sup> El caso, que surgió fuera del contexto de crianza de parejas del mismo sexo, puso a prueba el alcance de la directiva de neutralidad de género de la UPA, la cual disponía que "[e]n la medida de lo posible, las disposiciones [...] aplicables a la relación entre el padre y el niño aplican" a la relación entre la madre y el niño.<sup>68</sup>

<sup>64</sup> Véase NEJAIME, D., *op. cit.*, pp. 1216-1218, *supra* nota 34.

<sup>65</sup> Unif. Parentage Act, párr. 4(a)(4) (enmendada en 2002) (UNIF. LAW COMM'N 1973).

<sup>66</sup> *In re Nicholas H.*, 120 Cal. Rptr. 2d 146 (Cal. 2002).

<sup>67</sup> *In re Karen C.*, 124 Cal. Rptr. 2d 677 (Ct. Ap. Cal. 2002).

<sup>68</sup> Unif. Parentage Act, párr. 21 (enmendada en 2002) (UNIF. LAW COMM'N 1973).

El reconocimiento de los padres o madres no biológicos en las parejas del mismo sexo ahora planteaba una cuestión de igualdad. Desde luego, el no reconocimiento de los padres o madres del mismo sexo socavaba objetivos clave del sistema del derecho de familia; los funcionarios del gobierno, ansiosos por privatizar la dependencia, se propusieron encontrar padres que pudieran proporcionar apoyo no sólo emocional sino también financiero para los niños.<sup>69</sup> Pero el no reconocimiento de los padres del mismo sexo también entraba en conflicto con principios emergentes de igualdad. Si otros padres no biológicos, entre ellos mujeres y hombres en familias tanto maritales como no maritales, obtenían reconocimiento legal, la exclusión de las familias encabezadas por parejas del mismo sexo parecía no sólo injusta sino además inconstitucional.

En *Elisa B. vs. Superior Court of El Dorado County*, la compañera de crianza lesbiana no biológica, Elisa, buscó evitar las obligaciones parentales ante los menores nacidos de su pareja, Emily.<sup>70</sup> Al representar a Emily, la madre biológica que afirmaba que su expareja también era la madre legal, los abogados del NCLR enfatizaron los compromisos de igualdad que animaban a la UPA y vincularon esos compromisos con principios constitucionales. Rehusarse a considerar a Elisa como madre legal, argumentaron, "es incongruente con el objetivo de la UPA de proporcionar igualdad para los hijos no maritales, y con las garantías de protección igualitaria de las constituciones de California y la federal".<sup>71</sup> La reivindicación del reconocimiento parental ahora constituía una demanda de igualdad, articulada en términos no sólo de derecho de familia sino también de derecho constitucional:

<sup>69</sup> Véase MURRAY, M., "Family Law's Doctrines", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 163, 2015, pp.1985, 2008-2009.

<sup>70</sup> Consolidated Answer Brief on the Merits, caso *Elisa B. vs. Super. Ct. of El Dorado Cty.*, 117 P3d 660 (Cal. 2005). Elisa y Emily tuvieron tres hijos juntas; Elisa era la madre biológica de uno, y Emily era la madre biológica de los otros dos. Ambas educaron a los tres niños juntos como sus hijos. Después de que la relación se disolvió, Elisa negó tener responsabilidad alguna ante los dos niños relacionados biológicamente con Emily, con lo que buscaba mantener su relación sólo con el niño con el que estaba relacionada biológicamente.

<sup>71</sup> Opening Brief of Real Party in Interest Emily B., 2005, p. 14, caso *Elisa B. vs. El Dorado Cty. Super. Ct.*, 2005, 117 P3d 660.

[B]ajo cualquier forma de análisis de protección de igualdad, una interpretación de las leyes de filiación de California que niegue reconocimiento legal a la relación madre e hijo de Elisa y Ry y Kaia sería inconstitucional. Es sensiblemente irracional reconocer como padres legales: (1) a una esposa que consiente la inseminación de una subrogada gestacional por su esposo, como en *Johnson*; (2) a una esposa y un esposo que acceden a la inseminación de una subrogada gestacional usando un óvulo y esperma donados, como en *Buzzanca*; (3) a un hombre que se presenta abiertamente como el padre del niño, pero no está casado con la madre biológica ni está relacionado biológicamente con él, como en *Nicholas H.*, y (4) a una mujer que se presenta abiertamente como la madre de un niño, pero no está casada con el padre ni está relacionada biológicamente con él, como en *Karen C.*, por un lado, pero por otro lado negar la maternidad legal a una mujer lesbiana que accedió a la inseminación artificial de su pareja con la intención de criar a los hijos que nacieran y que subsecuentemente asumió responsabilidades parentales ante esos menores y se presentó como su madre ante el mundo.<sup>72</sup>

Los principios constitucionales de igualdad, como argumentaban los abogados, deberían animar la interpretación y aplicación de la UPA a la luz de una cadena de decisiones de derecho de familia que extendieran el reconocimiento parental con base en la intención y la función.

La formación familiar semejante al matrimonio de Elisa y Emily reforzó la demanda igualitaria del reconocimiento parental. Si Elisa y Emily, excluidas del matrimonio, actuaban igual que las parejas casadas que forman familias con hijos, negar el reconocimiento legal a sus relaciones parentales parecía no solo injusto sino además ilógico. En consecuencia, los abogados del NCLR llamaron la atención sobre la familia planeada y funcional que Elisa y Emily formaron. El primer párrafo de los hechos explicaba: "Elisa y Emily mantuvieron una relación comprometida por

---

<sup>72</sup> *Idem*, p. 38.

más de seis años. Tuvieron una ceremonia de compromiso, intercambiaron anillos y combinaron sus finanzas. En 1995, Elisa y Emily decidieron tener hijos juntas".<sup>73</sup> Al igual que Hisserich y Patterson en el caso anterior del NCLR, Elisa y Emily tenían una relación semejante al matrimonio. Evidenciaron interdependencia emocional y económica en maneras que recordaban las que enmarcaron las relaciones del mismo sexo en los esfuerzos previos para la sociedad doméstica. Su decisión de tener hijos siguió a su creación de una unidad semejante a la familia, que en sí misma proporcionaba evidencia de su intención de criar hijos juntas y demostraba una conducta parental. Una vez más, desde esta óptica, el matrimonio se caracterizaba por relaciones íntimas comprometidas y esfuerzos conjuntos para tener y criar hijos; la procreación sexual, la diferenciación sexual y la filiación biológica habían salido del panorama.

El Tribunal Supremo de California, basado en gran medida en *Nicholas H.*, reconoció a Elisa, la compañera de crianza no biológica, como madre legal de acuerdo con la disposición de la UPA de "presentación abierta" de un menor como tal [*holding out provision*].<sup>74</sup> Apelando a cuestiones centrales de derecho de familia —"el interés del estado en el bienestar del niño y la integridad de la familia"—<sup>75</sup> la Corte adoptó una noción de paternidad social, más que biológica, tanto para las parejas de distinto sexo como para las del mismo sexo en contextos maritales y no maritales. A pesar de que las demandas constitucionales que el NCLR presentó al pronunciarse a favor del reconocimiento no figuraron en la decisión como tal, el resultado promovió los compromisos con la igualdad al ganar el reconocimiento a padres y madres en parejas del mismo sexo. Los individuos en parejas del mismo sexo habían sido considerados sujetos apropiados para el reconocimiento parental, aun cuando seguían excluidos del matrimonio.

---

<sup>73</sup> *Idem*, p. 7.

<sup>74</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Elisa B. vs. Superior Court*, 117 P3d 660 (Cal. 2005).

<sup>75</sup> *Idem*, p. 668.

