

DOI: <https://doi.org/10.23857/fipcaec.v6i4.482>

La adopción homoparental en el Ecuador. Análisis desde una mirada constitucional

Homoparental adoption in Ecuador. Analysis from a constitutional point of view

Adoção homoparental no Equador. Análise do ponto de vista constitucional

Julio Mauricio Barros-Uguña ¹

maubarros11@yahoo.es

<https://orcid.org/0000-0002-0748-5675>

Marcelo Alejandro Guerra-Coronel ²

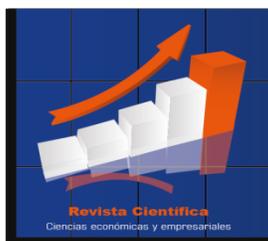
mguerrac@ucacue.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0001-8526-773X>

Correspondencia: maubarros11@yahoo.es

* **Recepción:** 25/08/2021 * **Aceptación:** 22/09/2021 * **Publicación:** 20/10/2021

1. Abogado, estudiante de la Maestría en Derecho Constitucional con Mención en Derecho Procesal Constitucional, Jefatura de Posgrados, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.
2. Docente de la Maestría en Derecho Constitucional con Mención en Derecho Procesal Constitucional, Jefatura de Posgrados, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.



Resumen

El presente estudio analiza la figura jurídica de la adopción, partiendo desde su concepción clásica de adopción entre hombre y mujer a la diversidad de clases de adopción que actualmente existen en el mundo. El estudio se ha enfocado específicamente en la adopción homoparental y la regulación normativa que el Estado ecuatoriano le otorga a esta clase de adopción. En la Constitución ecuatoriana, se reconoce exclusivamente la adopción a parejas de distinto sexo, esta disposición normativa imposibilita a parejas del mismo sexo acceder a la institución de la adopción, particular que violenta y restringe derechos de los padres adoptantes y sobre todo de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en estado de adoptabilidad. Con estas premisas se ha realizado en presente estudio con la finalidad de determinar la realidad jurídica ecuatoriana respecto a la adopción homoparental y plantear alternativas normativas para garantizar los derechos que se encuentran vulnerados con la restricción normativa que actualmente existe en la Constitución.

La investigación es de tipo no experimental con un enfoque cualitativo, por cuanto se analizó a la adopción desde un punto de vista teórico; así como un análisis de la realidad normativa de la adopción en el Ecuador. El método de investigación aplicado fue el método analítico con un nivel de profundidad descriptivo.

Palabras clave: Adopción homoparental; derecho de familia; interés superior del niño; adopción en el Ecuador.

Abstract

This study analyzes the legal figure of adoption, starting from its classic conception of adoption between men and women to the diversity of types of adoption that currently exist in the world. The study has focused specifically on homoparental adoption and the normative regulation that the Ecuadorian State grants to this kind of adoption. In the Ecuadorian Constitution, the adoption of different-sex couples is exclusively recognized, this normative provision makes it impossible for same-sex couples to access the institution of adoption, particularly that it violates and restricts the rights of adopting parents and especially children, girls and adolescents who are in a state of adoptability. With these premises, this study has been carried out in order to determine the

Ecuadorian legal reality regarding homoparental adoption and propose normative alternatives to guarantee the rights that are violated with the normative restriction that currently exists in the constitution.

The research is non-experimental with a qualitative approach, since the adoption was analyzed from a theoretical point of view; as well as an analysis of the normative reality of adoption in Ecuador. The applied research method was the analytical method with a descriptive depth level.

Keywords: Homoparental adoption; family right; best interests of the child; adoption in Ecuador.

Resumo

Este estudo analisa a figura jurídica da adoção, partindo de sua concepção clássica de adoção entre homens e mulheres até a diversidade de formas de adoção atualmente existentes no mundo. O estudo enfocou especificamente a adoção homoparental e a regulamentação normativa que o Estado equatoriano outorga a esse tipo de adoção. Na Constituição equatoriana, a adoção de casais de sexos diferentes é exclusivamente reconhecida, esta disposição normativa impossibilita o acesso de casais do mesmo sexo à instituição de adoção, especialmente porque viola e restringe os direitos dos pais adotivos e, especialmente, de crianças, meninas e adolescentes em estado de adoção. Com essas premissas, este estudo foi realizado com o objetivo de determinar a realidade jurídica equatoriana em relação à adoção homoparental e propor alternativas normativas para garantir os direitos que são violados com a restrição normativa que existe atualmente na Constituição.

A pesquisa é não experimental com abordagem qualitativa, uma vez que a adoção foi analisada do ponto de vista teórico; bem como uma análise da realidade normativa de adoção no Equador. O método de pesquisa aplicada foi o método analítico com nível descritivo de profundidade.

Palavras-chave: Adoção homoparental; Direito de família; o melhor interesse da criança; adoção no Equador.

