

La contradicción en la improcedencia de la adopción homoparental

The contradiction in the inadmissibility
of adoption by same-sex couples

DOI: <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v54n141.a5>

Mg. Joselyn Romina Andrade Gracia 

Correo electrónico: randradeg96@gmail.com

Mg. Karelis del Rocío Albornoz Parra 

Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil

Correo electrónico: kalbornozp@ulvr.edu.ec

Cómo citar este artículo:

Andrade Gracia, Y. R. y Albornoz Parra, K. C. (2024). La contradicción en la improcedencia de la adopción homoparental. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 54(141), 1-21.

Recibido: 26 de febrero de 2023

Aprobado: 16 de febrero de 2024

Resumen

Con la aprobación del matrimonio igualitario, mediante sentencia de la Corte Constitucional N. 11-18-CN/19, surge un problema en cuanto a los derechos conexos propios del pacto solemne entre los cónyuges. Uno de ellos es la adopción, el cual está expresamente definido para parejas de diferente sexo en la norma constitucional. Esta investigación busca analizar la improcedencia y negativa del acceso a la figura de la adopción para familias homoparentales sobre el requisito que el derecho impone a los solicitantes, es decir, ser heterosexuales, lo cual genera una contradicción en los artículos 67 y 68 de la Constitución, así como de algunos artículos del Código de la Niñez y la Adolescencia y del Código Civil. A lo largo de esta investigación se detallaron aspectos resaltantes sobre la homoparentalidad, la perspectiva del niño como sujeto de derecho, la teoría de la adopción como un falso derecho y de la idoneidad de los adoptantes homoparentales; se desarrolló un marco conceptual con los términos más importantes; y se concluyó con un recorrido por los aspectos legales y jurisprudenciales. La metodología se fundamentó en un diseño no experimental, exploratorio descriptivo, transeccional o transversal, utilizado un enfoque predominantemente cualitativo. Se concluye que sí existe tal contradicción al para imponer un criterio moralista por encima de los principios superiores del niño, criterio que se aleja de la exegética jurídica al concebir la adopción como un mero trámite y no como un auténtico derecho de los menores a tener figuras parentales que contribuyan a su desarrollo holístico.

Palabras clave

Adopción, Derecho, Grupo sexual minoritario, Familia, Matrimonio, Discriminación, Igualdad de género, Sexualidad, Desarrollo del niño.

Abstract

With the approval of egalitarian marriage, by sentence of the Constitutional Court No. 11-18-CN/19, a problem arises regarding the related rights inherent to the solemn pact between spouses. One of them is adoption, which is expressly defined for opposite-sex couples in the constitutional norm. This research seeks to analyze the inadmissibility and denial of access to adoption for same-sex couples on the requirement imposed by law to the applicants to be heterosexual, which generates a contradiction in Articles 67 and 68 of the Constitution, as well as in some articles of the Code of Childhood and Adolescence and the Civil Code. Throughout this research, the main aspects of same-sex parenting, the perspective of the child as a subject of rights, the theory of adoption as a false right, and the suitability of same-sex adopters were detailed. In addition, a conceptual framework with the most relevant terms was developed, and the legal and jurisprudential aspects were reviewed. The methodology used a predominantly qualitative approach based on a non-experimental, exploratory, descriptive, cross-sectional or transversal design. It is concluded

that such a contradiction does exist to impose a moralistic criterion above the superior principles of the child. This criterion deviates from legal exegetics by conceiving adoption as a mere formality and not as an authentic right of minors to have parent figures that contribute to their holistic development.

Keywords

Adoption, Law, Sexual minority group, Family, Marriage, Discrimination, Gender equality, Sexuality, Child development.

Introducción

En Latinoamérica, la adopción homoparental sigue siendo un tema controversial. Aunque ciertas legislaciones han dado un paso firme para permitir que las parejas del mismo sexo puedan ejercer la adopción, más allá de las consecuencias sociales, lo que se promueve es un auténtico interés superior del menor. Tal es el caso de Colombia, que, desde el año 2015, promueve la adopción por parte de parejas no heterosexuales; y donde, además, se generan controversias debido a la prevalencia del catolicismo a pesar de ser constitucionalmente laico.

En junio del 2019, la Corte Constitucional aprobó, mediante sentencia N. 11-18-CN/19, el matrimonio homoparental, es decir, el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo. Allí se estableció que no existía contradicción constitucional, sino que el impedimento se trataba de una falta de complemento, por lo que hubo la necesidad de quitar los límites que imponían las barreras sociales, morales y religiosas respecto del matrimonio y sus alcances.

Ahora bien, con la aprobación del matrimonio igualitario surge un problema respecto de los derechos conexos propios del pacto entre los cónyuges únicamente. Uno de ellos es la adopción, la cual está expresamente definida en la norma constitucional para parejas de diferente sexo, por lo que, consecuentemente, no se puede hablar propiamente de una vulneración a los derechos constitucionales de las parejas del mismo sexo.

