



UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

DIRECCIÓN DE POSGRADO

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL Y
LITIGACIÓN ORAL- MADEPRO2**

TEMA:

**“EL MATRIMONIO IGUALITARIO FRENTE A LA ADOPCIÓN.
ANÁLISIS DE SU PROCEDENCIA EN LA REALIDAD ECUATORIANA”**

Trabajo de investigación previo a la obtención del título de Magister en Derecho Procesal y Litigación Oral.

Modalidad: Artículo científico de alto nivel

Autor: Dr. Gonzalo Ubaldo Santillán Mancero

Tutor: PhD. Christian Rolando Masapanta Gallegos

QUITO – ECUADOR

2023

**AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA,
REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA
DEL TRABAJO DE TÍTULACIÓN**

Yo, Gonzalo Ubaldo Santillan Mancero declaro ser autor del Trabajo de Investigación con el nombre **“EL MATRIMONIO IGUALITARIO FRENTE A LA ADOPCIÓN. ANÁLISIS DE SU PROCEDENCIA EN LA REALIDAD ECUATORIANA”**, como requisito para optar al grado de Magister en Derecho Procesal y Litigación Oral y autorizo al Sistema de Bibliotecas de la Universidad Tecnológica Indoamérica, para que con fines netamente académicos divulgue esta obra a través del Repositorio Digital Institucional (RDI-UTI).

Los usuarios del RDI-UTI podrán consultar el contenido de este trabajo en las redes de información del país y del exterior, con las cuales la Universidad tenga convenios. La Universidad Tecnológica Indoamérica no se hace responsable por el plagio o copia del contenido parcial o total de este trabajo.

Del mismo modo, acepto que los Derechos de Autor, Morales y Patrimoniales, sobre esta obra, serán compartidos entre mi persona y la Universidad Tecnológica Indoamérica, y que no tramitaré la publicación de esta obra en ningún otro medio, sin autorización expresa de la misma. En caso de que exista el potencial de generación de beneficios económicos o patentes, producto de este trabajo, acepto que se deberán firmar convenios específicos adicionales, donde se acuerden los términos de adjudicación de dichos beneficios.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Quito a los once días del mes octubre de 2023, firmo conforme:

Autor: Gonzalo Ubaldo Santillan Mancero
Firma:

Número de Cédula: 0601821051

Dirección: Calle de los Motilones N°40-639 y Manrique Lara, Quito, Pichincha.

Correo Electrónico: drsantillang@yahoo.com

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Titulación **“EL MATRIMONIO IGUALITARIO FRENTE A LA ADOPCIÓN. ANÁLISIS DE SU PROCEDENCIA EN LA REALIDAD ECUATORIANA”** presentado por Gonzalo Ubaldo Santillan Mancero para optar por el Título de Magíster en Derecho Procesal y Litigación Oral

CERTIFICO

Que dicho trabajo de investigación ha sido revisado en todas sus partes y considero que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte del Tribunal Examinador que se designe.

Quito, 11 de octubre del 2023

.....

PhD. Christian Rolando Masapanta Gallegos

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Quien suscribe, declaro que los contenidos y los resultados obtenidos en el presente trabajo de investigación, como requerimiento previo para la obtención del Título de Magister en Derecho Procesal y Litigación Oral. son absolutamente originales, auténticos y personales y de exclusiva responsabilidad legal y académica del autor.

Quito, 11 de octubre del 2023

Dr. Gonzalo Ubaldo Santillán Mancero

CC: 0601821051

APROBACIÓN TRIBUNAL

El trabajo de Titulación, ha sido revisado, aprobado y autorizada su impresión y empastado, sobre el Tema: **“EL MATRIMONIO IGUALITARIO FRENTE A LA ADOPCIÓN. ANÁLISIS DE SU PROCEDENCIA EN LA REALIDAD ECUATORIANA”** previo a la obtención del Título de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal y Litigación Oral, reúne los requisitos de fondo y forma para que el estudiante pueda presentarse a la sustentación del trabajo de titulación.

Quito, 11 de octubre del 2023

JORGE ALEJANDRO
MIRANDA
CALVACHE

Firmado digitalmente por
JORGE ALEJANDRO
MIRANDA CALVACHE
Fecha: 2023.10.20
10:06:44 -05'00'

.....

DR. JORGE ALEJANDRO MIRANDA CALVACHE Mg.
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

.....

PhD. CHRISTIAN ROLANDO MASAPANTA GALLEGOS
TUTOR DEL TRIBUNAL

.....

DR. MARCELO GIOVANNI GALÁRRAGA CARVAJAL Mg.
EXAMINADOR

DEDICATORIA

A Gabriela, Daniela, Paola y Camila, por su apoyo y amor incondicional durante esta etapa tan importante de mi vida.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Indoamérica y a los docentes quienes sin egolatrías han impartido sus conocimientos que han fortalecido mi saber.

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA
DIRECCIÓN DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO: MENCIÓN DERECHO PROCESAL Y
LITIGACIÓN ORAL

**TEMA: “EL MATRIMONIO IGUALITARIO FRENTE A LA ADOPCIÓN.
ANÁLISIS DE SU PROCEDENCIA EN LA REALIDAD ECUATORIANA”**

AUTOR: Dr. Gonzalo Ubaldo Santillán Mancero

TUTOR: PhD. Christian Rolando Masapanta Gallegos

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo aborda el derecho de parejas homoparentales a adoptar a niños, niñas y adolescentes a partir de la interpretación de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, contenida en la sentencia No. 11-18-CN/19, emitida por la Corte Constitucional en donde se reconoce derechos a parejas del mismo sexo y específicamente el matrimonio igualitario en el país. Como objetivo central pretendemos analizar cuál es el contexto del derecho a adoptar por parte de una familia homoparental; así como, el análisis de instituciones jurídicas de familia, adopción, igualdad y no discriminación, interés superior del niño, niña y adolescente que ligan a este objetivo. Como objetivo secundario nos hemos planteado analizar conceptos respecto a estas instituciones jurídicas, así como, un análisis sobre la procedencia de la adopción de familias homoparentales a raíz de la sentencia de matrimonio igualitario emitida por la Corte Constitucional ecuatoriana, así como del derecho comparado. Para ello emplearemos los métodos, histórico, descriptivo y con un enfoque cualitativo; llegando como conclusión general a determinar si la adopción en familias del mismo sexo en la realidad ecuatoriana es procedente en respeto y tutela de niños, niñas y adolescentes y su interés superior.