Introducción

La adopción homoparental como institución jurídica que permite el ejercicio del derecho a una familia para los padres adoptivos y el menor adoptado, se ha visto históricamente en controversia debido a grandes debates tanto morales como jurídicos que han imposibilitado que esta figura jurídica garante de derechos a las parejas de distinto sexo pueda consolidarse en el Ecuador. En

este sentido ha surgido la pregunta de investigación: ¿Son garantizados en la Constitución de la República del Ecuador conforme la normativa actual los derechos de los adoptantes y adoptados? Con esta orientación de la investigación se pretende analizar el derecho a la adopción como una garantía constitucional de protección de los derechos de los adoptantes y el adoptado en el Estado Ecuatoriano, tomando en cuenta la vigencia del matrimonio igualitario en el Ecuador y los derechos que tienen las parejas homoparentales. Es evidente que la carta fundamental ecuatoriana ha limitado el ejercicio del derecho a la adopción a este grupo social en contradicción con sus propios principios constitucionales como son la igualdad, la no discriminación y la progresividad de los derechos.

El presente artículo aborda la adopción homoparental desde una mirada de la protección de los derechos de todos los grupos sociales y realiza un abordaje *prima facie* de la figura de la adopción y la familia, en su segundo apartado se enfoca en la adopción homoparental *per se*; así como en las clases de adopciones, en un tercer acápite se analiza un eje básico que debe ser abordado en esta temática como es el interés superior del niño, niña o adolescente y finalmente se concluye con un análisis de la adopción en el Ecuador, su estructura, su nivel de protección de derechos y evidentemente sus falencias al no garantizar la adopción homoparental en el país; así como una propuesta de reforma y cambio que garantice los derechos igualitarios de la adopción.

Desarrollo

Adopción y familia. Generalidades

Para analizar la figura jurídica de la adopción es relevante revisar *prima facie* lo que se conoce y determina como familia. En este sentido, la familia es un grupo de personas que mantienen lazos biológicos o afectivos, los cuales permiten que este grupo de personas vivan juntas en sociedad y a su vez se protejan mutuamente. Etimológicamente la palabra familia proviene del latín *familia* que significa “grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas” (RAE, 2021). Por lo tanto, se considera a la familia como un núcleo social básico que permite la conformación de la sociedad.

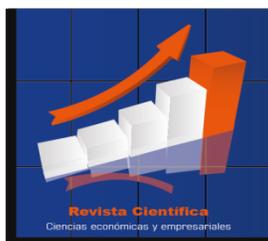
Este núcleo básico de la sociedad que es la familia es reconocido en las diversas legislaciones del mundo, y en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 67 se la cataloga como el

núcleo fundamental de la sociedad y se la reconoce en su diversidad de tipos. Además, la carta fundamental precisa que la familia se constituye por vínculos jurídicos o de hecho y se basa en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes (Constitución de la República del Ecuador, 2008). De este modo es claro el reconocimiento de la familia como el eje central de la sociedad ecuatoriana. Concomitantemente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 10 reconoce que “la familia que es el elemento natural y fundamental de la sociedad” (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2017, pág. 10), y a su vez goza de la más amplia protección y asistencia posible con especial acentuación en la responsabilidad y cuidado de los hijos.

Con base a este acercamiento del significado de familia y su reconocimiento normativo, cabe adentrarnos al análisis de la figura jurídica de la adopción que constituye el eje central de la investigación. Esencialmente, la adopción es el proceso jurídico mediante el cual se reconoce como hijos biológicos a personas que no lo son y se les concede los mismos derechos generando una ficción jurídica que permite el reconocimiento de la familia por un vínculo jurídico.

Etimológicamente conforme lo establece la Real Academia de la Lengua Española, la palabra adopción proviene del verbo adoptar que a su vez emana del latín *adoptāre*, que significa “tomar legalmente en condición de hijo al que no lo es biológicamente” (RAE, 2021). Como su nombre lo indica, esta acción es adoptar o hacer propio un hijo/a que de forma biológica no lo es. Doctrinariamente, la adopción constituye una institución jurídica mediante la cual surgen lazos filiales entre dos personas que no han tenido una relación biológica de origen (Mosquera, 2015). En este sentido, podemos evidenciar que el eje central de la adopción surge en la carencia de lazos biológicos y la creación de nuevos lazos familiares a través de la adopción lo que origina nuevos derechos y obligaciones tanto para el adoptado como para los padres adoptantes. Para la autora Moliner (2014), la adopción es “un instrumento jurídico que establece entre un menor y sus adoptantes un vínculo de filiación equiparable a la biológica a todos los efectos” (pág. 6). Esta concepción denota la creación de nuevos vínculos jurídicos que crean derechos y obligaciones por cuanto un hijo adoptado tiene los mismos efectos que un hijo biológico.

La adopción desde la óptica de las partes involucradas, en este caso adoptantes-adoptado, se constituye como “el estado jurídico mediante el cual se confiere al adoptado la situación de hijo del o de los adoptantes, y a éstos, los deberes y derechos inherentes a la relación paterno-filial. La



adopción es el vínculo filial creado por el derecho” (Pérez, 2010, pág. 131). Esta concepción una vez más nos permite esclarecer la creación de la figura jurídica de la filiación entre padres e hijos a través de la adopción. Concomitantemente, el Código Civil ecuatoriano en el artículo 24 establece que la filiación entre padres e hijos surge de dos formas, ya sea por haber sido concebido dentro de un matrimonio o una pareja estable y monogámica o por haber sido declarados hijos por un juez, en este segundo caso ingresa el tema de la adopción (Código Civil Ecuatoriano, 2015).