Mientras tanto, el Código de la Niñez y Adolescencia es claro en afirmar que uno de los requisitos para que un matrimonio pueda adoptar es que se trate de parejas heterosexuales, excluyendo a las parejas del mismo sexo. Es

evidente que la Constitución y lo señalado en este párrafo no guardan armonía y concordancia, otorgando el derecho de adopción de manera exclusiva a parejas conformadas por un hombre y una mujer.

El concepto de homoparentalidad ha venido ganando espacio en el derecho positivo de los países latinoamericanos, permitiendo a estos grupos minoritarios alcanzar la equidad en ciertos ámbitos como el derecho de familia, específicamente en el matrimonio y la adopción. Sobre este último, se ha considerado un tabú en ciertos sectores como, por ejemplo, en Ecuador, donde la ley ordena expresamente que solo las parejas heterosexuales pueden adoptar. Lo que antecede resulta contradictorio con el avance que se ha venido dando en este país respecto del matrimonio igualitario, que ha venido ganando terreno para que estos grupos puedan ser vistos como iguales, alejándose de criterios ambiguos que malinterpretan el alcance de los derechos. Es decir, una norma que actualmente se tipifique en la Constitución no la hace jurídicamente constitucional o correcta del todo.

Por estas razones, se buscó analizar la contradicción que existe entre los artículos 67 y 68 de la Constitución con los artículos 81, 314 y 319 del Código Civil, y con los artículos 151 y 159 numeral 6 del Código de la Niñez y Adolescencia, como consecuencia de la legalización del matrimonio homoparental o igualitario en el Ecuador y los efectos que produce en los derechos conexos al matrimonio, como lo es la adopción plena.

La metodología usada se fundamentó en un diseño no experimental, transeccional o transversal, siendo un trabajo exploratorio y descriptivo, utilizando un enfoque predominantemente cualitativo. Se aplicaron técnicas de campo como la entrevista y la encuesta para recolectar la opinión cerrada y abierta de profesionales que se han relacionado con la problemática de estudio lo que contribuye a una mejor orientación y obtención de resultados.

La perspectiva del niño como sujeto de derecho

La adopción se define como una figura jurídica que funge como instrumento para establecer un vínculo legal de filiación entre un menor de edad y los adoptantes idóneos. Esa ficción legal equivale al vínculo natural y biológico que existe entre un padre o madre y su hijo. Lo que se busca con esta institución es dotar de protección al menor, garantizándole el derecho a una familia digna. De acuerdo con Moliner (2012), sobre la adopción plena se manifiesta que:

Este proceso sustitutivo exige, además, que sólo pueda establecerse un vínculo de filiación adoptiva allí donde podría haber existido un vínculo biológico de filiación (de ahí las exigencias de una diferencia mínima y máxima de edad entre adoptado y adoptantes). (p. 103)

Lo que antecede implica que la adopción es procedente únicamente entre parejas heterosexuales, pues, como bien lo dice la autora, la adopción es un proceso que sustituye una filiación natural, es decir, aquella que proviene de la procreación entre un hombre y una mujer, proceso biológico que no puede darse en parejas del mismo sexo.

La adopción es, por una parte, una figura que está ligada a rasgos culturales y moralistas, en donde las sociedades ven con malos ojos que una pareja de hombres o un matrimonio homosexual pretenda adoptar, pues resaltan que la composición de una pareja de dos personas del mismo sexo no es un ambiente idóneo para el desarrollo del menor.

La adopción entendida como un falso derecho

La adopción no es solo un negocio jurídico, sino que se trata de un auténtico derecho, tanto para los niños a ser adoptados, como para los adultos con capacidad para adoptar. Sin embargo, una gran parte de la doctrina establece que el derecho de adopción no existe, sino que esta figura funge como un paso fundamental para la adquisición de verdaderos derechos como la patria potestad, la alimentación, etc.

En este sentido, Moliner (2012) indica que: “No existe el derecho a la adopción, existe una obligación de los poderes públicos de seleccionar a quienes pueden proteger adecuadamente los intereses de los menores desamparados” (p. 110). La adopción es un mecanismo para brindar protección a los menores desamparados garantizando su desarrollo holístico.

Es decir, no puede considerarse que la adopción sea un derecho de los adoptantes para satisfacer, a su vez, unos supuestos derechos que le otorgan a un individuo el poder de disponer de un menor para suplir un vacío o para satisfacer una necesidad personal dentro de los límites de lo correcto, esto bajo una perspectiva ética y moral. Considerar la adopción como un derecho de los solicitantes sería vulnerar la premisa de la prevalencia del interés del adoptante, de cuya legitimidad nadie duda, por encima del interés del menor,

que vendría a ser reducido a un mero instrumento para la satisfacción del deseo de aquellos (Moliner, 2012).

Por lo tanto, no debe confundirse a la adopción como una figura jurídica que representa un derecho, pues, tal como lo manifiesta la doctrina, no es más que un modo de adquirir la patria potestad a través de los mecanismos legales para tales efectos, procurando la calificación de idoneidad de los adoptantes para garantizar los derechos de los niños adoptados.