En el curso de los últimos años del siglo XX y los primeros del XXI, el trabajo en derecho de familia realizado por los defensores LGBT había logrado muchas cosas. Incluso a medida que el reconocimiento de los lazos románticos y parentales de gais y lesbianas favoreció prioridades del derecho de familia, como la privatización de la dependencia y el fomento del bienestar del menor, tal reconocimiento también destacó a la familia como un sitio crítico de igualdad LGBT. Además, organizó demandas de reconocimiento marital ya que, por una parte, enmarcó a las parejas del mismo sexo como suficientemente semejantes a un matrimonio para ameritar la inclusión y, por otra parte, contribuyó a comprensiones del matrimonio que podían coincidir con las vidas de las parejas del mismo sexo. En este sentido, la defensa LGBT tuvo un impulso de asimilación y, al mismo tiempo, instintos más transformativos. De hecho, tal como lo muestro en otros trabajos, las demandas de asimilación —es decir, que las parejas del mismo sexo son semejantes a las parejas casadas de distinto sexo— forzaron sutilmente a la ley a reconocer e incorporar rasgos distintivos de las familias formadas por parejas del mismo sexo.<sup>76</sup>

## **II. Para constituir el matrimonio**

Esta parte se enfoca en la aceptación de las demandas de matrimonio de las parejas del mismo sexo como un asunto de derecho constitucional federal. Muestra cómo los avances en derecho de familia relacionados con el reconocimiento y derechos no maritales estructuraron las maneras en las que se entiende el vínculo entre las libertades protegidas por la Constitución —como el matrimonio y la paternidad— y la igualdad por orientación sexual. Si el matrimonio estuviera definido por un compromiso mutuo, afiliación romántica e interdependencia emocional y económica, las parejas del mismo sexo podrían hacer demandas persua-

---

<sup>76</sup> Véase NEJAIME, D., "Differentiating Assimilation", *Studies in Law, Politics, and Society*, Vol. 75, 2018, p. 1.

sivas de inclusión. Si la paternidad marital estuviera definida por vínculos intencionales y funcionales entre padres e hijos, en lugar de una paternidad basada en procreación biológica y diferenciación por razones de género, las parejas del mismo sexo podrían tener argumentos convincentes en favor de la inclusión.

## 1. Matrimonio igualitario y derecho constitucional

Las demandas de igualdad en el matrimonio fueron al mismo tiempo un precedente y una consecuencia de la defensa LGBT que buscaba derechos y reconocimiento no maritales para familias formadas por gays y lesbianas. El litigio por el matrimonio de personas del mismo sexo surgió en los Estados Unidos a finales de la década de 1970 y encontró un rechazo uniforme.<sup>77</sup> El movimiento moderno por la igualdad en el matrimonio tiene sus orígenes en los litigios que se llevaron a cabo en Hawái a principios de la década de 1990, tras un período de activismo LGBT enfocada en el reconocimiento no marital.<sup>78</sup> Durante muchos años después del litigio de Hawái, las demandas de matrimonio avanzaron principalmente a nivel estatal, de acuerdo con el derecho constitucional estatal.<sup>79</sup> No fue sino hasta finales de la década del 2000 cuando los tribunales federales se volvieron actores importantes en el litigio del matrimonio entre personas del mismo sexo.<sup>80</sup> Finalmente, en 2013, la Corte Suprema de los Estados Unidos, con las resoluciones de *Windsor* y *Hollingsworth vs. Perry*,<sup>81</sup> intervino en la lucha por el matrimonio. En *Windsor*, la Corte abrió el camino para el reconocimiento federal de los matrimo-

<sup>77</sup> Véase, por ejemplo, Corte Suprema de Estados Unidos, casos: *Jones vs. Hallahan*, 501 S.W.2d 588 (Ky. 1973); *Baker vs. Nelson*, 191 N.W.2d 185 (Minn. 1971); *Singer vs. Hara*, 522 P.2d 1187 (Ct. Ap. Wash. 1974).

<sup>78</sup> Véase Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Baehr vs. Lewin*, 852 P.2d 44 (Haw. 1993).

<sup>79</sup> Véase CUMMINGS, S. L. y NEJAIME, D., "Lawyering for Marriage Equality", *UCLA Law Review*, Vol. 57, 2010, pp. 1235, 1248-1250.

<sup>80</sup> Véase ESKRIDGE JR., W. N., "Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality in the United States", *Boston University Law Review*, Vol. 93, No. 275, 2013, pp. 281-282.

<sup>81</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *United States vs. Windsor*, 133 S. Ct. 2675 (2013); Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Hollingsworth vs. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013).

nios de parejas del mismo sexo,<sup>82</sup> y en *Hollingsworth*, dio validez a la resolución de un tribunal federal distrital que extendía el matrimonio a parejas del mismo sexo en California.<sup>83</sup> A raíz de estas decisiones, uno tras otro, los tribunales federales invalidaron las prohibiciones estatales para el matrimonio entre personas del mismo sexo, con lo que finalmente se llegó al reconocimiento de la Suprema Corte del derecho al matrimonio en toda la nación en *Obergefell vs. Hodges* en 2015.<sup>84</sup> *Windsor* y *Obergefell*, y las decisiones federales que ocurrieron entre ambos casos, estaban enmarcados en principios constitucionales de igualdad y libertad. Finalmente, era un demanda de matrimonio —un derecho fundamental— y de igualdad —una garantía constitucional— lo que se estaba juzgando.

Este enfoque en las normas constitucionales que animan la demanda de matrimonio ubica al matrimonio igualitario dentro de una serie de fallos que protegen los derechos constitucionales de gays y lesbianas. De hecho, la Corte de *Obergefell* no sólo evocó el razonamiento de protección igualitaria usado en *Windsor*, sino también sus decisiones anteriores en *Romer vs. Evans*,<sup>85</sup> que invalidó la Enmienda 2 de Colorado, y *Lawrence*,<sup>86</sup> que invalidó la ley de "conducta homosexual" de Texas. La Corte enmarcó la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo como una consecuencia de los avances constitucionales en los derechos de gays y lesbianas. Después de referirse a la trayectoria desde *Bowers vs. Hardwick*,<sup>87</sup> el cual rechazaba un desafío constitucional a las leyes antisodomía, hasta *Romer* y *Lawrence*, la Corte declaró: "En este contexto es que surge la pregunta jurídica del matrimonio entre personas del mismo sexo".<sup>88</sup>

El enfoque constitucional también sitúa la demanda de matrimonio en una línea de precedentes sobre el estatus constitucional del matrimonio.

---

<sup>82</sup> 133 S. Ct. 2675.

<sup>83</sup> 133 S. Ct. 2652.

<sup>84</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Obergefell vs. Hodges*, 133 S. Ct. 2584 (2015).

<sup>85</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Romer vs. Evans*, 478 U.S. 186 (1986).

<sup>86</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

<sup>87</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Bowers vs. Hardwick*, 517 U.S. 620 (1996).

<sup>88</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Obergefell*, 135 S. Ct. en 2596.

La Corte de *Obergefell* buscó casos fuera del contexto LGBT, desde *Griswold* y *Loving* hasta *Zablocki* y *Turner*, para apuntalar su razonamiento sobre el matrimonio de personas del mismo sexo.<sup>89</sup> En otras palabras, la igualdad en el matrimonio se volvió parte de una tradición constitucional importante.

Esta manera de enmarcar constitucionalmente la demanda de matrimonio oscurece el papel del derecho de familia. De hecho, la Corte de *Obergefell* en ningún momento discutió la historia de la sociedad doméstica y las luchas municipales por el reconocimiento de las relaciones entre personas del mismo sexo a partir de la década de 1980. Sin embargo, tal como hemos visto, las demandas de matrimonio vinieron después de años de defensa LGBT que buscaba un trato igualitario para las familias formadas por lesbianas y gays. Quizá debido a que el trabajo previo en derecho de familia generalmente no hablaba en el registro de derechos fundamentales o protección igualitaria, ha habido pocos intentos de vincularlo explícitamente con las demandas subsecuentes de igualdad en el matrimonio.<sup>90</sup> De hecho, conforme los estudiosos los han relacionado, la tendencia ha sido considerarlos en la medida en que están motivados por diferentes preocupaciones, impulsan diferentes metas y finalmente se mueven en direcciones distintas. Desde esta óptica, el trabajo LGBT en derecho de familia a lo largo de las últimas décadas ha estado motivado por objetivos tradicionalmente arraigados en el derecho de familia — como el bienestar de los hijos y el apoyo para diversos acuerdos familiares—. Por otra parte, se ha considerado que el matrimonio igualitario prioriza la igualdad formal y de derechos civiles por encima de los esfuerzos en derecho familiar para apoyar una gama de relaciones de dependencia.<sup>91</sup> Esta perspectiva tiende a reforzar la tendencia de poner

---

<sup>89</sup> *Idem*, pp. 2598-2599.

<sup>90</sup> Véase JOSLIN, C. G., *op. cit.*, p. 199, *supra* nota 32.