La Constitución ecuatoriana reconoce a la figura jurídica de la adopción en el artículo 68.2 que precisa: “la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 68). En este aspecto, la carta fundamental reconoce la existencia de esta figura en el país y además la encasilla en un solo tipo de adopción que incluye que los padres adoptantes sean personas de diferente sexo; esta situación restringe específicamente la adopción homoparental (adopción a personas de distinto sexo), particular que se analizará a profundidad en los siguientes apartados.

En este sentido, es importante resaltar que la adopción se encuentra intrínsecamente ligada al concepto de familia por cuanto se constituye en una causa-efecto; esto es, la adopción es el origen o la causa y el efecto es la constitución de una familia. La familia a constituirse es un nuevo grupo social que se une por vínculos jurídicos que tiene los mismos efectos de una familia biológica. Como todas las familias, la familia adoptiva ha ido cambiando a través del tiempo en “las distintas edades y periodos de desarrollo de la familia manteniendo durante todo este tiempo una serie de tareas particulares y propias de la construcción del modelo familiar adoptivo pero que igualmente van cambiando, redefiniéndose y reconfigurándose” (Alonso, 2017, pág. 28).

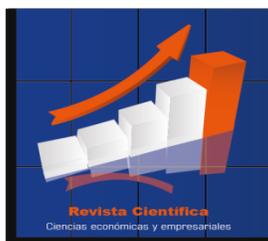
Respecto a la finalidad de la adopción, se establece que, “garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados” (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2019, art. 151), esto es dotarle a un niño, niña o adolescente de una familia, garantizando su derecho a una familia y con ello un sin número de derechos que devienen de ello, como es una vida digna, seguridad, alimentación, vivienda, etc. De conformidad con lo que establece el CONA, los doctrinarios Suárez Andrade y Berni (2017) señalan que la finalidad de la adopción es “brindar protección al menor que se encuentra en estado de abandono por parte de su familia natural, colocándolo en un medio donde

pueda ser protegido por una familia que no sea la propia” (pág. 3). Por esta situación, lo que se busca alcanzar con la adopción es reinsertar a un niño, niña o adolescente que carece de familia en un nuevo hogar que garantice el interés superior del menor.

Luego de analizar las concepciones y finalidad, es importante adentrarnos en las características y requisitos específicos que tiene la adopción. Esencialmente las características de la adopción hacen referencia a que es 1) un contrato, 2) de carácter irrevocable, 3) que mantiene formalidades 4) garantiza derechos y 5) genera obligaciones. Cuando se menciona que es un contrato es por cuanto surge de un acto jurídico bilateral que se desarrolla conforme a la ley, es irrevocable por cuanto una vez constituida con la voluntad de las partes, no puede dejarse sin efecto aún si con el tiempo surgen inconvenientes entre el adoptado y los adoptantes (Corral Talciani, 2002), de este modo el Estado ecuatoriano establece expresamente que la adopción es irrevocable.

Del mismo modo, la adopción al ser un acto jurídico cumple con formalidades, entre ellas que sea voluntaria, cumpla con los requisitos del adoptante y adoptado, que sea libre de vicios, entre otras. Otra característica de la adopción es que genera derechos para el adoptado, esencialmente se genera el vínculo de filiación y con ello el adoptado goza de los derechos que mantiene un hijo/a biológico común porque la norma lo considera al hijo adoptivo y biológico en el mismo nivel. El principal derecho que surge de la adopción es el derecho a la familia y a la identidad del adoptado que es fundamental para el desarrollo personal de los niños, niñas y adolescentes. Finalmente, genera obligaciones para los adoptantes por cuanto surge la figura de la filiación y con ella la obligación de la protección de los padres al menor garantizando el interés superior del niño.

Como se ha mencionado previamente, la conformación de la familia también es garantizada en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los cuales el Estado ecuatoriano es parte, de este modo se establece que se debe otorgar a la familia que constituye “el elemento natural y fundamental de la sociedad, *la más amplia protección y asistencia posibles*, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo” (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2017, art. 10). Es por esta razón, que la familia debe ser protegida y se debe reconocer y proteger a cada familia del mundo, la familia constituye la célula más importante de la sociedad en donde se desarrollan cada uno de los integrantes, por lo que se debe garantizar la satisfacción de los derechos de cada uno sin importar que el vínculo que los une sea por filiación directa o adopción.



Adopción homoparental

La adopción como figura jurídica ha sido aplicada en diversas latitudes alrededor del mundo, y del mismo modo las diferentes legislaciones la han regulado clasificándolas ya sea por razón de los derechos que se concede al menor, por el lugar de adopción en relación a los adoptantes y el adoptado o por el sexo de los adoptantes. En este sentido, a *grosso modo* los tipos de adopción se clasifican en:

Gráfico 1. Tipos de adopción en torno a sus razones.



Elaborado por: el autor.

Los tipos de adopción en razón de los derechos que se confieren al adoptado son la adopción simple y plena. La adopción simple es “aquella en la que se transfiere la patria potestad, así como la custodia personal. Solo origina vínculos jurídicos entre el adoptante y el adoptado” (Pérez, 2010, pág. 137). Mientras que la adopción plena es cuando el adoptado “se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio. El adoptado tiene los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo y debe llevar los apellidos del adoptante o adoptantes” (Pérez, 2010, pág. 137). En esta clase de adopción se adquieren todos los derechos, deberes y obligaciones entre las partes y no simplemente ciertos vínculos jurídicos.