DESCRIPTORES: Familia, adopción; discriminación, homoparentalidad.

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA
MASTER'S DEGREE IN PROCEDURAL LAW AND ORAL LITIGATION

AUTHOR: Dr. Gonzalo Ubaldo Santillán Mancero

TUTOR: PhD. Christian Rolando Masapanta Gallegos

ABSTRACT

**"EGALITARIAN MARRIAGE IN REGARD TO ADOPTION. ANALYSIS
OF ITS ORIGIN**

This paper addresses the right of same-sex couples to adopt children and adolescents based on the interpretation of Ecuadorian constitutional jurisprudence, contained in Judgment No. 1118-CN/19, issued by the Constitutional Court in which rights are recognized to same-sex couples and, specifically, equal marriage in the country. The main objective is to analyze the context of the adoption right by a same-sex family as well as the analysis of legal institutions of family, adoption, equality, and non-discrimination; child, girl, and teenager best interests linking to this target. As a secondary objective, it has considered analyzing concepts regarding these legal institutions, in conjunction with an analysis of the origin of same-sex families adoption following the judgment of equal marriage issued by the Ecuadorian Constitutional Court, as well as comparative law. For this purpose, it will be used the historical and descriptive methods with a qualitative approach, reaching a general conclusion to determine whether adoption in same-sex families in Ecuadorian reality is appropriate with respect and protection of children, and their best interests.

KEYWORDS: Family, adoption; discrimination, same-sex parents.



Introducción.

En el presente artículo científico se analizará el matrimonio civil entre parejas homoparentales frente al derecho de adopción de niños, niñas y adolescentes. Al respecto, se ha reconocido el matrimonio igualitario por la Corte Constitucional ecuatoriana a través de la sentencia No. 11-18 CN/19. Los derechos de parejas homoparentales alcanzaron un hito histórico resquebrajando la tradición jurídica ordinaria, conservadora, al permitir que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio formando una familia igual a las heterosexuales. De esta manera modificando el precepto constitucional contenido en el Art. 67 de la Constitución de la República del Ecuador [CRE] (2008) el mismo que a pesar de reconocer a la familia en sus diversos tipos, únicamente permitía el matrimonio entre parejas heterosexuales.

No obstante, del avance jurisprudencial de la Corte Constitucional al reconocer el matrimonio igualitario aún no se regula el derecho de adopción entre parejas de orientación sexual diferente a la tradicional heterosexual. Este derecho de adopción ha quedado excluido para parejas del mismo sexo; advirtiendo la posible vulneración de derechos, entre otros, el derecho a la igualdad y no discriminación; el principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes, marcando de esta forma un trato jurídico diferenciado e injustificado. Es menester enfocar que los derechos de niños, niñas y adolescentes que aspiran a tener una familia a través de la adopción y obtener de sus padres adoptivos el amor, cuidado, cariño y protección que posiblemente le han sido negados por parejas heterosexuales pueden verse afectados dejándoles en total abandono.

La adopción en parejas homoparentales actualmente a nivel mundial se encuentra reglado en los ordenamientos jurídicos como una figura jurídica protectora de los derechos de niños, niñas y adolescentes a tener una familia que garanticen el uso pleno de sus derechos. La Federación Española de Sociedades de Sexología (2005) citado en Guzmán y Chaparro (2017), asevera que:

La homosexualidad en sí misma no puede ser argumento suficiente para negar la adopción a las parejas del mismo sexo, toda vez que diversas investigaciones antropológicas realizadas a través de las culturas y los tiempos que versan sobre familias, hogares y las relaciones que de ellas surgen, no proporcionan apoyo alguno a la idea de que la civilización o un orden social viable dependen de la familia como una institución únicamente heterosexual (p. 43).

Partiendo de lo señalado, el propósito de este artículo es determinar las principales características de los derechos que les asisten a las familias homoparentales a adoptar a niños niñas y adolescentes a ser adoptados sin discriminación de naturaleza alguna, acorde a los estándares que han establecido la jurisprudencia constitucional nacional e internacional, el derecho comparado, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la doctrina.

El presente trabajo adquiere relevancia nacional e internacional, toda vez que, permite evidenciar que las familias homoparentales, los niños, niñas y adolescentes, no son sujetos de protección estatal para adoptar y ser adoptados y al no existir legislación constitucional y ordinaria que regulen esta problemática. Su análisis es nuevo, especialmente en lo que respecta a la jurisprudencia internacional que protege el tema.

Por lo tanto, es importante entender qué papel que debe jugar el Estado en relación con este grupo minoritario, cuyos derechos han sido vulnerados a lo largo de la historia, especialmente porque el Estado ecuatoriano es responsable de la protección y salvaguarda de estos derechos luego de convertirse en Estado de derechos y justicia (C.R.E, Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. Art. 1).

Auguro que el lector de este artículo pueda encontrar insumos adecuados respecto al derecho que les asisten a las familias homoparentales a adoptar a niños, niñas y adolescentes, por ende, a conformar una familia mediante la adopción.