La idoneidad de los adoptantes homoparentales

La idoneidad del o los solicitantes en un proceso de adopción tiene como razón de ser: “La elaboración de un informe sobre sus aptitudes, su situación y su capacidad para convertirse en familia adoptiva” (Bermúdez, 2007, p. 2). Los profesionales de la entidad encargada tienen la tarea de evidenciar y comprobar que los solicitantes pueden asumir el rol de padre o madre.

El efecto jurídico de la adopción es la filiación y el trato de padres e hijos entre los solicitantes y el o los adoptados. La adopción es un reto, por lo que la calificación de idoneidad no es un proceso que se desarrolla de manera inmediata; se trata de un proceso de reflexión por parte de especialistas calificados que determinan si una persona es o no apta para poder ejercer la crianza de un niño o niña.

Tal como establecen los protocolos nacionales e internacionales, el proceso para determinar la idoneidad es largo, y muchas veces hace desistir incluso a los adoptantes, pues, en el trámite, los solicitantes adquieren dudas sobre su capacidad para criar a un niño o niña que no han procreado, y, en ocasiones, se sienten juzgados ya que salen a relucir sus fallas.

Pero el proceso, como tal, se trata de un sistema de protección que debe brindar a las instituciones encargadas de la adopción plena la garantía de que, al vincular al menor con una pareja de solicitantes, se asegure el desarrollo del menor en todos los sentidos y sin que ello implique una violación al principio fundamental del interés superior del niño.

Un punto fundamental para calificar la idoneidad es, dependiendo del país y de la legislación interna, la sexualidad del o de los adoptantes. En Ecuador, por ejemplo, únicamente las personas heterosexuales pueden ser solicitantes

de adopción, por lo que una garantía que evidencia la heterosexualidad es el matrimonio. Así, se deja de lado a las parejas del mismo sexo, pues, por expresa disposición constitucional y legal, la adopción solo aplica a parejas de distinto sexo.

Sin embargo, ello resulta contradictorio, sobre todo con la incorporación del matrimonio igualitario. Es decir, más allá de determinar si la adopción es o no un derecho, es importante evidenciar que la figura jurídica del matrimonio, una vez son permitidas las nupcias homoparentales, extiende los efectos de los derechos conexos a este tipo de unión civil. Si dos personas, por su condición de género, no tienen impedimento legal alguno para contraer matrimonio conforme a las reglas del Código Civil, tampoco deberían existir límites contenidos en la sexualidad de una persona para ser calificado como idóneo en un proceso de adopción; ello con respecto al solicitante, pues también deben tenerse en cuenta los derechos del menor.

Ahora bien, no es posible determinar, *prima facie*, qué tanto influye la sexualidad de los padres en la crianza del menor sobre el desarrollo de su propia sexualidad o en el accionar mismo del adoptado. Por lo que será necesario la revisión de estadísticas de los países que permiten actualmente la adopción homoparental.

Así pues, la doctrina establece que la homoparentalidad o la homosexualidad no puede ser impedimento suficiente para “negar la adopción a las parejas del mismo sexo, toda vez que diversas investigaciones antropológicas 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” (Federación Española de Sociedades de Sexología, 2005).

Marco conceptual

Adopción

La adopción es: “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, p. 131). Además, la adopción es un: “acto judicial mediante el cual se le proporciona a un niño, niña o adolescente un nuevo vínculo

de parentesco” (Comisión de Lenguaje Claro de Chile, 2018). Con la adopción se crea una familia, por lo que los conceptos o definiciones relacionados con la adopción nada dicen sobre la sexualidad de los solicitantes.

Discriminación

Discriminar consiste en dar trato de inferioridad a una persona por motivos raciales, religiosos, políticos o económicos. Generalmente, al hablar de discriminación se hace referencia a la discriminación en sentido negativo, pues se está tratando indebidamente a una persona por causas injustificadas (López, 2013).

Diversidad de género

La diversidad sexual o diversidad de género “hace referencia a todas las posibilidades que tienen las personas de asumir, expresar y vivir la sexualidad, así como de asumir expresiones, preferencias u orientaciones, identidades sexuales y de género, distintas en cada cultura y persona” (Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2016, p. 18).

Familia

La familia, desde su concepción histórica se entiende como: “Un conjunto de personas ligadas por un parentesco, pudiendo ser por vínculos de sangre u otros como el matrimonio o la adopción” (Gutiérrez, 2018). Mientras que, actualmente, se habla de la diversidad familiar, entre las cuales se tiene: “Familia monoparental, familia de hecho, familia homoparental, y la familia clásica, la constitución de una familia es un derecho, consagrado en tratados y convenios internacionales” (Pasquel, 2019).

Filiación

Es “el vínculo jurídico que existe entre dos personas en la que una descende de la otra, lo que puede darse como consecuencia de hechos biológicos y/ o de actos jurídicos. La filiación es la relación o vínculo biológico entre los integrantes de la familia que es reconocido por el derecho y regulado en la ley” (Pérez, 2010, p. 120). Además, “es el vínculo que crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado y, por lo tanto, constituye la forma más cercana de parentesco. De ahí que por filiación jurídica deba entenderse en su sentido amplio la relación creada entre los progenitores, padre y madre” (Baqueiro, 2009, p. 223).