Por otro lado, los tipos de adopción en razón del lugar se clasifican en nacional e internacional. La adopción nacional es aquella en la que el adoptado y los adoptantes residen en el mismo país; mientras que la adopción internacional hace referencia a que ella en la que adoptantes y adoptado residen en lugares diferentes. El objeto de la adopción internacional es “incorporar en una familia

a un menor que no puede encontrar una familia en su propio país de origen” (Pérez, 2010, pág. 140).

Y finalmente los tipos de adopción en razón del sexo de los adoptantes tenemos la adopción heteroparental y la homoparental. La adopción heteroparental hace referencia a que los padres adoptantes son personas de diferente sexo, esto es hombre-mujer. Y la adopción homoparental es aquella en la que no se exige que los padres sean de diferente sexo, por lo que pueden ser hombre-hombre o mujer-mujer. Con base a lo analizado, cabe resaltar que en el Ecuador se aplica la adopción plena, nacional o internacional y la adopción heteroparental.

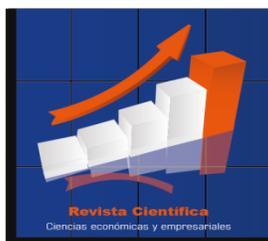
Ahora bien, enfocándonos la adopción homoparental, es evidente que la diversidad familiar que existe en el mundo nos presenta la multiplicidad de formas en las que las personas se asocian como familia generando núcleos tradicionales como los heteroparentales, pero sin duda también los núcleos homoparentales caracterizados por padres o madres homosexuales (Suarez Andrade & Berni, 2017).

El tema de la adopción homoparental es una situación controvertida no solo en el Ecuador sino en varios países del mundo, algunas posturas indican que esta adopción son caprichos de este tipo de parejas, al respecto (Medina Trejo, 2014) manifiesta que para acceder a la adopción se deben cumplir con ciertos parámetros pre establecidos y que los sistemas actuales son complejos con la finalidad de otorgar seguridad a los niños, niñas o adolescentes adoptados, por lo que los Estados se aseguran de que la adopción sea un deseo legítimo y que garantice derechos al adoptado.

De igual forma, las autoras Suárez Andrade y Berni (2017) señalan que “la adopción homoparental no es una vanidad de los grupos GLBTI ni una manera rebelde de ir en contra de la sociedad, es un derecho que defienden debido a que ellos también son personas que merecen tener el derecho de formar una familia” (pág. 3). En este sentido se evidencia el derecho fundamental que tienen los padres-madres adoptantes a formar una familia, y con ello garantizar los derechos de los adoptados, sin necesidad de denominar un capricho o vanidad a la adopción homoparental. Esta clase de adopción al igual que otras, pretende esencialmente dotar de una familia a un menor de edad que carece de ella y con ello garantizar sus derechos fundamentales.

La adopción homoparental y el interés superior del niño, niña y adolescente.

La adopción y el interés superior del niño, niña y adolescente es un tema que pasa por el hecho de garantizar los derechos del menor adoptado dentro de este proceso jurídico por sobre los derechos



de los adoptantes; esto es, ponderar el interés superior del grupo de atención prioritaria como son los menores de edad sobre los adultos. En este punto de análisis cabe consultarnos ¿Qué es el interés superior del niño? Este principio de carácter constitucional no solamente es un principio, sino además se consolida como una garantía que se le concede a este grupo de la sociedad con la finalidad de otorgarles una mayor protección por ser un grupo vulnerable de la sociedad. No se debe visualizar a este principio como paternalismo estatal sino como una forma de equiparar la relación desigual y generalmente superior, que ha vulnerado históricamente los derechos de los menores en la sociedad sin tomar en cuenta su condición de vulnerabilidad.

Doctrinariamente, se ha buscado dar un soporte a este principio y poder conceptualizarlo; sin embargo, aún no es clara la concepción del “interés superior”. La autora García Lozano (2016), señala que el principio de interés superior del menor es “un concepto jurídicamente indeterminado, de muy difícil definición concreta única y útil” (pág. 1), lo que concuerda con esta indeterminación conceptual de este principio. Para el jurista ecuatoriano Farith Simón citado por Yanes (2016), el interés superior del niño “sirve como pauta de solución cuando colisionan los derechos de los niños con los de otras personas y señala que debe aplicarse como cláusula de prioridad (...)” (pág. 24), lo que permite visualizar el grado de ponderación que se manifiesta entre los derechos de los adultos y los menores superponiendo los del menor para garantizar los derechos del más débil en esta relación.

En el Ecuador, la Constitución de la República garantiza este principio de interés superior manifestando en el artículo 44 que “el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Es por ello que, desde la óptica constitucional, el constituyente ha garantizado los derechos de los menores y les ha establecido un grado de superioridad respecto a sus derechos con la finalidad de que se evite la vulneración histórica de derechos de este grupo social. El Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia en su articulado 11 establece que el interés superior del niño es un principio que busca el ejercicio efectivo, eficaz de una protección integral de derechos de los niños, niñas y adolescentes (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2019, art. 11).

El principio de interés superior debe ser aplicado en todas las esferas sociales y todas las situaciones de la cotidianidad; sin embargo, formalmente son los jueces y juezas del área de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia quienes aplican este principio en las controversias jurídicas en las cuales se encuentra involucrado un menor. El Consejo de la Judicatura ha expedido una guía en el área de protección del interés superior y establece que “el interés superior del niño debe considerarse siempre que se vayan a tomar medidas que afecten o conciernan a un niño, niña, adolescente o a un grupo de ellos (Consejo de la Judicatura, 2020, pág. 17)”, lo que refuerza la aplicación que se da a este principio en la cotidianidad social pero sobre todo en la aplicación de los juzgadores/as del área de Familia.