Abordaje metodológico:

El método que determinó este estudio es el histórico, descriptivo y cualitativo. Así, a través del método histórico, podemos observar cómo diversos aspectos de la humanidad se han desarrollado históricamente en torno a este tema, permitiendo que la legislación se desarrolle y sea también más reconocida.

La investigación a través de la descripción permite identificar las características y principios de un Estado constitucional de derechos y justicia; la realización de la igualdad de derechos está garantizada por principios, por lo tanto, las personas LGBTI que lucharon por el reconocimiento del matrimonio igualitario tuvieron que pasar por varios procesos legales para que sus derechos fueran reconocidos. Según el principio de progresividad y no regresividad, siempre se debe esforzar por la promoción y desarrollo de tus derechos, pero el matrimonio igualitario, a pesar de estar reconocido por la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la adopción sigue siendo un tema que es negado para el grupo social y que tal vez con el tiempo pasará por el mismo proceso que el matrimonio civil igualitario obteniendo su aprobación.

Además, la presente investigación tiene un “enfoque cualitativo porque cualifica y describe el fenómeno social a partir de características determinantes” (Bernal, 2010); en este caso, el matrimonio igualitario ha sido un tema de luchas por el colectivo LGBTI desde hace muchos años en el Ecuador y otros países del mundo, el que ha sido analizado desde su conceptualización y de él también se han derivado figuras jurídicas como la adopción, por ello, la jurisprudencia y doctrina que tratan de estos temas analizan su origen y así extienden su análisis a la realidad de la sociedad adaptándose a ella (Acuña, 2020).

Desarrollo del problema.

El matrimonio igualitario y su reconocimiento en el Estado constitucional de derechos y justicia.

A partir de la Constitución del 2008, el Ecuador se estatuye en “un Estado constitucional de derechos y justicia” (C.R.E, 2008, Art.1). Este reconocimiento, que estuvo alejado de formularse como una mera declaración, significó un cambio significativo en el modelo de Estado, porque permitió cambiar el modelo constitucional de obediencia, amparo y garantía de los derechos humanos de los ciudadanos; obteniendo de la Constitución una supremacía material que limita y regula el ejercicio de los derechos y se convierte en un mecanismo de control al poder. Al respecto, Ramiro Ávila Santamaría (2008), sostiene:

La constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado. (p.22).

Así mismo, cabe anotar que la Constitución de la República es orgánica, por cuanto, asigna a la Corte Constitucional como “el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia” (C.R.E, 2008, Art. 49), que como parte del Estado está llamado a garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, sin discriminación de ninguna naturaleza; especialmente de los grupos minoritarios que han sido a través de la historia relegados y discriminados de sus derechos por su condición e inclinación sexual como son las familias homoparentales.

Este modelo de Estado a su vez incorpora mediante el bloque de constitucionalidad a los instrumentos internacionales de derechos humanos dándoles el carácter de norma constitucional; la CRE, acogió esta institución en su artículo 426, estableciendo lo siguiente:

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos (C.R.E, 2008)

Por tanto, el respeto, cumplimiento y aplicación de los derechos son obligatorios. Por ende, el derecho a la familia, el derecho a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad y la identidad contenidas en la carta constitucional son la base del Estado constitucional de derecho.

Esta forma de Estado eleva el valor de la jurisprudencia como fuente de derecho, por tanto, las decisiones del CCE adquieren un carácter vinculante en relación con el desarrollo de diversos derechos constitucionales, como la sentencia que incluyó el matrimonio igualitario en nuestro país, sentencia No. 11-18-CN/19 que se constituyó en jurisprudencia vinculante. Según la citada decisión de la Corte Constitucional de la República del Ecuador (2019), el párrafo 101 dice lo siguiente:

Corresponde, entonces, buscar los fines del matrimonio en el propio texto constitucional. Los fines constitucionales del matrimonio no están explícitamente determinados en la Constitución. El artículo 67 define el matrimonio entre hombre y mujer, basado en libre consentimiento y en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes, pero no menciona fin alguno (SENTENCIA No.11-18-CN/19, 2019, p. 47).

Contemplando lo anteriormente dicho, la Constitución cuenta con el bloque de constitucionalidad, es decir, que contiene más normas de las que constan en la constitución formal, observando el principio de favorabilidad, se debe interpretar de una forma que no excluya ningún derecho fundamental, escogiendo la más favorable, y en este caso es la no prohibición del matrimonio del mismo sexo.

De igual forma la sentencia No.11-18-CN/19 emitida por la Corte Constitucional de la Republica de Ecuador (2019) establece en el párrafo 150 lo siguiente:

En el caso del matrimonio, la Constitución reconoce el derecho al matrimonio a las parejas heterosexuales y, por el bloque de constitucionalidad. También reconoce el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo por la interpretación autorizada de la Corte IDH a los artículos 1, 2, 11(2), 17 y 24 de la CADH, desarrollada en la Opinión Consultiva OC24/17. La contradicción entre los dos textos normativos es, pues, un falso dilema”. (SENTENCIA No.11-18-CN/19, 2019, p. 48).

Por último, señala la sentencia No.11-18-CN/19 emitida por la Corte Constitucional de la Republica de Ecuador (2019) en el párrafo 151 lo siguiente:

Por el bloque de constitucionalidad, en consecuencia, el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo se incorpora al texto constitucional. Llegando a la conclusión de que el artículo 67 de la constitución del Ecuador, hay que complementarlo con la interpretación de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, no necesita una reforma constitucional, ya que los instrumentos internacionales de derechos humanos son de inmediata aplicación en el Ecuador, adecuando el sistema jurídico formal y material, como lo establece la constitución. (SENTENCIA No.11-18-CN/19, 2019, p. 49)

De manera que, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, el Estado al encontrarse al servicio de los ciudadanos, a través de la sentencia No.11-18-CN/19, reconoce el matrimonio igualitario entre parejas homoparentales, empleando los tratados internacionales de derechos humanos ratificados en el Ecuador. De esta forma se garantiza la igualdad de derechos y la no discriminación de las personas del mismo sexo.