<sup>91</sup> Para recuentos líderes, véase POLIKOFF, N. D., *Beyond (Straight and Gay) Marriage*, Estados Unidos, Beacon Press, 2008; MURRAY, M., "What's So New About the New Illegitimacy?", *American University Journal of Gender Social Policy and the Law*, Vol. 20, 2012, p. 387.

al matrimonio igualitario fuera de la trayectoria del trabajo en derecho de familia que ocurre a nivel estatal.<sup>92</sup>

La reivindicación del igual reconocimiento para las familias formadas por parejas del mismo sexo —una reivindicación articulada finalmente a través de la defensa del matrimonio igualitario— se forjó en el ámbito del derecho de familia *antes* de que el matrimonio ocupara su papel central en la defensa LGBT y en el espacio *fuera* del matrimonio formal. Ese trabajo anterior hablaba en el idioma del derecho de familia pero lo hacía en maneras que reflejaban normas constitucionales de igualdad y libertad. Y construyó un modelo de familia —que incluía tanto matrimonio como paternidad— que finalmente apoyó la demanda constitucional de igualdad en el matrimonio. Con esto no quiero decir que el trabajo LGBT en derecho de familia haya establecido deliberadamente demandas de matrimonio; en realidad, el matrimonio no era una prioridad para los defensores que trabajaban en derecho familiar en la década de 1980 y comienzos de 1990, y muchos de esos defensores apoyaban una agenda de diversidad familiar no centrada en el matrimonio.<sup>93</sup> Sin embargo, como he mostrado en otros trabajos, incluso aquellos defensores que cuestionaban la centralidad del matrimonio encontraron que el matrimonio anclaba sus esfuerzos; simplemente, para lograr derechos no maritales, a menudo tenían que definir a las parejas del mismo sexo en términos semejantes al matrimonio para persuadir tanto a actores gubernamentales como a aliados potenciales.<sup>94</sup> Como lo muestra la discusión siguiente, una vez que las demandas de matrimonio proliferaron, el trabajo previo en materia de derecho de familia —incluyendo el trabajo estimulado por la campaña para restarle importancia al matrimonio— dio forma tanto a la manera de enmarcar las demandas de matrimonio como a los términos en los que las demandas de matrimonio eran cuestionadas.<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> Véase NEJAME, D., "Marriage Equality...", *op. cit.*, p. 165, *supra* nota 34.

<sup>93</sup> *Ibidem*, pp. 104-112.

<sup>94</sup> *Ibidem*, pp. 161-162.

<sup>95</sup> Desde luego, el movimiento LGBT no fue el primero en moldear el significado del matrimonio. Tanto los defensores de los derechos civiles como las activistas feministas contribuyeron a nuevas comprensiones del matrimonio.

## 2. Las raíces de derecho de familia del matrimonio igualitario

La lucha por el matrimonio igualitario recapituló batallas libradas en el terreno del derecho de familia. En buena medida, los analistas no han logrado notar esta dinámica, y siguen viendo al derecho de familia como fuera de la lente del derecho constitucional nacional de derechos civiles. Cuando nos enfocamos en el derecho de familia, vemos que las sentencias de matrimonio igualitario que culminan con *Obergefell*, se expresan en el registro del derecho constitucional, pero se mantienen intuiciones de derecho de familia producidas gracias a años de activismo LGBT. Una vez más, las maneras en las que se entendió tanto la relación entre adultos como la relación entre padres e hijos ilustraron esta dinámica. Estos entendimientos deberían orientar el matrimonio igualitario hacia demandas de reconocimiento y de derechos familiares que están surgiendo hoy en día.

Pueden observarse elementos clave del reconocimiento de relaciones no maritales en enfoques subsecuentes a las demandas de matrimonio: con respecto a cómo los tribunales conceptualizaban el matrimonio y si consideraban o no a las parejas del mismo sexo como situadas en un lugar similar a las parejas de distinto sexo para fines del matrimonio.<sup>96</sup> Considérese la opinión del tribunal federal distrital sobre *Perry vs. Schwarzenegger*, el desafío a la Proposición 8 de California. Al determinar que la prohibición de California al matrimonio entre personas del mismo sexo violaba garantías constitucionales federales de protección igualitaria y debido proceso, el tribunal declaró:

El matrimonio es el reconocimiento y la aprobación que da el Estado a la decisión tomada por una pareja de vivir juntos, permanecer

---

<sup>96</sup> NEJAIME, D., "Marriage Equality..., *op. cit.*, pp. 165-171, *supra* nota 34.

comprometidos el uno con el otro y formar un hogar con base en sus propios sentimientos mutuos, asociarse económicamente y apoyarse entre sí y a sus dependientes.<sup>97</sup>

El tribunal reproducía en su lenguaje los atributos de la sociedad doméstica desde sus orígenes en Berkeley y San Francisco.

La decisión del tribunal distrital se volvió la decisión rectora en el caso después de la resolución de la Corte Suprema en *Hollingsworth*. Pero previamente, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito dio validez al tribunal distrital con bases más estrechas. Al hacerlo, articuló los atributos de un matrimonio en términos que reflejaban los significados forjados en las luchas por la sociedad doméstica. "[P]uesto que reconocemos la interdependencia financiera de aquellos que han entablado una 'relación duradera'", explicó la Corte, "[p]ermitimos que los cónyuges, y no los hermanos o compañeros de departamento, declaren impuestos conjuntamente".<sup>98</sup> Para los tribunales de *Perry*, el compromiso íntimo adulto y la interdependencia emocional y económica —no la diferenciación de género y la procreación— definían al matrimonio, de la misma forma en que esos conceptos habían definido la sociedad doméstica.<sup>99</sup>

El enfoque en la afiliación íntima adulta y el apoyo emocional y financiero también es evidente en *Obergefell*. En él, la Corte describió el matrimonio como "un lazo duradero [en el cual], dos personas juntas pueden encontrar otras libertades, como la expresión, la intimidad y la espiri-

<sup>97</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Perry vs. Schwarzenegger*, 704 F Supp. 2d 921, 961 (N.D. Cal. 2010), *ratificado sub nom.* *Perry v. Brown*, 671 F3d 1052 (Noveno Cir. 2012), *revocado sub nom.* Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Hollingsworth vs. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013).

<sup>98</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Perry vs. Brown*, 671 F3d 1052, 1078 (Noveno Cir. 2012), *revocado sub nom.* *Hollingsworth vs. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013).

<sup>99</sup> Para un marco similar elaborado por los defensores LGBT mismos, véase "Memorandum in Support of Plaintiffs' Motion for Summary Judgment and in Opposition to the Motions to Dismiss of Defendants Christopher Rich and State of Idaho, en 6, *Latta v. Otter*" (D. Id. 2014) ("De acuerdo con la ley de Idaho, la institución legal del matrimonio es una relación contractual que representa el deseo de una pareja de comprometerse públicamente y asumir responsabilidades legales para cuidar y protegerse mutuamente y a los hijos que puedan tener, conforme avanzan en la vida juntos como familia").

tualidad".<sup>100</sup> Al explicar por qué el matrimonio es fundamental para propósitos constitucionales, la Corte se enfocó primero en la asociación entre adultos, al declarar que "el derecho al matrimonio es fundamental porque, en su importancia, apoya la unión de dos personas de manera diferente a cualquier otra para los individuos comprometidos".<sup>101</sup>

La Corte de *Obergefell* enfatizó no solo las dimensiones emocionales sino también las materiales del matrimonio —subrayando su función distributiva—. El matrimonio, como reconoció la Corte, es "la base para una lista cada vez más larga de derechos, beneficios y responsabilidades gubernamentales".<sup>102</sup> Las iniciativas de sociedades domésticas, que buscaron extender beneficios como la cobertura médica a las parejas del mismo sexo excluidas del matrimonio, validaron este modelo de reconocimiento marital. Los defensores establecieron la relevancia de los beneficios materiales para las vidas de las parejas del mismo sexo no solo en el trabajo sobre el matrimonio que comenzó a principios de la década de 1990, sino también en el trabajo en nombre de las parejas *no casadas* del mismo sexo que comenzó a principios de la década de 1980. Tal como había puesto en clara evidencia el sistema de sociedades domésticas, las parejas del mismo sexo necesitaban y querían los derechos y beneficios materiales ligados al matrimonio tanto como las parejas de distinto sexo. Como lo concluyó la Corte de *Obergefell*: "No hay diferencia entre las parejas del mismo sexo y las de distinto sexo con respecto a este principio".<sup>103</sup> Si bien la Corte reunió precedentes constitucionales, como *Griswold*, *Loving* y *Turner*, para sustentar sus afirmaciones sobre los atributos tangibles e intangibles del matrimonio, la comprensión del matrimonio que surge con *Obergefell* también refleja años de defensa LGBT en nombre del reconocimiento no marital.

---

<sup>100</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Obergefell vs. Hodges*, 133 S. Ct. 2584, 2599 (2015).