Internacionalmente, la Convención de los Derechos del Niño (2006), convino que en los Estados que se permiten la adopción, “se cuidará de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y de que estén reunidas todas las garantías necesarias para asegurar que la adopción sea admisible (...)” (pág. 17). Del mismo modo, la Convención en su artículo 21 inciso primero señala que los Estados “velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna (...)” (Convención Americana de Derechos Humanos, 2006, art. 21).

Lo que determina que la adopción es un derecho de los niños cuando carecen de una familia y que será regulado por las autoridades competentes con la finalidad de garantizar de la mejor manera sus derechos. En este sentido, se debe garantizar el interés superior del menor que se encuentra en fase de adoptabilidad, sin generar una diferencia entre sus adoptantes, ya sean estos padres homosexuales o heterosexuales. Hacer una diferencia entre los padres adoptivos para poder adoptar un hijo/a, implica una limitación que se genera en el menor que desea ser adoptado, a acceder a una familia por situaciones netamente de discriminación y vulneración de derechos.

Por otro lado, la (Observación General N°14 del Comité de los Derechos del Niño, 2013) señala que el interés superior del menor es un principio esencial para tomar una decisión sobre un problema concreto garantizando que los derechos del menor sean aplicados en prevalencia sobre los derechos de los demás y que la decisión afecte en menor medida al menor. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva número 17 solicitada por la CIDH, estableció que el principio de interés superior del niño es “un principio regulador de la normativa

de los derechos del niño, se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño” (Opinión Consultiva N° OC-17/2002, 2002). En este sentido se resalta el derecho que tienen los menores a desarrollarse y a ser protegidos como una categoría específica de la sociedad en la que se protejan sus derechos fundamentales.

Adopción en el Ecuador. Análisis del Marco Legal y Constitucional.

La adopción en el Ecuador es heteroparental y plena. También es aceptada la adopción nacional y por excepción la adopción internacional. Esta figura jurídica de la adopción se encuentra reconocida únicamente a personas de distinto sexo, de este modo el artículo 68.2 de la carta fundamental precisa que “la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 68). Esta disposición normativa impide que las parejas del mismo sexo puedan acceder a la adopción, violentando y restringiendo sus derechos, pero sobre todo limitando a los posibles adoptados a acceder al derecho a tener una familia.

Legalmente el proceso de adopción en el Ecuador mantiene un procedimiento establecido en dos fases: una fase administrativa y una judicial. En la fase administrativa se desarrollan todos los procesos como su nombre lo indican administrativos internos para realizar la adopción, como las valoraciones psicológicas y físicas del menor, la idoneidad de los padres adoptantes, los correspondientes informes y la asignación del menor a una familia, todos estos procesos se encuentran regulados en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y son realizados por la Unidad Técnica de Adopciones y el Comité de Asignación Familiar del Ministerio de Inclusión Económica y Social. La segunda fase de carácter judicial, se la realiza cuando ha concluido la etapa administrativa y se acude ante el Juez de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia quien a su vez mediante sentencia concederá o negará la adopción del menor.

Cuando se aborda el tema de la adopción homoparental se debe tomar en cuenta dos ejes esenciales, por un lado, los derechos de los adoptantes a acceder a una familia sin discriminación alguna por cuestiones de sexo; y, por otro lado, el derecho del adoptado a ser parte de una familia que le garantice una vida digna en sociedad. Cuando hablamos del derecho de los adoptados, el autor Bernal (2013) considera que la principal razón de la adopción es la satisfacción de los derechos del

adoptado, como el derecho a tener una familia, generar vínculos familiares con su entorno y a su vez crear vínculos afectivos para su correcto desarrollo y formación integral. Cuando se habla del derecho de los adoptantes, específicamente en el caso de la adopción homoparental en el Ecuador que se encuentra restringida, esta situación vulnera derechos fundamentales que reconoce la Constitución de la República del Ecuador, como el derecho a la familia (artículo 45), el derecho a la no discriminación (artículo 11) y el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 66.4).

Constitucionalmente en el Ecuador, se permite la adopción únicamente a personas del mismo sexo. Haciendo un parangón de la figura jurídica de la adopción homoparental con el matrimonio; en el Ecuador el matrimonio estaba permitido hasta el año 2019, únicamente a personas del mismo sexo; sin embargo, en este año la Corte Constitucional del Ecuador resolvió una consulta de norma remitida por el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha sobre una acción de protección (sobre el tema del matrimonio), que analizaba si es compatible la Opinión Consultiva OC 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que reconoce el matrimonio de parejas del mismo sexo, la Convención Americana y la Constitución del Ecuador. Se puede estudiar el desarrollo de esta controversia jurídica en dos sentencias como son la (Sentencia 11-18-CN/19, 2019) que tiene como juez ponente a Ramiro Ávila y la (Sentencia 10-18-CN, 2019) que tiene como juez ponente a Alí Lozada. El eje central de esta controversia es el matrimonio entre parejas del mismo sexo en el Ecuador, el cual pasa por el tema jurídico de una antinomia de la norma jurídica constitucional, que establece que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 67) y la (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969) que en su artículo 17.2 establece la protección de la familia y su conformación sin discriminación. Esta antinomia o contradicción normativa se la resolvió en base al principio de favorabilidad, esto por cuanto la carta fundamental ha reconocido a los instrumentos internacionales de derechos humanos un valor similar e incluso superior a la constitución cuando de ello se desprende una protección mayor en el área de derechos humanos, de este modo, mediante el reconocimiento constitucional de esta categoría se constitucionaliza el principio de favorabilidad y así los tratados en materia de derechos humanos pueden incluso superponerse a la constitución si establecen derechos más favorables (Storini, Guerra, & Yépez, 2019).