Limitaciones de la adopción homoparental en el Ecuador.

Las limitaciones de la institución jurídica de la adopción, contenidas dentro de la CRE y las demás normas infra constitucionales, conllevan a la vulneración directa de los derechos de igualdad y no discriminación de las parejas homosexuales que pretenden constituir una familia y a través de esta tener acceso a la adopción; así como, el principio del interés superior del niño, niña y adolescentes a ser adoptados. Los artículos 316 del Código Civil, 68 inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador, y 159 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, limitan el acceso a la adopción a parejas del mismo sexo, pues de forma expresa señalan que únicamente podrá adoptar parejas heterosexuales, lo que se contrapone directamente con la condición garantista de derechos de la norma constitucional ecuatoriana.

Al respecto el fundamento de esta presunta restricción de derechos para parejas homosexuales está basado en el modelo tradicional de familia y su protección por parte de colectivos pro-familia, con ideas conservadoras, así como también, en las posibles afectaciones emocionales que tendrían los niños que crecieran dentro de una familia homo parental, siendo estos criterios poco analíticos y sin ningún sustento científico, sin embargo, debido al entorno conservador en el que nos encontramos dentro de la sociedad ecuatoriana, han sido tomados como válidos durante algunos años.

En este contexto, en los últimos años, la lucha de los colectivos de personas homosexuales y grupos LGBTI en contra de la discriminación, ha permitido que mediante convenciones y declaraciones de Derechos Humanos en el ámbito internacional, puedan gozar de los mismos derechos de las personas heterosexuales, pudiendo tener acceso al derecho a contar con una familia, protegiendo de esta manera los derechos de las parejas homosexuales, y en el caso de la adopción, además los derechos de niños niñas y adolescentes. Dentro de nuestro país se reconoce a la familia en sus diversos tipos, e incluso, a partir del año 2019, se permitió el matrimonio entre parejas del mismo sexo, reconociendo el principio de igualdad y los demás derechos que históricamente eran denegados a las personas homosexuales, siendo este un

precedente fundamental en las modificaciones normativas, que permitan el acceso a la institución jurídica de la adopción a parejas del mismo sexo.

La adopción homoparental en el derecho comparado.

La adopción homo parental, es un tema de mucha controversia alrededor de muchos países del mundo. El concepto de familia tradicional ha conllevado a que se impida el acceso a la conformación de una familia diferente a la tradicional, conformada por personas del mismo sexo. Sin embargo, la legalización de la adopción por padres homosexuales es una realidad que está recogida en las constituciones y normas de muchos países hoy en día, lo que posibilita el pleno ejercicio de los derechos de las personas homosexuales que deseen acceder a esta institución legal, lo que les brinda diferentes oportunidades y variaciones de los ya creados en la misma relación. En este sentido, son muchos los países en el mundo que han consagrado en sus leyes la aceptación de la adopción por parejas del mismo sexo, países que ahora son precedentes normativos que llevarán paulatinamente a que más países se sumen al trato igualitario de las parejas que deseen formar una familia.

En la actualidad, solo una treintena de territorios soberanos permite la adopción a parejas del mismo sexo, entre ellos México, aunque este de forma parcial en algunos de sus Estados.

Sudáfrica, al igual que Taiwán/República de China en Asia, permite a las parejas LGBT acceder al matrimonio y la adopción entre personas del mismo sexo. (Márquez Blanco, 2021).

Posterior de la aprobación en Sudáfrica, países de la Comunidad Europea se fueron sumando, como España, Islandia, Bélgica y Noruega. (Sabando Gorozabel / Acosta López, 2023).

En Latinoamérica, países como Argentina, Uruguay, Brasil y Colombia, México, legalizaron la adopción entre parejas del mismo sexo. (Sabando Gorozabel / Acosta López, 2023).

Además de los países señalados, en el resto del mundo siguen en sus legislaciones incorporando la adopción homoparental por ser un derecho humano, reconocido en las cartas constitucionales, en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en la jurisprudencia nacional e internacional.

Destacamos los más importantes por ser los pioneros:

España.

España fue uno de los pioneros en legalizar la adopción entre personas del mismo sexo en Europa, al aprobar la Ley 13/2005 en julio de 2005, que reformó el Código Civil español e inicialmente permitía casarse a parejas del mismo sexo, lo que condujo a derechos adicionales asociados con el matrimonio, como la adopción. Sin embargo, existen ciertas desviaciones en la legislación española que impiden o complican la implementación de estos derechos, porque las dificultades tanto administrativas como legales para lograr la adopción continúan a pesar de la existencia de la norma, lo que también vulnera la seguridad jurídica.

Así, si bien encontramos el reconocimiento de la adopción de parejas homosexuales en los derechos constitucionales basados en la igualdad y la no discriminación, la legislación española en relación con el nuevo tipo de familias reconocidas en sus decretos no considera que las creencias, tradiciones e incluso la religión impiden el pleno ejercicio de este derecho, debido a restricciones administrativas y legales que de alguna manera impiden a parejas del mismo sexo ingresar a una institución legal de adopción a pesar de existir normativa que apoyan el ejercicio de estos derechos por parte de parejas del mismo sexo.