<sup>101</sup> *Ibidem*

<sup>102</sup> *Idem*, p. 2601.

<sup>103</sup> *Idem*.

Desde la perspectiva de la Corte, el matrimonio no está definido principalmente por la procreación y la crianza de hijos. De hecho, la Corte dejó en claro que el derecho al matrimonio no es "menos significativo para aquellos que no quieren o no pueden tener hijos. La habilidad, deseo o promesa de procrear no es y no ha sido un prerrequisito para un matrimonio válido".<sup>104</sup> Resulta sorprendente que el argumento constitucional para el matrimonio se enfocara en los hijos, aun cuando distanciaba al matrimonio de la procreación. Este hecho también reflejaba avances impulsados por el activismo LGBT previo en el derecho familiar. Los esfuerzos relacionados con la paternidad, simultáneamente apoyaban los enfoques centrados en los padres como a aquellos centrados en los hijos en la demanda constitucional de matrimonio. El reconocimiento de la paternidad de gays y lesbianas fuera del matrimonio desacreditó las justificaciones para la exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio al mismo tiempo que convirtió a estas parejas en sujetos apropiados para un modelo de matrimonio centrado en los hijos.

Por una parte, la demanda de matrimonio impulsó la separación del matrimonio y la paternidad, lo mismo que la reivindicación de la paternidad no marital, en el trabajo previo en derecho de familia. En California, tal como lo concluyó el tribunal distrital de *Perry*, defender una prohibición del matrimonio con base en la crianza de hijos parecía irracional en vista de que el Estado "trataba a los padres del mismo sexo de manera idéntica a los padres del sexo opuesto".<sup>105</sup> De manera más amplia, la aceptación del Estado sobre la paternidad de gays y lesbianas fue parte de una tendencia más general en la que el matrimonio perdía cada vez más control sobre la paternidad. Tal como lo explicó el Noveno Circuito, las leyes de California "que gobiernan la paternidad [...] son distintas de las leyes que

---

<sup>104</sup> *Idem*.

<sup>105</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Perry vs. Schwarzenegger*, 704 F. Supp. 2d 921, 1000 (N.D. Cal. 2010), ratificado sub nom. Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Perry vs. Brown*, 671 F.3d 1052 (Noveno Cir. 2012), revocado sub nom. Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Hollingsworth vs. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013).

gobiernan el matrimonio".<sup>106</sup> El reconocimiento robusto de la paternidad no marital, propuesto por los defensores LGBT, hacía que las justificaciones con base en la crianza de hijos para restringir las leyes del matrimonio parecieran ilógicas. La paternidad no dependía del matrimonio y, como lo razonó la Corte de *Obergefell*, el matrimonio no dependía de la paternidad.<sup>107</sup>

Por otra parte —y de manera hasta cierto punto paradójica— el trabajo previo en defensa de los padres del mismo sexo contribuyó a la evolución de comprensiones de la paternidad, entre ellas la paternidad marital, que apoyaban la inclusión de las parejas del mismo sexo en el matrimonio.<sup>108</sup> Los opositores del matrimonio de personas del mismo sexo argumentaban que el matrimonio debía promover "la crianza óptima de los hijos", en la que madres y padres criaran a sus hijos biológicos juntos.<sup>109</sup> Esta visión del matrimonio da prioridad al sexo procreativo y a la crianza de hijos por dos géneros, atributos que no corresponden con las familias formadas por parejas del mismo sexo. En respuesta a eso, los defensores LGBT no decidieron simplemente rechazar la importancia de la crianza de hijos para el matrimonio, sino que propusieron una comprensión de la paternidad —forjada en conflictos previos del derecho de familia— en la que las parejas del mismo sexo y de distinto sexo se sitúan en un punto similar. Las parejas del mismo sexo, al igual que las de distinto sexo, deliberadamente forman familias en las que deciden tener y criar hijos.<sup>110</sup> Esto, argumentaron los defensores, es un enfoque de la paternidad enmarcado en las concepciones contemporáneas del matrimonio.

---

<sup>106</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Perry vs. Brown*, 671 F.3d 1052, 1078 (Noveno Cir. 2012), *revocado sub nom.* Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Hollingsworth vs. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013).

<sup>107</sup> 135 S. Ct. en 2601.

<sup>108</sup> Véase NEJAIME, D., "Marriage Equality...", *op. cit.*, pp. 1236-1240, *supra* nota 34.

<sup>109</sup> Véase, por ejemplo, Amici Curiae Brief de Robert P. George *et al.* en Support of Hollingsworth and Bipartisan Legal Advisory Grp. Addressing the Merits and Supporting Reversal, *Hollingsworth vs. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013) (Núms. 12-144, 12-307), 2013 WL 390984.

<sup>110</sup> Véase NEJAIME, D., "Marriage Equality...", *op. cit.*, p. 1237, *supra* nota 34.

Los tribunales encontraron persuasiva esta lógica. Consideremos de nuevo los razonamientos del tribunal federal distrital que derogó la Proposición 8 de California. El tribunal explicó que "la ley de California permite y fomenta que gays y lesbianas se vuelvan padres a través de la adopción [...] o tecnologías de reproducción asistida".<sup>111</sup> De manera aún más explícita, el Noveno Circuito enfatizó que "en California, los estatutos de paternidad dan prioridad a la 'relación social' y no a la 'relación biológica' entre padres e hijos".<sup>112</sup> Los principios intencionales y funcionales de la paternidad —principios elaborados a través de la anterior defensoría LGBT en nombre de las madres lesbianas y los padres gays no casados— proporcionaron la lógica para una visión de la paternidad que se extendiera tanto a familias maritales como no maritales e incluyera tanto a las parejas del mismo sexo como a las de distinto sexo.

El vínculo entre la paternidad del mismo sexo y la paternidad marital también aparece en *Obergefell*, no solo en la descripción de la Corte de los peticionarios, sino también en su razonamiento constitucional. Incluso, a medida que la Corte explicaba que el matrimonio es fundamental porque "apoya la unión de dos personas", la Corte reconoció que el carácter fundamental del matrimonio se relaciona, en parte, con su papel de "salvaguarda de los hijos y las familias".<sup>113</sup> El matrimonio, como explicó la Corte, "permite la permanencia y la estabilidad que son importantes para proteger el interés superior del niño".<sup>114</sup> De hecho, en un guiño implícito a la reforma en derecho familiar, la Corte reconoció que "[l]a mayoría de los estados han permitido que gays y lesbianas adopten, ya sea como individuos o como parejas, y muchos niños adoptados tienen

---

<sup>111</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Perry vs. Schwarzenegger*, 704 F. Supp. 2d 921, 1000 (N.D. Cal. 2010), ratificado sub nom. Caso *Perry vs. Brown*, 671 F.3d 1052 (Noveno Cir. 2012), revocado sub nom. Caso *Hollingsworth vs. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013).

<sup>112</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Perry vs. Brown*, 671 F.3d 1052, 1078 (Noveno Cir. 2012), revocado sub nom. *Hollingsworth vs. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013).

<sup>113</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Obergefell vs. Hodges*, 133 S. Ct. 2584, 2600 (2015).

<sup>114</sup> *Ibidem*.

padres del mismo sexo".<sup>115</sup> Al respaldar un enfoque a la paternidad marital que no se basa en la biología ni en el género, la Corte consideró que las parejas del mismo sexo y las de distinto sexo se encontraban en una situación similar.<sup>116</sup> Finalmente, el modelo de paternidad marital propuesto por la demanda de matrimonio igualitario se parece mucho al sistema de paternidad social que favoreció gradualmente a las madres lesbianas y a los padres gays fuera del matrimonio.

### III. Para constituir la paternidad

Como lo muestra este apartado, del mismo modo en que los avances en el derecho de familia reverberaron en el razonamiento constitucional sobre la igualdad en el matrimonio, la aceptación constitucional del matrimonio igualitarioreverbera, para bien o para mal, en una nueva generación de conflictos en el derecho de familia.<sup>117</sup> La siguiente discusión ilustra esta dinámica al basarse en los avances de la ley de reconocimiento parental dados a raíz del matrimonio igualitario. Al contemplar implicaciones futuras de la relación mutuamente constitutiva entre el derecho de familia y el derecho constitucional, esta tercera parte imagina cómo la reforma al derecho de familia en el reconocimiento parental puede algún día dar una nueva forma a los enfoques constitucionales sobre paternidad.

---

<sup>115</sup> *Ibidem*.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 2599 (en donde se explica que "las razones por las que el matrimonio es fundamental en virtud de la Constitución aplican con igual fuerza a las parejas del mismo sexo.")