Heterosexualidad

Entre las definiciones existentes que abren un sinnúmero de posibilidades, la más idónea para los propósitos de este trabajo es la siguiente: heterosexualidad es el complemento de la personalidad; se trata de una atracción de conformar una pareja con individuos de distinto sexo, por lo que, en este grupo de diversidad sexual, entran las relaciones amorosas y carnales entre un hombre y una mujer.

Homoparentalidad

La homoparentalidad forma parte de la realidad actual y debe ser entendida como un escenario de desarrollo, socialización y realización personal. Se trata de familias conformadas por padres del mismo sexo a través de la adopción de un menor o de la reproducción asistida.

Inconstitucionalidad

Una norma es inconstitucional “si por ella se entiende una formulación normativa no interpretada o que siendo interpretada ha sido creada irregularmente por falta de satisfacción de los requisitos impuestos para ello por normas contenidas en la constitución o en derechos fundamentales y humanos” (Martín, 2016, p. 122).

Igualdad

La igualdad es “una lucha por el reconocimiento de la diferencia” (Defensoría del Pueblo Ecuador, 2019). Además, dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos que: “El derecho humano a la igualdad es indispensable para poder gozar de los otros derechos” (Facio, 2016, p. 72).

Interés superior del menor

Es la plena satisfacción de los derechos del niño. El contenido del principio se refiere a los propios derechos que, en este caso, se identifican con el interés. Todo interés superior pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo declarado por el derecho; por su parte, solo lo que es considerado derecho puede ser un interés superior (Cillero, 2011).

LGBTI

En años recientes, las iniciales LGBT se han utilizado para denominar de forma inclusiva a todos los individuos y a las comunidades que se identifican como lesbianas, gay, bisexuales o transgénero, o aquellos que tienen dudas acerca de su sexualidad o identidad de género. No existe una forma única de ordenar las letras.

Matrimonio igualitario

Es la regulación del vínculo entre parejas del mismo sexo y se trata de un reconocimiento a los derechos de las personas LGBT. Lo que se busca es que tanto parejas heterosexuales como parejas homosexuales tengan un mismo y único régimen legal.

Referéndum

Es el mecanismo de votación y consulta ciudadana que se verifica regularmente y que es objeto de disciplina constitucional en torno a la aprobación o rechazo referente a la creación, modificación, derogación o abrogación de leyes (Cabanellas, 2002).

Marco legal

Constitución del Ecuador

El artículo 67 de la Constitución del Ecuador reza de la siguiente manera: “Se reconoce la familia en sus diversos tipos”. La familia, además de la protección que debe tener por parte del Estado, se define como el núcleo de la sociedad, a sabiendas de que se trata de una célula fundamental que conforma los grupos sociales básicos en el entorno. El mismo artículo establece que la familia puede componerse mediante vínculos jurídicos o vínculos de hecho. Entre los vínculos jurídicos más relevantes se tiene el matrimonio, que constituye un pilar fundamental para la conformación de una familia; luego está la adopción, que se configura también como un paso a la formación de un grupo social básico. Además, promueve la igualdad de derechos que debe existir entre los miembros de una familia. En el inciso siguiente del artículo que se analiza, está prevista la definición de matrimonio, configurada como: “La unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de

las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”.

Pese a que la Corte Constitucional establece que el artículo 67, en su segundo inciso, es restrictivo, en cuanto al requisito para contraer nupcias, luego afirma que el matrimonio de parejas del mismo sexo complementa a la disposición constitucional analizada; ello para evitar un proceso de reforma constitucional, cambiando únicamente la disposición legal que tiene la misma percepción restrictiva.

Así, la Corte Constitucional (2019) asegura que, en virtud del principio de favorabilidad, “no hay prohibición al matrimonio de parejas del mismo sexo y que, al contrario, el matrimonio de parejas del mismo sexo se complementa con el matrimonio restrictivamente reconocido constitucional y legalmente” (art. 136).

Resulta contradictorio afirmar que la disposición constitucional es restrictiva referente al género para contraer matrimonio y que el matrimonio entre parejas del mismo sexo es un complemento. La disposición constitucional es clara, ya que expone como requisito *sine qua non* para la celebración del contrato solemne que se trate de un hombre y una mujer, tal como lo afirmaba el Código Civil, el cual sí fue reformado.

Sin embargo, lejos de determinar si existe o no incongruencia en el problema citado, lo que importa es la consecuencia jurídica que implica la aceptación del sistema normativo nacional sobre el matrimonio en parejas del mismo sexo. Pero ello no puede quedar ahí, ya que el matrimonio es una figura que se fundamenta como la base para constituir una familia. Pero ¿acaso está completa una familia conformada por dos personas del mismo sexo que desean tener hijos?

Ante la imposibilidad biológica de procrear, existen métodos alternativos que no son del todo seguros y que pueden infringir en lo ilegal (inseminación artificial, alquiler de vientre y similares). Por ello, ante la materialización y legalización del matrimonio de parejas del mismo sexo, surge la necesidad de configurar una familia propiamente dicha, esto es, padres (ambos del mismo sexo) e hijos (ligados al vínculo parental a través de la adopción).