Este antecedente histórico del matrimonio igualitario permite visualizar el avance progresivo de derechos que se han reconocido en el país. Es importante resaltar que la propia Opinión Consultiva OC 24/17 en su párrafo 225 estableció que “la Corte considera que siempre y cuando exista la voluntad de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección sin importar la orientación sexual de sus contrayentes” (Opinión Consultiva OC 24/17 , 2017, pág. 86), lo que denota que este vínculo familiar merece igualdad de oportunidades, derechos y protección sin tomar en cuenta el sexo de sus integrantes. En este sentido, el derecho a la adopción homoparental merece ser protegido y garantizado por el Estado ecuatoriano de igual forma y sin discriminación alguna como lo es para las personas de diferente sexo.

La adopción homoparental es permitida y garantizada en varios países del mundo como: Canadá (1999), Holanda (2000), Estados Unidos y en América Latina países como Argentina (2010), Uruguay (2009), Brasil (2010) o México (2009) (El Comercio , 2021). En estos países además de la adopción homoparental se ha reconocido el matrimonio igualitario situación que ha generado un avance en derechos para este grupo social. Al haberse reconocido estas figuras jurídicas en estas latitudes y muchas otras más, surgen los inconvenientes jurídicos cuando las familias migran a otras latitudes en donde estas figuras no han sido aún reconocidas ni garantizadas. Existen situaciones de familias internacionales que han realizado adopciones acordes a las leyes de sus países de origen y desean vivir en el Ecuador de forma permanente; sin embargo, no pueden registrar la adopción homoparental en el Ecuador y con ello se vulnera los derechos del niño, niña o adolescente adoptado a tener seguridad jurídica en su país, a poseer identidad, una familia y demás derechos que devienen de la identidad (Manjarres & Cedeño, 2018).

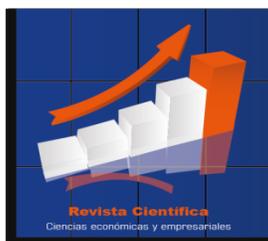
Internacionalmente, debemos remitirnos a la Convención Americana de Derechos Humanos que es el cuerpo normativo que a nivel de las Américas protege los derechos de las personas y a su vez sanciona a quienes violentan estos derechos, por ende, todo trato que se considere discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención, *per se* vulnera los derechos y no es compatible con el SIDH (Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, 2012, pág. 78). En este sentido desde el punto de vista internacional, este cuerpo normativo propende a la garantía de los derechos humanos, en este caso la garantía del **principio de igualdad y no discriminación**

que se encuentra afectado con la prohibición de la adopción homoparental en el Ecuador. Este principio se fundamenta en la naturaleza del ser humano y la dignidad humana, por ende, “es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos” (Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, 2012, pág. 80). Esto nos conduce a determinar que la generación de grupos sociales diferenciados en los cuales se les conceda diferentes derechos a cada grupo, evidentemente vulnera el derecho a la igualdad y a ser tratados de forma similar, lo que ocurre con el grupo homosexual y las parejas heterosexuales. Los Estados parte del SIDH deben condenar la generación de derechos específicos a un grupo social determinado y encaminarse a generar política pública que garantice la igualdad de derechos para toda la sociedad. El Tribunal de la Corte IDH, en el (Caso Atala Riffo y niñas vs Chile) estableció que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto” (pág. 80), lo que se encuentra en discordancia con la categoría de prohibición de adopción homoparental en el Ecuador, generando una situación diferenciada de derechos, que privilegia que las parejas heteroparentales sean las únicas parejas que puedan adoptar.

Este principio de igualdad y no discriminación es discordante con el artículo 68.2 de la carta fundamental ecuatoriana, puesto a que el artículo 11.2 de la Constitución establece que “todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 11.2) y por ende ninguna persona puede ser discriminada por su orientación sexual. Por lo tanto, el hecho de no permitir la adopción de parejas del mismo sexo vulnera el principio de igualdad y no discriminación y se evidencia una contradicción entre dos artículos de la constitución (68.2 y 11.2) así como una vulneración de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos citados previamente que garantizan la igualdad y no discriminación.

Además, cabe resaltar que la Constitución ecuatoriana garantiza la progresividad de los derechos reconocidos en la carta magna y la no regresión en su artículo 11.8 que señala que:

“el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional



cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11. 8).