<sup>117</sup> Aquí me centro en la liberalización de la ley de reconocimiento parental, pero la constitucionalización de la igualdad de matrimonio también puede servir como una fuerza regresiva en el derecho de familia, con respecto no solo al reconocimiento parental sino también el reconocimiento de relaciones adultas. Véase, p. ej., Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Blumenthal vs. Brewer*, 2016 IL 118781 (Ill. 2016) (que se basa en *Obergefell* para negar derechos semejantes al matrimonio a una pareja del mismo sexo no casada que disolvió su relación después de más de dos décadas). Para el tratamiento académico líder de esta dinámica, véase MURRAY, M., "Obergefell v. Hodges and Non-marriage Inequality", *California Law Review*, Vol. 104, 2016, p. 1207. Para un argumento poderoso de que *Obergefell* podría abrir caminos constitucionales para los derechos no maritales, véase JOSLIN, C. G., "The Gay Rights Canon and the Right to Nonmarriage", *Boston University Law Review*, Vol. 97, 2017, p. 425.

## 1. Matrimonio igualitario y reconocimiento parental

El modelo de familia que justifica la inclusión de las parejas del mismo sexo en el matrimonio es uno que margina la diferenciación de género y la procreación familiar y, más bien, promueve a las familias funcionales y elegidas voluntariamente. Ahora, con el matrimonio entre personas del mismo sexo, vemos una incorporación a mayor escala del modelo de paternidad basado en conducta e intención, por sobre un modelo de paternidad basado en lo biológico y la diferenciación de género.<sup>118</sup>

En trabajos previos de paternidad no marital, los defensores LGBT aprovecharon la capacidad del matrimonio para dar cabida a la paternidad no biológica. Hoy en día, los defensores impulsan el matrimonio igualitario en maneras que obligan a la ley a dar cabida más general a las relaciones sociales y no biológicas. Los estatutos de inseminación con donante que reconocen al esposo como padre legal pueden tratar de manera similar a la esposa de una mujer como la madre "natural" y por lo tanto "legal".<sup>119</sup> Además, los tribunales han aplicado cada vez con mayor frecuencia la presunción marital —que desde hace tiempo ha sido capaz de reconocer a los esposos como padres incluso aunque haya evidencia biológica de lo contrario—<sup>120</sup> a las parejas lésbicas.<sup>121</sup> Las leyes sobre paternidad, como explicó un tribunal de Nueva York, deben interpretarse con "neutralidad de género" a la luz del surgimiento del matrimonio igualitario, de tal modo que "el hijo de cualquiera de las personas en una

<sup>118</sup> Véase NEJAIME, D., "Marriage Equality... *op. cit.*", pp. 1241-1249, *supra* nota 34.

<sup>119</sup> Véase NEJAIME, D., "The Nature of Parenthood", *Yale Law Journal*, Vol. 126, 2017, pp. 2260, 2295. Claramente, la paternidad de parejas del mismo sexo está vinculada con las tecnologías de reproducción asistida (TRA), y ambas se relacionan con enfoques cambiantes a la paternidad. En otro trabajo exploro cómo la regulación legal de las TRA expone las tensiones entre, por un lado, las concepciones de la paternidad basadas en la biología y el género y, por otro lado, aquellas basadas en lo intencional y lo funcional. Vinculo la expansión de los enfoques intencionales y funcionales con la orientación sexual y la igualdad de género. *Ibidem*.

<sup>120</sup> Véase Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Michael H. vs. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989).

<sup>121</sup> Véase NEJAIME, D., *op. cit.*, p. 2295, *supra* nota 118.

pareja del mismo sexo se presume como hijo de ambos, aunque el hijo no esté relacionado genéticamente con los dos".<sup>122</sup>

Si bien la presunción marital siempre fue capaz de disimular la verdad biológica, a menudo se ocultaba deliberadamente la medida en la que era capaz de hacerlo.<sup>123</sup> Aplicar la presunción marital a las parejas del mismo sexo desprende tal presunción de la filiación biológica de maneras que resultan más obvias, deliberadas y transparentes.<sup>124</sup> Tal como lo argumenta Susan Appleton, la aplicación de la presunción a las parejas del mismo sexo "resalta la manera en que esta doctrina de larga data puede construir una realidad legal incluso ante hechos biológicos en conflicto".<sup>125</sup> Ahora, la presunción se basa en la relación horizontal entre quienes conforman la pareja y su acuerdo mutuo del rol parental con respecto al niño.<sup>126</sup> La misma idea que, en gran medida, apoyó el reconocimiento de padres gays y madres lesbianas en familias no maritales es la que provee la lógica a través de la cual se puede entender la disposición clave que incluye los derechos parentales dentro de la familia marital. La presunción marital comienza a colapsar con los principios basados en intención que se aplican a los padres casados y no casados y con la lectura no biológica de la presunción conductual de "presentación abierta" aplicada a los padres no casados. En otras palabras, la presunción marital tiene sentido porque proporciona una indicación de intención y conducta.

<sup>122</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Wendy G-M. vs. Erin G-M.*, 985 N.Y.S. 2d 845, 860-861 (Sup. Ct. N.Y. 2014). Véase también, Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Gartner vs. Iowa Dep't of Pub. Health*, 830 N.W.2d 335 (Iowa 013); Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Della Corte vs. Ramirez*, 961 N.E.2d 601 (Ct. Ap. Mass. 2012).

<sup>123</sup> Véase NEJAIME, D., *op. cit.*, p. 2277, *supra* nota 118.

<sup>124</sup> Véase NEJAIME, D., "Marriage Equality...", *op. cit.*, p. 1242, *supra* nota 34, ("Con el matrimonio entre personas del mismo sexo, la presunción tiene sentido sólo porque proporciona una indicación de intención y de 'presentación abierta'"); APPLETON, S. F., "Presuming Women: Revisiting the Presumption of Legitimacy in the Same-Sex Couples Era", *Boston University Law Review*, Vol. 86, 2006, pp. 227, 230 ("Tal como se aplica a las parejas del mismo sexo, por supuesto, la presunción [de legitimidad] y sus variantes difieren de la filiación genética y siempre producen lo que podría considerarse como resultados ficticios o contruados socialmente").

<sup>125</sup> APPLETON, S. F., *op. cit.*, p. 230.

<sup>126</sup> Véase GROSSMAN, J. L., "The New Illegitimacy: Tying Parentage to Marital Status for Lesbian Co-Parents", *American University Journal of Gender Sociology, Policy & the Law*, Vol. 20, No. 671, 2012, p. 718.

Para ser significativa, la presunción marital para las parejas lésbicas debe estar protegida contra la refutación por evidencia genética. Dicho de otro modo, esta presunción debe asumir completamente la nula importancia que da al vínculo biológico. Al aplicarse por igual en contextos de parejas del mismo o de distinto sexo, esta evolución haría que la presunción se volviera un concepto más generalmente social en parejas del mismo sexo y de distinto sexo.<sup>127</sup> De hecho, sin duda, incidiría directamente en contra de otras tendencias más recientes que se inclinan por la evidencia genética para desestimar la paternidad de un hombre cuando éste descubre que otro hombre es el padre biológico del hijo de su esposa.<sup>128</sup>

Mientras que la maternidad aún representa la relación primaria con un hijo, la paternidad se conceptualiza como derivada de la relación de la madre.<sup>129</sup> En esencia, el esposo es el padre porque está casado con la madre. En este sentido, las relaciones de los hombres parecen depender más de las relaciones sociales, pero conservan un lugar secundario, mientras que las relaciones de las mujeres conservan la primacía pero están basadas más plenamente en la biología.<sup>130</sup> No obstante, en la era del matrimonio igualitario, las políticas que animan la presunción marital —para identificar a los padres que tienen la intención de tener y mantener al hijo— parecen ser aplicables tanto para mujeres como para hombres.<sup>131</sup> De acuerdo con ello, la presunción podría aplicarse sin importar el sexo, lo que llevaría no sólo al reconocimiento del esposo o esposa de

---

<sup>127</sup> APPLETON, S. F., *op. cit.*, p. 291, *supra* nota 124 ("Si la ley permite refutación por evidencia genética, entonces aplicar los mismos principios a las parejas lesbianas les da muy poco a ellas y a sus hijos. Por otra parte, si este enfoque lleva a la conclusión de que la evidencia genética es irrelevante para la maternidad en parejas lésbicas, entonces el 'objetivo de paridad' indica que los mismos principios deberían aplicar para las parejas tradicionales, con lo que la evidencia genética también sería irrelevante para éstas").