Sin embargo, España sentó un precedente para otros países europeos, y tras la aceptación de la adopción parental, países como Suecia y Sudáfrica añadieron a su legislación la legalidad de este tipo de adopción en el año 2005, al igual que Islandia, Bélgica en 2006 y Noruega en 2009. En estos países, las parejas del mismo sexo lograron mejores resultados en los procesos de adopción porque esos estados aseguraron el pleno ejercicio de los derechos. Además, el contexto social, la homosexualidad y la estructura familiar no tienen implicaciones tradicionales, sino más bien igualdad, protección, contexto educativo y valores que no estén relacionados con la orientación sexual de los padres o del adoptante.

Argentina

Argentina fue uno de los primeros países latinoamericanos en legalizar la adopción por parte de padres homosexuales en julio de 2010 con la Ley N° 26.618 y el Decreto Estatal 1054/10, que se basó en el reconocimiento del matrimonio de parejas homosexuales, o equivalente, debido al reconocimiento de casamiento el derecho a la igualdad, a la seguridad jurídica, a la protección jurídica efectiva y, sobre todo, a la no discriminación.

En este país, la legalización del matrimonio y por tanto la adopción de parejas del mismo sexo no tuvo un impacto significativo en el contexto social, porque en este país la protección de los derechos está garantizada para todas las personas que logran cambiar la definición de matrimonio. Derecho civil argentino, donde se sustituyeron las condiciones de los cónyuges por las de los contrayentes a la hora de definir el matrimonio. Además, esta aprobación permitió que otras leyes afines armonizaran los derechos de adopción y permitieran la adopción a parejas del mismo sexo, asegurando los mecanismos y recursos adecuados para el ejercicio efectivo de esos derechos, que son responsabilidad del Estado.

En América Latina, Argentina es uno de los países donde se considera que el acceso a este método de adopción es efectivo y está garantizado por el Estado e incluso por la protección social, porque es muy común la aceptación de diferentes tipos de familias. en su contexto social.

Por otro lado, la finalidad de la adopción, según los estándares argentinos, es proteger los derechos constitucionales de las parejas del mismo sexo, sobre todo, los intereses de los niños a ser adoptados, así proteger sus derechos brindándoles un ambiente familiar donde puedan desarrollarse adecuadamente y ser protegidos por el Estado; porque, la orientación sexual de los padres no es importante en el contexto de la adopción, especialmente desde el punto de vista de la protección de los derechos de los niños. Según la legislación argentina, los adoptantes como adoptados deben someterse a una evaluación social, económica y psicológica que tenga en cuenta la creación de una familia adecuada que garantice los derechos de ambos.

¿Procedencia de la adopción de parejas del mismo sexo en Ecuador?

Factores normativos:

En un Estado constitucional de derechos y justicia, modelo de derecho que Ecuador ha acogido, donde a todos sus ciudadanos se les garantizan los derechos consagrados en la Constitución de la República, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados en el Ecuador y las leyes infraconstitucionales; entonces tenemos:

El artículo 67 inciso primero de la Constitución de la República del Ecuador, establece:

(...) se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado lo protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizar condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Éstos se constituirán por

vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. (C.R.E, 2008, p. 34).

De ahí que el Estado ecuatoriano tiene la obligación primordial de proteger a la familia en sus diversas formas, salvaguardando los derechos de sus integrantes. En este contexto, al ser la adopción un derecho agregado a la familia, la adopción tiene como finalidad la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, garantizándoles la reinserción en una familia apropiada, y en el caso de los adoptantes la protección de los derechos de igualdad al acceder a esta institución jurídica.

El artículo 68 de la norma constitucional, define a la adopción como: “la adopción corresponderá solo parejas de distinto sexo” (C.R.E, 2008). Es decir, la normativa constitucional, define a la adopción como un derecho exclusivo de parejas de distinto sexo, vulnerando los derechos constitucionales de las parejas homosexuales.

Al impedir que parejas conformadas por personas del mismo sexo accedan a la institución de la adopción, se vulneran derechos fundamentales como el derecho a la igualdad formal y a la no discriminación que están reconocidos en la Constitución ecuatoriana en los artículos 11.2 y 66.4; al ser una Constitución garantista que protege los derechos fundamentales. Lamentablemente, en la praxis varios de estos derechos son vulnerados, como en este caso debido a prejuicios, tradiciones o incluso criterios religiosos, sin ningún fundamento científico que sirvan de base para limitar el ejercicio de estos derechos. De ahí que es preciso cuestionarnos si la orientación sexual de las personas o de las parejas, limita la idoneidad para ser padres, y entregar una mejor calidad de vida a niños que cuenten con la aptitud para ser adoptados dentro de nuestro país.

Por su parte, el Código Civil [CC] en su artículo 314, define la institución jurídica de la adopción como: “una institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae obligaciones de padre o madre señalados en este título, respecto a un menor que se llama adoptado” (2021, p. 21). De ahí que, la

adopción es un mecanismo por el cual se adquieren derechos y obligaciones de los adoptantes, sin que esto tenga relación directa con la orientación sexual de quienes desean acceder a este derecho, ya que, como única finalidad de la adopción se tiene la protección de los derechos de los niños que cuentan con aptitud tanto legal como social para ser adoptados.

El precedente histórico que marcó el matrimonio igualitario en el país al permitir visualizar el avance progresivo de derechos que se han reconocido en el Ecuador, obedece a la interpretación que la Corte Constitucional le dio a la Opinión Consultiva OC 24/17, que en su párrafo 225 estableció: “La adopción es una institución social, que permite, que dos o más personas que no se conocen se conviertan en familia; y que esta familia puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual” (Opinión Consultiva CC, 2017, p. 86). Esto significa que este vínculo familiar merece igualdad de oportunidades, derechos y protección independientemente del género de sus miembros. En este sentido, el Estado ecuatoriano debe proteger y garantizar el derecho a adoptar por parte de un padre homosexual de la misma manera y sin discriminación alguna que para las personas del sexo opuesto (Barros-Uguña & Guerra-Coronel, 2021).