Tal como se ha reiterado, la condición sexual o de género no puede ser una excusa para que no pueda participar de los procesos de adopción, pues es claro que existe una violación al principio de igualdad. Ahora bien, tampoco

puede alegarse el interés superior del niño, pues el desarrollo integral no está ligado a la orientación de los padres.

El artículo 68 de la Constitución del Ecuador expone el concepto de unión de hecho, de ello se destaca que tal figura genera: “Los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio”. Particular es lo que indica el inciso segundo del artículo referido en este párrafo, el cual expone que: “La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”. Consecuentemente, a *prima facie*, es imperativo destacar que no se vulneran derechos constitucionales en contra de las personas o parejas del mismo sexo que deseen adoptar, más allá de los principios de igualdad y favorabilidad. Por ende, se debe ponderar el interés superior del menor por encima de los derechos de los adoptantes, toda vez que por expresa disposición constitucional no es posible la adopción de parejas del mismo sexo.

Sin embargo, la incorporación del matrimonio igualitario es un avance en materia de igualdad de género. Hace dos décadas no era posible hablar siquiera de que dos personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio. La compleja dimensionalidad del derecho y la evolución del pensamiento social, sin dejar de lado la incansable lucha de los colectivos LGTBI, han permitido este avance jurídico social.

Retomando el segundo inciso del artículo 68 de la Constitución, el precepto constitucional norma que la adopción solo corresponde a parejas de distinto sexo. De ello se puede inferir que una pareja conformada por dos personas del mismo sexo no puede, evidentemente, y por norma constitucional, ejercer la institución de la adopción; pero ante ello nace una compleja posibilidad referente a la diversidad sexual de la ciudadanía en general.

Declaración Universal de Derechos Humanos

El artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece el principio de igualdad afirmando que: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley” (ONU, 1948). Continúa diciendo el artículo que todas las personas tienen derecho a la misma protección contra la discriminación. El principio de igualdad se define, entonces, como el derecho innato a todas las personas sin distinción alguna de ser reconocidos como iguales ante la ley, de forma que pueden acceder a todas las gamas de derechos establecidos en el ordenamiento jurídico interno, según corresponda,

dejando de lado cuestiones ligadas al origen, la raza, el estado civil, creencias y, por supuesto, la identidad de género.

La igualdad se configura como “uno de los pilares de toda sociedad organizada y de todo Estado constitucional” (Bernal, 2005, p. 51). Por otro lado, la discriminación es para la Corte Constitucional (2015): “Es el acto de hacer una distinción o segregación que atenta contra la igualdad de oportunidades. Generalmente, se usa la no discriminación para referirse a la violación de la igualdad de derechos para los individuos” (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 002-13-SEP-CC, de 05 de marzo del 2013).

El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos indica, en su numeral 1, que tanto hombres como mujeres, sin distinción alguna (entre la que cabría el hecho de la orientación sexual de los individuos), tienen derecho al matrimonio y a la familia. Asimismo, el numeral 3 del artículo referido indica que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (ONU, 1948).

De manera evidente, entiéndase que tanto el matrimonio como la familia no pueden contraponerse a la manifestación de la voluntad de los individuos; así, dos personas que deseen contraer matrimonio bien pueden hacerlo sin que el Estado ponga trabas como efectivamente lo es la heterosexualidad, que sigue tipificada en la Constitución del Ecuador del 2008.

Convención Internacional de los Derechos del Niño

El artículo 20 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño establece, en su numeral 1, que: “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado” (ONU, 1990).

La protección del Estado se garantiza a través de las instituciones que brindan las garantías suficientes para que el desarrollo de los niños y adolescentes se cumpla en función de lo previsto en el sistema normativo nacional, y los convenios internacionales ratificados por el Ecuador. La adopción es un mecanismo destinado para tales efectos. Para ello, el Ministerio de Inclusión Económica y Social es quien debe velar por el cumplimiento de la fase administrativa de dicho proceso.

El numeral 2 del artículo 20 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño indica que el Estado debe brindar los cuidados pertinentes a los niños, y el complemento de ello se encuentra en el numeral 3, donde se afirma que uno de los cuidados es, precisamente, la adopción. Para ello, los menores deben ser asignados a hogares de protección como: instituciones de acogida, orfanatos, casas de hogar, todas ellas bajo la dirección del organismo gubernamental pertinente.

Uno de los artículos más importantes referentes al sistema de adopción es el artículo 21, literal a, de la Convención analizada. Allí se describe que le corresponde al Estado afianzar el interés superior del niño como primordial en la ponderación de otros derechos. El Estado debe garantizar que el proceso de adopción sea realizado bajo la normativa vigente y se lleve a cabo por las autoridades competentes.

Finalmente, a manera de complemento, es necesario advertir que dicho convenio nada dice sobre los requisitos de los adoptantes, pero deja claro que le corresponde a cada nación disponer de las leyes pertinentes para garantizar, como bien se dijo, el interés superior del menor. De esta manera, cada país puede establecer los requisitos necesarios para tales garantías, siendo un requisito indispensable en Ecuador que las parejas sean heterosexuales.