<sup>128</sup> *Idem*, p. 237.

<sup>129</sup> Véase DOLGIN, J. L., "Just a Gene: Judicial Assumptions About Parenthood", *UCLA Law Review*, Vol. 40, 1993, pp. 637, 644 ("la paternidad sólo puede presumirse a través de la relación de un hombre con la madre del hijo").

<sup>130</sup> Véase NEJAIME, D., *op. cit.*, pp. 2314-2315, 2328-2329, *supra* nota 118.

<sup>131</sup> *Idem*, p. 2340.

la *madre* biológica, sino también al reconocimiento del esposo o esposa del *padre* biológico —un argumento que desarrollo en otro trabajo.<sup>132</sup>

Desde luego, muchos de estos cambios no dependen de la resolución *constitucional* con respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo. Entonces, ¿qué es lo que el derecho constitucional añade? El reconocimiento constitucional del derecho al matrimonio para las parejas del mismo sexo, con base en el debido proceso así como en la igual protección, proporciona nuevos y poderosos argumentos para el reconocimiento parental en jurisdicciones que se resisten. *Obergefell* no zanjó el conflicto del matrimonio de personas del mismo sexo, más bien lo condujo a nuevos rumbos.<sup>133</sup> La paternidad aparece más que nada en disputas posteriores a *Obergefell* sobre las consecuencias de la igualdad en el matrimonio.<sup>134</sup> En las disputas actuales sobre la paternidad, el precedente del matrimonio igualitario puede entenderse en relación con los avances en el derecho de familia que le dieron empuje. Las decisiones de matrimonio igualitario dieron crédito a demandas de reconocimiento parental que se originaron décadas antes como asuntos de derecho de familia. Apreciar este hecho puede llevar a los tribunales y legislaturas a ver que la paternidad fue crítica para el apoyo del estatus igualitario de las familias formadas por parejas del mismo sexo en el caso *Obergefell*.

Considérese la decisión del tribunal distrital en *Henderson vs. Adams*.<sup>135</sup> Incluso con el matrimonio para parejas del mismo sexo, Indiana no había alterado los términos que hacían alusión específica al género en sus disposiciones de paternidad. Es más, su ley de filiación, a diferencia de la UPA, no indica expresamente que las disposiciones aplicables a la relación entre el padre y el hijo lo son también para la relación entre

<sup>132</sup> *Idem*, pp. 2339-2343.

<sup>133</sup> Véase SIEGEL, R. B., "Community in Conflict: Same-Sex Marriage and Backlash", *UCLA Law Review*, Vol. 64, 2017, p. 1728.

<sup>134</sup> Véase NEJAIME, D., "Marriage Equality...", *op. cit.*, pp. 1243-1244, *supra* nota 34.

<sup>135</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Henderson vs. Adams*, 209 F. Supp. 3d 1059 (D.N. Ind. 2016).

la madre y el hijo. El estatuto de paternidad relevante dicta que: "Se presume que un hombre es el padre biológico de un niño si [...] el [...] hombre y la madre biológica del niño están o estuvieron casados".<sup>136</sup> Aunque la ley se refiere al "padre biológico", el Estado ha permitido por años que una mujer casada que dio a luz a un hijo concebido con espermatozoides donados pudiera registrar a su esposo en el acta de nacimiento del niño. Al rehusarse a brindar el mismo trato a la esposa de una mujer que da a luz a un hijo concebido con espermatozoides donados, el Estado exigió que la madre biológica adoptara al menor para volverse su madre legal.

Indiana defendió su postura citando "un importante interés gubernamental en preservar los derechos de los padres biológicos llevando registros precisos sobre la filiación biológica de los niños nacidos en Indiana".<sup>137</sup> El estado trató de restringir *Obergefell*, al afirmar que la decisión "en realidad desvinculaba el matrimonio de la paternidad porque el derecho al matrimonio no puede estar condicionado por la capacidad o el compromiso para procrear".<sup>138</sup> Pero, en lugar de eso, el tribunal distrital de Indiana concluyó que *Obergefell* tenía consecuencias para la ley de reconocimiento parental. Indiana había "creado un beneficio para las mujeres casadas basado en su matrimonio con un hombre, el cual les permite poner el nombre de su esposo en el acta de nacimiento de su hijo incluso cuando el esposo no sea el padre biológico".<sup>139</sup> "Debido a [...] *Obergefell*", el tribunal concluyó que "este beneficio —que está directamente ligado al matrimonio— debe concederse a las mujeres casadas con mujeres".<sup>140</sup> Las leyes sobre filiación, según determinó el tribunal, basadas en el sexo y la orientación sexual discriminan de manera inconstitucional.<sup>141</sup> *Obergefell* proporcionó la base constitucional sobre la cual se puede exigir

---

<sup>136</sup> IND. CODE, párr. 31-14-7-1 (2016).

<sup>137</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Henderson vs. Adams*, 209 F. Supp. 3d en 1074.

<sup>138</sup> *Idem*, p. 1076.

<sup>139</sup> *Ibidem*.

<sup>140</sup> *Ibidem*.

<sup>141</sup> *Idem*. Meses después, el tribunal emitió una orden en la que afirmaba y aclaraba su decisión previa. Véase *Henderson vs. Adams*, caso núm. 1:15-cv-00220-TWP-MJD, 2016 WL 7492478 (D.N. Ind. 30 de dic. de 2016).

a un Estado reacio a que extienda el reconocimiento parental a las parejas lésbicas casadas que usaron esperma donado.<sup>142</sup>

De hecho, al mismo tiempo que este ensayo estaba en prensa, la Corte Suprema reconoció de manera explícita que *Obergefell* exige a los estados a tratar a las parejas del mismo sexo como parejas de distinto sexo con respecto a las actas de nacimiento. (Las actas de nacimiento no establecen la filiación, pero son evidencia de filiación). En una resolución *per curiam*, la Corte revirtió una decisión de la Corte Suprema de Arkansas que permitía al estado negar actas de nacimiento en las que figurara la esposa de una mujer que da a luz, a pesar de que el estado sí permite que figure el esposo de una mujer que da a luz".<sup>143</sup> La Corte declaró que "*Obergefell* proscribe dicho tratamiento dispar".<sup>144</sup> Es probable que la decisión de la Corte tenga consecuencias significativas e inmediatas en los conflictos sobre reconocimiento parental que han proliferado a raíz del caso *Obergefell*.

## 2. ¿El futuro de la paternidad?

Al igual que el tribunal de *Henderson*, otros han encontrado que el rechazo del gobierno a extender las presunciones de paternidad marital a las parejas del mismo sexo viola la garantía de igualdad anunciada en *Obergefell*.<sup>145</sup> No obstante, en contraste con estas decisiones, el tribunal de *Henderson* falló no sólo con base en el principio de igual protección sino también en el debido proceso. Y su razonamiento de debido proceso tenía sus raíces no en el derecho al matrimonio sino en los derechos parentales. El tribunal concluyó que los estatutos parentales de Indiana

<sup>142</sup> Indiana apeló la decisión del tribunal distrital. Véase "Brief and Required Short Appendix of Appellant Dr. Jerome Adams, *Henderson va. Adams*", caso No. 17-1141 (Séptimo Cir. 2017).

<sup>143</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Pavan vs. Smith*, 582 U.S. \_\_\_ (2017).

<sup>144</sup> *Idem.* (*slip op.* en 3).

<sup>145</sup> Véase Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Roe vs. Patton*, caso No. 2:15-cv-00253-DB, 2015 WL 4476734 (D. Utah 22 de jul. de 2015).

interfieren con el "ejercicio del derecho de ser padre" de las parejas del mismo sexo "al negarles toda oportunidad de presunción de paternidad que se ofrece a las parejas heterosexuales".<sup>146</sup> En la medida en que este razonamiento somero puede interpretarse como protector del padre o madre *no biológicos* como asunto de doctrina constitucional, es excepcional. El estatus constitucional de la paternidad generalmente se ha limitado a las relaciones *biológicas* entre padres e hijos. Por tanto, *Henderson* sugiere que el ciclo que une al derecho de familia con el derecho constitucional podría seguir en el espacio doctrinal de la paternidad. La elaboración de la paternidad no biológica en el dominio del derecho de familia, incluso a través de cambios generados por el matrimonio igualitario, podría contribuir a nuevas comprensiones de la paternidad *como una cuestión constitucional*.<sup>147</sup>

Si bien los precedentes de los derechos parentales datan de la década de 1920,<sup>148</sup> la articulación más extensa de la Corte en cuanto a la protección constitucional para la paternidad comenzó en la década de 1970 con casos sobre los derechos de padres no casados.<sup>149</sup> Incluso cuando la Corte expandió los parámetros de la paternidad como un asunto constitucional, lo hizo bajo el entendido de que los intereses constitucionales surgieron de vínculos "naturales" entre padres e hijos.<sup>150</sup> Si bien esta premisa biológica a veces sólo se da por sentada, a menudo la Corte ha sido explícita sobre la relación entre la paternidad biológica y los derechos constitucionales.<sup>151</sup> (Desde luego, en el momento en que un individuo se

<sup>146</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Henderson vs. Adams*, 209 F. Supp. 3d 1059 (D.N. Ind. 2016).

<sup>147</sup> Véase NEJAIME, D., "Marriage Equality...", *op. cit.*, pp. 2357-2359, *supra* nota 118. Desde luego, existe el riesgo de que la paternidad no biológica alcance un estatus constitucional sólo si está atada al matrimonio.

<sup>148</sup> Véase Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Meyer vs. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Soc'y of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

<sup>149</sup> Véase Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Stanley vs. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972); *Lehr v. Robertson*, 463 U.S. 248 (1983).

<sup>150</sup> Véase *Stanley*, 405 U.S. 645; *Lehr*, 463 U.S. 248; *Caban v. Mohammed* 441 U.S. 380 (1979).

<sup>151</sup> Vale la pena notar que en *Prince vs. Massachusetts*, un caso de 1944 que tenía que ver con derechos parentales, la Corte simplemente dio por hecho que la litigante, quien tenía sus propios hijos

vuelve padre o madre legalmente por la ley del Estado —por medio de adopción, por ejemplo— ese individuo posee derechos parentales protegidos constitucionalmente; pero los casos constitucionales relevantes principalmente atañen a los derechos de individuos que no han sido adjudicados como padres bajo la ley del estado.)

Muchos desarrollos podrían haber provocado desafíos exitosos a la fundamentación biológica de la paternidad constitucional. Por ejemplo, las demandas de padres de acogida [*foster parents*] que responden a la terminación de la colocación de los niños con ellos, suscitaron interrogantes con respecto a los intereses constitucionales de las relaciones no biológicas entre padres e hijos.<sup>152</sup> Pero la Corte resistió afirmando la importancia de proteger los vínculos "naturales" entre padres e hijos y dejando sin resolver cuando, de darse el caso, los padres de acogida pudieran tener un interés de libertad constitucional en las relaciones con sus hijos acogidos.<sup>153</sup>

En contraste con la doctrina constitucional, a lo largo de los últimos años el derecho de familia se ha alejado de una comprensión de la paternidad limitada al vínculo biológico.<sup>154</sup> Los regímenes de derecho de familia estatal suelen reconocer a los padres que forman vínculos no biológicos con sus hijos sin requerir que dichos padres los adopten. De hecho, esos vínculos a veces se sobreponían a las demandas rivales de los padres biológicos.

---

pero también era la tutora legal de su sobrina, podía reclamar autoridad parental sobre esa sobrina. 321 U.S. 158 (1944).

<sup>152</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Smith vs. Organization of Foster Families for Equality and Reform*, 431 U.S. 816 (1977).

<sup>153</sup> *Ibidem*, pp. 846-847. Una vez más, los padres adoptivos disfrutaban de derechos parentales protegidos constitucionalmente, pero dichos padres han emprendido procesos legales que les adjudican sus derechos. Así que, por ejemplo, un padrastro no consigue derechos parentales protegidos constitucionalmente a menos que adopte al hijo y por lo tanto suplante al padre biológico. La Corte no ha articulado una doctrina constitucional de paternidad que incluya expresamente a padres no biológicos que no sean padres adoptivos.

<sup>154</sup> Véase NEJAJME, D., "Marriage Equality..., *op. cit.*, *supra* nota 34.

En algunos estados, el término "natural" —usado generalmente en el discurso constitucional para describir a los padres biológicos—<sup>155</sup> ha cambiado. Como se demuestra en *Nicholas H.*, los tribunales estatales comenzaron a interpretar la disposición de "presentación abierta" de la UPA —centrada en presentar abiertamente al niño como el hijo "natural" de una persona— para reconocer a un hombre como el padre incluso cuando no estaba relacionado biológicamente.<sup>156</sup> De hecho, algunos tribunales lo hicieron por sobre la objeción del padre biológico que afirmaba tener la paternidad.<sup>157</sup> En otras palabras, la biología ya no era vista como el determinante de la paternidad no marital, y en vez de ello la conducta parental se consideraba más crítica.<sup>158</sup> En nombre de la paternidad funcional, "natural" cobró el significado de "legal" en vez de "biológico". Para la década de 2000, algunos tribunales de apelación estatales comenzaron a aplicar la presunción de paternidad de "presentación abierta" a las mujeres. Recordemos la decisión de la Suprema Corte de California en 2005 en el caso *Elisa B. vs. Superior Court*,<sup>159</sup> que encontró que una madre no biológica era efectivamente la madre en virtud de la presunción de "presentación abierta".

En disputas que involucran a padres del mismo sexo, los defensores argumentaban en favor del reconocimiento de padres no biológicos no solo con bases del derecho de familia sino también del derecho constitucional. Afirmaban que los principios de paternidad legales y consuetudinarios debían llevar al reconocimiento parental, pero, en la medida en

<sup>155</sup> Véase, p. ej., *Smith*, 431 U.S. en 845 (que distingue la "familia adoptiva" de la "familia natural").

<sup>156</sup> *In re Nicholas H.*, 46 P.3d 932 (Cal. 2002), según fue modificado (17 de jul. de 2002).

<sup>157</sup> *In re Jesusa V.*, 85 P.3d 2 (Cal. 2004); *Brian C. v. Ginger K.*, 92 Cal. Rptr. 2d 294 (Ct. Ap. Cal. 2000).

<sup>158</sup> Por supuesto, desde tiempo atrás la adopción ha ofrecido una ruta hacia la paternidad no biológica desde hace tiempo. No obstante, la adopción crea una relación legal después de la terminación de los derechos de los padres biológicos, y la adopción sigue siendo considerada una excepción a la operación normal de las reglas de paternidad. Aquí me centro en presunciones de paternidad que aplican sin importar el vínculo biológico e incluso cuando el padre biológico es apto y se opone a la demanda de paternidad en conflicto.

<sup>159</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Elisa B. vs. Superior Court*, 117 P.3d 660 (Cal. 2005). Véase también *Chatterjee v. King*, 280 P.3d 283, 285 n.3 (N.M. 2012).

que esos principios no conllevaban reconocimiento, el tribunal debía considerar inconstitucional su aplicación.<sup>160</sup> La mayoría de estas demandas constitucionales nunca se resolvieron. En vez de eso, los tribunales que reconocieron a la madre lesbiana no biológica lo hicieron con bases reglamentarias o de *common law*.<sup>161</sup> Con todo, en algunos casos, los tribunales llegaron a las preguntas constitucionales. Algunos tribunales aceptaron argumentos constitucionales, con el razonamiento de que la protección igualitaria requería la extensión de las presunciones de paternidad a las parejas del mismo sexo.<sup>162</sup> Otros tribunales rechazaron demandas constitucionales, entre las que se incluían las demandas de que la madre no biológica poseyera derechos parentales como un asunto de debido proceso.<sup>163</sup> Hasta la fecha, el número de casos que resuelven el estatus constitucional de los derechos parentales de la madre no biológica sigue siendo muy bajo.

Con el reciente apoyo constitucional para las familias formadas por parejas del mismo sexo, las demandas constitucionales de padres no biológicos podrían proliferar. De hecho, no solo las mujeres sino también los hombres en parejas del mismo sexo podrían ejercer tales demandas.<sup>164</sup> En vista de que las parejas del mismo sexo normalmente incluyen a un padre o madre sin vínculo biológico con el hijo, el reconocimiento constitucional de los padres no biológicos es crítico para que las familias formadas por parejas del mismo sexo tengan condiciones igualitarias. La demanda de protección constitucional para los derechos parentales parece, del mismo modo que el matrimonio anteriormente, ligada a la igualdad de las parejas del mismo sexo.<sup>165</sup> Con cambios tanto en el derecho de familia

<sup>160</sup> *Supra* notas 71-72.

<sup>161</sup> Véase, p. ej., *Elisa B.*, 117 P.3d 660.