Factores culturales:

Está claro que la sociedad ha evolucionado considerablemente, ya no es la misma de hace unos años, las políticas públicas, las necesidades, los derechos han cambiado, con ellos han transformado las formas de pensar, la tolerancia, el respeto de las personas, estos son factores importantes para el mejor desarrollo de una sociedad solidaria, justa y equitativa donde se garanticen los derechos de todas las personas, sin discriminar a nadie por su orientación sexual, religión, orientación política o identidad cultural (Ruiz & Pinos-Jaen, 2020).

Ecuador es un país conservador en relación a las uniones entre personas homoparentales, lo que conlleva a una cultura homofóbica y tradicionalista; cabe mencionar que no todas las personas piensan igual, la religión, el país, las costumbres y normas propias han guiado a la sociedad. De esta manera, si el país avanza con la sociedad, siempre lo hará en el cambio constante de estándares mientras las necesidades de la sociedad evolucionan para evitar la desigualdad y la discriminación contra los grupos vulnerables y minoritarios (Torres & Puchaicela, 2022).

El colectivo LGBTI luego de una incansable lucha en defensa de sus derechos, tomando como base la opinión consultiva OC 24/17 solicitada por la República de Costa Rica hacia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde rechaza todo acto de discriminación y desigualdad por su etnia sexo, género, etc., acepta el matrimonio entre parejas homosexuales (Torres & Puchaicela, 2022).

Así, gracias al avance de la ley y el derecho, la lucha perenne de los grupos protectores de la familia formada por personas del mismo sexo, se logró que la adopción como figura jurídica sea reconocida en diferentes latitudes del mundo, incorporando en las diferentes legislaciones por igual, clasificándolos ya sea en función de los derechos concedidos al menor, según el lugar de adopción en relación con el adoptante y el adoptado, o según el sexo de los adoptantes (Barros-Uguña & Guerra-Coronel, 2021).

El interés superior de niños, niñas y adolescentes, como principio orientado a garantizar el derecho a ser adoptado por familias homoparentales.

El interés superior del niño es un principio jurídico fundamental que promueve el reconocimiento y la aplicación efectiva de todos los derechos que benefician a todos los niños. Regula todas las medidas y normas, ya que cualquier decisión relativa a la infancia debe tener en cuenta sobre todo aquellos que contribuyen al reconocimiento del niño como sujeto de derechos, además: Significa que la participación y las opiniones de los niños en el proceso de toma de decisiones debe ser justo, en general,

se garantiza el ejercicio efectivo de sus derechos (Barros-Uguña & Guerra-Coronel, 2021).

En doctrina, 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 (...)” (Yanes, 2016, p. 24), Esto permite explicar el grado de equilibrio que surge entre los derechos de los adultos con los menores, y la superposición de los derechos de los menores para garantizar los derechos de los más vulnerables en esta relación.

Este principio se encuentra garantizado en la norma constitucional ecuatoriana al determinar que el Estado, la sociedad y la familia tienen como prioridad promover el pleno desarrollo de las niñas, niños y adolescentes y asegurar el pleno ejercicio de sus derechos. Se tomará en cuenta el principio del interés superior y sus derechos tienen prioridad sobre los derechos de los demás (C.R.E, 2008, Art. 44).

También, la norma infraconstitucional define al interés superior de niño, como: un principio que está orientado a satisfacer y ejercer efectivamente todos los derechos de los niños y adolescentes e impone obligaciones a todas las autoridades ejecutivas y judiciales, así como, a las instituciones públicas y privadas, de tomar medidas para adaptar y cumplir sus decisiones (Código de la Niñez y Adolescencia, 2021, Art. 11).

Por su parte, la Convención Sobre los Derechos del Niño, de la que Ecuador es parte, respecto al principio interés superior del niño manifiesta que el interés superior del niño debe tener una consideración primordial en cualquier acción que tomen los tribunales, autoridades administrativas, judiciales u órganos legislativos públicos o privados que afecten a los niños (UNICEF, 1989, Art.3).

La Corte Constitucional ecuatoriana, como máximo organismo de interpretación constitucional, en reiterada jurisprudencia aborda el principio del interés superior del niño, niña y adolescentes y su relevancia en el ordenamiento jurídico

ecuatoriano; así tenemos en la sentencia constitucional No. 064-15-SEP-CC, en donde se indicó que: “El interés superior constituye un principio cardinal en materia de niñez y adolescencia, mismo que debe fundamentar las decisiones, que en forma directa o indirecta afecten a niños y niñas”.

Con base a este principio, en cuanto al derecho de adoptar a niños/ñas la Convención Sobre los Derechos del Niño (2006), determina que los Estados partes que reconozcan o autoricen planes de adopción garantizarán que el interés superior del niño tenga prioridad y que la adopción será autorizada únicamente por la autoridad competente, quien, de conformidad con las leyes y procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y confiable, tendrá en cuenta la situación jurídica del niño y determinará si la adopción es permisible (UNICEF, 2006, Art. 21, citado en Barros-Uguña & Guerra-Coronel, 2021).

Norma internacional que viabiliza la adopción de niños cuando aquellos carecen de amor, cuidado, afecto de una familia, proceso legal regulado por autoridades competentes cuyo fin primordial es garantizar el ejercicio pleno de sus derechos. En tal sentido, el Estado, la sociedad y la familia, debe garantizar el interés superior del sujeto de derechos que se encuentra en situación legal de ser adoptado, sin discriminación alguna entre sus adoptantes, sean estos padres homoparentales o heterosexuales. El realizar una diferenciación entre los padres adoptivos para poder adoptar un hijo/a, involucra una limitación entre el niño/a que se encuentra apto para ser adoptado a tener una familia por cuestiones de discriminación que vulneración de derechos (Barros-Uguña & Guerra-Coronel, 2021).