Código Internacional Privado Sánchez de Bustamante

El artículo 73 del cuerpo legal referido en este apartado establece que: “La capacidad para adoptar y ser adoptados y las condiciones y limitaciones de la adopción se sujetan a la ley personal de cada uno de los interesados” (Sánchez, 1928).

Tal como se refirió en el análisis de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, los requisitos referentes a la capacidad para ser adoptante, la capacidad para ser adoptado, las restricciones y demás deben ser tipificadas por el Estado respectivo; pero no por ello debe desatenderse o debe existir contradicción entre las figuras jurídicas, como sí se presencia en el Ecuador, pues el matrimonio igualitario no es compatible con la restricción que se impone a los solicitantes de adopción.

Como se ha manifestado antes, la condición de una persona homosexual no debe verse como un impedimento para que pueda ser solicitante de adopción,

de forma que la idoneidad sea determinada en función de los componentes psicosociales, descartando a la homosexualidad como una característica que atente o impida el desarrollo integral de los menores.

Código Civil, artículos 81, 314 y 319

El artículo 81 del Código Civil establece la definición de matrimonio, el cual, desde el año 2019, ha exterminado el limitante por medio del cual la ley reconocía únicamente las nupcias civiles entre un hombre y una mujer, liberando la definición y brindando la oportunidad de que las personas con una identidad sexual diversa puedan ejercer su derecho al matrimonio y así formar una familia. El referido artículo dispone que el matrimonio es: “Un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente”. Consecuentemente, no solo quienes ostenten una identidad sexual de hombres y mujeres pueden contraer matrimonio. La diversidad de género está contemplada en la Constitución ecuatoriana, por lo tanto, es importante que el Estado promueva los derechos de estos grupos vulnerables por la discriminación.

No es interés de esta investigación ahondar en el reconocimiento del matrimonio igualitario, ni la diferencia que existe entre el matrimonio y la unión de hecho. Pero debe entenderse que son antecedentes principales, y que uno de los efectos jurídicos del matrimonio y de la unión de hecho es la de formar una familia. Pero la falta de acceso a la figura de la adopción a parejas que han contraído legítimamente matrimonio y cuyos cónyuges son personas del mismo sexo resulta ser un problema.

El Código Civil establece, en su artículo 314, que la adopción es una institución jurídica. Aunque no está contemplada como un derecho propiamente dicho, es una vía para adquirir derechos y contraer obligaciones como padre o madre del adoptado, que es definido como un menor de edad. La ley nada dice sobre el requisito en cuanto a la composición de la pareja, por lo que se evidencia que el problema de la limitación de ejercer la adopción radica en la norma suprema.

El mismo artículo 314 establece que el adoptante puede adquirir derechos y obligaciones en favor de un menor de edad, convirtiéndose en padre o madre. Entiéndase que, desde un concepto natural, es el hombre quien por selección natural se convertirá en padre y es la mujer que por reglas propias de la naturaleza se convertirá en madre.

En evidencia de lo expresado en el párrafo anterior, ¿quién asumiría el rol de padre y madre en un matrimonio en el que la diversidad de género opaca a hombres y mujeres como únicos géneros sexuales? Explicado de una manera más sencilla, si un matrimonio homoparental está conformado por dos personas que biológicamente nacieron hombres, ¿cuál de ellos asumiría el rol de madre debido a lo que ordena el artículo 314 del Código Civil?

Sobre la relación existente entre el sexo del adoptante y el adoptado, el artículo 319 del Código Civil establece que: “Las personas casadas pueden adoptar indistintamente a personas de uno u otro sexo, haciéndolo de común acuerdo”. Por lo tanto, si la regla constitucional que impide la adopción de parejas del mismo sexo, estos mismos pudiesen adoptar un menor sin tener que atender a este requisito con respecto al sexo del menor. Vale recalcar que las meras expectativas no constituyen derecho alguno, pero con esto se levanta una barrera que promueve una virtual desigualdad que, al mismo tiempo, camufla la discriminación tras el velo del interés superior del menor, alegándose falsas y no comprobadas suposiciones referentes a la integralidad del menor y a su desarrollo psicológico.

El artículo 319 del Código Civil, haciendo referencia al artículo 316, manifiesta las condiciones que debe ostentar el adoptante, que, si bien es cierto son generales, se reputan como las consideraciones básicas que los organismos de control y los encargados de los procesos de adopción deban verificar al momento de la calificación de personas que tengan la intención de adoptar a un menor.

Código de la Niñez y Adolescencia.

Análisis exegético jurídico de los artículos en conflicto (artículos 151 y 159, numeral 6)

Continuando con el análisis respectivo, el Código de la Niñez y Adolescencia establece en su artículo 151 la finalidad de la institución jurídica de la adopción, misma que tiene por objeto: “Garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados”.

Referente a lo citado en el párrafo anterior, una familia es idónea siempre que reúna las condiciones óptimas y necesarias para los fines determinados

en los roles que juegan cada integrante de la conformada familia: el de padre, el de madre y el rol de los hijos; con sus respectivos derechos, deberes y obligaciones; de forma individual y colectiva; y que les permita un desarrollo integral para alcanzar el buen vivir.