<sup>162</sup> Véase, p. ej., *Gartner vs. Iowa Dep't of Public Health*, 830 N.W.2d 335 (Iowa 2013) (resolución con bases constitucionales estatales); *Shineovich vs. Kemp*, 214 P.3d 29 (Ap. Or. 2009) (resolución con bases constitucionales estatales).

<sup>163</sup> Véase, p. ej., *Russell vs. Pasik*, núm. 2D14-5540, 2015 WL 5947198, p. \*3 (Ct. Ap. Dist. Fla. 14 de oct. de 2015).

<sup>164</sup> NEJAIME, D., *op. cit.*, pp. 2358-2359, *supra* nota 118.

<sup>165</sup> *Ibidem*.

como el derecho constitucional con respecto al estatus de los gays y lesbianas, los tribunales federales —guiados por el enfoque dialógico de *Obergefell* con respecto a la libertad y la igualdad— podrían, finalmente, reconocer a los padres no biológicos como un asunto de debido proceso constitucional.<sup>166</sup>

#### **IV. Conclusión — Reflexiones sobre el derecho (familiar) y el cambio social**

Perder la continuidad entre el trabajo en materia de derecho de familia previo y el conflicto constitucional más reciente sobre el matrimonio del mismo sexo tiene sus costos. Académicos, abogados y jueces pueden subestimar el impacto del derecho de familia y sobreestimar el impacto del derecho constitucional. Pueden oscurecer el papel del derecho de familia como un sitio crítico para trabajo sobre la igualdad y elidir la influencia de los avances del derecho familiar sobre los acuerdos constitucionales de la familia. Pueden esperar demasiado del derecho constitucional y no darle el peso que merece a la resolución constitucional.

Entender mejor el papel que el derecho constitucional desempeña en la adjudicación constitucional podría influir en una variedad de debates académicos. Consideremos un solo ejemplo. Las teorías de derecho y cambio social a menudo se centran en actores federales (que incluyen principalmente tribunales federales) y el derecho federal (que incluye principalmente el derecho constitucional federal).<sup>167</sup> De hecho, las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos que articulan los principios constitucionales federales siguen siendo los principales sujetos de

<sup>166</sup> En futuros trabajos contemplo explorar en toda su amplitud la relación entre los derechos parentales constitucionales y las relaciones entre padres no biológicos e hijos.

<sup>167</sup> Véase ROSENBERG, G. N., *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, 2a. ed., Chicago, Chicago University Press, 2008; KLARMAN, M. J., "Brown, Racial Change, and the Civil Rights Movement", *Virginia Law Review*, Vol. 80, No. 1, 1994, pp. 7-150; KLARMAN, M. J., "Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolutions", *Virginia Law Review*, Vol. 82, 1996, p. 1.

análisis.<sup>168</sup> Casos como el de *Brown vs. Board of Education*<sup>169</sup> y *Roe vs. Wade*, por ejemplo, figuran de manera prominente en debates sobre cuándo, cómo, y si de hecho, las cortes deberían intervenir con respecto a cuestiones controvertidas.<sup>170</sup> Desde luego, puesto que el matrimonio entre personas del mismo sexo fue expresado antes que nada como asunto constitucional bajo la ley estatal, las críticas a la intervención judicial (y las estrategias de litigio dirigidas a dicha intervención) a menudo se enfocan en las decisiones constitucionales estatales.<sup>171</sup>

Los críticos de la intervención judicial tienden a abordar las decisiones de los tribunales de una manera bastante vertical: como que las formas de decidir los temas contenciosos pueden zanjar el conflicto o bien aplastar la deliberación democrática y, por lo tanto, exacerbar la resistencia social.<sup>172</sup> Algunos académicos han respondido a estas críticas adoptando una perspectiva más ascendente, desde la cual consideran que las decisiones constitucionales surgen a partir de la movilización popular y dan una nueva forma al conflicto que continúa mucho después de la decisión.<sup>173</sup> La atención a los antecedentes en materia de derecho de familia

<sup>168</sup> Considérese el trabajo sobre la tesis del retroceso [*backlash thesis*], el cual sugiere que las decisiones favorables en tribunales sobre cuestiones sujetas a debate en toda la sociedad generan un retroceso al inspirar una poderosa movilización contraria. Este trabajo se centra principalmente en las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos con respecto a cuestiones debatidas de derecho constitucional. Véase ROSENBERG, G. N., *The Hollow Hope*, *op. cit.*, *supra* nota 167; KLARMAN, M. J., "How Brown Changed Race Relations: The Backlash Thesis", *The Journal of American History*, Vol. 81, 1994.

<sup>169</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso *Brown vs. Bd. of Educ.*, 347 U.S. 483 (1954).

<sup>170</sup> *Cfr.* ROSENBERG, G. N., *supra* nota 167, con POST, R. y SIEGEL, R., "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 42, 2007, p. 373.

<sup>171</sup> Véase, p. ej., ROSENBERG, G. N., "Saul Alinsky and the Litigation Campaign To Win the Right to Same-Sex Marriage", *The John Marshall Law Review*, Vol. 42, 2009, p. 643; KLARMAN, M. J., "Brown and Lawrence (and Goodridge)", *Michigan Law Review*, Vol. 104, 2005, p. 431.

<sup>172</sup> Véase NEJAIME, D., "Constitutional Change, Courts, and Social Movements", *Michigan Law Review*, Vol. 111, 2013, pp. 877, 879-880; NEJAIME, D., "The View From Below: Public Interest Lawyering, Social Change, and Adjudication", *UCLA Law Review*, Vol. 61, 2013, pp. 182, 193.

<sup>173</sup> Para ejemplos de trabajo sociológico relevante, véase NEJAIME, D., "Winning Through Losing", *Iowa Law Review*, Vol. 96, 2011, p. 941; KECK, T. M., "Beyond Backlash: Assessing the Impact of Judicial Decisions on LGBT Rights", *Law & Society Review*, Vol. 43, 2009, p. 151; MCCANN, M. W., "How Does Law Matter for Social Movements?", en GARTH, B. G. y SARAT, A. (eds.), *How Does Law Matter?*, 1998, pp. 76, 85. Para ejemplos de estudios académicos legales relevantes, véase POST, R. y SIEGEL, R., *op. cit.*, *supra* nota 170; GUINIER, L., "The Supreme Court, 2007 Term-Foreword:

de las decisiones constitucionales podría contribuir productivamente a esta segunda perspectiva que va de abajo hacia arriba.

Es posible mirar la resolución judicial de una cuestión como el matrimonio entre personas del mismo sexo a la luz de los avances en materia de derecho de familia, relacionados con el reconocimiento no marital de las familias encabezadas por parejas del mismo sexo. Es posible considerar cómo un determinado cuerpo legal, debatido en un momento previo y en distintos foros y niveles de gobierno, moldeó los desafíos del debate constitucional subsecuente.<sup>174</sup> Es posible analizar la adjudicación constitucional final y su impacto a lo largo de un horizonte temporal más extenso y la manera en que se entretije con una constelación más amplia de asuntos.

También es posible considerar que los tribunales federales y el derecho constitucional federal son menos importantes. Puede que los tribunales que reconocen el derecho de las parejas del mismo sexo al matrimonio no hayan señalado nuevos territorios con tanta notoriedad. En vez de ello, puede que simplemente hayan continuado tendencias que comenzaron en el derecho de familia. La reforma en materia de derecho de familia, que incluyó principalmente a gais y lesbianas *no casados* y los derechos y reconocimiento *no maritales*, dio forma a los términos del debate en el litigio subsecuente sobre el matrimonio. Los tribunales federales que aceptaron las demandas de igualdad de matrimonio lo hicieron después de una serie de avances, principalmente en el derecho familiar estatal, que pusieron en tela de juicio las justificaciones para excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio y constituyeron el matrimonio de manera que pudiera dar cabida a las parejas del mismo sexo. Desde

---

Demosprudence Through Dissent", *Harvard Law Review*, No. 122, 2008, p. 4; TORRES, G., "Legal Change", *The Cleveland State Law Review*, No. 55, 2007, p. 135; SIEGEL, R., "Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the De Facto ERA", *The California Law Review*, No. 94, 2006, p. 1323.

<sup>174</sup> COLE, D., *Engines Of Liberty: The Power of Citizen Activists to Make Constitutional Law*, Estados Unidos, Basic Books, 2015, p. 227.

esta perspectiva, el poder reside menos en los dominios de la doctrina constitucional y la adjudicación federal y más en los espacios —estatutarios, judiciales y administrativos— convencionalmente entendidos como derecho de familia.