En este sentido, la Constitución garantiza la progresividad de los derechos y cataloga de inconstitucional las acciones u omisiones regresivas en derechos humanos, por lo cual el no permitir que las parejas del mismo sexo puedan adoptar restringe derechos y evidentemente es contrario a la progresividad de los derechos que señala el artículo 11.2 de la carta magna. Finalmente, de este apartado se puede concluir que la adopción homoparental vulnera el principio de no discriminación, el principio de igualdad, la categoría normativa que se le ha otorgado a los cuerpos normativos de derechos humanos en el país, el principio de progresividad de derechos y evidentemente el principio de no regresividad; por lo cual el artículo 68 de la Constitución ecuatoriana es contrario a la Constitución misma y a los derechos que reconoce, por ende debe ser reformado para garantizar la igualdad de derechos en el proceso de adopción en el país.

Metodología

De acuerdo con el estudio adoptado para este trabajo de investigación académica, la metodología fue basada en la modalidad de carácter no experimental, “que se realizan sin la manipulación deliberada de variables y en los que sólo se observan los fenómenos en su ambiente natural para analizarlos. (Hernández Sampieri, 2014, pág. 151), desarrollándose desde el enfoque cualitativo se complementa por un diseño documental – bibliográfico, debido a la recolección de datos extraídos de diversos textos, enfocado en el contenido escrito.

El método abordado fue el Analítico – sintético, consistió en la desmembración o descomposición del todo, es un proceso que permite separar o dividir el objeto en los aspectos o cualidades que lo componen. (Rojas Soriano, 2010, pág. 151). La síntesis, por el contrario, es el proceso que permite la integración para obtener una comprensión general. (Villabella Armengol, 2014, pág. 936).

Para este trabajo de investigación se ha utilizado el método inductivo - deductivo. Por cuanto el método inductivo permite partir de aspectos, condiciones, análisis o resultados particulares para llegar a generalizaciones, es decir, de lo particular a lo general, por el contrario, el método

deductivo parte de aspectos, condiciones, análisis o resultados generales para aplicarlos a situaciones particulares. (Salinas, 2013).

Dentro de esta investigación también se aplicaron el método histórico, a través del cual es posible indagar en los antecedentes de determinado fenómeno para lograr su comprensión mismo se combina con el comparativo, creando el método histórico comparativo, mismo que permite esclarecer fenómenos culturales, estableciendo semejanzas y parentesco de su origen común. (Mora Delgado & Alvarado Cervantes, 2010, pág. 12)

Propuesta

**Propuesta de enmienda de la
Constitución de la República del Ecuador**

Actualmente
 Art. 68.2: La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.

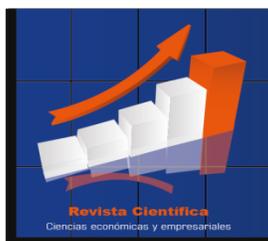
Enmienda
 Art. 68.2: La adopción corresponderá a todas las parejas que cumplan con los requisitos de adoptabilidad previstos por la ley, indistintamente de su conformación ya sea este por parejas de similar o distinto sexo.



Fuente: Constitución de la República del Ecuador, 2008.
Elaborado por: el autor.

Discusión

El Estado ecuatoriano en su carta fundamental restringe la adopción única y exclusivamente a parejas del mismo sexo, vulnerando el principio constitucional de igualdad y no discriminación, lo cual genera una antinomia entre la adopción entre personas exclusivamente de diferente sexo que contiene el artículo 68.2 de la Constitución y la garantía de progresividad de los derechos que contiene el artículo 11 de la Constitución. Esta antinomia normativa se debe resolver con la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 68.2 de la Constitución puesto a que atenta contra



la progresividad de los derechos humanos, la igualdad de los derechos y la no discriminación. La inconstitucionalidad de la norma fundamental debe resolverse con base al principio de complementariedad que permite realizar una modulación aditiva de las disposiciones normativas adicionando o incluyendo en la constitución al grupo social que se lo ha discriminado con la norma establecida, en el caso concreto adicionando la adopción a las parejas del mismo sexo. Con base a esta discusión y resultado encontrado, se ha propuesto la figura jurídica de enmienda constitucional del artículo 68.2 suprimiendo la frase “la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo” por la frase “la adopción corresponderá a todas las parejas que cumplan con los requisitos de adoptabilidad previstos por la ley, indistintamente de su conformación ya sea este por parejas de similar o distinto sexo”, con lo cual se garantizaría el derecho a la adopción homoparental sin discriminación alguna.

Conclusiones

Con base a la presente investigación, se han obtenido las siguientes conclusiones:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, misma que es reconocida en la carta fundamental ecuatoriana como el núcleo fundamental de la sociedad, el cual debe ser protegido por el Estado que es el garante de los derechos de todos los ecuatorianos. La protección que el Estado debe brindar a las familias ecuatorianas debe sustentarse en la igualdad, la no discriminación y el respeto por la diversidad familiar, lo cual permitirá que la estructura familiar desde su consolidación garantice y respete los derechos fundamentales.
2. La adopción homoparental es una figura jurídica que garantiza el derecho a tener una familia, tanto a las parejas del mismo sexo que desean conformar una familia (núcleo esencial de la sociedad), como de los menores de edad que se encuentran en aptitud de ser adoptados por cuanto esta figura les confiere la posibilidad de pertenecer a una familia que les de seguridad y protección.
3. La adopción homoparental garantiza el principio de interés superior del niño, niña o adolescente debido a que permite que los menores de edad en estado de adoptabilidad accedan sin discriminación alguna a tener una familia; ya sea está conformada por padres

del mismo sexo o por padres de diferente sexo, sin quitarles la oportunidad de acceder a este derecho y garantizando los derechos de los menores a acceder a una familia sobre los derechos de los demás como manda el principio de interés superior del niño.