El artículo analizado es claro en determinar que la garantía de otorgar una familia idónea es propia del menor adoptado. Es decir, es al menor a quien el Estado debe garantizar la proporción de padres que cumplan el rol que la ley les asigna y promuevan el bienestar del menor. Esto implica preguntar: ¿No es idónea una familia que no está compuesta por padre y madre heterosexuales?

Pretender aseverar que solo son idóneos los adoptantes heterosexuales atenta contra la investigación jurídica, pues, como se ha indicado de manera reiterada en este trabajo, la condición sexual de los adoptantes no interfiere, o al menos no se ha demostrado científicamente, en el desarrollo de los adoptados. La esencia de un buen candidato para hacer uso de la adopción debe reunir o centrarse en otros requisitos que sean ajenos a la condición sexual del solicitante.

En concordancia con lo que establece el artículo 319 del Código Civil, el artículo 159 del Código de la Niñez y Adolescencia regula de manera más concreta y amplia los requisitos que deben reunir los solicitantes que tengan la intención de ejercer la institución jurídica de la adopción, en donde el punto en conflicto radica en el numeral 6 del referido artículo: “Ser heterosexuales (cuando se trate de parejas adoptantes y tener más de 3 años de casados o en unión libre)”.

El requisito de ser heterosexual contesta las preguntas fundadas a partir del análisis de la Constitución del Ecuador realizado en la presente investigación, en la que surgió la interrogante que planteaba la posibilidad de ejercer la adopción cuando entre dos personas del mismo sexo (biológico) existiese uno de los miembros unidos por el lazo del matrimonio que se sintiera o se reconociera ante sí mismo y ante la sociedad como mujer, pues eso satisface el requisito constitucional de que la adopción es propia de parejas del mismo sexo.

En síntesis, no es posible alegar que uno se reconozca como mujer y el otro como hombre en los matrimonios homoparentales. Sin embargo, surge otro interrogante: ¿El requisito de heterosexualidad garantiza la idoneidad de una familia idónea al menor que se pretende adoptar? La respuesta a la pregunta planteada tiene una connotación social evidente, pues los hogares con padre y madre heterosexuales no están exentos de violencia doméstica, como lo

evidencian las estadísticas del Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos (INEC), en donde: “El 58,1 % de las mujeres sufre violencia de género” (INEC, 2019); por parte del jefe de hogar, el marido. Por lo tanto, la heterosexualidad no puede, por ningún motivo, ser garantía de idoneidad familiar para menores adoptados o no.

Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles

Es importante conocer que el trámite de adopción debe llevarse a cabo a través del Ministerio de Inclusión Económica y Social, pero que luego del procedimiento establecido para tal efecto, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, a la Dirección General del Registro Civil le corresponde inscribir las solicitudes de adopción que hayan sido aprobadas, tal como manifiesta el numeral 5 del artículo antes citado.

El artículo 46 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad manifiesta en su último inciso que: “En cualquier caso, la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”. Nuevamente se reitera que las parejas adoptantes deben ser de sexos diferentes y en relación con el artículo 159 del Código de la Niñez y Adolescencia, tales individuos deberán ser heterosexuales.

Criterios jurisprudenciales nacionales e internacionales

En palabras de Urrutia Santillán, Jaramillo León y Acurio Mora (2023):

El caso concreto del Ecuador, el ordenamiento jurídico a través de sus diferentes líneas jurisprudenciales en materia constitucional ha logrado incluir ciertos derechos que no se habían contemplado de manera textual, perjudicando sin duda a las personas transgénero en el ejercicio de sus derechos fundamentales que incluso, dentro del bloque de constitucionalidad a nivel internacional ya se toman en cuenta, como es el caso ejemplar del matrimonio igualitario, que la Corte Constitucional ecuatoriana ha realizado un control convencional de la opinión consultiva de la Corte IDH, respecto del matrimonio igualitario, gracias al cual se volvió un hecho en el país permitiendo el acceso a una igualdad material a todas las personas. (p. 406)

Es el caso de la Sentencia No. 11-18-CN/19, que aborda el tema del matrimonio igualitario en Ecuador. Donde adicionalmente la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de la exclusión de parejas del mismo sexo del derecho al matrimonio y la adopción. Concluyendo que esta

exclusión es injustificada, discriminatoria e inconstitucional, argumentando que el derecho al matrimonio es un medio para acceder al derecho a formar una familia, y que la diversidad sexual no afecta la capacidad de criar a los hijos. Además, se menciona que la protección del interés superior del niño no es un motivo válido para negar la adopción homoparental.

Por otro lado, la Sentencia No. 184-18-SEP-CC (Caso Satya) establece que la aplicación de principios constitucionales no puede desconocer reglas constitucionales directas. En esta, se discute la relación entre los principios y reglas constitucionales en el contexto del caso específico.