Derecho a formar una familia de parejas homoparentales.

Es necesario considerar dos cuestiones importantes cuando se trata de la adopción entre personas del mismo sexo. El primero es el derecho de los adoptados a acceder a sus familias sin discriminación de género y por otro lado, el derecho a la adopción para formar parte de una familia que garantice una vida digna en sociedad.

Al hablar de derechos adoptivos, el autor Bernal (2013) sostiene que el motivo principal de la adopción es establecer vínculos familiares con el entorno, como el derecho a constituir una familia, realizándose así los derechos adoptivos. Crea vínculos que inciden en un correcto desarrollo y formación integradora. Cuando se trata de derechos de adopción, especialmente en el caso de la adopción restringida entre personas del mismo sexo en Ecuador, esta situación viola derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador, como lo establece el Art.- 45 el derecho a tener una familia, Art.- 11 el derecho a la no discriminación y Art 66.4 el derecho a la igualdad ante la ley (Barros-Uguña & Guerra-Coronel, 2021).

Según la Constitución de Ecuador, la adopción sólo está permitida para personas del mismo sexo; en tanto que, el matrimonio estaba permitido hasta el año 2019, sólo para personas del mismo sexo; sin embargo, la Corte Constitucional ecuatoriana resolvió una consulta de norma enviada por la Corte Penal de Pichincha sobre una garantía jurisdiccional de acción de protección (sobre matrimonio), en la que se analizaba si la opinión consultiva que reconoce el matrimonio No. OC-24/17, 2017, párr. 179 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre parejas del mismo sexo, la Convención Americana y la Constitución ecuatoriana.

El desarrollo de este litigio jurídico se puede estudiar en dos sentencias como son (Decisión 11-18-CN/19, 2019) cuyo ponente fue Ramiro Ávila y (Decisión 10-18-CN, 2019) cuyo ponente fue el juez Ali Lozada. En el centro de esta disputa está el matrimonio de parejas del mismo sexo en Ecuador, que atraviesa una cuestión jurídica de violación de la norma constitucional según la cual el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art.- 67) y (Convención de Derechos Humanos, 1969), cuyo artículo 17.2 prevé la protección de la familia y su estructura sin discriminación. Esta antinomia o conflicto normativo fue resuelto por el principio de supremacía, porque la Carta reconoce tratados internacionales sobre derechos humanos de igual o incluso mayor valor que la Constitución, derivando de ello una protección más amplia de los derechos humanos en la región. Así, con el reconocimiento constitucional de esta categoría, el principio

de favorabilidad es constitucional, por lo que los tratados de derechos humanos pueden incluso superponerse a la constitución si prevén derechos más favorables (Storini, Guerra, & Yépez, 2019, citado en Barros-Uguña & Guerra-Coronel, 2021).

Ahora bien, Ecuador, al ser un Estado constitucional de derechos y justicia, reconoce explícitamente diversas formas de familia, protegiéndola como núcleo fundamental de la sociedad (C.R.E, 2008, Art. 67). Lo mismo ocurre en el ámbito de la jurisprudencia constitucional.

Un ejemplo del desarrollo de este sistema en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es el reconocimiento de las familias de padres del mismo sexo, entendidas como comunidades afectivas (...) formadas (en la forma jurídica y en la práctica) por personas del mismo sexo. Esta realidad implica la destrucción de la normalidad heterosexual, alegando incluso que estas familias están violando el interés superior de sus hijos (Ordeñana y Barahona, 2016, p. 42, Barros-Uguña & Guerra-Coronel, 2021). También se permiten familias monoparentales, mixta, ensamblada, adoptiva, transnacional, disgregada, entre otras que puede aparecer en la sociedad.

Citando interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del sistema internacional de derechos humanos en general, la CCE enfatizó que todos los "núcleos familiares" son iguales en dignidad y protección constitucional, sin que "se puedan determinar definiciones o formas familiares excluyentes" (Simon, 2020, p. 33 citado en Barros-Uguña & Guerra-Coronel, 2021).

Es claro que las diferentes formas de composición familiar evidencian la diversidad de relaciones interculturales entre los países, por qué la familia sigue siendo la célula básica de la sociedad y el espacio más importante para la formación humana; de la misma manera cambia con el tiempo y las circunstancias de la vida cambian y se desarrollan.

Por lo tanto, el concepto de familia debe ser incluyente y garantizar derechos encaminados a proteger la convivencia de todos, guiados por el principio de solidaridad basado en sentimientos y vínculos afectivos comunes (CCE, 2018, sentencia No. 184-18-SEP-CC, p.18).

Por todo lo analizado, los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos gozan de protección constitucional, del derecho internacional de derechos humanos, de la jurisprudencia constitucional, de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derecho humanos, de leyes y más normativa que amparan los derechos de todas la personas sin discriminación de naturaleza alguna, que garantizan los derechos y principios a la igualdad y no discriminación, de progresividad, del interés superior del niño, el derecho a formar una familia y al constituirse el Ecuador en un Estado constitucional de derechos y justicia; por tanto, al garantizar los derechos de las familias homoparentales, el foco principal debería estar en la igualdad y el respeto a las diferencias; por tanto, en el derecho de las parejas del mismo sexo a crear una familia y en el derecho fundamental de los menores a tener una familia Barros-Uguña & Guerra-Coronel, 2021).