4. En el Ecuador se prohíbe la adopción homoparental vulnerando el principio constitucional de igualdad y no discriminación; y generando una antinomia entre la garantía y progresividad de los derechos (artículo 11) y la adopción entre personas exclusivamente de diferente sexo (artículo 68.2). Esta antinomia normativa debe resolverse en primera instancia precisando que la contradicción de normas constitucionales ocasiona que el artículo 68.2 sea declarado como inconstitucional al atentar contra la progresividad de los derechos humanos, la igualdad de los derechos y la no discriminación.
5. La inconstitucionalidad de la norma fundamental debe resolverse con base al principio de complementariedad que permite realizar una modulación aditiva de las disposiciones normativas adicionando o incluyendo en la constitución al grupo social que se lo ha discriminado con la norma establecida, en el caso concreto adicionando la adopción a las parejas del mismo sexo. En este sentido, se podría realizar esta modificación de la carta fundamental con una enmienda constitucional que se encuentra establecida en el artículo 441 de la Constitución ecuatoriana, la cual permite adicionar, modificar y/o enmendar una sección de la Constitución que se encuentra en controversia jurídica con la finalidad de generar un ambiente de progresividad y no regresividad de derechos. En este caso concreto, se propone enmendar la Constitución en su artículo 68.2 suprimiendo la frase “la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo” por la frase “la adopción corresponderá a todas las parejas que cumplan con los requisitos de adoptabilidad previstos por la ley, indistintamente de su conformación ya sea este por parejas de similar o distinto sexo”, con lo cual se garantizaría el derecho a la adopción homoparental sin discriminación alguna protegiendo los derechos de adopción tanto de los padres adoptantes, como del niño, niña o adolescente que desea pertenecer a una familia.

Referencias

1. Alonso, E. (2017). Familia y adopción. Construyendo una familia adoptiva. Universidad Autónoma de Madrid.

2. Asamblea Nacional. (2008). Constitución de la República del Ecuador.
3. Bernal, J. (2013). Los derechos fundamentales del menor adoptado frente a la irrevocabilidad de la adopción. *Estudios Constitucionales* volumen 11, 605-620.
4. Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia. (2019).
5. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2017). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado el 13 de Mayo de 2021, de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
6. Consejo de la Judicatura. (2020). Guía del Interés Superior del Niño.
7. Corporación de Estudios y Publicaciones. (2015). Código Civil Ecuatoriano.
8. Corral Talciani, H. (2002). Adopción y Filiación Adoptiva. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. *Revista Chilena de Derecho*, 196-199.
9. Corte Constitucional del Ecuador. (2019). Sentencia 10-18-CN. Corte Constitucional del Ecuador.
10. Corte Constitucional del Ecuador. (2019). Sentencia 11-18-CN/19.
11. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). Opinión Consultiva N° OC-17/2002.
12. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Atala Riffo y niñas vs Chile.
13. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Opinión Consultiva OC 24/17 .
14. El Comercio . (08 de agosto de 2021). Obtenido de El Comercio : <https://www.elcomercio.com/tendencias/sociedad/paises-adopcion-parejas-homosexuales-hijos.html>
15. García Lozano, S. (2016). El interés superior del niño. Scielo.
16. Manjarres , J., & Cedeño, C. (2018). Los procesos de adopción en el Ecuador y su incidencia en el interés superior de las niñas, niños y adolescentes. PUCE.
17. Medina Trejo, A. (Abril de 2014). La adopción en Familias Homoparentales, una Realidad en la Ciudad de México. *Revista Dfensor*, 59-63. Recuperado el 13 de Mayo de 2021
18. Moliner, R. (2014). Adopción, familia y derecho. *Revista boliviana de derecho* n°14, 98-135.

19. Mosquera, A. (2015). Problemática jurídica en relación con el concepto de familia frente a las parejas de personas del mismo sexo en Colombia. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
20. Observación General N°14 del Comité de los Derechos del Niño. (2013).
21. Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
22. Pérez, M. (2010). Derecho de familia y sucesiones . Cultura jurídica.
23. RAE. (2021). Real Academia de la Lengua Española. Obtenido de <https://dle.rae.es/adoptar?m=form>
24. Riofrío, J. (2015). La selección del método en la investigación jurídica. 100 métodos posibles. Revista de educación y derecho N°12. 1-27.
25. Storini, C., Guerra, M., & Yépez , N. (2019). La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el matrimonio de las parejas del mismo sexo en Ecuador: una lectura desde un concepto material de la Constitución. Foro. Revista de Derecho, 7-25.
26. Suarez Andrade, G., & Berni, P. (2017). La Adopción Homoparental como Medida de Protección de los Derechos del Menor en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano. Espirales Revista Multidisciplinaria de Investigación(8), 1-19. Recuperado el 13 de Mayo de 2021
27. UNICEF. (Junio de 2006). Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado el 13 de Mayo de 2021
28. Yanes, L. (2016). El interés superior del niño en los procesos de niñez y adolescencia en la ciudad de Ambato. Obtenido de UASB: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4981/1/T1940-MDP-Yanes-El%20interes.pdf>