En cuanto al derecho comparado en la perspectiva latinoamericana, se revisan casos de adopción homoparental en diferentes países. En México, se resalta la importancia de proteger el interés superior del niño en el contexto de la adopción homoparental. En Argentina, se destaca la evolución hacia la igualdad en el acceso al matrimonio y la adopción por parte de parejas del mismo sexo. En Uruguay, se enfatiza la perspectiva inclusiva que considera a las parejas homosexuales aptas para adoptar y proporcionar un ambiente de cuidado y protección. En Brasil, se menciona la falta de estudios científicos que respalden la idea de que la adopción homoparental afecta negativamente a los niños. En Colombia, se subraya que la evidencia científica respalda la idoneidad de parejas homosexuales para la adopción.

En general, se argumenta a favor de la igualdad y de la capacidad de las parejas homosexuales para criar a hijos adoptados, y se critica la discriminación basada en la orientación sexual en la adopción y el matrimonio. Se concluye que la protección del interés superior del niño debe ser el factor clave en los casos de adopción homoparental.

Conclusión

Se ha identificado en el desarrollo de esta investigación, a través de la revisión documental como técnica jurídica, la contradicción que existe entre los artículos 67 y 68 de la Constitución, y los artículos 81, 314 y 319 del Código Civil, y los artículos 151 y 159 numeral 6 del Código de la Niñez y Adolescencia, con lo que se cumple el objetivo general de este trabajo de investigación.

La contradicción existente se fundamenta en que se alegan principios como el interés superior del niño para imponer un criterio moralista alejado

de la exegética jurídica, concibiendo a la adopción como un mero trámite y no como un auténtico derecho de los menores a tener figuras parentales que contribuyan a su desarrollo holístico.

No se ha podido demostrar que una reforma constitucional es el mecanismo eficaz y oportuno para garantizar el derecho a las parejas homosexuales a ser vistos como iguales ante la figura de la adopción. Esto no significa que el segundo inciso del artículo 68 de la Constitución del Ecuador no sea contradictorio y no vulnera los derechos humanos en el ejercicio comparativo del matrimonio igualitario.

Referencias

- Asamblea Nacional (2008). Constitución de la República del Ecuador. Editorial Lexis.
- Asamblea Nacional (2016). Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Editorial Lexis.
- Baquerizo, E. (2009). *Derecho de familia*. Oxford.
- Bermúdez, M. (2007). *La valoración de la idoneidad o no idoneidad de los solicitantes de adopción. Análisis de un caso real*. Universitat Jaume.
- Bernal, C. (2005). *El Derecho de los Derechos*. Universidad Externado de Colombia.
- Cabanellas, G. (2002). *Diccionario elemental jurídico*. Heliastra.
- Cillero, M. (2011). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos niño*. OEA.
- Comisión de Lenguaje Claro de Chile (2018). *Poder Judicial República de Chile*. Poder Judicial República de Chile.
- Congreso Nacional (2005). *Código Civil*. Editorial Lexis.
- Corte Constitucional (2015). *Sentencia Nro. 139-15-SEP-CC*. Editorial Lexis.
- Corte Constitucional (2019). *Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)*. Editorial Lexis.
- Defensoría del Pueblo Ecuador (2019). *El derecho a la igualdad y no discriminación de las personas en movilidad humana*. Editorial Lexis.
- Facio, A. (2016). *El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres*. CIDH.
- Federación Española de Sociedades de Sexología (2005). *Comunicado. Postura oficial de la Federación Española de Sociedades de Sexología (FESS) sobre el matrimonio y la adopción por parejas homosexuales*. FESS.
- Gutiérrez, M. (2018). *Regulación de la adopción homoparental en España*. ABC.
- INEC (2019). *Encuesta nacional de relaciones familiares y violencia de género contra las mujeres de 2019*. Ecuador en cifras.
- Lambda Legal (2017). *Conceptos básicos sobre el ser LGBT*. Child Welfare League of America.
- López, E. (2013). ¿Qué es la discriminación? Su contexto jurídico en México. *Cirujano General*, 35(Supl. 2), 123-127.
- López, M. (2018). *Diversidad sexual y derechos humanos*. Comisión Nacional de los derechos humanos.

- Marshall, P. (2018). Matrimonio entre personas del mismo sexo: una aproximación desde la política del reconocimiento. *Polis. Revista Latinoamericana*, (49).
- Martín, P. (2016). *Inconstitucionalidad, legalidad y orden jurídico*. Universidad Nacional de Mar del Plata.
- Moliner Navarro, R. (2012). Adopción, familia y derecho. *Juris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (14), 98-121.
- ONU (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Editorial Lexis.
- ONU (1990). *Convención sobre los derechos del niño*. Editorial Lexis.
- Pasquel, M. (2019). *La adopción homoparental Consideraciones para el reconocimiento Constitucional en el Ecuador del 2019*. USFQ.
- Pérez, M. (2010). *Derecho de familia y sucesiones*. Nostra Ediciones.
- Sánchez, A. (1928). *Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante*. Editorial Lexis.
- Urrutia Santillán, V. P., Jaramillo León, A. A., & Acurio Mora, J. D. (2023). El reconocimiento de los derechos de las personas transgénero frente al bienestar biopsicosocial. *Revista Universidad y Sociedad*, 15(2), 400-407.