Conclusiones:

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

- La familia constituye un elemento natural y fundamental de la sociedad, reconocido en la norma suprema como núcleo de la sociedad, la que debe ser protegida por un Estado que garantice los derechos de sus nacionales y extranjeros. La protección que brinda el Estado a las familias ecuatorianas y extranjeros radicados en Ecuador debe basarse en la igualdad y no discriminación, respetando la diversidad de las familias, que permita la garantía y respeto de los derechos fundamentales, partiendo del fortalecimiento de la estructura familiar.

- La adopción homoparental constituye una figura jurídica que garantiza el derecho a fundar una familia por parte de parejas del mismo sexo, como, a los niños aptos para la adopción. Esta figura les permite pertenecer a una familia que les brinda seguridad y protección.
- La adopción por parte de familias del mismo sexo garantiza el principio del interés superior del niño, niña y adolescente, porque permite que el niño adoptable forme parte de una familia sin discriminación alguna, independientemente de que esté formado por padres del mismo sexo o de padres de diferente sexo, sin quitarle la posibilidad de acceder a este derecho y sin garantizar el derecho de los menores de edad a reunirse con su familia antes que otros derechos, como exige el principio del interés superior de un niño.
- La adopción entre personas del mismo sexo está vedada en Ecuador, lo que viola el principio constitucional de igualdad y no discriminación, creando un contraste entre la garantía de derechos y la progresividad (artículo 11) y la adopción únicamente entre personas de diferente sexo (artículo 68(2)). Esta incompatibilidad con la norma debe primero resolverse y explicarse que la incompatibilidad de las normas constitucionales dará lugar a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 68.2, porque atenta contra la promoción de los derechos humanos, la igualdad y la no discriminación.
- Este problema jurídico puede resolverse desde dos perspectivas; ya sea mediante un ejercicio interpretativo de la Corte Constitucional ecuatoriana, con base al principio de complementariedad que permite realizar una interpretación garantista de las disposiciones normativas constitucionales e infraconstitucionales eliminando en la Constitución las barreras normativas que no permiten la adopción a personas del mismo sexo; o a su vez mediante un mecanismo más gravado y formal como es la enmienda constitucional realizando una modificación expresa de la carta fundamental conforme 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 a nuestro criterio, debido a la celeridad de la administración de justicia y respetando el rol contramayoritario de la Corte, quien a su vez debe sujetarse a los argumentos ya expuestos en la sentencia de matrimonio igualitario, la hermenéutica por parte de la Corte Constitucional mediante una sentencia interpretativa en donde se permita la adopción de parejas del mismo sexo sería la más acorde para la tutela de los derechos, frente a lo cual ha de entenderse que el alcance del artículo 68.2 implica “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”, eliminándose tácitamente la frase “la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo” conforme consta actualmente en la Carta Magna ecuatoriana, 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.

Bibliografía:

Ávila, R. (2008). *La Constitución del 2008 en el Contexto Andino*. Quito-Ecuador: Ramiro Avila Santa María.

Barros-Uguña, J., & Guerra-Coronel, M. (2021). La adopción homoparental en el Ecuador. Análisis desde una mirada constitucional. *FIPCAEC (Edición 30) Vol. 6, No 4*, 278-298.

Bernal, C. (2010). *Metodología de la Investigación*. Bogotá, Colombia: Pearson.

Bernal (2013). Los derechos fundamentales del menor adoptado frente a la irrevocabilidad de la adopción. *Estudios Constitucionales Vol 11*, 605-620

C.R.E. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*.

- C.R.E. (2021). Constitución de la República Del Ecuador. QUITO.
- CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (B-32).1969. San José, Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Atala Riffo y niñas vs Chile
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019). Sentencia 11-18-CN/19
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019). Sentencia 10-18-CN/19
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Opinión Consultiva OC 24/17
- Código Civil Ecuatoriano. (2017).
- Código de la Niñez y Adolescencia. (2021). QUITO-ECUADOR.
- Código_Civil. (2021). Código_Civil. QUITO-ECUADOR.
- Consejo de la Judicatura. (2020).
- GARCÍA-LOZAN, S. T. (2016). Interés Superior del Niño. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 24.
- Gayou-Alvarez. (2003). Como hacer investigación cualitativa. Buenos Aires: Paidós.
- Guzmán Muñoz, Y. M., & Chaparro Piedrahíta, L. J. (2017). Adopción homoparental: Estudio de derecho comparado a partir de las perspectivas de los países latinoamericanos que la han aprobado. Revista CES Derecho, 31.
- Manjarres Buenaño, J. C., & Cedeño Núñez, C. R. (2018). LOS PROCESOS DE ADOPCIÓN EN EL ECUADOR Y SU INCIDENCIA EN EL INTERÉS SUPERIOR DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.
- Márquez Blanco, M. (01 de junio de 2021). LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL EN EL MUNDO, UNIÓN EUROPEA Y ESTADÍSTICAS. Obtenido de GEOPOL: <https://geopol21.com/la-adopcion-homoparental-en-el-mundo-union-europea-y-estadisticas/>
- Romero, H. (2018). Metodología de la Investigación. Colombia: Ediciones de la U.
- Ruiz, P. R., & Pinos-Jaen, C. E. (2020). Parejas homosexuales y el derecho de adopción en el Ecuador. FIPCAEC, 96-145.
- Sabando Gorozabel / Acosta López. (01 de marzo de 2023). La Adopción. La adopción homoparental en el Ecuador. Portoviejo, Manabí, Ecuador

Torres, X., & Puchaicela, C. (2022). Avances en derechos humanos: reconocimiento del matrimonio civil igualitario en la legislación ecuatoriana. *Revista Boletín Redipe*, 11(11), 137–152.

Yanes, L. (2016). El interés superior del niño en los procesos de niñez y adolescencia en la ciudad de Ambato. *El interés superior del niño en los procesos de niñez y adolescencia*. Quito.v

UNICEF, 2006, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño