



UNIVERSIDAD DE OTAVALO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL EN EL CONTEXTO
NORMATIVO Y CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**

**TRABAJO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
MAGISTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**DAVID MAURICIO LÓPEZ LÓPEZ
LUIS ANÍBAL PALACIOS MORETA**

**TUTOR DE CONTENIDOS: Msc. Santiago Machuca
TUTOR METODOLÓGICO: PhD. Frank Milla**

OTAVALO, SEPTIEMBRE 2021

ÍNDICE

DECLARACIÓN DE AUTORÍA	3
CERTIFICACIÓN DEL TUTOR.....	4
CERTIFICACIÓN DEL TUTOR.....	5
DEDICATORIA	6
AGRADECIMIENTO	7
AGRADECIMIENTO	7
RESUMEN.....	8
ABSTRACT	9
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO I. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.....	17
1.1. Contexto del estudio	17
1.2. Formulación del problema.....	20
1.3. Planteamiento de la pregunta de la investigación.....	21
1.4. Delimitación de la investigación	21
1.4.1 Delimitación temática.....	21
1.4.2 Delimitación temporal	22
1.4.3 Delimitación espacial	22
1.5. Objetivos de la investigación	23
1.5.1. Objetivo general	23
CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO	24
2.1. Justificación de la investigación.....	24
2.1.1 Teórica.....	24
2.1.2. Práctica	26
2.2. Conceptos estructurales de la investigación	27
2.3. Referentes teóricos.....	28
2.4. Marco legal y jurisprudencial	34
CAPITULO III. MARCO METODOLÓGICO	36
3.1 Enfoque de la investigación	36
3.2. Tipo de investigación	37
3.3. Técnicas e instrumentos de recolección de información.	37
CAPÍTULO IV. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	38
4.1. LAS FAMILIAS HOMOPARENTALES DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA	38
4.1.1 Aproximación al concepto de familia. Familias homoparentales	38

4.1.2 El matrimonio igualitario en el Ecuador como base de las familias homoparentales. Antecedentes Históricos	40
4) Cuarta etapa: régimen de la República liberal de derechos - de 1967 a 1998	42
4.1.3 Análisis de casos concretos. Sentencias Sentencia n.º 10-18-CN/19 y Sentencia N.º 11-18-CN/19	47
4.1.4 Interpretación de la Corte Constitucional ecuatoriana respecto al derecho de igualdad y no discriminación en el matrimonio igualitario	57
4.2.1 La adopción homoparental. Consideraciones generales	65
4.2.2. La adopción homoparental. Estudio comparado	66
4.2.2.1 La adopción homoparental Colombia	68
4.2.2.2 La Adopción homoparental en Argentina	70
4.2.2.3 La adopción homoparental en Chile	72
4.2.2.4 La restricción al acceso a la adopción en familias homoparental en la legislación ecuatoriana	74
4.3. LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL. CASOS RELEVANTES	78
4.3.1 Caso Fretté contra Francia (Caso Fretté con Francia. Aplicación N° 36515/97)	79
4.3.2. Caso EB contra Francia (Caso EB con Francia. Aplicación N° 43546)	81
4.3.3. Caso Atala-Rifo y niñas v/s Chile	83
4.4. DERECHOS VULNERADOS POR LA RESTRICCIÓN DEL ACCESO A LA ADOPCIÓN EN FAMILIAS HOMOPARENTALES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	86
4.4.1 Análisis del artículo 68 de la Constitución ecuatoriana a la luz de derecho a la igualdad y no discriminación. Criterios de razonabilidad	86
4.4.2 Principio de interés superior del niño y la adopción como vía para materializar su derecho constitucional a tener una familia	93
4.4.3. Incidencia de la restricción a la adopción en familias homoparentales en el derecho constitucional de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia	100
4.4.4 Criterios a considerar para regular la adopción homoparental en el Ecuador	102
4.5. CONCLUSIONES	107
4.6. RECOMENDACIONES	111
4.7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	113



MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Trabajo de Titulación

“LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL EN EL CONTEXTO NORMATIVO Y CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR”

Los autores de este Trabajo de Titulación declaramos que es de nuestra total autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional.

La Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes, según lo establecido por el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos y por la normativa vigente.

Otavalo, septiembre de 2021

Estudiante

Estudiante

David Mauricio López López

C.C.: 1002237913

Luis Anibal Palacios Moreta

C.C.:1001579463

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Nosotros, Abg. López López David Mauricio y Abg. Palacios Moreta Luis Aníbal, declaramos que este trabajo es de nuestra total autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional.

La Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

Abg. López López David Mauricio

CC. 1002237913

Abg. Palacios Moreta Luis Aníbal

CC. 1001579463

DEDICATORIA

Dedicado a la memoria de mi abuelito Segundo Luis Alfonso López Oviedo, a mis padres Jaime Edmundo López Almeida y Carmita Yolanda López Quinteros, y a mi hija, Samanta Mishel López Bravo, quienes son mi motivo de orgullo, mi motivación para seguir adelante, sin su amor y fortaleza jamás hubiese sido posible culminar con cada una de mis metas.

David López Lópaz

El presente trabajo lo dedico a mi Madre Rosita que se encuentra en el cielo y que siempre ha sido mi inspiración y a mis hijas Danielita y Michellita gracias por darme las fuerzas para continuar en este proceso

Luis Palacios Moreta.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios y a toda mi Familia por ser la luz al final del túnel, por apoyar cada una de mis decisiones que me ha permitido tener la entereza para dar cada uno de mis pasos.

David López López

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por guiarme a lo largo de mi existencia y a mi familia por ser el apoyo y mi fortaleza en los momentos de dificultad y debilidad.

Luis Palacios Moreta

RESUMEN

La presente investigación se desarrolla con base en la línea de investigación Derecho Constitucional de acuerdo a la Universidad de Otavalo, por lo que el estudio se realizará en derecho constitucional ecuatoriano, cuya línea específica es análisis sobre principios y valores constitucionales, su contenido y la manera en que se reflejan en determinada rama o cuerpo normativo, teniendo en cuenta que estos deben ser fundamentos de las leyes.

En este sentido, es necesario iniciar las consideraciones del estudio, recordando la importancia de derechos como, el derecho a la igualdad y no discriminación de las parejas homosexuales y el interés superior del niño, donde sin duda alguna convergen otros derechos como el de tener una vida digna, ser parte de una familia que le pueda brindar a estos niños, niñas y adolescentes el amor y el cuidado que requieren para desarrollarse de manera adecuada dentro del entorno social.

La existencia de personas que se ven atraídas hacia otras de su mismo sexo es parte del período de adaptación a otros criterios y formas de pensar que en realidad no es tradicional pero que forma parte de la vida de cualquier ser humano, en este escenario también se debe considerar la existencia de sentimientos que se pueden ver relacionados con el afecto familiar. Es por esto que los instrumentos jurídicos internacionales se han pronunciado en diferentes oportunidades para proveer una protección especial a estos derechos de los niños, niñas y adolescentes de ser parte de un núcleo familiar independientemente de la forma de conformación de la familia, reconociéndose en varios países que las familias homoparentales son perfectamente capaces de crear estos vínculos de afecto y cuidado a través de la adopción.

Palabras clave: Derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, Corte Constitucional, Matrimonio igualitario, Adopción, Familias homoparentales.

ABSTRACT

This research is developed based on the Constitutional Law research line according to the University of Otavalo, so the study will be carried out in Ecuadorian constitutional law, whose specific line is analysis on constitutional principles and values, their content and the way in which they are reflected in a certain branch or normative body, taking into account that these must be foundations of the laws.

In this sense, it is necessary to start the considerations of the study, remembering the importance of rights such as the best interest of the child that stands as a macro right, where without a doubt other rights converge such as having a dignified life, being part of a family that can provide these children and adolescents with the love and care they require to develop adequately within the social environment.

The existence of people who are attracted to others of the same sex is part of the period of adaptation to other criteria and ways of thinking that is not really traditional but is part of the life of any human being, in this scenario it is also must consider the existence of feelings that can be seen related to family affection. This is why international legal instruments have been pronounced on different occasions to provide special protection to these rights of children and adolescents to be part of a family nucleus regardless of the form of the family, which is recognized in several countries. that homoparental families are perfectly capable of creating these bonds of affection and care through adoption.

Keywords: Right of children and adolescents to have a family, Constitutional Court, Equal marriage, Adoption, Homoparental families .

INTRODUCCIÓN

Este estudio aborda la problemática de la restricción del acceso a institución de la adopción por parejas homoparentales, precisamente desde el contexto normativo y constitucional ecuatoriano. Se identifica como afecta esto el derecho constitucional de igualdad y no discriminación de estas parejas, así como también se analiza que incidencia tiene esta problemática en el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia. Sin lugar a dudas este es un tema polémico por la persistencia de enfoques religioso y los prejuicios recurrentes que aún rodean esta temática dentro de la sociedad. Para ello, se considera que la evolución del Derecho es la evolución de las sociedades humanas, y es imposible afirmar que la sociedad evolucionó si persisten prácticas discriminatorias en la formación de su propio núcleo, que es la familia.

En este sentido, es necesario iniciar las consideraciones del estudio, conceptualizando precisamente cuáles son estos tipos de familias y los derechos que implica su reconocimiento normativo y constitucional. Además se debe indicar la importancia que reviste el hecho de que las personas que contraigan matrimonio, con independencia de si es un matrimonio homosexual o heterosexual ostenten y se les reconozcan los mismos derechos derivados de esta institución. Es el caso por ejemplo de la posibilidad de acceder a la institución de la adopción, recordando además que restringir este acceso no solo incide en el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas a las que no se les permite adoptar, sino que de cierta manera también significa una manera de privar a los niños, niñas y adolescentes en situación de adoptabilidad de que sean parte de una familia que le pueda brindar a estos niños, niñas y adolescentes el amor y el cuidado que requieren para desarrollarse de manera adecuada dentro del entorno social.

La existencia de personas que se ven atraídas hacia otras de su mismo sexo es parte del período de adaptación a otros criterios y formas de pensar que en realidad no es tradicional pero que forma parte de la vida de cualquier ser humano, en este escenario también se debe considerar la existencia de sentimientos que se pueden ver relacionados con el afecto familiar. Es por esto que los instrumentos jurídicos internacionales se han pronunciado en diferentes

oportunidades para proveer una protección especial a estos derechos de los niños, niñas y adolescentes de ser parte de un núcleo familiar independientemente de la forma de conformación de la familia, reconociéndose en varios países que las familias homoparentales son perfectamente capaces de crear estos vínculos de afecto y cuidado a través de la adopción.

A fin de tener una visión panorámica sobre la problemática estudiada, se examinarán las decisiones tomadas de la Corte Constitucional respecto a los matrimonios igualitarios, evaluando si tales decisiones consolidan la igualdad de las parejas homosexuales, es decir, que después de muchos años se permite alcanzar no solo la igualdad y no discriminación para este sector de la sociedad, sino que esto a su vez sea el punto de partida para que se considere dentro de la legislación ecuatoriana poner fin a la restricción de la adopción en familias homoparentales. Sin embargo, después de revisar las prenombradas sentencias se puede evidenciar que aún existen ciertos vacíos legales que generan la violación de derechos a los referidos sociales.

Esta afirmación se sustenta en el hecho de que, si bien los matrimonios igualitarios fueron aceptados y regulados en el Ecuador, aún no se los considera aptos para el adoptabilidad. Esto se podría decir que provoca la violación de los derechos de igualdad y no discriminación de estas parejas, pues los matrimonios heterosexuales pueden optar por la adopción mientras que las uniones homosexuales no tienen esta posibilidad. A esto se suma la vulneración del derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener y formar parte de una familia, tener una vida digna y desarrollarse dentro de un ambiente de amor y protección, derechos que evidentemente forman parte del principio de interés superior de los niños.

Para el desarrollo de la investigación se describe el régimen de adopción de niños, niñas y adolescentes en el Derecho ecuatoriano, así como la legislación comparada y otras fuentes consultadas. También se analiza el alcance de la interpretación realizada por la Corte Constitucional referidas al matrimonio igualitario y la adopción de niños, niñas y adolescentes por parejas

del mismo sexo, lo que significa la adopción para los solicitantes, así como la polémica social y jurídica que esto genera.

El presente estudio se desarrolla en la materia de Derecho constitucional. En el mismo, se observa la existencia de ciertas contradicciones jurídicas en la legislación ecuatoriana, como es la adopción en beneficio de los niños, niñas y adolescentes. Es decir, se busca entender lo que ocurre con las adopciones en familias homoparentales. En tal virtud, y con la finalidad de no vulnerar derechos constitucionales y, se plantea la necesidad de que en la legislación ecuatoriana se adapte a los nuevos escenarios sociales que se gestan, referentes a la existencia de este tipo de familias homoparentales, sin estigmatizarlas ni discriminarlas, pues hablar de una familia del mismo sexo se determina la existencia de un vínculo homoparental, de donde nace el concepto de este tipo de familias, para Martín, Camacho y Gaglesi (2013) consideran que la familia homoparental es aquella que se origina:

En la existencia de visibilidad sobre los criterios de atracción y amor entre dos personas del mismo sexo y sus derechos de acceso al derecho a tener una familia y a tener hijos, el término homoparental se ha escuchado con más fuerza en los últimos años y no puede ser invisibilizado (p. 17).

Es necesario puntualizar que la adopción, no sólo debe verse como una institución de protección jurídica de los niños, niñas y adolescentes en aptitud legal de ser adoptados, sino como una institución social que permite que quienes carezcan de una familia la puedan llegar a tener a través de la adopción, es decir, que es la sociedad misma y el Estado quienes puedan garantizar el derecho a tener una familia y a través de ella proporcionar un desarrollo integral de estos sectores vulnerables. Es así como autores como Ruviola (2015) definen esta institución al indicar que, “la adopción no sólo es un proceso legal, que tiene como finalidad que un menor se reincorpore como miembro de una familia en forma natural, con los mismos derechos que los hijos concebidos dentro del hogar” (p. 6); es por esto que carece de lógica condicionar la adopción solo a familias heterosexuales

En virtud de ello para el presente estudio de investigación fue necesario hacer un previo análisis del ordenamiento jurídico ecuatoriano, respecto de los tipos de familias constitucionalmente reconocidas y los derechos que esto implica, el cual a lo largo del tiempo y de acuerdo a la evolución de la sociedad, tanto en el campo social como en la institución jurídica de la familia ha sido objeto de varias transformaciones de acuerdo a las nuevas necesidades de la sociedad, en especial y siendo en la última década el mayor auge de cambios en el sistema jurídico, se ha podido observar ciertos cambios jurídicos y sociales, es así que las sentencias números 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19 dictadas mediante vía de control constitucional, aprueba la Corte Constitucional el matrimonio civil igualitario.

Esta situación genera controversia en el sistema jurídico del Ecuador, por cuanto el convencionalismo y tradicionalismo de las normas que rigen hasta la presente fecha en la legislación ecuatoriana, ya que se acepta el matrimonio igualitario, lo que significa reconocer la existencia de este tipo de familias homoparentales, sin embargo no se permite la adopción para estas uniones, los cuales todavía no se encuentre acorde a la nueva realidad jurídica, por lo que es necesario realizar ciertas reformas en la legislación, a fin de que se lleve a cabo los procesos de adopción a favor de matrimonios igualitarios.

De acuerdo a los datos emitidos por el Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES) “existen en el Ecuador 255 niños que se encuentran en proceso de adoptabilidad”, (Ministerio de Inclusión Económica y Social , 2020) de los cuales matrimonios igualitarios y personas que no se encuentren dentro de un matrimonio heterosexual convencional no pueden acceder a realizar las adopciones, por no cumplir con los requisitos previstos para los procesos de adopción, es decir que la necesidad de realizar reformas a un sistema jurídico precario es inminente, a fin de no vulnerar derechos constitucionales como el de igualdad y no discriminación, y al mismo tiempo proteger a estos niños, niñas y adolescentes en estado de abandono o de orfandad, brindándoles la posibilidad de formar parte de una familia, ya que se debe considerar que muchos matrimonios heterosexuales no constituyen una verdadera familia, cuando predominan el desafecto y la violencia entre sus miembros.

El ordenamiento jurídico, ha sido garantista de los derechos de las personas en especial de los niños, niñas y adolescentes, velando por el fiel cumplimiento del principio constitucional del interés superior del niño, tal es así que el Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 159 numeral 6 señala como requisito fundamental para la adopción de aquellas personas que se encuentran en esta etapa de adopción, pertenezcan a parejas de adoptantes heterosexuales, es decir las únicas personas que podrían acogerse a esta oportunidad de tener familia son aquellos matrimonios que esté formado por hombre y mujer, desconociendo así a cualquier otra familia formada por personas del mismo sexo o por personas que no se encuentren dentro de un matrimonio como pueden ser las personas solteras, viudas o divorciadas.

A partir del 12 de junio del 2019, la Corte Constitucional del Ecuador, mediante las dos sentencias aprobó el matrimonio igualitario, es decir se acepta las uniones de hecho que estaban formadas ya sean entre hombres o mujeres, para que su relación se la legalice a través del matrimonio con todos los derechos que esta figura jurídica conlleva, de ahí que, la normativa jurídica contemplada en el Código De la Niñez y Adolescencia, respecto al requisito para la adopción como derecho exclusivo del matrimonio heterosexual, constituye una contradicción con las sentencias de la Corte Constitucional de aprobación de los matrimonios igualitarios.

La posibilidad de acceder a la adopción de los niños, niñas y adolescentes de aquellos matrimonios igualitarios se encuentran limitadas, en virtud de la exclusividad otorgada por el Código de la Niñez y Adolescencia y por la propia Ley Fundamental para aquellos matrimonios heterogéneos, de ahí que la igualdad de derechos estaría limitada para las parejas formadas por hombre y mujer.

El trabajo de investigación se inscribe en Línea de Investigación de Derecho Jurídico Ecuatoriano Comparado y la Sub Línea de investigación será relativa a la Constitución y la Justicia Constitucional de la Maestría en Derecho Constitucional, referida al estudio de la forma de materializar los derechos

constitucionales y el estudio de las garantías jurisdiccionales (Universidad de Otavalo, 2019).

El presente trabajo de investigación se ha desarrollado con la finalidad de analizar desde el punto de vista constitucional el derecho que tienen las parejas del mismo sexo a adoptar una vez que se ha reconocido el matrimonio civil igualitario que ha dado lugar a la formación de familias homoparentales y a su vez el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a tener y gozar de una familia, mediante la recopilación de datos e información importante a través de una metodología de investigación de tipo cualitativa, descriptiva y documental. Esta investigación se desarrolla enfocándose en la doctrina nacional e internacional, principalmente el estudio se enfocará a nivel nacional, el cual permite tener un enfoque más detallado de la realidad que atraviesan los matrimonios igualitarios, en relación a los procesos de adopción.

En tal sentido, el presente trabajo se distribuyó en 4 capítulos, siendo el primero de ellos, capítulo I, relacionado a precisar la situación problemática, lo cual permitió delimitar la investigación y plasmar objetivos desarrollados en capítulos siguientes.

Posteriormente, en el capítulo II, se abordó lo relacionado al marco teórico de la investigación, justificando la importancia desde el punto de vista teórico y práctico, así como establecer definiciones y las bases teóricas en las cuales se sostiene la investigación. De igual manera se plantea el marco legal y jurisprudencial actual relacionado a la problemática a investigar.

En el capítulo III, se encuentra el marco metodológico, en el que, responde a un enfoque cualitativo, siendo una investigación documental de nivel descriptivo, y consecuentemente, en el capítulo IV, se analizan y discuten los resultados de la investigación, por tal razón, el capítulo se subdivide en tres bloques temáticos, que responden cada uno a los objetivos planteados en la investigación. Con la información recabada y el análisis de los criterios planteados se pudo analizar la adopción homoparental, la restricción que presenta la normativa ecuatoriana respecto de las familias homoparentales y de

otras personas que no se encuentren dentro de un matrimonio heterosexual, así como la incidencia de esta restricción en el derecho a la igualdad y no discriminación y en el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia. El análisis se realiza desde el contexto constitucional, jurisprudencial, legislativo y doctrinario.

Por último, se plasman las conclusiones y recomendaciones derivadas de la investigación resaltando criterio de factibilidad de que la Corte Constitucional se pronuncie frente a la inconstitucionalidad parcial del artículo 159 numeral 6 del Código de la Niñez y Adolescencia, donde señala como requisito fundamental para los adoptantes el de pertenecer a parejas heterosexuales. Esto se podría sustentar bajo la aplicación directa y eficaz de los derechos, específicamente el derecho a la igualdad y no discriminación y el principio de interés superior del niño, por el cual, se debe priorizar el derecho del niño, niña o adolescente a tener una familia con independencia del tipo de familia que se constituya.

CAPÍTULO I. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

1.1. Contexto del estudio

El estado ecuatoriano a la luz de los nuevos cambios sociales que se han gestado en la última década ha tomado posturas inclusivas referentes a temas muy polémicos como lo es matrimonio igualitario. Es así que la Corte Constitucional del Ecuador a través de sus Sentencia 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19 marco un punto de partida para el reconocimiento a la formación de un nuevo tipo de familia dentro de la sociedad ecuatoriana, la familia homoparental. Esto significó hacer a un lado posturas prejuiciosas que hasta ese momento habían encontrado vos a través de la ley y de la propia Constitución.

Esta decisión de la Corte dejaba sin efecto el concepto tradicional de familia que hasta la fecha se había reconocido y abre la puerta a que las personas del mismo sexo puedan ser titulares no solo del derecho de contraer matrimonio, sino de todas las consecuencias jurídicas que ello implica. Aún y cuando esto significó un paso de avance desde el punto de vista jurídico y social para el Ecuador, pues ya se consideraba estas uniones como la conformación de un nuevo tipo de familia, la conformación de esta aún suponía una serie de restricciones en otros ámbitos sociales y jurídicos, como lo es el caso de la adopción. En virtud de ello se hace necesario investigar el presente tema de estudio: “La Adopción Homoparental Desde el Contexto Normativo y Constitucional del Ecuador”.

Sin lugar a dudas este es un tema altamente controversial en la sociedad, dado que aún persisten criterios contrarios a esta decisión y que por su alto grado de influencia social aún hace que la conformación de estas familias homoparentales no pueda gozar de todos los derechos que tendría si se tratara de una familia heterosexual. La Constitución del Ecuador (2008) claramente indica en el artículo 1 que “el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos, social, democrático...”, razón por la cual se entendería que todos los miembros de la sociedad se encuentran en igualdad de derechos no solo a tener una vida digna, sino también hace especial énfasis en el derecho que tienen los niños,

niñas y adolescentes de gozar de una familia sin que exista discriminación, así lo indica en su artículo 45 al decir que:

Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En la actualidad a pesar de haberse gestado estos cambios dentro del sistema jurídico específicamente en lo referente a los tipos de familia, no es un secreto que aún existen ciertas contradicciones legales, que generan una vulneración especialmente al derecho de igualdad y no discriminación de las personas, que al no encontrarse dentro de un matrimonio o unión heterosexual, dígase matrimonios de personas del mismo sexo, personas solteras, viudas, divorciadas, pues no se les permite acceder a la institución jurídica de la adopción. A esto se suma que esta restricción normativa irradia de igual manera en el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener y gozar de una familia, derecho que está encauzado hacia un sector vulnerable de la sociedad como son estos niños, niñas y adolescentes en situación de abandono o de orfandad.

Parecería que con la legalización del matrimonio civil igualitario mediante Sentencia N°10-18-CN/19 y 11-18-CN/19 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, las familias homoparentales podían estar a los mismos derechos, deberes y oportunidades que las familias heterosexuales, así lo indica el artículo 11 numeral 2 de la Carta Magna al indicar que:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades

Sin embargo de aquello, esto no es algo que en la práctica se esté materializando, toda vez que las familias homoparentales en el Ecuador no pueden adoptar a niños, niñas y adolescentes, así lo determina la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 68 en que claramente manifiesta que la institución jurídica de adopción será solo para las parejas de distinto sexo, aún y cuando en la parte inicial del referido artículo se indica que:

Art. 68.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Por todo lo expuesto se hizo necesario realizar un estudio comparado con legislaciones de países como Colombia, Argentina y Chile, donde claramente se pudo comprobar que en estos países existen preceptos jurídicos y doctrinales en los cuales se reconocen el derecho de las familias homoparentales a acceder a la adopción. En el caso ecuatoriano esto podría sustentarse en el derecho a la igualdad y no discriminación, derecho por el cual todas las personas deberían poder acceder a esta institución sin que su condición de unión matrimonial o de preferencia sexual fuera un elemento de relevancia a considerar. Además, se debería tener en observancia no solo el derecho de los niños niñas y adolescentes a formar parte de una familia, sino que también confluye con este derecho el principio de Interés Superior del Niño que se encuentra regulado en la Constitución de Montecristi en su artículo 44 al establecer que:

Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un

entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

De este precepto legal se puede interpretar que el interés superior del niño debe entenderse como todo el conjunto de derechos que ostentan los niños, niñas y adolescentes y que deben ser priorizados sobre el derecho de las demás personas. Es decir, no solo se habla del derecho de estas familias homoparentales a no ser discriminados y poder adoptar en igualdad de condiciones a las parejas heterosexuales, en este sentido se debe analizar más allá, se debe interiorizar que hacer posible la adopción en este tipo de familias supondría que muchos niños, niñas y adolescentes tendrían la oportunidad de gozar de una familia que les provea amor, cuidado y protección.

1.2. Formulación del problema

Ahora bien, en virtud de lo expuesto anteriormente se puede indicar que en la actualidad se presenta una problemática relacionada con la restricción del acceso a la institución de la adopción en familias homoparentales y personas que no se encuentren dentro de un matrimonio o unión heterosexual y como esto vulnera el derecho constitucional de igualdad y no discriminación de estas personas, además de incidir directa e irremediamente en el derecho de los niños, niñas y adolescentes a formar parte de una familia y de los beneficios que implica para este grupo vulnerable.

Si bien es cierto que partir del 12 de junio del 2019, la Corte Constitucional del Ecuador, mediante las dos sentencias aprobó el matrimonio igualitario, es decir se acepta las uniones de hecho que estaban formadas entre personas del mismo sexo, y con esto se asume un nuevo tipo de familia, con todos los derechos que esta figura jurídica implica, de ahí que sea necesario analizar, la normativa jurídica contemplada en el Código De la Niñez y Adolescencia en el artículo 159 numeral 6, respecto al requisito para la adopción como derecho exclusivo del matrimonio heterosexual, lo que constituye una contradicción con las sentencias de Constitucional de aprobación de los matrimonios igualitarios.

Aunando en este punto es evidente que se genera una problemática, pues es menester establecer hasta qué punto se afecta el derecho de igualdad y no discriminación de las familias homoparentales que desean acceder a la institución de la adopción y se ven imposibilitadas de hacerlo, aún y cuando la ley les reconoce el derecho de contraer matrimonio y por ende deberían ostentar los mismos derechos que los matrimonios heterosexuales. De manera adyacente también se debe examinar si esta restricción de cierta manera también vulnera el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, al no poder ser adoptados por una pareja del mismo sexo, o por otra persona que no se encuentre dentro de un matrimonio o unión heterosexual, tomando en observancia elementos tan importantes como lo es el interés superior del niño que según los estándares normativos de nuestro sistema jurídico debe encaminarse a que toda norma que involucre a los niños, niñas y adolescentes debe cumplir con dicho principio.

Es por ello que para entender y analizar esta problemática es menester definir elementos como la adopción, derecho a la igualdad y no discriminación, interés superior del niño, familia homoparental entre otros elementos de relevancia que se desarrollarán en la investigación y que permitirán determinar cómo afecta esta restricción del acceso a la adopción específicamente a familias homoparentales a los derechos constitucionales antes mencionados. Téngase en consideración que hasta la fecha no existe desarrollo jurisprudencial dentro del Ecuador respecto de esta problemática.

1.3. Planteamiento de la pregunta de la investigación

¿Existe vulneración del derecho de igualdad y no discriminación y al principio de interés superior del niño a la luz de los artículos 68 de la Constitución Ecuatoriana y los artículos 153 y 159 del Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador respecto a las familias homoparentales?

1.4. Delimitación de la investigación

1.4.1 Delimitación temática

La presente investigación se encuentra enfocada en la línea de investigación Derecho Constitucional de acuerdo a la Universidad de Otavalo,

por lo que el estudio se realizará en derecho constitucional ecuatoriano, cuya línea específica es análisis sobre principios y valores constitucionales, su contenido y la manera en que se reflejan en determinada rama o cuerpo normativo, teniendo en cuenta que estos deben ser fundamentos de las leyes. Se pueden estudiar también cuestiones de ponderación de principios y emprender estudios jurisprudenciales al respecto.

Se emplea esta línea de investigación por cuanto se va realizar un análisis de las sentencias constitucionales dictadas por la Corte Constitucional acerca del matrimonio igualitario, se analizará la normativa vigente referente a la adopción no solo desde los instrumentos jurídicos nacionales sino internacionales para establecer una conclusión sobre la problemática jurídica planteada

1.4.2 Delimitación temporal

La presente investigación se realizará a partir de las decisiones tomadas por la Corte Constitucional en el año 2019, en las cuales se permite el matrimonio igualitario y por ende la conformación de un nuevo tipo de familia homoparental en el Ecuador.

1.4.3 Delimitación espacial

El desarrollo de la presente investigación se lo realizará enfocándose en la doctrina nacional e internacional, principalmente el estudio se enfocará a nivel nacional, el cual permite tener una orientación más detallada de la realidad que atraviesan los niños, niñas y adolescentes, en relación a los procesos de adopción y no sólo ellos sino también las parejas del mismo sexo que se conforman familias homoparentales y que se ven imposibilitadas de acceder a la adopción.

1.5. Objetivos de la investigación

1.5.1. Objetivo general

Analizar en qué medida se vulnera el derecho de igualdad y no discriminación en familias homoparentales y el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia a la luz de lo establecido en los artículos 68 de la Constitución Ecuatoriana y los artículos 153 y 159 del Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador.

1.5.2. Objetivos Específicos

- ❑ Examinar desde la perspectiva normativa y constitucional los derechos de las familias homoparentales.
- ❑ Analizar la institución de la adopción en familias homoparentales desde el contexto nacional e internacional.
- ❑ Establecer en qué medida los artículos 68 de la Constitución Ecuatoriana y los artículos 153 y 159 del Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador vulneran el derecho a la igualdad y no discriminación de las familias homoparentales y el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia.

CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO

2.1. Justificación de la investigación

2.1.1 Teórica

Como se ha analizado con anterioridad la Corte Constitucional del Ecuador aprobó el Matrimonio civil igualitario a través de la Sentencia 10-18-CN/19, basándose en la Opinión Consultiva OC24/17 “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, con lo que en Ecuador surge una nueva forma no solo de matrimonio civil, sino de conformación de familia, que según los estándares normativos constitucionales debería estar sujeta a igualdad de derechos, obligaciones, deberes, y oportunidades que las familias formadas por matrimonios heterosexuales.

Aquí se hace necesario hablar del Principio de la igualdad y no discriminación si a la luz de la problemática de que estas familias homoparentales se encuentren imposibilitadas de adoptar. La problemática va más allá de eso, pues no solo estamos hablando de que estas parejas homosexuales están siendo discriminadas por el mismo sistema jurídico que les permitió formalizar su unión de hecho, se puede decir que al restringir que estas familias puedan acceder a la adopción se afecta en gran medida el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser adoptados; es decir a ser parte de una familia que les pueda proveer cuidado, amor, protección y todos los beneficios que conllevaría el ser parte de un núcleo familiar legalmente conformado. Es ahí donde el interés superior de los niños, niñas y adolescentes se ve seriamente afectado debido a estas restricciones normativas en contra de la adopción homoparental. Autores como Giberti (2019) en relación al interés superior del niño en las adopciones homoparentales sostiene que “el interés superior del niño es aquel que regula y guía la adopción, con lo cual se vuelve imperante definirlo, además de que es un vocablo contenido a lo largo de la Convención sobre los Derechos del Niño” (p.221).

Es por ello que en virtud del bienestar de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación legal de adopción, y que para todos es entendible

las vicisitudes que sufren estos niños por no poder pertenecer a un núcleo familiar debería ser irrelevante si la familia está conformada por dos personas del mismo sexo o si está conformada por una pareja heterosexual. Téngase en consideración que el amor, el cuidado y la protección son elementos que no tiene género y que en este punto es donde debería primar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes ya que, lo que se discute es el derecho de este sector vulnerable en aptitud legal de adoptabilidad a tener una familia.

En relación al tema el Hernán Salgado presidente de la Corte Constitucional (2019) al respecto indica:

Si bien la sentencia de la Corte Constitucional (CC) abrió el camino al matrimonio civil entre personas del mismo sexo o igualitario en el Ecuador, esta no da paso a la adopción. Lo dijo el presidente de la CC, Hernán Salgado, en una rueda de prensa junto a otros cinco jueces (de nueve). Explicó que la adopción será un tema posterior. “Después vendrá el otro punto, ya posterior, de hijos, que pueden ser adoptivos, eso no lo hemos tratado”. Comentó que no se atrevería a decir nada sobre el tema porque “seguramente habrá pedidos al respecto, y como jueces no podemos adelantar criterio, habrá que esperar que se dé en un momento determinado”. En dos consultas de norma realizadas por la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el pasado 12 de junio, la CC dio paso al matrimonio igualitario en respuesta a los casos de las parejas de Javier Benalcázar-Efraín Soria y Rubén Salazar-Carlos Verdesoto. (Salgado, 2019, pág. 1)

Evidentemente este es un tema que genera reservas aún en los foros de discusión académicos y jurisprudenciales. Si bien es cierto que para muchos doctrinarios el principio de interés superior del niño abarca un conjunto de derechos en el que se incluye indudablemente el derecho a tener y formar parte de una familia, otra gran mayoría de la sociedad opina que si se permitiera la adopción por parte de matrimonios del mismo sexo o familias homoparentales, se estaría contradiciendo este principio de interés superior del niño, pues según sus criterios se afectaría el derecho de identidad y se podría crear una confusión en los niños, niñas y adolescentes que en edades tempranas absorben toda la información que sus cuidadores les brindan.

En tal caso si se analiza la normativa vigente en esta materia, se puede ver que existe contradicción entre dos preceptos jurídicas constitucionales

dentro de la Carta Magna ecuatoriana, por una parte el artículo 67 que reconoce la familia en sus diversos tipos y que las mismas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de todos sus integrantes; y, por otro lado restringe a las familias homoparentales la posibilidad de adoptar, a través del artículo 68 inciso segundo, en el que se dispone que la adopción solo corresponderá a parejas heterosexuales.

Evidentemente esta es una contradicción que debe ser solucionada de manera inminente por la Corte Constitucional del Ecuador, pues afecta directamente el derecho a la igualdad y no discriminación que deben gozar todas las personas, si se analiza que a pesar de haberse reconocido legalmente el hecho de que las parejas del mismo sexo contraigan matrimonio y que deberían ser titulares de todos los derechos y obligaciones que del matrimonio se deriven, no es lógico que solo se permita el acceso a la adopción en matrimonios o uniones heterosexuales, pues esta interpretación literal del artículo 68 de la Constitución estaría siendo discriminatoria con las personas que no ostenten esta condición marital

2.1.2. Práctica

En este sentido es necesario establecer que esta investigación tiene un sustento práctico que se justifica una vez analizadas las variables planteadas. Primeramente, la investigación permitirá establecer elementos que comprueben como el hecho de restringir el acceso a la adopción a las familias homoparentales vulnera el derecho de igualdad y no discriminación de estas parejas, al mismo tiempo sería prudente analizar si también esta vulneración de derechos se hace extensiva al derecho de los niños niñas y adolescentes a tener una familia, a desarrollarse adecuadamente dentro de un ambiente sano, de amor y protección provisto por un núcleo familiar estable.

El Ecuador como bien lo indica la Constitución de Montecristi es un Estado Constitucional de Derechos, que tiene la obligación de garantizar a sus miembros el reconocimiento efectivo de sus derechos de manera igualitaria, sin embargo, el reconocimiento del matrimonio igualitario y la formación de familias homoparentales no genera igualdad en lo referente al derecho de adopción; la figura de la adopción por parte de parejas homosexuales requiere un análisis

jurídico que aún la Jurisprudencia no se aventura a realizar, por cuanto, debe tenerse en observancia que no solo se está discutiendo el derecho de las familias homoparentales a adoptar, sino el derecho de los niños, niñas y adolescentes en condiciones de adoptabilidad a tener una familia independientemente del tipo sea esta homoparental o heterosexual.

Existen innumerables criterios doctrinarios acerca de este tema que insisten en concientizar a la sociedad sobre esta continua discriminación hacia este tipo de familias y las graves consecuencias que ello implica para el bienestar de los niños, niñas y adolescentes en condición legal de adoptabilidad. Es por eso que autores como Fernández (2019) en publicación realizada en la revista “La Adopción por personas del mismo sexo en el Ecuador” indica que:

Resulta contradictorio que por una parte la Constitución acepta y reconozca los diferentes tipos de familia, que mediante ley se apruebe y proteja a las parejas del mismo sexo y género, pero no se permite la adopción, al negar dicha situación se estaría vulnerando el derecho del niño, niña y adolescente a tener y en casos a permanecer con su familia (p.1).

Es importante considerar además que, uno de las principales obligaciones que tiene el Estado Ecuatoriano, es el de garantizar los derechos constitucionales a todos los miembros de la sociedad, en especial el derecho de igualdad de las familias que se encuentran en proceso de adopción, por cuanto si existe el reconocimiento constitucional del matrimonio igualitario, debe ser reconocido este derecho para los procesos de adopción, más aun tomando en consideración que los beneficiarios de dicho proceso son los niños, niñas y adolescentes, quienes en los últimos años y meses han incrementado considerablemente.

2.2. Conceptos estructurales de la investigación

Niños, niñas y Adolescentes: - Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad. (Código de la Niñez y adolescencia, República del Ecuador, 2003)

Familia: Se entiende por familia a un grupo de personas emparentadas entre sí, que viven juntas, o también como un conjunto de ascendientes, descendientes, parientes colaterales, afines a un linaje. ((Valdivia, 2008)

Familia Homoparental: Es aquella que se forma por el vínculo afectivo y estable conformado por dos personas del mismo sexo, quienes pueden o no criar y educar a niños/as. Intrínseco a este concepto, se establece un subconcepto denominado “familia lesboparental”, el cual consiste en un vínculo afectivo y estable conformado por dos mujeres, las cuales pueden o no convivir con niños/as. Éste se crea por una identificación entre aquellas mujeres lesbianas que se sienten discriminadas por homosexuales hombres que mantienen en sus líneas argumentativas ideas patriarcales. (Gómez, 2015)

Interés superior del niño: El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. (Código de la Niñez y adolescencia, República del Ecuador, 2003)

Igualdad y no discriminación: Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. (Declaración Universal Derechos Humanos, 1948)

2.3. Referentes teóricos

El tema objeto de la presente investigación no ha sido desarrollada con anterioridad, sin embargo, existen ciertos estudios referentes, que permiten tener información necesaria para la base del estudio, entre los cuales se encuentran:

El primer antecedente de estudio es la investigación realizada por Ramos (2018) en su tesis “La Adopción De Niños, Niñas con Discapacidad Como Mecanismo De Protección De Sus Derechos En El Ecuador”, considera:

La adopción de niños, niñas con discapacidad como un mecanismo de protección de sus derechos en el Ecuador, surge con el reconocimiento a impulsar su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás, dándoles un mayor sentido de pertinencia y avances significativos en su desarrollo personal, social y humano. Su desarrollo ha sido trascendente a nivel global, ya que cuentan con una clara regulación en materia de Derechos Humanos, especialmente en temas de inclusión y no discriminación. El tratamiento de esta nueva figura a través del legislativo permitiría al Ecuador regular estos aspectos; como a su vez ejercer el control por parte del Ministerio de Inclusión Económica y Social, para garantizar los derechos de los niños con discapacidad en calidad de abandono. Así mismo el impulso a este tipo de adopción servirá en la promoción del pleno goce de sus derechos y estar acorde con las disposiciones Constitucionales y Convenios Internacionales. De esta manera, la presente investigación tiene como finalidad definir a la adopción prioritaria de niños, niñas con discapacidad como parte de una institución tan humanitaria con su incorporación en el Código de la Niñez y Adolescencia. La definición antes descrita indica que la adopción es una institución jurídica con el fin de proteger a los menores que se encuentran en estado de abandono, también establece que mediante esta figura se crea obligaciones y derechos tanto del menor como del adoptante. El origen más remoto sobre la adopción es en la India, en donde dicha institución fue divulgada simultáneamente con los dogmas religiosos a otros pueblos cercanos. Se cree que de ahí lo aplicaron los hebreos, transmitiéndola con su desplazamiento a Egipto, donde después pasó a Grecia y posteriormente a Roma. Se conoce también que la finalidad de la adopción es religiosa. (Panta, 2013, pág. 28) Como se puede evidenciar el origen de la adopción coexiste desde tiempos muy remotos, teniendo en cuenta que la misma fue adquirida por la religión y posteriormente se ha ido consolidando conforme a tiempo y espacio. Es así que desde la antigüedad hasta la presente se ha pretendido regular o normalizar el procedimiento mediante leyes que faciliten a esta institución jurídica el otorgar en adopción a menores que por su estado de abandono lo necesiten. (Ramos, 2018, p. 28)

El antecedente de estudio indicado en líneas anteriores permite conocer que los niños que se encuentran en procesos de adopción son discriminados por el resto de la sociedad, situación que se agudiza más por el hecho de no permitir el proceso de adopción por parte de los matrimonios igualitarios, a fin de enriquecer conocimiento previos al desarrollo de la presente investigación a continuación se dará a conocer otro antecedente de estudio es lo manifestado por la ecuatoriana Duque (2017), en su trabajo de investigación El acceso al Proceso de Adopción y la Vulneración de Derechos a la Igualdad de las Familias Diversas al respecto considera:

La Constitución de la República del Ecuador garantiza el goce efectivo de todos los derechos que en ella se plantean, pero al realizar un análisis de las normas en cuanto a los derechos que tienen las familias diversas vemos que aún siguen existiendo prohibiciones en cuanto a los temas de adopción por parte de parejas del mismo sexo, así como también el acceso al matrimonio civil, entre otros temas. Pero el que nos compete exclusivamente es el de la adopción por parte de las parejas del mismo sexo, lo que crea una clara violación y vulneración a los Derechos Constitucionales por parte de las parejas que deseen adoptar pero que ven negada su petición ya que estas tienen una diferente orientación sexual, por tal motivo el Estado prohíbe su accionar, negándoles un derecho constitucional e internacionalmente establecido. Esto se debe a la fuerte presencia de la heteronormatividad en nuestra Constitución que a pesar de declararse garantista de derechos, sigue siendo controlada por una sociedad machista como la nuestra, permitiendo que se le reconozca derechos a un determinado grupo de la sociedad y no como esta se plantea como un todo, es por ello que la misma Constitución se contrapone en sus principios y derechos, creando una antinomia jurídica, que solo puede ser resuelta constitucionalmente. (Duque, 2017, p. 14)

Por último, se encuentra el estudio nacional realizado por Freire (2016), en la tesis denominada "Repercusiones jurídicas de la falta de reconocimiento del derecho al matrimonio para parejas del mismo sexo en Ecuador, al respecto indica:

Al referirse a la Constitución vigente, es importante mencionar, que tiene como principal efecto proveer al Ecuador, en el contexto de un Estado de Derechos y Justicia, de los principios para la aplicación de los derechos de las personas garantizando sobre todo el bienestar de los individuos; en el caso específico de las poblaciones LGBTI, reconoce el derecho a formar una familia y a que esta sea protegida por el Estado en sus diversos tipos y por lo tanto deben ser protegidas por el estado. En el lapso de los últimos diez años, en varios países del mundo, se ha reconocido el derecho al matrimonio civil igualitario y con el transcurrir del tiempo se ha impuesto la respectiva normativa que reconoce el principio de igualdad entre el matrimonio de personas de distinto sexo con el matrimonio de personas del mismo sexo. Este reconocimiento ha permitido que existan efectos favorables, no solo en el ámbito patrimonial, sino en el reconocimiento social de familia y de seres humanos. (Friere, 2016, p. 10)

Evidentemente en la legislación ecuatoriana en la última década se ha presentado grandes transformaciones en la Constitución, siendo uno de ellas el respeto hacia los grupos sociales, en especial a la población LGBTI, a quienes se les ha reconocido un trato igualitario en sus derechos, sin embargo es necesario ampliar sus derechos, por lo que es indispensable hacer analogías con sociedades desarrolladas; con el fin de tener más antecedentes para el

estudios de la presente investigación a continuación se da a conocer el artículo jurídico realizado por el Abogado Granja (2018) en el tema titulado Matrimonio Y La Adopción Para Las Parejas Homosexuales al respecto indica:

El derecho de los homosexuales a contraer matrimonio y a adoptar niños, pero no desde el tan manoseado "derecho a la igualdad" sino por el contrario desde una visión más adecuada como es "el derecho a ser diferentes". Debo confesar que uno de los más hermosos párrafos que he encontrado en el derecho constitucional comparado es uno brevísimo. Está encapsulado en el Art. 95 de la Constitución Colombiana que claramente señala que una de las principales obligaciones de las personas para poder coexistir en una sociedad democrática consiste en respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. No obstante, es la Jurisprudencia Colombiana, concretamente la dictada por su Corte Constitucional la que va abiertamente en contravía de la norma tética recién aludida. ¿Por qué decimos esto? Muy sencillo: En la sentencia C-814 del 2001 esta Corporación decidió firmar el acta de defunción de cualquier intento de adoptar niños por parte de parejas del mismo sexo con un argumento, a todas luces, impresentable: "el fin del ordenamiento es la protección de la integridad moral del menor". Siendo así, lo que nos dice la Corte Colombiana, palabras más, palabras menos es que los homosexuales no gozan de ninguna solvencia moral, deben ser vistos y conceptualizados como seres sin escrúpulos, desprovistos de toda ética y sentido de humanidad. Esto es homofobia pura, no un argumento digno siquiera de ser debatido. Contrario a esto, lo que vamos a proponer en este artículo es que el simple intento de las parejas gays a adoptar un niño ha sido analizado por nuestras homofóbicas sociedades desde un punto de partido equivocado: no se trata de priorizar ningún derecho de los adoptantes sino de garantizarle al menor abandonado el derecho a tener una familia y crecer siendo protegido y amado. Que puede ser lesionado por sus padres adoptivos no se discute. Es una triste posibilidad que también puede darse en el seno de una familia integrada por padres de diverso sexo. (Granja, 2018, p. 3)

De acuerdo a la sentencia dictada por la Corte Constitucional de Colombia, claramente expresa que las parejas homosexuales no pueden realizar procesos de adopción, generando así la violación de los derechos de las parejas homosexuales, sino también el derecho de los menores a tener una familia, constituyéndose de esta manera una violación a los principios universales de igualdad; continuando con la investigación se puede observar otros estudios realizados que son importantes para el estudio de la presente investigación como son los realizados por Lacub (2002), en su trabajo denominado *Le crime était*

presque sexuel et autres essais de casuistique juridique, pág. 286. París, EPEL, Champs essais, considera:

La adopción homoparental es la adopción de un niño por parte de una persona o una pareja de personas homosexuales, formándose una familia homoparental. La adopción por parte de parejas del mismo sexo es legal en 29 países; además, es legal la adopción del hijo del cónyuge en Eslovenia, Estonia, Italia, San Marino, Suiza y Taiwán. Sin embargo, no es reconocida en la mayor parte de los países, aunque en algunos se debate permitir la coincidentemente a la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo, al establecer una igualdad de derechos y otorgar las mismas garantías que a una pareja heterosexual. Otros países, como Chile y República Checa, la admiten por vía oblicua al permitir que sólo uno de los miembros de la pareja adopte como soltero. (Lacub, 2002, pg. 286)

Finalmente se encuentra el estudio realizada en España Zerolo (2018) en su trabajo Adopción Homoparental, al respecto indica:

Se contempla la adopción homoparental desde la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo en España. Anteriormente, por un lado, la Ley 21/1987 que modificó el Código Civil en materia de adopción. Y por otro lado, la Ley 35/1988 que reguló por primera vez las Técnicas de Reproducción Asistida, abrieron de facto, aunque sólo parcialmente en algunos casos, la homoparentalidad desde el ordenamiento jurídico. En el primer caso, se autorizó acceder en solitario a individuos solteros, - pudiendo ser el individuo en cuestión homosexual, si éste ocultaba su orientación sexual durante el proceso de idoneidad en el transcurso de una adopción -. En el segundo caso, una mujer soltera, - pudiendo ser lesbiana, pero ocultando dicha condición -, además de poder adoptar individualmente, se le permitió también ser madre biológica en solitario mediante fecundación in vitro (FIV). En ambas situaciones, fue posible, sólo en algunos casos que pasaran desapercibidos, que las parejas homosexuales pudieran indirectamente criar niños. Si bien, sólo uno de los miembros de la unión homosexual disponía de la patria potestad del menor que había adoptado como soltero o, en caso de parejas de mujeres, que había engendrado mediante FIV. A partir de 2000, en 4 comunidades autónomas; Aragón, Navarra, País Vasco, y Cataluña se regularon la adopción conjunta a las parejas de hecho homosexuales. En Andalucía, Asturias y Cantabria se legalizó sólo el acogimiento de menores por parte de uniones homosexuales. Ya con la Ley 13/2005, España fue el primer país que estableció la igualdad total en lo relativo a la adopción y matrimonio para las parejas del mismo sexo, puesto que cuando entró la nueva legislación española en vigor, el 3 de julio de 2005, la legislación holandesa no contemplaba la posibilidad de que las parejas homosexuales adoptasen niños extranjeros y la belga aún no admitía la adopción por parte de matrimonios homosexuales. Sin

embargo, en la práctica, un matrimonio entre personas del mismo sexo casi no tiene ninguna posibilidad de adoptar menores extranjeros, puesto que casi todos los países de procedencia de dichos menores suelen limitar las adopciones únicamente para matrimonios de hombre-mujer. Hacia finales de 2011, se habían celebrado en España un total de 22.124 matrimonios entre personas del mismo sexo, de las que 897 se habían disuelto en divorcio o separación, según datos del INE. Una encuesta de 2011 realizada en España reveló que un 56% de los ciudadanos se muestra a favor de que las uniones entre personas del mismo sexo se denominen «matrimonio» y de que puedan adoptar hijos. (Zero, 2018, p. 3)

Por último, se encuentra la tesis presentada por Beatriz Saucedo (2014) en su tema de investigación Matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo. El caso del D.F., México al respecto indica:

El contenido primordial de esta tesis, consiste en dar un enfoque diferente al surgimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo y su posibilidad de adoptar en la capital de México. Empezamos por sostener que el matrimonio es una institución que inevitablemente ha evolucionado a través del tiempo en el hemisferio occidental, de suerte que ha devenido en una figura jurídica y social, actualmente muy alejada de la concepción inicialmente tradicional que formaban un hombre y una mujer con fines de procreación. La opción probada de procrear sin sexualidad y del intercambio sexual sin procreación, aunado a las transformaciones en materia de equidad de género (donde la situación de las mujeres ha ocupado un lugar primordial en la historia del matrimonio) además de los avances de los derechos fundamentales y en suma, de las mutaciones sociales propias de la historia universal, acusan el carácter no natural y por ende, cultural del matrimonio. México es un Estado laico desde el siglo XIX y es imperativo salvaguardar esa tradición que no ha sido del todo respetada desde entonces. Esto es crucial porque la influencia de las creencias religiosas en el país han sido clave para oponerse al matrimonio homosexual y la adopción, sin soslayar otros prejuicios de índole ideológica que carecen de fundamentos jurídicos para atacarlo. Luego de las reformas enunciadas, se analiza exhaustivamente la acción de inconstitucionalidad presentada ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación y se analizan sus debates y conclusiones. Consideramos que este apartado resulta de extremo interés académico y jurídico. Al hablar de España como un referente casi obligado para nuestra cultura, se dedican varios apartados a las uniones de hecho como antecedente del matrimonio y la adopción, porque concluimos que en estos casos no se privilegia la igualdad ante la ley cuando se pretende adoptar, pues no todas las parejas del mismo sexo pueden hacerlo (si no están casadas) dada la heterogeneidad de legislaciones autonómicas que lo impiden.

Los estudios realizados en la legislación Mexicana son de mucho avance para la realización de la presente investigación, por cuanto al ser permitido las adopciones por parte de un matrimonio igualitario es factible considerar los diversos estudios realizados en relación a los efectos que conlleva dicha situación jurídica con respecto a los beneficios que tienen los menores, sin embargo existe cierta prohibición, la cual consiste en que las personas deben haber contraído matrimonio y no ser solteros para solicitar la adopción de los menores, situación está que deja todavía ciertas falencias en las normas jurídicas.

2.4. Marco legal y jurisprudencial

El marco legal y jurisprudencial en que se basa la investigación, se centra específicamente en el análisis del siguiente contexto normativo:

- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en el artículo 2 expresa:

Artículo 2. "Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía".

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

Artículo 16. "1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en

caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948)

- Constitución de la República del Ecuador (2008), específicamente en lo establecido en los artículos 67 y 68, el primero referido al reconocimiento de los diferentes tipos de familias, y el segundo en lo referente a la excepción que se establece con respecto a que la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.
- Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador (2003) en lo que establece en su artículo 159 numeral 6 señala como requisito fundamental para la adopción que se trate de parejas de adoptantes heterosexuales.
- Sentencias 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19, que entró en vigencia el 8 de julio del 2019 y claramente se establece el reconocimiento como un derecho en Ecuador al matrimonio civil entre personas del mismo sexo (Corte Constitucional 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19, 2019).

Estos contextos de enfoque para el estudio de la presente investigación que se realizará permiten tener una mejor perspectiva de la problemática que se ha generado, a fin de evitar la vulneración de ciertos derechos constitucionales en la legislación ecuatoriana, por lo que al reconocer el matrimonio igualitario, también es necesario que se considere los procesos de adopción para dichos matrimonios, por cuanto los beneficiarios de estos procesos son los niños, a quienes se les precautela sus intereses, es decir al existir los procesos de adopción para los matrimonios igualitarios, se garantiza a los niños el derecho de tener familia, un hogar, protección.

CAPITULO III. MARCO METODOLÓGICO

3.1 Enfoque de la investigación

Es importante indicar que la investigación que se realiza es doctrinaria, razón por la cual el enfoque de la investigación es cualitativo, por cuanto se necesita realizar estudios doctrinarios, jurisprudenciales, así como también recolección de datos en relación al tema que se desarrolla.

De acuerdo al investigador Álvarez (1999), con relación a la investigación cualitativa al respecto indica:

La investigación cualitativa posee un enfoque multimetódico en el que se incluye un acercamiento interpretativo y naturalista al sujeto de estudio, lo cual significa que el investigador cualitativo estudia las cosas en sus ambientes naturales, pretendiendo darle sentido o interpretar los fenómenos en base a los significados que las personas les otorgan. La investigación cualitativa es un campo interdisciplinario, transdisciplinario y en ocasiones contra disciplinario, atraviesa las humanidades y las ciencias sociales y físicas. Es multiparadigmática en su enfoque. Los investigadores están comprometidos con una perspectiva naturalística y a la comprensión interpretativa de la experiencia humana. La investigación cualitativa se encuentra bajo dos tensiones simultáneas, una amplia sensibilidad interpretativa, posmoderna y crítica y por una concepción y análisis de la experiencia humana positivista y más estrechamente definidos, pospositivistas, humanistas y naturalistas. (Álvarez, 1999, p. 2)

En el desarrollo de la presente investigación se va a emplear la técnica cualitativa por cuanto se va proceder a estudiar, analizar las sentencias dictadas por la Corte Constitucional a favor de los matrimonios en el Ecuador, y los efectos que abarca dicha institución jurídica, los cuales hasta la presente fecha no han sido analizados, por lo que no se permite la adopción para este grupo de la sociedad.

Camacho, (1999) "Tres actividades interconectadas y genéricas definen el proceso de investigación cualitativa, incluyen: teoría, método y análisis, ontología, epistemología y metodología. Detrás de estos aspectos se encuentra la biografía personal del investigador con su género, el que habla desde la perspectiva de una clase particular, raza, cultura y etnia. El investigador con su género se acerca al mundo con una serie de ideas, un marco teórico (teoría, ontología) que especifica una serie de preguntas (epistemología). Esta perspectiva lleva al investigador a adoptar puntos

de vista particulares respecto “al otro” que es estudiado.”. (Camacho, 1999, p.p. 117-123).

La investigación cualitativa permite analizar de manera pormenorizada y detallada las sentencias dictadas por la Corte Constitucional, a fin de establecer los beneficios que se obtiene al aceptar el matrimonio igualitario, así como también los diferentes criterios que tienen países desarrollados, quienes han aceptado no solo el matrimonio igualitario, sino también los procesos de adopción, los cuales han obtenido bastantes beneficios en los niños que se encuentran en procesos de adoptabilidad.

3.2. Tipo de investigación

El tipo de investigación que se va a emplear en el desarrollo del presente trabajo es documental con diseño descriptivo, ya que se utilizará diferentes documentos como son la Constitución, sentencias dictadas por la Corte Constitucional y la doctrina.

En relación con el tema la investigadora Catherine Martínez al respecto indica:

La investigación o método descriptivos de investigación es el procedimiento usado en ciencia para describir las características del fenómeno, sujeto o población a estudiar. Al contrario que el método analítico, no describe por qué ocurre un fenómeno, sino que se limita a observar lo que ocurre sin buscar una explicación. (Martínez, 2017, p. 2)

La investigación descriptiva va hacer empleada en el desarrollo de la presente investigación, por cuanto se va a describir y analizar las sentencias dictadas en la legislación ecuatoriana, a favor del matrimonio igualitario.

3.3. Técnicas e instrumentos de recolección de información.

Se procederá a realizar el análisis de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional, en la cual se acepta el matrimonio igualitario, en la legislación ecuatoriana y se analizará además jurisprudencia comparada de países de la región para establecer como se aborda esta problemática en legislaciones de países como Colombia, Argentina y Chile.

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

4.1. LAS FAMILIAS HOMOPARENTALES DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA

4.1.1 Aproximación al concepto de familia. Familias homoparentales.

A lo largo de la historia de la humanidad muchos han sido los conceptos que se han abordado en lo que refiere a la familia como núcleo de la sociedad. Autores como Arias (1993), asegura por ejemplo que “la familia es un conjunto de personas que vive bajo un mismo techo, ligadas bajo vínculos afectivos o jurídicos y emerge de las relaciones entre padres e hijos” (p.105). Sin embargo de aquello esta organización o vinculatoriedad ha pasado por diversos cambios estructurales, mismos que responden necesariamente a conmociones externas sociales de orden socioeconómico. Es por ello que ya no va a surgir esta institución de la familia como una manifestación no surge exclusiva del matrimonio, sino que ya convergen otros factores como puede ser unión marital no formalizada y/o la satisfacción de necesidades afectivas que se materializan con los vínculos que se forman entre persona, con independencia de su sexo.

En este orden de ideas es que se hizo necesario que se comenzara a considerar a la familia desde otra óptica, pues con el pasar de los tiempos, se han visto fortalecidos ciertos vínculos de solidaridad entre los miembros del grupo; que han sido profundamente observados en el plano social, dados los sentimientos de convergencia y afecto que esa situación crea como dinámica grupal y que van más allá de una relación basada en la consanguinidad. Se puede hablar entonces de una concepción de la familia en sentido amplio.

Para autores como Oliva y Villa (2014)

El concepto de la familia puede emitirse desde una perspectiva sociológica y desde una perspectiva jurídica. Los sociólogos definen a la familia afirmando que es un grupo caracterizado por una relación sexual suficientemente definida y permanente para promover a la procreación y educación de la prole; también se le conceptúa como a la agrupación relativamente permanente y socialmente autorizada de padres e hijos.

Más que un solo tipo de familia o una “familia ideal”, existen “muchas familias” que representan diversas formas de crecer, convivir y relacionarse. “El interés de la familia no siempre coincide con el egoísmo de cada uno, y por esto la organización familiar viene regulada por numerosas normas inderogables, de orden público” (p.13)

Es así como se puede evidenciar que la estructura familiar ha variado con respecto a su forma más tradicional en cuanto a funciones, composición, ciclo de vida y rol de los padres, principalmente en lo que se refiere al rol de la mujer, la que, por variaciones en su situación económica, se ha visto en la necesidad de salir de su hogar en busca de sustento familiar. Por ende desde una perspectiva multidisciplinaria la familia se constituye en un ambiente restringido e íntimo de cada persona, donde se muestra tal cual es, sin mayores limitaciones o restricciones que las impuestas por la ley, en espacios reales o virtuales de interacción, recreados bajo sus propias reglas.

Es por ello que a pesar de que la familia en la actualidad se manifiesta en sus diversos tipos, pues se puede hablar de Familia de Hecho, identificada por autores como Corral (1990) “es la familia constituida al margen de las condiciones del ordenamiento jurídico”. Es decir, este tipo de familia surge de lazos de parentesco de orden afectivo, respetuoso, solidario, de protección y comprensivo, mas no están constituidas por lazos de consanguinidad o por vínculos legales.

No se puede dejar a un lado la familia uniparental/monoparental, que para autores como Barboza (2013):

Corresponde a la unidad familiar que desde su constitución tiene una estructura monoparental centrada en la figura materna o paterna; o que debido a la desintegración de la díada parental-conyugal, falta el padre o la madre, sea por fallecimiento, separación o ausencia. Una aproximación teórica-conceptual para el estudio de las organizaciones familiares temporal o definitiva, y en el cual junto a los habidos se constituye una familia incompleta. (p.111)

Aunando en esta temática, si bien se ha unificado la institución del matrimonio como base para la conformación de la familia, no son pocas las alternativas que podrían esta institución, tantas como tipos de parejas quisiéramos identificar con independencia de la aceptación social que las mismas tengan, pero en definitivas alternativas para reconocer distintas opciones de vida personal y familia. Con la

actual coyuntura respecto a ciertos tipos de matrimonio, sale a colación el tema de las parejas homosexuales que deciden compartir espacios físicos, afectivos y derechos civiles de los cuales gozan estos matrimonios heterosexuales.

Muchos son los países que han reconocido a la fecha el matrimonio civil igualitario, entre personas del mismo sexo, lo que conllevaría al reconocimiento de todos los derechos y obligaciones que emanan de esta institución jurídica. En este contexto se puede hablar de la conformación de un nuevo tipo de familia: la Familia homoparental. En este sentido los autores consideran que, el concepto de familia homoparental es relativamente nuevo, lo que propicia dudas, incertidumbres, lo que también hace que sea incomprendido y rechazado, incluso en medios académicos. Sobre todo, por las diversas concepciones que hay respecto a la capacidad de estas familias para criar hijos, precisamente por conceptos discriminatorios que les rodean, respecto a si pueden o no inculcar correctos valores y principios en los hijos, y sobre todo la posibilidad futura de que los mismos sean homosexuales respondiendo a este tipo de crianza.

4.1.2 El matrimonio igualitario en el Ecuador como base de las familias homoparentales. Antecedentes Históricos

Para poder analizar como el Ecuador llega a reconocer y legalizar el matrimonio civil igualitario es necesario realizar un breve esbozo sobre las etapas históricas por las que ha transitado el sistema jurídico ecuatoriano. Es menester analizar como los derechos de las parejas homosexuales no fueron concedidos de manera pacífica y voluntaria por la sociedad, sino que por el contrario son el resultado de años de lucha social, que dejaron en el camino innumerables pasajes de abusos, maltratos, violencia, incluso el hecho de ser homosexual llegó a ser considerado delito y penado por la ley. Es así que el reconocimiento de esta institución para personas del mismo sexo es una vía de reconciliación por tantos y tantos derechos vulnerados a lo largo de los años a la comunidad LGBTI. A continuación se realiza un breve recorrido por estas etapas históricas.

1) Primera etapa: Régimen de la República colonial - de 1830 a 1897

En los inicios de la vida republicana, muchas instituciones de la joven nación todavía estuvieron vinculadas al régimen colonial. El Estado Canónico y la Iglesia Católica aún determinan la forma de organización política y social, que se plasma en el sistema constitucional. Prima una perspectiva patriarcal, clasista, racista, sexista y heterosexual, donde la noción del matrimonio heterosexual está implícita. Las constituciones de este período tienen una concepción sexista y heterosexual de forma implícita, pues no se reconocía a la mujer como ciudadana y, para obtener la ciudadanía, el varón debía estar casado, es decir, haber contraído nupcias una pareja formada por un hombre y una mujer, en sujeción a las reglas dispuestas por la iglesia católica, conforme al derecho canónico estatal vigentes y el Código Civil (Benalcázar, 2018).

Es entendible que en esta etapa hablar de temas como derechos de la mujer y homosexualidad era considerado una utopía. Primaba una ideología con alto contenido religioso y clasista en el que la iglesia sin duda alguna era la máxima expresión de poder, marcando los estándares sociales y religiosos a los que debía ceñirse un buen cristiano, así y solo así se consideraba una persona de bien dentro de la sociedad.

2) Segunda etapa: Régimen de la República Liberal - de 1897 a 1929

Surge de la disputa entre el naciente Estado Laico y el decadente Estado Canónico. Entre la ciudadanía, se evidencia una fuerte disputa por una ciudadanía liberal, y parcialmente incluyente, pues todavía se deja fuera de la ciudadanía a las personas analfabetas; la mujer no es reconocida como ciudadana; la Iglesia y la religión católica tienen una fuerte presencia, y la noción social y cultural del matrimonio heterosexual domina (Benalcázar, 2018).

En esta etapa aún y cuando ya se comienzan a gestar conflictos internos dentro de los diferentes sectores sociales, pues ya comienzan a separarse o a surgir nuevas ideas y concepciones liberales esencialmente con contenido

económico, aún la iglesia seguía jugando un papel definitivo dentro de la conciencia social de esa etapa. Los derechos de las clases minoritarias, como las personas analfabetas, las mujeres, las clases trabajadoras seguían siendo un fin aún inalcanzable. El matrimonio heterosexual se mantenía en la cúspide como la base fundamental de la familia dentro de la sociedad, mientras las personas homosexuales continuaban a la sombra siendo excluidos, discriminados y perseguidos por su orientación sexual inaceptable para la época.

3) Tercera etapa: modernización de la República liberal - de 1929 a 1967

A partir de la Constitución de 1929, el Estado laico es el vencedor jurídicamente. Se tiene una ciudadanía liberal, regida en la materia por el Código Civil. Se mantiene la noción del matrimonio heterosexual dominante, y cobra vigor el régimen de protección reforzada a la familia heterosexual. Con esta Constitución comienza un tiempo de reivindicaciones de derechos políticos de las mujeres, pero con claros refuerzos a la familia y el matrimonio clásico, heterosexual dominante. Las constituciones de 1945 y 1946 reproducen el sistema y régimen reforzado de protección a la familia y el matrimonio heterosexual como un fin del Estado y una responsabilidad social (Benalcázar, 2018).

A pesar de que esta etapa marco una serie de conquistas en materia de derechos, si hablamos de la homosexualidad no existió ningún tipo de reconocimiento o cambios sociales sustanciales. Parecería que este sector permanecía mudo y estático en el tiempo, sin que sus voces tuvieran la menor importancia en lo que en materia de derechos se refiere. El matrimonio entre personas heterosexuales continúa siendo la base sobre la que se sustenta la familia y por ende se refuerza la protección del mismo como un fin primordial del Estado.

4) Cuarta etapa: régimen de la República liberal de derechos - de 1967 a 1998

En esta etapa, el Estado laico se fortalece jurídicamente, se profundiza la ciudadanía liberal, ahondándose el régimen de derechos explícitos, con un lenguaje de derechos humanos y de libertades personales en la Constitución, tal vez como reflejo del surgimiento y desarrollo inicial del sistema universal y regional de derechos humanos. Sin embargo, persiste la noción del matrimonio

heterosexual, reforzado con el régimen de protección de la familia y la legislación civil. Resulta pertinente mencionar el carácter del matrimonio desde 1967, pasando por las Constituciones de 1979, 1984, 1993, 1996, 1997 así como la de 1998, formalmente no es excluyente, pues determina que:

“el matrimonio se funda en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad especial de los cónyuges”, sin especificar la tradicional limitación de parejas heterosexuales. Esta norma podría ser interpretada como una superación de la visión tradicional previa, es decir, que no importa el sexo, la orientación sexual o el género en la pareja de contrayentes, pero el contexto jurídico y cultural que rodea esta definición es heterosexual al leer, cuando se revisan las normas relativas a la familia y al matrimonio en el derecho civil (Benalcázar, 2018).

Evidentemente en esta etapa se ve un crecimiento agigantado referente al reconocimiento de derechos humanos. Se comienzan a gestar movimientos sociales y políticos que defendían los derechos fundamentales de las clases minoritarias entre las que se encuentran los homosexuales. A pesar de la evolución desde el punto de vista normativo y jurídico de la época, donde se evidencia que constitucionalmente se utilizan términos genéricos como “contrayentes”, sin que esto implique una distinción de género, aún persiste en la conciencia social la estigmatización y los prejuicios referentes a las uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo y el matrimonio entre personas heterosexuales sigue predominando como base de la conformación de la familia tradicional.

5) Quinta etapa: del régimen de la República liberal de derechos a la república social de derechos - de 1998 a 2008

En esta etapa, se consolida el Estado laico, la ciudadanía diversa se amplía, el régimen de derechos y libertades explícitas tiene un lenguaje de derechos humanos. A decir de autores como Benalcázar (2018) se plasma la inclusión del principio y derecho a la igualdad y no discriminación por razones de orientación sexual y de identidad de género, así como el reconocimiento de la familia diversa disputan el sentido de la noción de familia frente al control heterosexual exclusivo. Además, el reconocimiento de la unión de hecho de las personas del mismo sexo marca un cambio cualitativo en las relaciones sociales y de pareja (Benalcázar, 2018).

A pesar de ello continuaba, la noción y restricción reforzada del matrimonio homosexual en la Constitución del 2008. Esta definición del matrimonio se establece por primera vez en una Constitución en el Ecuador y su antecedente más directo está en los debates parlamentarios en la Asamblea Constituyente, marcados por una perspectiva restrictiva. A pesar de estas consideraciones, la demanda del matrimonio igualitario en el país, en la región y en el mundo, se hacía cada más latente y sin dudas provocaba tensión entre del Estado y la comunidad LGBTI, además de entrar en contradicción con el discurso garantista defendido por el Estado como precursor de la cultura diversa y democrática.

Socialmente, desde 1997 se produjeron en Ecuador varios acontecimientos que implicaron avances significativos en el ejercicio de los derechos humanos del colectivo LGBTI, a partir tanto de la jurisprudencia, las políticas públicas y la legislación. La despenalización de la homosexualidad como delito, establecida en el artículo 516 del antiguo Código Penal, el año 1997, inicia distintos procesos que se constituyen en precedentes significativos. Entre estos, destaca la inclusión de la cláusula de no discriminación en razón de la orientación sexual en la Constitución de 1998, reforzada por las normas constitucionales del 2008, así como por políticas específicas del Plan Nacional de Desarrollo que incluye la obligación del Estado de protección especial a personas en situación de vulnerabilidad (Principio 2, objetivo 6).

El año 2014, con la aprobación del nuevo Código Orgánico Integral Penal, se tipifica en los artículos 176 y 177 los actos de discriminación y los de odio como delitos, lo que incluye la discriminación y el odio por orientación sexual e identidad de género. En la Agenda Nacional de Mujeres y la Igualdad de Género 2013-2017, se establecen acciones específicas con el fin de garantizar el desarrollo de los colectivos y grupos de la diversidad sexual y de género (Benalcázar, 2018).

En 2014, la Defensoría del Pueblo, con el soporte de organizaciones civiles del colectivo LGBTI, elaboró una Guía Metodológica para el Curso Virtual sobre los Derechos de la Población LGBTI, dirigido a servidores públicos, en el marco de la Política Interinstitucional LGBTI. Esta guía fue producida por el Ministerio

Coordinador de Desarrollo Social. El curso virtual se dio entre julio de 2016 y junio de 2017. Se registraron en total 54 instituciones públicas, 134.348 usuarios, alrededor de 100.000 aprobaron el curso, logrando sensibilizar sobre un mejor servicio y atención a la población LGBTI y a la ciudadanía en general (Freire & Fernández, 2018).

Posteriormente en el año 2015, el estado toma partido frente a los casos de violencia contra las personas homosexuales y se constituye la Comisión de seguimiento de casos de muertes violentas de personas LGBTI. Esto sin dudas era una respuesta del estado frente a las incontables denuncias de violencia y crímenes que presentaban algunas organizaciones civiles de protección de derechos. Las acciones de esta comisión tuvieron avances significativos, pues el año 2017, de los 48 casos a los que se les dio seguimiento, 8 obtuvieron sentencia condenatoria, 25 se encuentran en investigación previa, 3 han sido archivados y 3 tienen auto de llamamiento a juicio. Por primera vez los actos de violencia y criminalidad contra estas personas eran castigados e investigados por el Estado.

Por otra parte, entre los logros de los colectivos LGBTI y las organizaciones que las respaldan, destaca que la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles publicada en el Registro Oficial No. 684 del 4 de febrero de 2016 se establezca en el artículo 78 el procedimiento del cambio de nombre para las personas trans, estableciendo que, desde los 18 años de edad, toda persona, por sus propios derechos, por una sola vez, podrá cambiar sus nombres propios, alterar el orden de los mismos, suprimir uno cuando conste con más de dos o, aumentar uno cuando conste con un solo nombre, sin más que su voluntad ante la autoridad competente.

Además, el artículo 94 de la misma norma establece que, al cumplir la mayoría de edad y por una sola vez, la persona por autodeterminación podrá sustituir el campo sexo por el de género que puede ser: masculino o femenino. Este artículo también determina la exigencia de la presencia de dos testigos que acrediten una autodeterminación contraria al sexo del solicitante y por al menos

dos años. Esta última parte es cuestionada por el colectivo LGBTI, porque afecta el principio de autodeterminación y autonomía.

El Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021, se establece como política 2.1.: “Erradicar la discriminación y la exclusión social en todas sus manifestaciones, especialmente el machismo, la homofobia, el racismo, la xenofobia y otras formas conexas, mediante acciones afirmativas y de reparación integral para la construcción de una sociedad inclusiva” (Senplades, 2017). Esto permite al colectivo LGBTI la exigencia de acciones y estrategias en distintos ámbitos y en los diversos niveles de gobierno.

La corte Constitucional también toma partido en el tema y el 24 de agosto de 2017, emite la sentencia del caso No. 0288-12- EP, el cual da respuesta al pedido del señor Bruno Paolo Calderón quien desde al año 2001, solicitó al Registro Civil de Manabí la rectificación de su sexo en la cédula, lo cual fue negado en reiteradas ocasiones por los Tribunales de Justicia ante los cuales acudió. Finalmente, a la luz de la nueva Constitución del 2008 presenta una Acción Extraordinaria de Protección ante la Corte Constitucional, instancia que aceptó el pedido de Bruno Paolo y determinó que existió vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, debido proceso respecto de la adecuada motivación, libre desarrollo de la personalidad e identidad personal previstos en los artículos 75, 76 numeral 7 literal I y 66 numerales 4 y 28 de la Constitución de la República del Ecuador.

Otro tema importante que se debe indicar es que las normas de derecho internacional son directamente aplicables en nuestro país, gracias al sistema monista incorporado en la Constitución de la República de 2008. La jerarquía de dichas normas está dada en función de la materia que corresponda. En materia de derechos humanos, las normas internacionales quedan incorporadas en la Constitución de forma automática, o sea, se consideran parte del bloque de constitucionalidad y en caso de conflicto entre las normas constitucionales y las internacionales, tiene prelación o mayor jerarquía la norma que proteja los derechos fundamentales, con base en el principio *pro homine*.

El año 2017, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte - IDH), que se constituye en un tribunal internacional, cuyas decisiones se constituyen en jurisprudencia internacional, publicó Opinión Consultiva OC24/17, que interpreta la Convención Americana de Derechos Humanos sobre el derecho de las personas del mismo sexo de formar un matrimonio. Esta opinión determinó que los estados parte de la Convención estaban obligados a autorizar a las parejas del mismo sexo para formar las mismas instituciones jurídicas que las parejas heterosexuales, con todas las obligaciones y derechos que devienen de ello.

Las sentencias de la Corte Constitucional 10-18-CN/19 y 10-18-CN/19, resuelven una consulta de norma elevada por una de las salas de la Corte Provincial de Pichincha, a raíz de la Acción de protección presentada por una pareja del mismo sexo, quienes solicitaron en el Registro Civil la celebración e inscripción de su matrimonio, fundamentados en la Opinión Consultiva OC24/17 de la Corte IDH, en aplicación del principio de igualdad y no discriminación. Es necesario establecer que si bien es cierto las Opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH no se consideran jurídicamente vinculantes, sin embargo, sí se convierten en estándares obligatorios de interpretación para los estados parte, además de que en virtud de principios como el de buena fe internacional y principio *pro homine* deben necesariamente ser tomadas en consideración para resolver en el mejor beneficio de los derechos humanos. Es así que, la consulta fue planteada sobre si Opinión Consultiva de referencia era de directa aplicación, toda vez que se encontraba en contradicción con el artículo 67 de la Constitución de la República.

4.1.3 Análisis de casos concretos. Sentencias Sentencia n.º 10-18-CN/19 y Sentencia N.º 11-18-CN/19

En ambos casos, sentencias n.º 010-18-CN y 011-18-CN, las acciones de protección se originaron por la negativa de los funcionarios de Registro Civil, Identificación y Cedulación, a inscribir los matrimonios de los demandantes. Las fichas relatorías de ambas sentencias resumen de forma clara la situación en ambos casos:

Sentencia n.º 10-18-CN/19

Tipo de acción: SCN Consulta de Constitucionalidad de Norma

Expediente n.º 010-18-CN, Consulta de Constitucionalidad de Norma, provincia Pichincha.

Accionante: Gabriela Estefanía Lemos Trujillo

La Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad sustitutiva y sustractiva de partes de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, disponiendo que el tenor de estas disposiciones se modifique en los siguientes términos: “[C.C.] Art. 81.- Matrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente. [LOGIDC] Art. 52.- Autoridad ante quien se celebra e inscribe el matrimonio.

El matrimonio es la unión entre dos personas y se celebra e inscribe ante la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación. Fuera del territorio ecuatoriano, se celebra e inscribe ante el agente diplomático o consular, si al menos uno de los contrayentes es ecuatoriano” (Corte Constitucional, 2019).

La Corte Constitucional especificó que dicha declaratoria de inconstitucionalidad tiene efectos erga omnes y es de aplicación inmediata, exhortando a la Asamblea Nacional a revisar el resto de disposiciones legales sobre el matrimonio civil de forma integral, a fin de que esta incluya como cónyuges a las parejas del mismo sexo, con idéntico trato al otorgado a las parejas de diferente sexo.

Es decir, se declara la Inconstitucionalidad sustitutiva y sustractiva de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.

Las normas constitucionales demandadas fueron:

Art. 424. La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico.

Art. 427. Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad.

Las normas constitucionales tratadas fueron:

Art. 11. 3. Principio a que los derechos son de directa e inmediata aplicación.

Art. 11. 3. Principio referido a la plena justiciabilidad de los derechos.

Art. 11. 7. Principio de no exclusión de los derechos derivados de la dignidad.

Art. 67. Derecho de reconocimiento de diversos tipos de familia.

Art. 11. 2. Principio de igualdad y no discriminación en razón de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género.

Art. 424. La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico.

Art. 427. Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad...

Art. 11. 8. Principio de progresividad de los derechos.

Art. 11. 8. Principio de progresividad de los derechos.

Art. 1. El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente...

Art. 83. 14. Respetar y reconocer las diferencias étnicas, nacionales, sociales, generacionales, de género, y la orientación e identidad sexual.

Art. 137. El proyecto de ley será sometido a dos debates.

Las normas constitucionales vulneradas fueron:

Art. 11. 2. Principio de igualdad y no discriminación en razón de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género...

Sobre estas y otras normas, se presenta el análisis detallado en páginas posteriores.

Sentencia N.º 11-18-CN/19

Tipo de acción: SCN Consulta de Constitucionalidad de Norma

Expediente n.º 0011-18-CN, Consulta de Constitucionalidad de Norma.

Accionantes: Miguel Ángel Narvárez Carvajal, Dilza Virginia Muñoz Moreno y Santiago Martín Acurio del Pino.

Ante la consulta de constitucionalidad planteada en el caso n.º 11-18-CN, mediante voto de mayoría, la Corte Constitucional estableció que no existe contradicción entre el artículo 67 de la Constitución, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante la Opinión Consultiva OC 24/17, que reconoce el derecho al matrimonio civil entre hombre y mujer y el derecho al matrimonio civil entre parejas del mismo sexo, disponiendo que el Tribunal consultante interprete el sistema normativo a la luz de esta sentencia y ordene al Registro Civil registrar el matrimonio civil de los titulares en la acción de protección, al no ser necesaria una reforma constitucional al artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador, siendo también innecesarias reformas previas, a los artículos 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles, y 81 del Código Civil, para resolver el caso concreto (Sentencias Corte Constitucional, 2019).

Esta última disposición, de no modificar los artículos 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles, y 81 del Código Civil, son totalmente contrarias a lo dispuesto en la Sentencia 0010-18-CN.

Las normas constitucionales demandadas fueron:

Art. 424. La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico.

Art. 67. Derecho de reconocimiento de diversos tipos de familia.

Art. 417. Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución.

Las normas constitucionales tratadas fueron:

Art. 11. 3. Principio a que los derechos son de directa e inmediata aplicación.

Art. 11. 7. Principio de no exclusión de los derechos derivados de la dignidad.

Art. 11. 2. Principio de igualdad y no discriminación en razón de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género....

Art. 426. Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Art. 67. Derecho de reconocimiento de diversos tipos de familia.

Art. 425. El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales....

Art. 427. Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad.

Art. 3. 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

Art. 66. 4. Derecho a la igualdad formal y material.

Art. 11. 8. Principio de progresividad de los derechos.

Art. 66. 5. Derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Art. 66. 20. Derechos a la intimidad personal y familiar.

Art. 68. Derecho a la adopción.

Art. 84. Todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar las normas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales.

Art. 120. 6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.

Art. 147. 13. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha.

Art. 436. 1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano...

Art. 436. 6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las garantías jurisdiccionales (JP, JI, JH, JC, JD) .

Art. 66. 5. Derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Art. 3. 4. Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico.

Art. 83. 14. Respetar y reconocer las diferencias étnicas, nacionales, sociales, generacionales, de género, y la orientación e identidad sexual.

El estudio de las sentencias de la Corte Constitucional dictadas el año 2019, que son referentes al matrimonio igualitario en el Ecuador, son de importancia para el desarrollo de la presente investigación; en primer lugar, se considera que el Estado ecuatoriano debe proporcionar seguridad jurídica a los miembros de la sociedad, evitando cualquier forma de violación a los derechos constitucionales. En tal virtud, Aguirre (2015) da a conocer sobre la seguridad jurídica y al respecto indica expresa:

Todos los seres humanos desde su nacimiento gozan de varias prerrogativas, ingénita a su naturaleza humana, como la libertad, la inocencia, la vida, la dignidad, y entre esos privilegios básicos de toda persona que asegura su trato igualitario, afianzando una justicia social, está el derecho a la seguridad jurídica, y que constituye uno de los bienes

máspreciados que el Estado debe garantizar a sus súbditos. En todos los tiempos y en toda clase de estados inconmensurablemente se ha discutido sobre la preeminencia de la seguridad jurídica. Sin embargo, ésta dispensa que forma parte de los derechos humanos reconocido en casi todas las legislaciones positivas del mundo, es el que más veces ha sido vulnerado por los ungidos del poder público, quizá por no haberlo considerado como un derecho fundamental, o quién sabe para ocultar su arbitrariedad o exceso en el ejercicio del poder (Aguirre, 2015, p. 2).

En especial, porque el Ecuador, al ser un estado constitucional y de derecho debe garantizar a todos los miembros de la sociedad lo mismos derechos sin que exista ninguna discriminación. Sin embargo, y a pesar de los constantes movimientos realizados por la sociedad, se puede apreciar que existe ciertos vacíos legales, los cuales generan la violación de los derechos de los matrimonios igualitarios sino también los derechos de los niños en el Ecuador, es decir que el principio de Interés Superior de los Niños, se encuentra seriamente vulnerado al no poder acceder a una familia homoparental.

Una sociedad moderna aqueja muchos cambios, en ese sentido surgen nuevas problemáticas como efecto rebote de una inminente evolución del ser humano, ocasionando modificaciones en el ordenamiento jurídico que rige dentro del núcleo social. El núcleo fundamental de una comunidad son las familias, pero por este motivo, es la parte que más controversias produce hablando en términos judiciales; principalmente en la actualidad estas no solo se encuentran conformadas por parejas heterosexuales sino por otros tipos de miembros familiares.

Por ello, como resultado de las presiones sociales, se han integrado al concepto por razón de atención a los derechos humanos a los grupos LGTBI, con fundamento en la igualdad y la no discriminación. La lucha por el reconocimiento pleno de estos derechos ha sido un proceso de siglos que implicó constancia de las personas más vulnerables ante el Estado y la ley, que hoy en día se ha logrado extender y hacer imperativa su aplicación como derechos universales.

Es necesario realizar un estudio de los precedentes de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional en la cual se acepta el matrimonio igualitario,

razón por la cual es imprescindible conocer lo que significa el término homosexual para lo cual el investigador James al respecto indica:

El término «homosexualidad» fue acuñado por Karl-Maria Kertbeny en el siglo XIX, pero la historia de las parejas del mismo sexo, al igual que la homosexualidad en sí, se remonta a los inicios de la humanidad. La actitud de la sociedad hacia las parejas del mismo sexo y las uniones formales de parejas del mismo sexo difiere en función de los tiempos y lugares — desde la plena aceptación e integración, pasando por una tolerancia neutral, hasta el rechazo, la discriminación, la persecución y el exterminio. La homosexualidad está ampliamente presente en la naturaleza, incluyendo, entre otros, a los primates no humanos. La evidencia más antigua de la homosexualidad data de la Italia prehistórica. En la China antigua, especialmente en la provincia meridional de Fujian, el sexo entre hombres estaba generalmente permitido, los hombres se unían a jóvenes en ceremonias grandiosas. Las uniones durarían un número limitado de años, al cabo de los cuales el más viejo ayudaría al más joven a elegir a una esposa y crear una familia. Un antiguo ejemplo de unión civil masculina se encuentra al principio de la Dinastía Zhou de China en la historia de Pan Zhang y Wang Zhongxian. Aunque la relación era aceptada por la comunidad y fue comparada con un matrimonio heterosexual, la unión de la pareja no tuvo una ceremonia religiosa. (James, 2019, ps. 259-261)

Se considera claramente que la homosexualidad surge propiamente desde el origen de la humanidad, de acuerdo a los estudios realizados, es decir que esta situación sexual es propia del ser humano, la cual se ha visto oculta y por situaciones ideológicas hasta cierto punto ha sido considerada como algo que no es natural del ser humano, pensamiento que es completamente contradictorio a la realidad de la historia, de acuerdo a los precedentes indicados se puede considerar que en ciertas etapas de la historia de la humanidad, esta situación de atracción sexual hacia personas del mismo sexo, ha sido aceptada así como reprochada, tal es así y siendo considerada China como una ciudad desarrolla en la antigüedad, fue la primera civilización que aceptó esta situación, incluso uno de ellos posteriormente podía ayudar a conseguir a una mujer para continuar con el matrimonio, esta tradición abarcó grandes esferas como las dinastías en las cuales se aceptó este matrimonio. Sin embargo, no se lo hizo con una ceremonia religiosa.

Continuado con la evolución de las parejas homosexuales se puede observar el estudio realizado por Boswell (1995), en el cual trata sobre la Europa

Antigua, en el que se a conocer sobre la aceptación y celebración de las relaciones que tenían personas del mismo sexo, para la cual se indican las evidencias las uniones matrimoniales en el Imperio Romano. Sin embargo, el Emperador Constancio II y Constante, promulgaron la ley conocida como Código Teodosiano en el cual sancionaban estos matrimonios en incluso eran condenaos a morir quienes los habían celebrado, continuado con la evolución en Europa Medieval la aceptación que se daba a estas relaciones matrimoniales eran casi nulas Sin embargo, las pocas relaciones que se daban eran celebradas ya que eran consideradas como platónicas; el primer matrimonio que se encuentra documentado en Europa es España 16 de abril de 1061, en 1391 se encuentra un sepulcro con dos caballeros en tumbas conjuntas que eran específicamente para parejas casadas, por lo que se presume que tuvieron vínculos homosexuales.

En la Edad Media las uniones entre parejas del mismo sexo eran normales, incluso la iglesia ortodoxa aprobaba estas relaciones con sus ritos, los cuales se los llevaban a cabo hasta finales del siglo XIX. Sin embargo, para otros investigadores no aprueban estos descubrimientos, porque consideran que eran rituales realizados entre hermanos.

La evolución que tiene las relaciones homosexuales en América de acuerdo a los estudios realizados por Boswell (1995) es bastante amplia, ya que indica que en los nativos americanos las relaciones de las parejas del mismo sexo eran bastante normales, y que incluso tenían el respeto del resto de los nativos, por cuanto tenían su propia ceremonia y podían llegar a tener el cargo de chamanes místicos, eran considerados como personas de tercer género, es decir que dentro de la pareja quien hacía las veces de mujer no era considerado ni como hombre ni como mujer, sino que tenía diferente género.

Respecto a la evolución de las parejas homoparentales y enfocándose en la evolución en América, de este tipo de parejas se puede determinar que en el siglo XX surgen movimientos cuya finalidad es la de obtener el reconocimiento legal, es decir la suscripción de un contrato jurídico, que surge por la convivencia

de la pareja generando así derechos y obligaciones que conllevan a la descripción del matrimonio.

De acuerdo a lo manifestado por Benítez (2019) se puede observar que las primeras normativas jurídicas que se dicta en beneficio de las parejas homosexuales es durante la primera década del siglo XXI siendo 29 países quienes aprueban a las parejas homoparentales entre los cuales se encuentran Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, Malta, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia, Taiwán y Uruguay.

Ahora bien, una vez que se ha dado a conocer los antecedentes de estudio en virtud al matrimonio igualitario en legislaciones internacionales es necesario centrarse en el tema objeto de la presente investigación, es decir en las sentencias dictadas por la Corte Constitucional en las cuales se aceptó el matrimonio igualitario, por consiguientes a continuación se da a conocer lo manifestado por la Corte Constitucional (2019):

El matrimonio entre personas del mismo sexo en Ecuador es legal y fue reconocido por vía control de constitucionalidad el 12 de junio de 2019 mediante sentencia de la Corte Constitucional. La decisión del máximo órgano de control e interpretación constitucional se dio tras la consulta de constitucionalidad de norma solicitado luego de que una pareja homosexual solicitara su matrimonio civil amparándose en la Opinión Consultiva OC 24/17 expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuyo contenido el organismo internacional exhortaba a los países miembros de la Convención Americana a que reformen sus ordenamientos jurídicos con el fin de adoptar posturas sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Ecuador se convirtió en el quinto país de América del Sur en legalizar el matrimonio igualitario en todo su territorio nacional, luego de Argentina, Uruguay, Brasil y Colombia. Anteriormente, las parejas homosexuales contaban con reconocimiento únicamente a través de la unión civil, figura legal más restrictiva que fue aprobada en 2008. (p. 5).

Es importante considerar que la religión que más predomina en Ecuador es el catolicismo, lo cual genera conduce a la prohibición de las relaciones homosexuales, incluso en décadas pasadas dichas actividades sexuales eran sancionados con la privación de la libertad la cual era de cuatro a ocho años, en

1997 y de acuerdo a los movimientos sociales LGBT mediante la Sentencia del Tribunal abolió la prisión preventiva, continuando con la evolución de la aprobación del matrimonio igualitario se considera que en la Constitución del 2008 todavía no existía el reconocimiento de los matrimonios igualitarios ya que tanto en la Constitución como en el Código Civil reconocen al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, en tal virtud hasta esta Constitución no se reconoce al matrimonio a parejas del mismo sexo. Sin embargo, se acepta la unión libre.

Se estudia la heterosexualidad como una estructura de dominación, un régimen político que a lo largo de la historia ha oprimido; por ende, debería cuestionarse como algo natural y de construirse de las categorías binarias existentes para que exista una ruptura total en las lógicas del sometimiento heterosexista.

Es en estas circunstancias que se piensa se encuentran en nuestra actual sociedad las personas con distinta orientación sexual, considerados seres humanos impuros, heterogéneos, con la necesidad de otros por cambiarlos, y sometidos para estructuras de dominación heterosexuales.

4.1.4 Interpretación de la Corte Constitucional ecuatoriana respecto al derecho de igualdad y no discriminación en el matrimonio igualitario

El análisis pretende dar un punto de vista sobre el resultado del fallo a favor del matrimonio igualitario dado por la Corte Constitucional, mismo que dentro de un ejercicio argumentativo e interpretativo de alto nivel, decidió reconocer el matrimonio igualitario en el Ecuador. El aporte crítico es del tipo objetivo y jurídico haciendo alusión a los argumentos más relevantes y decisivos del fallo a fin de que este sea comprendido y analizado por la sociedad en general.

Básicamente existe una aparente confrontación entre normas en este caso, no solo en materia constitucional en sí, sino entre los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos que soportan el fallo. Todo para que la Corte Constitucional resolviera la contemplada antinomia, que desde una esquina define al matrimonio y por otra se establece el derecho de toda persona

sin importar su condición a ser tratados como iguales no solo en lo formal sino también en lo material.

Aplicando estos conceptos al análisis, podemos deducir muy claramente que estos grupos, como los LGBTI, han sido vulnerados a lo largo del tiempo. Recordemos que hasta hace más de quince años era un delito ser homosexual.

La sociedad y los gobernantes buscan que los miembros de esta comunidad sean homogéneos, es decir, iguales en su comportamiento, ideología, costumbres y más, para que de esa forma se pueda ejercer un control y una opresión más efectiva de los integrantes. Cuando ocurre esto, se dice que estos elementos son totalmente puros, pero cuando existe un integrante distinto es considerado impuro.

Cuando se analiza el matrimonio civil como institución y a las personas con una distinta orientación sexual son tomados como seres fuera de la normalización heterosexual. Los amantes de la pureza consideran, como decía Lugones, que con la opresión se llega al éxito se logra la opresión de estos seres distintos mediante la fragmentación de estos grupos.

Durante años pasados, en referencia al marco internacional de derechos humanos, el avance de protección y salvaguarda para las personas LGBTI es notorio; marcando una gran frontera divisoria entre el antes y el después de la igualdad en reconocimiento y no discriminación de esta comunidad. Una decisión tan histórica como esta, estuvo involucrada la participación de la Convención Americana de Derechos Humanos que protege preceptos que incluyen el cambio de nombre, la rectificación de los registros públicos y documentos de identidad para el marco de la protección de la identidad de género; también extendió los mecanismos legales existentes al matrimonio de parejas del mismo sexo.

En este sentido la Corte Constitucional del Ecuador, a través de una votación, buscó resolver aquella Consulta de Norma remitida por el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, impuesto por la supuesta contradicción establecida entre la norma y la Opinión Consultiva OC24/17.

Esta última busca reconocer el derecho al matrimonio entre parejas de mismo sexo, y el artículo 67 de la Constitución claramente no lo permitía al utilizar términos como hombre y mujer. Se inició el análisis ratificando la existencia en el país de personas que tienen diferente orientación sexual a la estipulada tradicionalmente, estos sufren diariamente de múltiples actos que violentan sus derechos, además que esto es dado en espacios públicos y privados.

Después de haber analizado hermenéuticamente la normativa sobre la regulación constitucional de la familia y del matrimonio, considera que la norma del artículo 67 dentro del Código Civil Ecuatoriano se complementa con la regulación e interpretación de la CADH, realizada por la Corte IDH mediante la Opinión Consultiva OC24/17.

En la etapa de resolución el tribunal establece que no hay contradicción y que la interpretación adecuada es: “el derecho al matrimonio reconocido a parejas heterosexuales se complementa con el derecho de parejas del mismo sexo a contraer matrimonio”. Además, se dispuso optar por una orden que exija al Registro Civil registrar al matrimonio de los accionantes, toda vez que no es necesaria una reforma constitucional.

Cabe indicar que esta decisión se tomó con el voto favorable de los jueces: Agustín Grijalva, Daniela Salazar, Karla Andrade, Ramiro Ávila Santamaría (ponente) y Alí Lozada. Sin embargo, hubo votos que no estuvieron de acuerdo y señalaron que la vía adecuada para reconocer el matrimonio igualitario es el procedimiento de reforma constitucional que le compete a la Asamblea Nacional.

Dados estos antecedentes fácticos, se analiza la Opinión mencionada como complemento de un instrumento internacional de derechos humanos, a sabiendas que su aplicación debe ser directa y de carácter inmediato en el Ecuador. Frente a esto se toman en cuenta las opiniones expuestas como la interpretación de autoridad de un ente supranacional; la corte IDH señala que el país es parte de un tratado internacional y que tiene la obligación de cumplir voluntariamente con los derechos suscritos sin que se use sus disposiciones internas como justificación de incumplimiento.

Hay que acotar que para que un entendimiento de lo dicho sea pleno, es necesario tomar en cuenta que la decisión fue adoptada por razones que remontan a la proclamación de la Constitución 2008 como consecuencia de la promulgación de un pueblo para que un poder constituyente genere una nueva carta magna donde las normas guardan conformidad.

Estas dos sentencias emitidas por la Corte Constitucional que entraron en vigencia el 8 de julio del 2019 reconocen en el Ecuador como un derecho al matrimonio civil igualitario entre parejas homosexuales, aclarando que estas como parte de los autos dados por la CC son de carácter definitivo e inapelable.

Esta Corte ejerciendo plenamente su poder constituido como el más alto tribunal del país, reconoció al matrimonio igualitario homosexual como efecto de los derechos de igualdad y no discriminación en función de lo estipulado en el artículo 67 de la Carta Magna donde define al matrimonio como un contrato igualitario que rechaza cualquier discriminación.

Del mismo modo declaro inconstitucionales los artículos contenidos en Código Civil y la Ley de Datos Civiles que hablan del matrimonio disponiendo así que la Asamblea reforme la institución del matrimonio entre parejas homosexuales para que tenga un enfoque desde lo igualitario.

Entonces, se manifiesta que la Convención es parte de la constitucionalidad y sus decretos son de jerarquía y su aplicación es estricta. A partir de esta confirmación la Corte respondió la alegación manifestando que el artículo 67 de la constitución reconoce el derecho al matrimonio como mecanismo para que las personas puedan conformar un tipo diverso de familia, lo que llevó a la Corte a analizar las implicaciones del caso desde una interpretación literal y aislada desde del texto constitucional.

El Ecuador dentro de la lista de países que han aceptado el matrimonio igualitario se encuentra en el lugar 29. A raíz de la decisión, los debates han sido constantes, pero sobre todo intensos desde algunas perspectivas, especialmente en el ámbito jurídico; son pocos aquellos que entienden las

razones y las consecuencias del fallo de manera profunda y sus implicaciones jurídicas.

La resolución emitida hace que se desencadenen muchos enfoques que llevan a desatarse debates internos desde los diferentes Estados que conforman la Convención Americana. Anteriormente o bueno incluso en la actualidad en el caso ecuatoriano el matrimonio es visto desde un nivel infra constitucional era establecido como un contrato y a nivel constitucional como una unión.

Más aun, dentro del contexto internacional sobre los derechos humanos este último corre como un derecho fundamental otorgado tanto a hombres como mujeres en concordancia con lo expuesto al Art. 17 de la Convención Americana; esto quedó de cierto modo esclarecido cuando se establece un acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención dictando como necesario que los Estados garanticen el acceso al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales.

En este sentido se debe tomar en cuenta que esta sentencia fue dictada dentro de una acción de control concreto de constitucionalidad denominada "Consulta de Norma", misma que a criterio de la Corte, basado en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes no reconoce un concepto único y excluyente de género.

Aclarado este punto, se advierte a aquellas parejas homosexuales y que puedan manifestarse en la sociedad, con la protección del Estado. Bajo dicha interpretación, se puede decir que la perspectiva de que el matrimonio civil, al igual que la unión de hecho o el matrimonio religioso, es un derecho-medio y con acceso para todos que debe estar libre de discriminación.

En materia de derechos humanos, se debe tomar una interpretación que se sustente con base al principio pro persona, aclarando que este es un mecanismo de interpretación y de soluciones de antinomias.

Dentro de nuestro marco legislativo tenemos esto, la contemplación de dos normas constitucionales cuyos textos se contraponen y causan conflicto, y se puede acotar que la propia Constitución ofrece al abogado mecanismos de interpretación. Ahora bien, para la sentencia se aplicó una interpretación de doble entrada según lo expuesto, aquí se puede dilucidar un claro problema al momento de tener que ejecutar una interpretación literal pues este excluye muchas normas jurídicas y, otras formas de decodificación, que para ojos de la Constitución deben considerarse, sumado a esto se presumen fuertes violaciones a derechos reconocidos.

Con base a lo dicho, se abordó una interpretación sistemática, con el fin de encontrar un camino más viable que conjugue lo necesario para establecer dictámenes más referenciales. Esta complejidad de perspectivas imposibilita hasta cierto punto mirar objetivamente una única dirección de los derechos establecidos en la Constitución, con lo cual, mal haría el Estado y los juzgadores constitucionales estarían actuando erradamente al ejecutar una interpretación literal para este caso pues se estarían aislando de lo expuesto dentro del artículo 67 de la norma Suprema.

De manera muy puntual se debe considerar como comentario propio que la exclusión del matrimonio para parejas de un mismo sexo no tendría un fin constitucionalmente válido. Pero hay que entender también que muchos fines ajenos a la legalidad justificarían la oposición a este presunto, siendo dos aquellas con más peso, la anormalidad y las convicciones morales y religiosas.

Para esto, se debe destacar que los diversos argumentos que se mantienen en torno al tema incurren en oposición desde muchas ópticas, por ejemplo, la percepción del matrimonio de parejas homosexuales como una anomalía o una agresión contra el ambiente social, riesgos sociales, disfuncionalidades y hasta trastornos psico-patológicos.

Por el lado de la religión se debe tomar en consideración que el sistema judicial como un ente neutral del Estado laico en el que se desarrolla y que además promueve la biodiversidad, pero por sobre todo la tolerancia y la inclusión se debe respetar a quienes proclaman una religión y lo que en esta se

sostiene aclarando que no debe imponer, vía normas generales y abstractas, una sola forma de entendimiento religiosa o moral a toda la población. Por ello, a efectos de los jueces de la Corte cualquier fin extralegal no debe ser considerado como un fin valedero.

Entonces, se debe afirmar que no existe finalidad constitucional alguna para excluir del matrimonio a las parejas del mismo sexo, entonces consideramos que las razones son suficientes para considerar la interpretación restrictiva del artículo 67 de la Constitución es inconstitucional.

No solo se debe leer las normas sino se debe integrar con aquellas subsidiarias anexando cada una para conformar lo que se debe llamar tajantemente como bloque de constitucionalidad, en el que se han incluido las normativas propias y también los tratados e instrumentos internacionales.

Uno de los criterios de análisis más importante determina que la eficacia normativa de la Constitución tiene sentido cuando quienes interpretan y aplican normas jurídicas, de manera puntual los jueces, tienen la opción de usar la Constitución paralelamente con los instrumentos internacionales que se basan en los derechos humanos, si ellos los consideran más favorables solo así se podrán garantizar los derechos. Es necesario entender que el punto focal de estas sentencias es que en el Ecuador sea reconocido el matrimonio igualitario para que las normas se adapten a ello, de tal manera que ambos matrimonios (tanto tradicional como igualitario) coexistan en nuestro ordenamiento jurídico.

En este punto, lo que se debe tener en claro es que no fue una sola sentencia la que se contempló en referencia a los derechos de igualdad y no discriminación como matrimonio igualitario fueron dos, donde una se inclina por la exigibilidad de la Opinión Consultiva OC24-17 de la Corte Interamericana en el Ecuador; y, la segunda como consulta de norma que se refiere a la constitucionalidad de los artículos del Código Civil 81 y el artículo 52 de Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.

Hay que poner sobre la mesa el hecho de que, el primer enfoque de la sentencia se decanta con la Opinión Consultiva OC24-17 de la Corte

Interamericana (lex specialis) para entender precisamente el texto del artículo 67 de la Constitución ecuatoriana, y bajo esa interpretación extensiva automáticamente declarar , inconstitucionales en lo referente al establecimiento de los términos “hombre” y mujer” a los artículos 81 del Código Civil del Ecuador y el 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.

El cuerpo normativo constitucional ecuatoriano es en extremo garantista, tanto en adopción e inclinación a tratados internacionales como sentencias y jurisprudencia. Entonces, podemos ver que tenemos una norma dentro de un marco normativo muy extensivo, muy protector de derechos humanos, donde los instrumentos internacionales son tratados como normas de rango constitucional.

Gracias a todos los argumentos expuestos para resolver el caso, la Corte dispuso al tribunal consultante interprete el sistema normativo a la luz de esta sentencia y ordene que el Registro Civil registre el matrimonio de los accionantes, toda vez que no es necesaria una reforma constitucional al artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador para hacer efectivo este derecho.

Se pretende que los individuos dentro de una comunidad sean homogéneos. Se requiere esto para aplicar el control a todos de la misma forma y cualquier individuo distinto aparece como extraño, inadaptado o como una amenaza para esta agrupación. Entonces, la justicia entra como un instrumento que de alguna manera equiparar esas fuerzas de la minoría tradicionalmente excluida versus esta mayoría opresora. Es precisamente esta lucha de las minorías la que ha dado la posibilidad de conquistar sus derechos a cualquier precio y que hoy queda materializada en los pronunciamientos de la corte constitucional del Ecuador al reconocer el derecho a la igualdad y no discriminación de estos sectores sociales.

4.2. LA ADOPCIÓN EN FAMILIAS HOMOPARENTALES. ESTUDIO COMPARATIVO

4.2.1 La adopción homoparental. Consideraciones generales

La homoparentalidad es una novedad social que responde esencialmente a dos fundamentales transformaciones en la cultura occidental: por un lado, el hecho que desde el siglo XXI los niños son formados con nuevos valores como consecuencia de los actuales conceptos de familia que han surgido y, por otro, que dentro del dominio científico desde algunos años la homosexualidad ya no es considerada como una patología ni por la psicología como una perversión. En este sentido la adopción homoparental genera muchas interrogantes, y lo hace porque redefine el tradicional triángulo padre-madre-niño que ha constituido, hasta ahora, el modelo familiar tradicional. Además, si el tema se está abriendo debate en la contemporaneidad es porque nos invita a reflexionar sobre nuevas concepciones acerca de la filiación, e indiscutiblemente sobre el concepto de familia.

En este sentido es relevante identificar que para que estas parejas del mismo sexo lleguen a tener hijos en común no necesariamente responde a la institución de la adopción, pues existen otros métodos de concepción, como: la inseminación artificial, la maternidad subrogada, o puede suceder que estas familias se hagan cargo de un hijo resultado de una relación heterosexual anterior de alguno de los dos cónyuges.

Sin embargo, en lo que se refiere a la adopción por parte de personas o parejas homosexuales, puede notarse que en la sociedad ha sido bastante resistente, más aún que ante la idea de cualquiera de estos otros métodos alternativos de concepción, al ser consideradas fuera de la composición tradicional. Este rechazo que se manifiesta en diversos escenarios, como lo es el social y el jurídico, se sustenta con discursos contrarios a un estatus de igualdad y no discriminación que debe primar en toda sociedad, influenciados por creencias dogmáticas y fuertemente moralistas, que acentúan la situación de discriminación, hacia las parejas homoparentales.

En la Opinión Consultiva 24/17 de 24 de noviembre de 2017, referida específicamente a la Identidad de género, e igualdad y no discriminación a

parejas del mismo sexo, la Corte Interamericana de derechos Humanos ha indicado que:

(...) la adopción, como hemos visto, es una institución social, que permite que, en determinadas circunstancias, un adulto o adultos y un niño o niños puedan constituir un núcleo familiar, que puede estar conformado por personas con diversas identidades de género y/u orientación sexual. (prr.179)

En virtud de ello la Corte Interamericana claramente identifica que es irrelevante o debe serlo, cuando de adopción se habla elementos que respondan a la identidad de género o la orientación sexual de las personas que conformen finalmente la familia. Es entonces la adopción una institución que debe ser valorada sin criterios discriminatorios o que soslayan el derecho de las personas homosexuales a tener acceso a ella, y por consiguiente que priven a los niños, niñas y adolescentes del derecho de tener una familia donde desarrollarse integralmente, con independencia del tipo de familia al que pertenezca.

Es así como, la adopción por parte de parejas del mismo sexo, o en familias homoparentales como se conoce, constituye un cambio del paradigma referente a la posibilidad que los menores puedan ser parte de una familia y un hogar, así como para estas parejas consagrar su proyecto de vida, en el cual muchas de ellas contemplan la posibilidad de la crianza de hijos en común. La homoparentalidad se ha consagrado paulatinamente en los ordenamientos jurídicos de diversos países del mundo como una figura jurídica que vela por los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono o de orfandad a tener una familia para desarrollarse en forma integral. Esto unido al reconocimiento de los derechos de igualdad y no discriminación de estas parejas del mismo sexo, que se constituyen como familia y que por ende ostentan los mismos derechos y obligaciones que las familias heterosexuales.

4.2.2. La adopción homoparental. Estudio comparado

De manera general, en Latinoamérica, solo algunos países adoptaron dentro de sus sistemas jurídicos la adopción homoparental, destacando principalmente la Institución en Colombia siendo este el más actual y como mayor referente en 2015; entre los restantes países se encuentran: Argentina en

el año 2010, Brasil en 2010, Uruguay en el año 2013, México y Chile en 2010 y 2014 respectivamente. Es así que, desde este punto de vista normativo se ha derivado una serie de cambios paulatinos, pues esto no significa solo reconocer la existencia matrimonios entre personas del mismo sexo, sino la conformación de este nuevo tipo de familias homoparentales, pero además en estos países el reconocimiento de estas familias va mucho más allá, pues las mismas tienen derecho a la adopción homoparental. Este derecho a la adopción en algunos sistemas jurídicos se ha realizado a través de la vía jurisprudencial, es decir a través de sentencias, como en el caso de Colombia y Chile, y en otros países se ha reconocido a través de políticas públicas o cambios legislativos como es el caso de México y Uruguay.

Hay que tener en cuenta, la cultura de discriminación hacia grupos LGBTI es mucho más arraigada en los sectores latinos. En realidad, actualmente continúan existiendo ciertos tipos de eventos que actúan en contra de los derechos ya ratificados para estas personas. Por ello, las diferentes formas de vulneración son generalmente aprobadas por las mismas figuras del Estado directa o indirectamente; gracias a esto, es que la normativa jurídica respecto a los derechos de las personas homosexuales dentro de los países latinos se ha convertido en un camino con desafíos constantes.

En este sentido los argumentos y contextualizaciones que giran en torno a la adopción homoparental son el resultado de una serie de cambios tanto legislativos como de jurisprudencia. Como dato antes de que se apruebe este tipo de adopción en los países latinos, hubo ciertos acontecimientos a nivel mundial que tuvieron un fuerte alcance en el tema; esta fue legalizada en algunos países del mundo como Suecia y Sudáfrica en el año 2002, España en el año 2005, Islandia y Bélgica en el año 2006, y posteriormente Noruega en el año 2009.

Mientras que, dentro de nuestra región, el tema había estado muy distante. El marco legislativo sobre la adopción en parejas del mismo sexo no abarcaba de encontrar punto de origen. La cuestión se contemplaba desde puntos externos que resultaban casi ajenos a lo que el proceso en sí representa.

Era vista en cambio como la legalización unipersonal integrativa del hijo biológico de una de las dos partes de la pareja, es decir, se venía acarreado la idea de conformación de una familia desde la perspectiva de la concepción asistida más no una adopción propiamente dicha, y a más de esto el registro solo se hace como padre o madre soltera más no con padres homosexuales.

Es por ello que, en la investigación se consideró necesario revisar desde el derecho comparado cómo se desarrolla el derecho a la adopción en familias homoparentales en países como Colombia, Argentina y Chile, como referentes de los cambios legislativos y jurisprudenciales en esta materia.

4.2.2.1 La adopción homoparental Colombia

En el caso de Colombia, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-577 de 2011 legalizó el matrimonio igualitario, con lo que protegía el derecho a la igualdad y no discriminación de las parejas homosexuales al indicar que:

Ciertamente el matrimonio entre los miembros de parejas heterosexuales está expresamente permitido en la Carta vigente, pero no hay razón para entender que esa permisión implícitamente contenga la exclusión de toda posibilidad de hacer viable el ejercicio de los derechos de las personas homosexuales en el ámbito familiar y, en concreto, de los que han llevado a concluir que es menester superar un déficit de protección mediante la inclusión de una institución que torne factible la posibilidad de optar entre la unión de hecho y la formalización de su relación a partir de una vinculación jurídica específica. (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-577, 2011)

Es así como en la propia sentencia exhorta al Congreso de la República a que mediante acto legislativo expida la correspondiente ley, indicando que solo al legislador atañe determinar la manera como se pueda formalizar y solemnizar un vínculo jurídico entre integrantes de las parejas del mismo sexo que libremente quieran recurrir a él. Autores como Vaca (2016) han interpretado lo siguiente:

La Corte colombiana determinó que "se vulneran derechos por parte de los notarios cuando se niegan a unir en matrimonio a las parejas del mismo sexo y por eso concedió las tutelas", lo que le dio luz verde al matrimonio igualitario en el país vecino. El magistrado Alberto Rojas Ríos dio su aval al matrimonio igualitario al estimar que a pesar de que se

afirmó que "a todo ser humano le asiste el derecho a contraer matrimonio sin discriminación". El magistrado Rojas dijo que la ponencia de su colega Pretelt era "una oportunidad perdida para remediar una situación de discriminación secular contra una minoría sexual en Colombia, en términos de dignidad humana, libertad e igualdad para contraer matrimonio en las mismas condiciones que usualmente lo celebran las parejas heterosexuales". (p.13).

De acuerdo a lo manifestado en líneas anteriores se puede considerar que a diferencia de la legislación ecuatoriana en Colombia se dieron cuatro casos de solicitud a la Corte colombiana para la legalización de los matrimonios igualitarios, así como también la aprobación de otros derechos como la aprobación del aborto, eutanasia, la adopción en parejas del mismo sexo.

Por otro lado, la situación de orfandad que enfrentan los niños, niñas y adolescentes en el país colombiano alcanza números alarmantes. Según datos estadísticos en Colombia esta problemática social es cada vez más, sumado a esto está el hecho de que años atrás las parejas del mismo sexo no podían participar en los procesos de adopción, resultando esto en un grave hecho de discriminación.

Es así que, en el año 2012 la Corte Constitucional colombiana tras conocer una acción de tutela presentada por un ciudadano gay de nacionalidad estadounidense, que había adoptado a dos niños colombianos y a quien se le retiró la custodia de los menores debido a su orientación sexual, en cuyo caso la Corte no hizo un análisis de la conducta discriminatoria de la que fue sujeto el adoptante, pero si garantizó que los niños sean escuchados y que sus opiniones sean tomadas en cuenta, pues la adopción debe ser considerada como una institución que busca salvaguardar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, es decir, la legalización del matrimonio igualitario si bien fue el comienzo para el surgimiento de un nuevo concepto de familia, es el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser parte de una familia lo que ha dado lugar a la adopción homoparental. Es por esta razón que sería equivocado sostener que la legalización del matrimonio entre parejas del mismo sexo es el pilar

fundamental para que se legalice la adopción homoparental. Así lo indica la Sentencia C-683-15 de la propia Corte Constitucional de Colombia al indicar que:

La Corte encuentra que no es constitucionalmente válido excluir de los procesos de adopción a las parejas del mismo sexo que conforman una familia. Una hermenéutica en tal sentido genera un déficit de protección de los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono, lo que a su vez desconoce el interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia, por cuanto esta es una medida de protección plenamente idónea para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus demás derechos. (pr. 1)

En conclusión, el foro Constitucional de Colombia, para reconocer el derecho de las familias homoparentales a adoptar tuvo que hacer a un lado el argumento generalizado de la igualdad que sirvió de sustento para la legalización del matrimonio igualitario. En tal sentido entendió que, el tema de la adopción debe basarse exclusivamente en el interés prevalente de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, para lo que la adopción ya sea por familias heterosexuales o por familias homoparentales podría ser una vía idónea y eficaz para tales fines.

4.2.2.2 La Adopción homoparental en Argentina

Argentina por su parte es uno de los países que dejó de lado los temas políticos y los conflictos y prejuicios sociales en torno al tema de la adopción homoparental. Dando especial importancia a derechos inherentes a la dignidad humana, sus primeros pasos fueron la lucha por conseguir una igualdad verdadera y un reconocimiento a los derechos de las personas homosexuales. Es así como fue el primer país en América Latina en promulgar la Ley de Matrimonio Igualitario.

En lo referente a la institución jurídica de la adopción, la misma fue incorporada en el Código Civil argentino mediante la Ley 24.779 en sus artículos 311 al 340, que luego fue remplazado por el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina donde se establece en su artículo 599 que toda persona puede ser adoptante, sin condicionar el acceso a esta figura por su estado civil o su orientación sexual.

El Código Civil y Comercial argentino establece algunas restricciones o causales para establecer quienes se encuentran inhabilitados para adoptar, Específicamente en su artículo 601 indica lo siguiente:

ARTÍCULO 601.- Restricciones. No puede adoptar:

- a) quien no haya cumplido veinticinco años de edad, excepto que su cónyuge o conviviente que adopta conjuntamente cumpla con este requisito;
- b) el ascendiente a su descendiente;
- c) un hermano a su hermano o a su hermano unilateral. (p.141)

Con respecto a esta figura jurídica autores como Sangalli, Ortiz, Waismán, Sánchez, & Schmidt (2014) han manifestado que:

En las decisiones que tome el Estado, la sociedad o la familia, se debe tomar en cuenta el interés superior del niño, porque se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y su desarrollo integral; por lo que para el cuidado y custodia de menores de edad se debe evaluar: a) comportamientos parentales específicos, b) impactos negativos en el bienestar y desarrollo de un niño aplicable a cada caso en concreto, c) los daños o riesgos reales que deben ser probados más no se debe basar en especulaciones o imaginaciones. (p. 222)

En virtud de este análisis se puede concluir que en la legislación argentina la prioridad del Estado y del sistema jurídico en general es salvaguardar el principio de interés superior del niño, niña o adolescente, y sobre todo basa sus argumentos en el respeto a la dignidad humana tanto de los adoptantes como de los adoptados. En el caso de la adopción se analiza cada caso de forma pormenorizada, según las cualidades del adoptante, pero ninguna de estas cualidades hace referencia a su orientación sexual; ya que la finalidad de esta institución jurídica es proporcionarle al adoptado un entorno familiar donde se desarrolle de manera integral y plena, en el pleno ejercicio de sus derechos. Es así que, se puede indicar que en Argentina se encuentra instituida la familia homoparental como parte de la sociedad y en igualdad de condiciones que las familias heterosexuales.

4.2.2.3 La adopción homoparental en Chile

Si hablamos de la adopción en Chile es necesario conceptualizar el término para tener una perspectiva real de cómo ha evolucionado en materia normativa esta institución en el país chileno. Autores como Gómez de la Torre (2007) han definido de manera muy sencilla esta figura de la siguiente manera: “la adopción es una “ficción legal dirigida a considerar como hijo a quien no lo es biológicamente” (p.222). Es así como desde el año 1943 se regula la adopción en la Ley N° 7.613 donde se establece que la adopción se realiza mediante un contrato solemne entre adoptante y adoptado, que debe ser autorizado por la justicia e inscribirse en el Servicio del Registro Civil y que sólo produce efectos entre ellos. En este sentido el adoptado continuaba perteneciendo a su familia de biológica.

En este sentido la normativa en materia de adopción sufrió innumerables cambios tal como bien lo describe Abeliuk (2000) en su obra La Filiación y sus efectos cuando expone que la Ley N° 7.613 fue sustituida posteriormente por la Ley N° 16.346, de veinte de octubre de 1965 en la que se establecía la figura de la adopción de la siguiente manera:

“(...) estableció la institución de la legitimación adoptiva, en cuya virtud los legitimados adoptivos adquirieron el estado civil de hijos legítimos de los legitimantes adoptivos con sus mismos derechos y obligaciones. En consecuencia, el legitimado adoptivo tenía, y los que adquirieron esta calidad bajo su vigencia tienen, los mismos derechos que los demás hijos” (p.233)

Años más tarde continúan gestándose cambios legislativos con respecto a la adopción y es en el año 1988 que entra en vigencia de la Ley N° 18.703 en la cual se instituían dos tipos de adopción: la adopción simple y la adopción plena. Es así como con el paso del tiempo la normativa en esta materia continúa experimentando modificaciones como en el año 1999 la Ley N° 19.620 la cual entre en vigencia en conjunto con la Ley N° 19.585 y disponían un proyecto inicial de la nueva Ley de Adopción, donde se mantenía la mayor parte de los postulados jurídicos anteriores y sólo se derogaban algunas disposiciones de la Ley N° 7.613, de igual manera se mantenía vigentes otros preceptos normativos

de la Ley N° 18.703, sin embargo la nueva legislación también realizaba especial distinción entre adopción plena y la adopción simple.

Estos son algunos de los cambios legislativos por lo que transita la Adopción como institución jurídica en Chile. Ahora bien, referente al tema de la Adopción homoparental no es hasta el año 2013 que el entonces presidente de la República Sebastián Piñera Echeñique, realiza la propuesta de un proyecto normativo que denominó “Reforma integral al sistema de adopción en Chile”. En este proyecto de ley se plantea lo siguiente:

“establecer los lineamientos y criterios esenciales a ser considerados para impulsar la reforma integral al sistema de adopción. Dicho marco jurídico pretende establecer un nuevo enfoque en materias de adopción, abarcando también los vacíos y deficiencias de la actual ley, que permitirá orientar a los distintos actores sociales en la toma de decisiones que puedan afectar a los niños, niñas y adolescentes gravemente vulnerados en sus derechos, luego de agotar todas las posibilidades de inserción en su propia familia. Así, en términos generales, se incorporan los principios que sustentan y orientan el sistema de adopción, garantizando la subsidiariedad de ésta, otorgando agilidad a sus procedimientos con la incorporación de mecanismos más eficientes y plazos más acotados para dar respuesta con mayor celeridad. A su vez, se establecen requisitos y condiciones tanto para que un niño, niña y adolescente pueda ser adoptado, como para que las personas interesadas en adoptar puedan convertirse en madres y o padres.” (Biblioteca del Congreso Nacional, 2013. Boletín 9119-18)

Luego de presentado este proyecto de ley la Cámara de Diputados solicitó un informe a la Corte Suprema del país sur americano, esta última emitió una serie de criterios críticos sobre el proyecto, referentes esencialmente a definiciones de principios y también critican los nuevos requisitos del proceso de adoptabilidad. Posteriormente se presentaron diversas modificaciones al proyecto de ley original. Luego de varios intentos de proyectar normativos, el 28 de agosto del año 2017 Chile da un cambio total en su legislación referente a la familia al reconocer y establecer un proyecto de ley en cuanto al matrimonio igualitario. En esta normativa se observa igualmente la adopción homoparental. Es importante indicar que este proyecto de ley sienta sus bases más profundas en el reconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación, con la finalidad de que las parejas conformadas por personas del mismo sexo tengan

el mismo trato igualitario que una pareja heterosexual, reconociendo la familia homoparental que hasta la fecha había sido un modelo de familia excluido y discriminado tanto por la sociedad como por el derecho.

En el caso de Chile se evidencia que el derecho fundamental que se ha tratado de proteger es el de la igualdad y la no discriminación a estas familias, pero por consiguiente esto ha influido en el reconocimiento del derecho de estas parejas en materia filiativa con respecto a la adopción.

Si bien como se ha explicado, la adopción homoparental se reconoce en Chile como una política pública esto se debe, a que en este país tampoco existía en la norma una prohibición expresa que impidiera que estas familias homoparentales pudiesen acceder a la adopción, así lo ha indicado Marcela Labraña, Directora del Servicio Nacional de Menores "SENAME" al decir que: "no existe la distinción entre familias hetero-parentales u homoparentales, lo que se busca son los mejores padres para los niños" (Rodríguez, 2019, p. 1). Evidentemente la homoparentalidad, debe ser vista no solo como un tema que atañe a estas parejas en virtud de su derecho a la igualdad, sino también como un tema de relevancia para el futuro de los niños, niñas y adolescentes en condiciones de orfandad, constituye una vía de solución para brindarles a estos niños, niñas y adolescentes un hogar y la protección y afecto que necesitan.

4.2.2.4 La restricción al acceso a la adopción en familias homoparental en la legislación ecuatoriana

Como se ha analizado a través de toda la investigación en Ecuador en el año 2019 tuvo un cambio trascendental en su legislación a través de las Sentencias 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19 respecto de la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se reconoce finalmente el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio civil, y con esto se institucionaliza el reconocimiento de la familia homoparental dentro de la legislación ecuatoriana. Indudablemente esto puso fin a las dudas sobre derechos igualitarios legalizando el matrimonio civil entre personas del mismo sexo, sería una expresión de voluntad política del Estado por resarcir y poner fin a siglos de desigualdad y de discriminación con las personas homosexuales.

Sin embargo de aquello, a pesar de que se institucionaliza el matrimonio igualitario y todas las consecuencias jurídicas que ello en ninguna de estas sentencias se hace alusión a la adopción homoparental, téngase en observancia que tanto la constitución del Ecuador como la normativa infra constitucional estipula expresa y tácitamente que a esta institución solo podrán acceder las parejas heterosexuales.

Para analizar esta problemática se debe partir inicialmente de que en el Artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador, se reconoce a la familia en sus diversos tipos considerándola como el núcleo fundamental de la sociedad, por lo tanto, es obligación del Estado de garantizar condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Esto podría interpretarse de una forma amplia, o se podría decir que, si la Constitución reconoce los diferentes tipos de familias, entre las que se encuentran las familias homoparentales, todas deberían estar sujetas a los mismos derechos y obligaciones, pero la realidad tanto jurídica como social dista mucho de esto, pues las familias homoparentales como se analizará a continuación no ostentan los mismos derechos que las familias formadas por parejas heterosexuales.

Es momento entonces de preguntarse si los derechos de igualdad y no discriminación que sirvieron de base para el reconocimiento constitucional del matrimonio igualitario podrían ser extensivos también para el reconocimiento del derecho a la adopción por parte de este tipo de familias homoparentales, toda vez que las mismas ya cuentan con un reconocimiento constitucional. Esto no sucede en el Ecuador y es importante indicar que según se pudo constatar en el estudio comparado con países como Colombia, Argentina y Chile, donde se permite la adopción para parejas del mismo sexo, se trata de normas constitucionales que no tenían la restricción de este derecho en la Constitución que impidiera tales pronunciamientos. Sin embargo, la Constitución ecuatoriana si se puede decir que si bien no indica una prohibición expresa, si restringe el acceso a la institución de la adopción al indicar en su artículo 68 al establecer claramente que:

Art. 68.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En este sentido al establecer de manera tácita que la adopción corresponderá solo a parejas heterosexuales, se restringe el acceso de otras personas a esta institución, dígase parejas homosexuales, o personas que no lleven vida en pareja como pueden ser las divorciadas, viudas o personal con un estado civil soltero. En el tema de adopción y restricción expresa en la norma constitucional ecuatoriana es sumamente complejo, sobre todo porque al ser claro y específico no se puede decir que sea susceptible de interpretación por parte de la Corte Constitucional como máximo intérprete de la norma Constitucional.

Sin embargo de ello , la propia Opinión Consultiva 24/17 de 24 de noviembre de 2017, referida específicamente a la Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, la Corte Interamericana de derechos Humanos ha indicado que:

(...) la adopción, como hemos visto, es una institución social, que permite que, en determinadas circunstancias, un adulto o adultos y un niño o niños puedan constituir un núcleo familiar, que puede estar conformado por personas con diversas identidades de género y/u orientación sexual. (prr.179)

Si bien es cierto que las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana no poseen un carácter vinculante propiamente dicho, si se convierten en estándares obligatorios de interpretación en virtud de la aplicación directa y eficaz de los derechos humanos. De manera que frente a un conflicto lógico entre una norma constitucional (restrictiva) como lo es el caso del artículo 68 de la Constitución ecuatoriana y un instrumento internacional de protección de derechos humanos (más favorable), deberá prevalecer invariablemente el segundo. Esto igual encontraría base en el artículo 11 numerales 2 y 4 de la propia Constitución ecuatoriana donde se indica claramente que:

Art. 11.-El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

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

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

4.- Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales. (Constitución del Ecuador, 2008)

En estos preceptos constitucionales claramente se evidencia que todas las personas deben ser consideradas y tratadas de manera igual y sin discriminación, sobre todo en lo referente al ejercicio de sus derechos fundamentales, por lo que no tiene lógica que posteriormente la propia Constitución condicione el acceso a la adopción sin observar estos criterios. Así mismo el numeral 4 indica que ninguna norma puede restringir el contenido de los derechos constitucionales por lo que cuando eso sucede, corresponderá a la propia Corte Constitucional decidir cuál es el derecho que debe prevalecer, debiendo practicar para ello un ejercicio ponderativo, en el que se sopesa la importancia de satisfacer a un derecho afectado, frente al grado de afectación sea leve, moderado o alto de no satisfacción o de afectación de este derecho, en este caso nos referimos al derecho restringido por el precepto constitucional.

Por otro lado, la normativa infra constitucional de igual manera es específica en el establecimiento de esta restricción, pues el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 153 numeral 3 indica expresamente que:

Art.153.Principios de la adopción La adopción se rige por los siguientes principios específicos:

3. Se priorizará la adopción por parte de parejas heterosexuales constituidas legalmente, sobre la adopción por parte de personas solas. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Como es evidente la norma le brinda especial preferencia a las parejas heterosexuales para acceder a esta institución jurídica, estando en total consonancia con la norma constitucional y reproduciendo este aspecto específico en el artículo 159 numeral 6 de mismo Código de la Niñez y Adolescencia, al establecer de manera literal como requisito de los adoptantes que los mismos sean parejas heterosexuales, dejando totalmente vedada la posibilidad de que las familias homoparentales puedan ser consideradas idóneas para adoptar.

4.3. LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL. CASOS RELEVANTES.

Existen muchos países fuera del continente americano que han regulado dentro de su normativa no solo el matrimonio entre personas del mismo sexo, algunos de ellos han reglamentado también el acceso de estas parejas a la adopción. Entre los países que han regulado uniones civiles podemos mencionar: Francia, Reino Unido, Nueva Zelanda. En nuestra región por ejemplo como ya se analizó en subtemas anteriores tenemos a Colombia, Argentina, Chile y hace muy poco tiempo Ecuador. En cambio, hay países que como se señalaba también se han pronunciado frente a la aprobación en su normativa interna de la adopción homoparental o en parejas del mismo sexo, podemos mencionar países como Holanda, Bélgica, España, Canadá, Islandia y Argentina. En este caso el país pionero en el reconocimiento de este tipo de adopción es Holanda en el año 2001, seguido por Suecia en el 2003 y Bélgica en el 2006.

Este sin duda alguna no ha sido un camino fácil, incluso en los países en que ya se ha aprobado este tipo de adopción. Fue un proceso paulatino que se enfrentó a diversas críticas desde el punto de vista jurídico, y de alguna manera sociológico. Principalmente porque entre las principales preocupaciones o detracciones ante la aprobación de este tipo de adopción estaba la preocupación por los niños criados en familias homoparentales, o sea que estos niños, niñas o adolescentes repitieran patrones de conducta y que esto se viera reflejado en su sexualidad futura. Otro tema en debate era el hecho de que desde una mirada cegada por los prejuicios se pensara que las personas del mismo sexo buscan

en la parentalidad satisfacer aspiraciones personales y no necesariamente formar una familia o brindar un desarrollo integral a los niños, niñas o adolescentes que pudieran adoptar.

Todas estas acepciones se pueden decir que contienen un alto contenido de creencias culturales y religiosas que por siglos han marcado los estándares de moralidad de la sociedad actual, y muy poco sustento desde el punto de vista científico, pues no existe estudio alguno que demuestre que la homosexualidad sea una conducta aprendida o que la preferencia sexual o la identidad de género sea algo que se pueda contagiar o inculcar. Ante esto autoras como Nosedá (2015) han indicado al respecto que:

(...) las parejas del mismo sexo que son padres o madres, crían a sus hijos de manera saludable, se involucran en la escuela, les entregan amor y afecto y sus hijos crecen psicológicamente sanos. Los que los estudios arrojan siempre es que la variable que más influye en la salud mental de los hijos es la relación entre los padres y no su orientación sexual.

En este sentido es preciso señalar que el hecho que los hijos se críen con padres del mismo sexo, o sea en el seno de una familia homoparental, no significa que ellos dejen de conocer los diferentes roles o géneros que desempeñan o que desean desempeñar desde el punto de vista social y sexual, pues no dejan de relacionarse con personas de diferentes géneros, básicamente porque todos los niños, niñas y adolescentes se encuentran insertos en una sociedad en dónde se conjugan precisamente las diferencias de sexo.

Para analizar un poco esta problemática desde el contexto normativo internacional es necesario hacer un breve esbozo sobre algunos casos trascendentales que hasta cierto punto han marcado el avance hacia una sociedad más igualitaria en todo los sentidos, y específicamente en lo que se refiere a la institución de la adopción en parejas del mismo sexo.

4.3.1 Caso Fretté contra Francia (Caso Fretté con Francia. Aplicación N° 36515/97)

Otro de los casos que se deben analizar es el caso Fretté contra Francia, mismo que fue resuelto por el Tribunal Europeo de derechos Humanos en el año

2002. En este caso concreto la sentencia comienza relatando los hechos, en el cual el demandante presenta en octubre del año 1991 una solicitud al Departamento de Servicios Sociales de París para ser evaluado para otorgar la autorización de adopción. En este caso el mismo Departamento evaluó positivamente al solicitante señalando que:

“El Sr. Fretté está motivado a adoptar un niño por un deseo de proporcionar afecto y una crianza adecuada. En la opinión del Sr. Fretté, lo esencial es amar y cuidar de un hijo ya que la adopción para él no es sólo un procedimiento legal y social. El Sr. Fretté cuenta con el apoyo de los amigos a su alrededor. El Departamento de Servicios establece que, sin embargo, su familia o bien no saben de sus planes o tiene dudas acerca de ellos. A pesar de que el Sr. Frete tiene indudables cualidades personales y una aptitud para la crianza de los niños la pregunta es que, en circunstancias particulares, como un hombre homosexual, se le permiten confiar a un niño”. (pr.10)

En el caso de Francia a normativa dispone expresamente que la adopción puede ser concedida a cónyuges que lleven a lo menos dos años de matrimonio o a cónyuges que recientemente han contraído matrimonio pero que sobrepasan los treinta y ocho años de edad. Igualmente, en el caso de las personas solteras indica la norma francesa que pueden solicitar la adopción siempre que se sometan luego a una evaluación y autorización del organismo correspondiente. En este caso concreto claramente el señor cumplía con los requisitos exigidos por la normativa, sin embargo, fue rechazada su petición solo respondiendo a su condición de homosexualidad.

Ante esta negativa se presenta una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y el demandante alega que se transgredieron los principios del artículo octavo y decimocuarto del Convenio, donde expresamente no se indica que la orientación sexual sea un elemento definitivo para el otorgamiento del derecho a la adopción. En este caso el Tribunal señala dentro de su argumentación, que a pesar que estos artículos del Convenio no establecen la posibilidad de adoptar a personas homosexuales, tampoco lo prohíbe, es importante tener en consideración que la legislación francesa establece que personas solteras que tengan capacidades para adoptar pueden hacerlo sin problema, y el demandante cumplía a cabalidad con todos los requisitos legales

y personales exigidos por la ley y a pesar de ello la petición del señor fue denegada.

En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que:

El Tribunal dispone que “no hay duda de que la resolución de denegación de la solicitud del solicitante de la autorización persigue un objetivo legítimo, es decir, proteger la salud y los derechos de los niños que podrían estar involucrados en un procedimiento de adopción, por el cual fue la concesión de la autorización en principio, un requisito previo. Queda por determinar si la segunda condición, a saber, la existencia de una justificación de la diferencia de tratamiento, también estaba satisfecho. El derecho a no ser objeto de discriminación en el goce de los derechos garantizados por la Convención también se viola cuando los Estados sin una justificación objetiva y razonable, no tratan de manera diferente a personas cuyas situaciones son significativamente diferentes”. (pr. 38)

Es así como en este caso concreto el Tribunal decide rechazar la demanda ya que considera que no ha sido comprobado hasta ese momento con evidencia científica cómo se desenvuelve y cuáles son los efectos de la vida de un niño, niña o adolescente que esté al cuidado de una persona homosexual. Además, establece que por el interés superior del niño no es posible acoger esta demanda. En este sentido es evidente que a esa fecha el Tribunal Europeo carecía de información y de elementos que permitieran fundamentar que el hecho de ser una persona homosexual no imposibilita de brindar una adecuada crianza o desarrollo integral a un niño, niña o adolescente. Años más tarde el propio tribunal en un caso similar modificaría su postura al respecto como se analiza a continuación.

4.3.2. Caso EB contra Francia (Caso EB con Francia. Aplicación N° 43546)

En este segundo caso que fue resuelto unos pocos años después por el mismo Tribunal Europeo de derechos humanos, se puede evidenciar un cambio radical en la línea jurisprudencial de este foro judicial. El mismo analiza un proceso iniciado en el año 1998 por una mujer de nacionalidad francesa, que sostenía una relación de pareja con otra persona del mismo sexo, y solicitó la autorización administrativa al Departamento de Servicios Sociales para acceder

a la adopción internacional de un niño en Asia, Madagascar o Sudamérica. Luego de que esta instancia administrativa deniega la petición basados en dos elementos esenciales, el primero versaba sobre el vacío en la documentación respecto a la figura paterna, lo que para su criterio podía limitar el desarrollo del niño y como segundo elemento se basaba en las conductas que podía tener la pareja, y en virtud de ello deciden que la petición presentada no puede prosperar.

En este caso el Tribunal Europeo, ya con otra visión respecto de la problemática diferente a la presentada en caso anterior, analiza si la condición sexual de la demandante fue un punto decisivo en la decisión de negar la autorización para la adopción, y al respecto concluye de que el solo hecho de que este elemento fuera presentado como un punto de razonamiento y de valoración en el caso, indudablemente comprobaba que fue decisivo en la decisión negatoria. Así lo indica la sentencia de la alta corte Europea de Derechos Humanos en su disposición ochenta y cinco al establecer que:

“en opinión del Tribunal, el hecho de que la homosexualidad del solicitante aparece hasta tal punto en el razonamiento de las autoridades nacionales es significativo. Además de sus consideraciones respecto a "estilo de vida" del solicitante, que, sobre todo, confirmaron la decisión del Presidente del Consejo para el departamento. El Tribunal señala que este último alcanza su decisión a la luz de la opinión dada por la junta adopción cuyos diversos miembros había expresado individualmente por escrito, sobre todo recomendar, con motivos en apoyo de esta recomendación, que la solicitud sea denegada en razón de los dos motivos de que se trata. Se observa que la manera en que se expresaron ciertas opiniones fue hecho revelador en que la homosexualidad de la demandante era un factor determinante. (prr.85)

En este fallo se sostiene que es válido tener en cuenta la actitud de la pareja estable, aunque sea de hecho de cualquier solicitante ante la adopción, pues puede ser un elemento esencial para valorar en virtud del interés superior

del menor. Sin embargo, la segunda razón valorada por la instancia administrativa referente a la carencia de un referente materno o paterno se consideró como inválida. Por la alta corte europea, toda vez que esto indudablemente impediría la adopción por parte de personas por el solo hecho de ser homosexuales. Este caso es emblemático al analizar esta problemática, pues como se indicó anteriormente marca un cambio radical en el razonamiento jurídico de esta alta Corte con respecto al caso anterior, y determina esencialmente que la condición o preferencia sexual de una persona no puede ser un factor a tener en cuenta cuando se valore su idoneidad para ser adoptante.

4.3.3. Caso Atala-Rifo y niñas v/s Chile

Este fue sin duda un caso emblemático que llegó a conocimiento de la Corte Interamericana de derechos humanos y que precisamente analiza temáticas referentes al derecho a la igualdad y no discriminación, roles de género entre otros elementos. Esencialmente la Corte tenía que resolver dos problemas fundamentales que sustentaban la controversia entre las partes, primero el juicio de tuición o cuidado iniciado por el padre de las niñas, y en un segundo punto un proceso disciplinario llevado a cabo en contra de la señora Atala. Este juicio es iniciado por el padre de las tres niñas ante el Juzgado de Menores de Villarrica alegando que el “desarrollo físico y emocional de estas se encontraba en serio peligro” de continuar bajo el cuidado de su madre, por el hecho de que esta última se encontraba conviviendo con su pareja sentimental y era una persona de su mismo sexo.

Luego de que los medios de comunicación también hicieran sus alegaciones y mediatizaran el caso, Juzgado de Menores de Villarrica, con los testimonios de personas propuestas por la parte demandante, especialmente de una psicóloga y una asistente social, se concedió la tuición provisional al padre y reguló las visitas de la madre, aunque se reconoció que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre para tener el cuidado de las niñas, sin embargo así le fue arrebatada la tuición a esta última. En este caso particular, el Juzgado motivó la decisión, con los siguientes argumentos:

“que [...] la demandada haciendo explícita su opción sexual, convive en el mismo hogar que alberga a sus hijas, con su pareja, [...] alterando con ella la normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal, por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de sus hijas”, y ii) “que la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones, que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de autos, y de lo cual no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobra[n] gran importancia. (Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de Menores de Villarrica, 2003)

Ante esta resolución y luego del agotamiento de todos los mecanismos internos para recurrir tal decisión, el caso es presentado ante la Comisión Interamericana de derechos Humanos, llegando al análisis de la Corte Interamericana bajo el argumento de que el caso claramente se relaciona con la discriminación e injerencia arbitraria en la vida privada de la madre, ocurridas en el contexto de un proceso judicial sobre la custodia y cuidado de sus tres hijas. Esto debido a que presuntamente la orientación sexual de la misma y, principalmente la expresión de dicha orientación, fueron la base principal de las decisiones mediante las cuales se resolvió retirarle la custodia de las niñas.

Para dar respuesta o resolver la controversia la Corte interamericana definió algunos elementos que debías o debieron ser observados por el estado chileno, como por ejemplo los alcances del derecho a la igualdad y a la no discriminación; la orientación sexual como categoría protegida por el 28 artículo 1.1 de la Convención Americana; si existió en el presente caso una diferencia de trato basada que precisamente respondiera a la orientación sexual de la señora Atala, y por último si dicha diferencia de trato constituyó discriminación, con lo que tuvo que analizar de manera minuciosa si las razones que se alegaron para justificar dicha diferencia de trato en razón del interés superior del niño y las presunciones de riesgo y daño en perjuicio de las tres niñas finalmente eran realmente justificadas.

Es así que la Corte al referirse al derecho a la igualdad y no discriminación fue enfática al indicar que:

Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación.

La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico. Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. (p.28)

En este sentido la Corte deja claramente establecido que los derechos fundamentales de las personas y su aplicación directa y eficaz va más allá de cualquier condición de raza, sexo, género o cualquier otra categoría. Los estados además tienen la obligación de crear los mecanismos idóneos para la protección de estos derechos frente a actos discriminatorios y que denoten distinción o discriminación. De igual manera es un deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana.

Con respecto a la orientación sexual como categoría protegida por el 28 artículo 1.1 de la Convención Americana la Corte en este caso consideró que:

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, reafirmando el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”. Asimismo, el 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la “Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género. El 15 de junio de 2011 este mismo Consejo aprobó una resolución sobre “derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” en la que se expresó la “grave preocupación por los actos de

violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [cometidos] contra personas por su orientación sexual e identidad de género”. La prohibición de discriminación por orientación sexual ha sido resaltada también en numerosos informes de los relatores especiales de Naciones Unidas. (prr. 90)

Sin dudas la Corte esclarece que un derecho que está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. Además, el instrumento interamericano proscribía de manera expresa la discriminación, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos de las personas. En el caso concreto quedó demostrado que la orientación sexual de la madre fue uno de los elementos que sin duda condicionaron la decisión de la tuición de las niñas, sin que se pudiera en ningún momento comprobar que esta orientación afectara de alguna manera su adecuado desarrollo por lo que era una resolución carente de un fin legítimo y fundamentado.

En este caso concreto se deja claro que para la instancia internacional el hecho de que las niñas se desarrollen en un hogar homoparental, no necesariamente significaba el menoscabo del interés superior de las mismas, y que en su defecto tomar la orientación sexual de la madre como argumento o el solo hecho de observar tal condición era irremediablemente una vulneración al principio de igualdad y no discriminación.

4.4. DERECHOS VULNERADOS POR LA RESTRICCIÓN DEL ACCESO A LA ADOPCIÓN EN FAMILIAS HOMOPARENTALES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

4.4.1 Análisis del artículo 68 de la Constitución ecuatoriana a la luz de derecho a la igualdad y no discriminación. Criterios de razonabilidad

Cuando se habla de igualdad y no discriminación es necesario establecer que la humanidad desde hace siglos ha respondido a diversos estereotipos que han condicionado la manera en que los individuos se desarrollan y son reconocidos por sus semejantes dentro del contexto social en que se

desenvuelven. Autores como Borillo (2013) han indicado que “discriminar significa tratar de manera menos favorable a una persona (física o moralmente) de otra en una situación análoga” (547)

En el contexto internacional podemos señalar que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Observación No. 18 respecto a la no discriminación y la igualdad ha indicado que:

La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos. Así, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la obligación de cada Estado Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En virtud del artículo 26 todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (prr.1)

Para la norma internacional estos constituyen principios básicos dentro de todos los ordenamientos jurídicos de los Estados, por lo que cada estado debe tomar las medidas pertinentes que garanticen la igualdad y no discriminación en el ejercicio de los derechos de las personas de que se trate. Igualmente la propia Observación 18 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas define que la discriminación es:

(...) toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. (prr. 7)

En el caso de Ecuador la norma constitucional también hace referencia a este particular en el artículo 11 numeral 2 al establecer que:

Art. 11.-El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

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

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Claramente la norma constitucional ecuatoriana es enfática al indicar que no es permisible establecer exclusiones, distinciones o restricciones por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción. Es entonces lógico a la luz de este precepto legal preguntarse si es contradictorio con lo que establece el artículo 68 de la propia Ley Fundamental ecuatoriana, en el que se indica tácitamente que “la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”, por lo que en este caso concreto la propia norma constitucional está restringiendo el acceso a esta institución respondiendo a la orientación sexual de las parejas que deseen adoptar.

En este sentido es necesario hacer un estudio minucioso de este particular y de la evidente contradicción que se suscita entre el artículo 11 numeral 2 y el artículo 68 de la Constitución ecuatoriana. Se puede comenzar estableciendo que la Corte Constitucional en su Sentencia No. 11-18-CN/19, ha analizado el alcance del artículo 11 numeral 2 al explicar que:

La definición del artículo 11.2 de la Constitución tiene tres elementos para configurar el trato discriminatorio: (1) La comparabilidad: tiene que existir dos sujetos de derechos que están en igual o semejantes condiciones; (2)

la constatación de un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas ejemplificativamente en el artículo 11.2, que son categorías protegidas y que, cuando se utilizan para diferenciar, se denominan categorías sospechosas; (3) la verificación del resultado, por el trato diferenciado, y que puede ser una diferencia justificada o una diferencia que discrimina. La diferencia justificada se presenta cuando se promueve derechos, y la diferencia discriminatoria cuando se menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En esta interpretación de la Corte se establecen ciertos elementos para definir el trato diferenciado y la discriminación, el primero con base as promover o hacer efectivos ciertos derechos en cambio la discriminación se da cuando se menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. En virtud de ello sería conveniente someter el artículo 68 de la Ley fundamental ecuatoriana a un análisis de razonabilidad respondiendo específicamente a tres criterios esenciales que la propia Corte ha definido para este tipo de ejercicio en su sentencia 019-16-SIN-CC del año 2016, indicando que:

(...) en la primera etapa del test de razonabilidad, se establece sobre los objetivos perseguidos a través del establecimiento de la norma (...) (p.17)

En este orden, una vez identificados los objetivos, en la segunda etapa del test de razonabilidad, es preciso establecer si estos son constitucionalmente válidos, es decir, si encuentran sustento en disposiciones constitucionales. (p.18)

Llegamos así a la tercera etapa del test de razonabilidad que tiene relación con la proporcionalidad entre la desigualdad expresada en la norma y el fin perseguido. (p.19)

En este orden de ideas para poder establecer si este precepto constitucional cumple con cada u o de estos parámetros es menester analizarlo desde el ámbito de cada uno de estos criterios, sobre todo porque la Corte Constitucional ecuatoriana ha establecido una diferencia entre categorías como la discriminación y el trato desigual, indicando en su Dictamen N° 4-19-RC/19 que:

el trato desigual se considerará no restrictivo del derecho a la igualdad y no discriminación si y solo si resulta al menos plausible- o sea, no es inaceptable pero tampoco seguro - sostener que un determinado fin es legítimo, que el trato desigual es idóneo y necesario para satisfacer dicho

fin, y que el grado de satisfacción de aquel fin es al menos equivalente a la intensidad de la limitación al derecho a la igualdad y no discriminación conexas con el principio a ser elegido, es decir, que hay proporcionalidad en sentido estricto. (prr. 21)

En virtud de ello se debe examinar la redacción del artículo 68 de la Constitución ecuatoriana a fin de dilucidar si el mismo cumple o no con cada uno de estos parámetros. Primeramente, se analizará que objetivos persigue esta disposición constitucional, pues si se lee con detenimiento este artículo salta a la vista que existe una distinción o trato desigual, y por ende una categoría sospechosa, al momento que indica textualmente que “la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”. Al ser esta afirmación tan distintiva claramente se tipifica en sí misma como un trato desigual no solo con respecto a las parejas del mismo sexo, sino también con respecto a las personas que no se encuentren en una vida en pareja y deseen acceder a la institución de la adopción.

En este sentido entonces hay que establecer si esta distinción es finalmente se trata de un trato desigual o si estamos en presencia de una disposición discriminatoria. Para ello hay que determinar si esta distinción que realiza la norma constitucional es adecuada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. En este sentido habría que determinar el fin que perseguía el legislador al establecer esta disposición, por lo que si se analiza el Acta 86 de la Constituyente del 2008 en este artículo específico solo se indica una declaración que dice lo siguiente:

El derecho de adopción corresponde solo a parejas del mismo (sic) sexo”, pero quién impide que un individuo homosexual adopte a un niño como padre soltero o madre soltera, quién impide que luego de formalizar la adopción el padre adoptivo se una con otra persona del mismo sexo; la respuesta es sencilla, nadie lo puede impedir. De igual gravedad sería en el caso de un matrimonio que procrea hijos, luego deciden divorciarse, si uno de ellos en un futuro decide hacerse homosexual y vivir con una persona del mismo sexo, qué pasará con esos niños, en qué clase de hogar crecerían estos niños, y bajo qué ejemplos y valores. (p.22)

Esta fue una postura defendida por varios de los asambleístas podemos evidenciar la negativa que muestran al reconocimiento de la formación de familias y el acceso a la adopción por parte de las parejas del mismo sexo, dando argumentos basados en la religión. Mencionan que el reconocimiento de tales derechos a las parejas del mismo sexo podría constituir que “tire abajo un proyecto tan maravilloso”, refiriéndose específicamente a la Constitución. El artículo es finalmente aprobado con 69 votos a favor, 29 votos en contra, 5 votos en blanco y 11 abstenciones.

Es claro entonces que si se analiza el objetivo de la norma como primera parte del test de razonabilidad, fundamentalmente en lo que respecta al trato otorgado a las parejas heterosexuales con respecto a las parejas homosexuales, esta diferenciación o distinción se da desde un contexto tradicional y religioso que abarca el supuesto paradigma de familia tradicional, evidenciando que el objetivo es el cautelar los valores y el ejemplo a los niños, sin mayor argumento o razonamiento alguno que de legitimidad al contexto normativo analizado, se excluye inevitablemente a un grupo de personas, quienes son considerados como concebido incapaces e inhabilitados, de ofrecer un hogar a niños y niñas en situación de adoptabilidad.

En segundo lugar, se puede concluir además que los argumentos dados por en estos debates para restringir estos derechos a las parejas del mismo sexo carecen de fundamentación lógica para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, pues el hecho de abordar categorías religiosas como sustento no es un fundamento válido dentro de un Estado Laico como lo proclama la propia Constitución ecuatoriana en su artículo primero. Es por ello que se puede concluir se encuentra un trato desigual establecido en una regla constitucional, que carece de una justificación razonable.

Igualmente se debe analizar este precepto constitucional a la luz de los criterios de proporcionalidad, es decir si cumple con el principio de necesidad, idoneidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Con respecto al criterio de idoneidad, el mismo busca justificar si la norma descrita es finalmente la más idónea o eficaz para alcanzar el fin constitucionalmente válido. Este subprincipio

implica, entonces, una comparación entre la medida adoptada y otras medidas alternativas disponibles. Es decir, en pocas palabras para que una medida sea considerada idónea debe proteger un derecho o un bien jurídico determinado, en este caso concreto vemos que se restringen derechos constitucionales de las parejas del mismo sexo y de las personas que no llevan vida en pareja, al impedirles que accedan a la adopción en virtud de proteger supuestamente los valores y el ejemplo a los niños, niñas y adolescentes sin que se haya logrado dar argumentos legítimos para justificar tal restricción. Así mismo lo indica Bernal (2005) al establecer que:

Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Este subprincipio impone, entonces, dos exigencias: la legitimidad constitucional del fin y la adecuación de la medida examinada. De acuerdo con la primera, para que una medida sea legítima, debe perseguir la protección de un derecho fundamental o de otro bien jurídico. De acuerdo con la segunda, para que dicha medida sea idónea, debe tener algún tipo de relación fáctica con el fin que se propone; es decir, debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho fundamental o de otro bien jurídico. (p. 81)

En tal sentido vemos que según este análisis el artículo 68 de la Constitución de Montecristi no supera ninguno de los criterios antes señalados, por lo que tampoco es proporcional, al respecto autores como Ávila

El principio de proporcionalidad aparece como una garantía interpretativa a los derechos humanos. Esta garantía debe ser aplicada por todos los poderes públicos. El legislativo debe, por ejemplo, crear tipos penales que sean proporcionales entre el bien jurídico que protege y el derecho que restringe, que normalmente es la libertad (por las penas de privación de libertad) y la propiedad (por las penas de multas). El ejecutivo, al tomar medidas administrativas, debe analizar la proporcionalidad del uso de la fuerza, por ejemplo, frente a las manifestaciones. El judicial, por su lado y en términos constitucionales, en los casos concretos, debe verificar que las leyes y las medidas administrativas sean proporcionales. Si no lo son, insistimos, podría ejercer el control difuso de constitucionalidad e inaplicar las leyes.

En virtud de ello, se puede concluir que en este caso concreto no se trata de un mero trato desigual en la norma, sino de una disposición constitucional

discriminatoria, teniendo en observancia que el fin protector y garantista de derechos que tiene la Ley fundamental se ve ensombrecido por un discurso moralista y prejuicioso que desnaturaliza a todas luces el objetivo principal perseguido o el fin constitucionalmente válido. Es así como al encontrarnos frente a una regla constitucional discriminatoria, la misma se vuelve inaplicable, por lo que debe ser declarada inconstitucional y disponer su inmediata enmienda.

4.4.2 Principio de interés superior del niño y la adopción como vía para materializar su derecho constitucional a tener una familia.

Hablar sobre del principio de interés superior del niño, resulta bastante complejo, toda vez que es un término que a pesar de estar regulado en la legislación debido a la amplitud de su contenido se torna bastante difícil de definir. Si nos remitimos a lo que indica la Convención sobre los derechos del niño (1989) en su artículo 3 numeral 1 lo define de la siguiente forma:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (p.10)

Para entender el trasfondo de este principio regulado en esta Convención y que a su vez ha sido incluido en la normativa constitucional de la mayoría de los países suscriptores de este mecanismo internacional de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes, es necesario identificar a cada uno de los agentes que involucra. Por ejemplo, cuando se refiere al término “niños” lo hace específicamente para referirse a todas las personas menores de 18 años sujetas a la jurisdicción de un Estado, tal y como lo indica la propia Convención en su artículo 1 al enfatizar que:

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.(p.10)

De igual manera la Convención se refiere a una serie de instancias que intervienen en la vinculatoriedad de este principio como lo son “instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”. En este sentido se refiere no solo a

los entes relacionadas derechos como la salud, el medio ambiente, la educación, sino también las instituciones que se ocupan de los derechos y libertades civiles como lo es por ejemplo, el registro de civil, las instituciones que tienen que ver con la protección contra la violencia en todos sus ámbitos, instituciones tanto públicas como privadas que se relacionen con bienestar social o que en su defecto intervengan en la prestación de servicios esenciales para que los niños, niñas y adolescentes disfruten de sus derechos.

Evidentemente visto desde esta perspectiva conceptualizar el principio de interés superior del niño resulta bastante complejo, fundamentalmente porque es necesario analizar cada caso dentro del contexto en que se desarrolla, pues lo que en un caso puede ser considerado beneficioso para un niño, niña o adolescente, en circunstancias diferentes puede no serlo tanto y por ende en virtud del principio de interés superior del niño la decisión debe ir encaminada hacia otra dirección. Es por eso que el Comité de los Derechos del niño en su Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial indicó que:

(...) el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. En ambos casos, la evaluación y la determinación deben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos. (p.14)

Como es evidente y según esta observación general del Comité de los derechos del niño esta maleabilidad del principio de interés superior del niño admite que el mismo pueda ser adaptado a la situación particular de cada niño, niña o adolescente. Sin embargo de aquello, esto también ha traído consecuencias negativas, toda vez que puede dejar margen para que el mismo sea manipulado en virtud de la conveniencia de ciertos agentes. Tal es el caso que en ocasiones los mismos padres o familiares se escudan en este concepto

para defender sus propios intereses, incluso hasta por instituciones del estado para justificar la implementación de políticas públicas que realmente lejos de favorecer a los niños, niñas y adolescentes van en detrimento del ejercicio de sus derechos.

El Estado ecuatoriano también a instituido este principio dentro de su normativa constitucional en su artículo 44 al establecer lo siguiente:

Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

Según la normativa ecuatoriana los derechos de los niños niñas y adolescentes prevalecerán por encima de los derechos de las demás personas precisamente en virtud del principio de interés superior del niño. Es así que estos derechos se entenderán como la necesidad de que todos los niños, niñas y adolescentes se desarrollen de forma integral, en un entorno familiar, social y escolar adecuado a sus necesidades, siempre con el apoyo de políticas públicas.

El interés superior del niño debe entenderse entonces como un principio de prevalencia y de vinculatoriedad, es decir que estará unido al pleno ejercicio de todos los derechos constitucionales que deben ser garantizados a los niños, niñas y adolescentes en las diferentes fases de desarrollo de su personalidad. De esta forma, la Corte Constitucional del Ecuador también se ha pronunciado al respecto en su Sentencia Nro. 064-15-SEP-CC, del año 2015 al señalar que el principio del interés superior es:

En nuestro sistema jurídico, este principio lo garantiza la Constitución de la República para asegurar el ejercicio pleno de sus derechos y promover prioritariamente su desarrollo integral, "entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de

sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales. (p. 20).

Según lo indicado por la Corte estos derechos gozan de una específica protección en el ámbito nacional, considerando su escenario de vulnerabilidad e indefensión, así como, la necesidad de garantizar un desarrollo integral y armónico. Igualmente, el Código de la Niñez y la Adolescencia (2003) en el Ecuador ha definido puntualmente este principio al indicar que:

Art. 11.- El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

En conclusión, el principio de interés superior del niño debe ser una consideración primordial en la adopción de todas las medidas que se tomen y que involucren a los niños, niñas y adolescentes. Este principio significa que el interés superior del niño no puede ser valorado de la misma manera o al mismo nivel que todas las demás consideraciones referentes a otros derechos. Esto tiene su sustento en que los niños, niñas y adolescentes son un grupo vulnerable precisamente por su estado de dependencia, falta de madurez, condición jurídica entre otros elementos que hacen que en muchas ocasiones no sean escuchados y atendidos debidamente. No se puede olvidar que los niños, niñas y adolescentes tienen menos posibilidades que las personas adultas de defender sus derechos y opiniones, es por ello que este principio busca que las personas que intervienen en las decisiones que les afectan tengan en cuenta sus intereses de manera primordial.

Existen múltiples circunstancias por las que los niños, niñas y adolescentes se quedan sin la protección de una familia o en condiciones de orfandad total. En estos casos el Estado tiene la responsabilidad de tomar partido ante la protección de estos grupos vulnerables, y es cuando pasan formar parte de casas asistenciales. Los conflictos armados, las enfermedades terminales, la situación de extrema pobreza, incluso a veces por el propio abandono de los padres o familias biológicas de estos niños, niñas y adolescentes, son algunas de las causas que provocaron que se aunara esfuerzos por el reconocimiento y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; de ahí que se conceda la relevancia de la familia como núcleo esencial de la sociedad. En este sentido el deber primero del Estado y la sociedad en general es velar por sus derechos, pero sobre todo garantizando el principio del interés superior del niño como medio de protección directo y eficaz para tales fines.

En este orden de ideas se puede decir que la institución de la adopción ha jugado un papel fundamental, pues la misma estuvo llamada a revolucionar los conceptos y definiciones tradicionalistas que giraban alrededor no solo de familia sino también de los lazos de filiación. Es a través de esta institución jurídica que nace una nueva forma de relación parentofilial entre el adoptante y el adoptado. Donde a pesar de no existir lazos de sangre o biológicos, se dejan de lado estas condiciones y se comienzan a formar vínculos de afecto y protección.

Ahora bien, si se analiza la institución de la Adopción debemos indicar que la misma también surge como una vía de solución al lamentable problema de estado de orfandad en el que quedan algunos niños, niñas y adolescentes. La Adopción emerge como la respuesta al momento de que estos niños, niñas o adolescentes que carecen de una familia biológica son adoptados por una familia, cuyo objetivo es dejar de lado sus propias necesidades para dar paso a la adopción y a través de ella, ser la vía de satisfacción de las necesidades y protección de derechos de los niños, niñas o adolescentes que se encuentran en situaciones de adoptabilidad y que, por consiguiente

necesitan un ambiente familiar idóneo para su desarrollo, donde se les proporcione el cuidado, el amor y la protección que requieren.

Autores como Pérez (2013) han indicado que la adopción es una institución que tiene por finalidad brindar protección y/o un medio familiar fundamentalmente a niños, niñas y adolescentes que se encuentran en estado de abandono o desamparo respecto de su familia originaria, creándose de este modo una situación análoga a la filiación legítima con respecto al o los adoptantes. (prr.90).

Por esta institución el niño, niña o adolescente que es adoptado no sólo tiene el derecho a llevar los apellidos del adoptante, sino que debe ser registrado con estos. Lo que se traduce desde el punto de vista jurídico que, tanto el adoptado como la familia adoptante ostentarán los mismos derechos y obligaciones que se establecen con respecto a la filiación legítima con el hijo consanguíneo.

Como se ha analizado anteriormente, los instrumentos internacionales brindan especial importancia a que los niños, niñas y adolescentes formen parte de un núcleo familiar. La Convención de los Derechos del Niño específicamente reconoce este como uno de los derechos fundamentales al indicar que:

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. (p.8)

Evidentemente la familia juega un papel fundamental en el adecuado desarrollo de los niños, niñas y adolescentes. Es la parte medular de su formación tanto física como psicológica, donde puede crear lazos de amor, cuidado, y seguridad con respecto al medio exterior donde se desenvuelve. La Convención de referencia también se pronunció con respecto a la adopción como

una vía alternativa para la formación de otros tipos de familia para los niños, niñas y adolescentes que carezcan de familias consanguíneas. Es así como ha señalado en su artículo 21 lo siguiente:

Los Estados Parte que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

- a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; (p. 17).

Analizando estas consideraciones es innegable que la familia es el lugar más conveniente para que el niño, niña o adolescente se desarrolle de manera integral no solo como ser humano, sino también como ser social. Recae entonces en la responsabilidad de los miembros de la familia, con independencia de su tipo, sea consanguíneo o no, crear las condiciones y los vínculos idóneas para el desenvolvimiento de los niños, niñas y adolescentes que la conforman, y es precisamente esta responsabilidad y deber al que se refiere la norma al exigirlo como una manifestación del principio de interés superior del niño como un mandato de prioridad incondicional.

La norma constitucional ecuatoriana al reconocer igualmente este derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener y formar parte de un núcleo familiar también ha regulado la institución de la Adopción, como una forma para materializar este derecho a los niños, niñas y adolescentes en condiciones de orfandad, al establecer en su artículo 69 numeral 6 “que las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción”. (Constitución de la República del Ecuador 2008). Es así como la adopción no solo brinda la posibilidad a estos niños, niñas y adolescentes a pertenecer y tener una familia que vele por ellos, sino que esta institución los hace dignos de los mismos derechos y obligaciones que los hijos biológicos.

De igual manera el estado ecuatoriano ha regulado esta institución en el Código de la Niñez y Adolescencia (2003) en sus artículos 151 al 188, regulando los principios que rigen esta institución, requisitos de los adoptantes, tramitación tanto administrativa como judicial, entre otros elementos importantes de esta figura jurídica. Específicamente es necesario hacer referencia al artículo 151 donde se indica claramente la finalidad que persigue esta institución, al decir que:

Art. 151.- Finalidad de la adopción.- La adopción 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.

Indudablemente después de analizar la institución de la adopción tanto en el contexto normativo internacional como en el derecho interno, se evidencia que la misma garantiza que los niños, niñas y adolescentes se desarrollen dentro de una familia que le brinde un desarrollo integral, entendido desde el proceso de crecimiento, satisfacción de sus necesidades tanto sociales, afectivas, emocionales y económicas. Se puede concluir de este análisis que la adopción es una vía para materializar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, a crecer en un ambiente sano, donde tengan la protección de sus derechos asegurada y donde creen vínculos de afecto que le ayuden a desarrollarse en todos los entornos sociales.

4.4.3. Incidencia de la restricción a la adopción en familias homoparentales en el derecho constitucional de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia.

Al examinar la adopción homoparental en los países de la región como Colombia, Argentina y Chile, se puede indicar que un denominador común en estos países es que, el reconocimiento legislativo o jurisprudencial de la misma, no se basa únicamente en el derecho a la igualdad y no discriminación de las parejas del mismo sexo para acceder a la figura de la adopción con respecto a las parejas heterosexuales. Sino que en estos países se valora, además, que la adopción homoparental es una vía de acceso también para que los niños, niñas y adolescentes en situación de adoptabilidad puedan ser parte de una familia.

Es por ello que el punto de concordancia en estos países para legalizar la adopción homoparental se tiene en especial observancia este derecho de los niños, niñas y adolescente a tener una familia y a recibir el amor y el cuidado necesario dentro de las mismas.

Es por ello que esta restricción constitucional que ha quedado ampliamente demostrada en subtemas anteriores no solo es una herramienta para demostrar tratos discriminatorios y desiguales a las familias homoparentales y también a las personas que no llevan una vida en pareja, y que tampoco pueden acceder a la institución de la adopción que no pueden acceder a ella, sino que también debe ser valorado el hecho de que la adopción no solo debe estar encauzada también a proteger el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, bajo el principio del interés superior.

Es por ello que, al valorar esta norma restrictiva y discriminatoria que sin duda lo es el artículo 68 de la Constitución ecuatoriana, el análisis debe ir más allá de la vulneración del principio a la igualdad y no discriminación que sufren estas familias homoparentales al no poder adoptar, sino se debe analizar también como se prolonga la situación de abandono de estos niños, niñas y adolescentes que pueden ser adoptados por una de estas familias, o por alguna persona que aun y cuando no lleva una vida en pareja desee adoptar y está imposibilitada de hacerlo. Téngase en observancia que, lo fundamental es lograr materializar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a desarrollarse dentro de una familia, y que esa familia sea apta e idónea para garantizarle su desarrollo integral, con independencia de si es una familia homoparental, heterosexual o de diferente estado civil.

En este orden de ideas se puede concluir que la adopción, en específico en familias homoparentales no puede ser analizada como un derecho específicamente de los padres homosexuales adoptantes, sino que debe ser analizada también desde el reconocimiento del derecho de los niños, niñas y adolescentes a crecer dentro de una familia que les brinde vínculos afectivos sólidos y verdaderos.

Es así como, la adopción no solo puede ser una vía para que quienes carezcan de la posibilidad de concebir un hijo de manera natural puedan llegar

a brindar un hogar a niños en situación de orfandad o abandono, más aún cuando se trata de familias homoparentales. Verlo solo desde esa óptica sería darle un significado demasiado simplista a esta institución jurídica, pues lo que se debe tener claro cuando se habla de la adopción homoparental, es que la misma debe fundamentarse en el principio del interés superior del niño, en el reconocimiento del principio de igualdad y no discriminación, sin que la orientación sexual de los padres adoptantes sea un factor determinante para alcanzar el fin propuesto, pues estas personas que mantiene una relación con semejantes del mismo sexo son perfectamente capaces de educar íntegramente a niños, niñas y adolescentes, muestra de ello es que cada vez son más los países que reconocen el acceso de estas parejas a esta institución jurídica.

4.4.4 Criterios a considerar para regular la adopción homoparental en el Ecuador

La restricción del acceso a la institución de la adopción para parejas de mismo sexo es aún uno de los retos legislativos que presenta el Ecuador como Estado Constitucional de derechos. Como ha quedado claro en capítulos anteriores en nuestra Constitución ecuatoriana existe una norma restrictiva de derechos y discriminatoria, es precisamente el artículo 68 de la Ley Fundamental, donde no solo se excluyen del acceso a la adopción a las parejas del mismo sexo, sino a todas las personas que no lleven una vida en pareja heterosexual, como pueden ser las personas con estado civil solteras, viudas o divorciadas, sin embargo de ello, la mayoría de las posturas que se oponen a que se regule finalmente este acceso a la adopción son precisamente en contra de que las parejas del mismo sexo sean consideradas aptas para este fin, poco se habla al respecto sobre las restantes personas que quedan excluidas de este derecho.

Las principales posturas detractoras de que finalmente la adopción homoparental encuentre un espacio en la norma jurídica ecuatoriana, giran en torno a conceptos de índole religioso y prejuicioso, sobre todo alegando que no es adecuado que los niños, niñas y adolescentes crezcan en este tipo de familias, que les generaría confusión en cuanto a su orientación sexual futura

entre otras alegaciones, mismas que no han encontrado a través de los años respaldo científico alguno. Así lo ha indicado la Asociación Americana de Psiquiatría, en su artículo titulado “Adopción y copaternidad de niños por parejas del mismo sexo” (2002), donde refiere que:

Numerosos estudios en las tres últimas décadas han demostrado consistentemente que los niños criados por padres gays o lesbianas muestran el mismo nivel de funcionamiento emocional, cognitivo, social y sexual que los niños criados por padres heterosexuales. La investigación indica que el desarrollo óptimo de los niños no se basa en la orientación sexual de los padres, sino en vínculos estables de compromiso y crianza por parte de los adultos. La investigación demuestra también que los niños que tienen dos padres, independientemente de su orientación sexual, se desarrollan mejor que los niños que tienen un solo padre. (p.1)

Otras instituciones a nivel internacional también han realizado estudios al respecto como por ejemplo la Asociación Americana de Psicoanálisis, quien ha desarrollado en el año 2012 una Declaración Institucional sobre Homoparentalidad, que indica lo siguiente:

La Asociación Americana de Psicoanálisis apoya la postura de que la consideración más importante en las decisiones sobre paternidad, incluidas la concepción, la educación, la adopción, las visitas y la guarda, es el mejor interés del menor. La evidencia acumulada sugiere que el mejor interés del menor requiere seguridad en el compromiso, educación y padres competentes. La evaluación de esas cualidades parentales en un individuo o pareja, debe hacerse sin prejuicios sobre la orientación sexual. Los individuos y parejas gays y lesbianas son capaces de procurar el mejor interés del menor y se les deben otorgar los mismos derechos y asumir las mismas responsabilidades que los padres heterosexuales. Con la adopción de esta declaración institucional, apoyamos los estudios de investigación que aumenten nuestros conocimientos sobre las repercusiones en el desarrollo de los niños, tanto de la paternidad tradicional como de la homoparentalidad. (p.2)

En virtud de aquello los estudios han demostrado que la homosexualidad no es un trastorno psicológico, tampoco hay evidencia que respalde que la orientación homosexual per-se perjudique el funcionamiento psicológico de la persona y no se ha encontrado evidencia que respalde que las mujeres lesbianas o los hombres gays con respecto a sus semejantes heterosexuales, difieren

significativamente en los estilos de crianza de sus hijos. Es por ello por lo que, las creencias de que adultos lesbianas y gays no están aptos para ser padres no tiene base empírica. Por lo que no se justificaría en ninguna circunstancia que se continúe estableciendo criterios normativos discriminatorios en las normas jurídicas.

Si se valora la posibilidad de regular el acceso a la adopción para parejas del mismo sexo y así mismo para personas que no lleven vida en pareja se deben tener en observancia una serie de criterios elementales, en virtud de proteger el interés superior del niño, niña o adolescente. Estos criterios pueden versar sobre la aptitud competente desde el punto de vista jurídico de o de los padres adoptantes, o sea la edad de los mismos, su capacidad legal y pleno goce de sus derechos, tener un estado de salud física y mental adecuado para cumplir con las responsabilidades parentales, disponer de recursos económicos indispensables para garantizar al adoptado la satisfacción de sus necesidades básicas, y de alguna manera también se puede considerar el pasado judicial del o los adoptantes.

Si se analiza a cabalidad estos elementos podemos darnos cuenta que la mayoría de ellos están dentro de los requisitos que establece el Código de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador, sin embargo en esta normativa se prevé además como requisito que “en los casos de pareja de adoptantes, ésta debe ser heterosexual y estar unida por más de tres años, en matrimonio o unión de hecho que cumpla los requisitos legales”, por lo que reproduce de manera explícita el criterio discriminatorio que obra igualmente en el artículo 68 de la Constitución ecuatoriana.

Esta problemática debe analizarse entonces desde un punto de vista constitucional, pues si bien es cierto solo la Asamblea Nacional como legislador positivo, tiene esta facultad de crear normas jurídicas, en muchos casos como lo es el reconocimiento del matrimonio igualitario la Corte Constitucional, en virtud de la aplicación directa y eficaz de los derechos, puede y lo ha hecho, declarar la inaplicabilidad de un precepto constitucional, su inconstitucionalidad o simplemente brindar una interpretación constitucional que suspende total o

parcialmente los efectos de una norma, por lo que en ese caso estaría realizando una labor de legislador negativo. En palabras de Hans Kelsen “anular leyes anticonstitucionales no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el actus contrarius correspondiente a la producción jurídica, o sea, que tal como lo he señalado oficia de “legislador negativo” (p.36)

En tal sentido la Corte Constitucional puede observar lo que indica la Opinión Consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) frente al Estado de Costa Rica, sobre si el Estado debe reconocer todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo. Esta opinión fue emitida el 24 de noviembre de 2017 y la Corte IDH notificó su fallo el 09 de enero de 2018. En el mismo claramente establece que:

Para el Tribunal, no existe duda de que –por ejemplo– una familia monoparental debe ser protegida del mismo modo que dos abuelos que asumen el rol de padres respecto de un nieto. En el mismo sentido, indiscutiblemente la adopción es una institución social que permite que, en determinadas circunstancias, dos o más personas que no se conocen se conviertan en familia. Asimismo, en concordancia con lo expresado en el Capítulo VII de esta opinión, una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual. Todas estas modalidades requieren de protección por la sociedad y el Estado, pues como fue mencionado con anterioridad (supra párr. 174), la Convención no protege un modelo único o determinado de familia. (prr.179)

Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna. (prr.228)

Claramente según esta respuesta emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado de Costa Rica, la Convención

Interamericana de Derechos Humanos no protege solo un determinado modelo de familia, sino que protege a esta institución en sus diversos tipos, por lo que las familias homoparentales también entran dentro de este estándar de protección. De igual manera expresa que se debe garantizar a las parejas del mismo sexo el acceso a las instituciones jurídicas ya reconocidas en los ordenamientos jurídicos de los estados de la misma manera que se les reconoce este acceso a las parejas heterosexuales, por lo que la adopción es una institución jurídica ya constituida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y a la que las parejas del mismo sexo deberían poder acceder en virtud del principio de igualdad y no discriminación.

En este orden de ideas si bien es cierto que las opiniones consultivas no tienen un carácter vinculante, ni siquiera para el estado que la solicita, si se convierte en un estándar internacional de interpretación obligatoria para situaciones que se adapten a la misma, sobre todo si se trata de adecuar los ordenamientos jurídicos a los estándares internacionales de protección de derechos humanos.

Es así que la Corte Constitucional ecuatoriana, basada en esta interpretación que realiza la alta Corte Internacional, misma que utilizó para el reconocimiento del matrimonio civil igualitario, debe reconocer y garantizar todos los derechos que se derivan de este vínculo familiar entre personas del mismo sexo, por lo que si para la parejas heterosexuales es posible acceder a la institución de la adopción, es un por ende un derecho también de las familias homoparentales, en virtud de que están constitucionalmente reconocidas y por demás el hecho de restringirles el acceso a esta institución jurídica para que puedan adoptar es vulnerar derechos como el de igualdad y no discriminación, así como el principio de progresividad de los derechos constitucionales.

4.5. CONCLUSIONES

1. Se puede concluir en primer lugar de la investigación realizada que la familia como núcleo de la sociedad no solo se reduce a la concepción de un modelo tradicional, sino que en el Estado ecuatoriano se reconocen las familias en sus diversos tipos y modelos. Con la regulación del matrimonio civil igualitario a través de las sentencias Sentencia N.º 10-18-CN/19 y Sentencia N.º 11-18-CN/19 el Ecuador abrió finalmente la puerta al reconocimiento constitucional de las familias homoparentales.
2. Se puede concluir además del estudio realizado que existen algunos países de la región como Colombia, Argentina, Chile y Costa Rica entre otros que han regulado en sus ordenamientos jurídicos el acceso a la adopción en familias homoparentales o parejas del mismo sexo, con la base del derecho a la igualdad y no discriminación que debe ser reconocido a estas parejas a tener los mismos derechos que las parejas heterosexuales en lo referente al acceso a la adopción. A esto sumado de que el reconocimiento constitucional del matrimonio civil

igualitario debe implicar que estas parejas ostenten los mismos derechos y obligaciones emanados de esta institución jurídica.

3. Se concluye además que en el contexto normativo internacional tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en diferentes fallos como los analizados durante la investigación, estas altas cortes han determinado que la preferencia sexual de las personas que aspiran a ser adoptantes no puede ser un factor valorado por las instituciones y mucho menos un factor determinante de la idoneidad de los mismos para aceptar o rechazar una solicitud de adopción.
4. De igual manera se realizó un análisis del contenido del artículo 68 de la Constitución ecuatoriana, aplicando criterios de razonabilidad que establece la propia Corte Constitucional como la determinación de los objetivos perseguidos con la norma, si estos objetivos son constitucionalmente válidos, y finalmente un análisis de los criterios de proporcionalidad. Con estos elementos se pudo concluir que en el artículo 68 de la Ley Fundamental ecuatoriana concretamente no se trata de un mero trato desigual en la norma, sino de una disposición constitucional discriminatoria, teniendo en observancia que el fin protector y garantista de derechos que tiene la Constitución se ve ensombrecido por un discurso moralista y prejuicioso que desnaturaliza a todas luces el objetivo principal perseguido o el fin constitucionalmente válido.
5. Se concluye de igual manera que el contenido discriminatorio de la disposición constitucional se reproduce en el Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador en sus artículos 153 y 159, donde claramente se vulnera no solo el derecho a la igualdad y no discriminación de las parejas del mismo sexo y de las personas que no lleven vida en pareja como requisito para acceder a la institución de la adopción, sino que adicionalmente a ello esta restricción también

incide en el derecho de los niños niñas y adolescentes a tener y formar parte de una familia, prolongando irremediablemente la situación de riesgo y de abandono del niño, niña y adolescente.

6. Finalmente se concluye además que para regular el acceso a la adopción para parejas del mismo sexo en el Ecuador y así mismo para personas que no lleven vida en pareja, se deben tener en observancia criterios que pueden versar sobre la aptitud competente desde el punto de vista jurídico de o de los padres adoptantes, o sea la edad de los mismos, su capacidad legal y pleno goce de sus derechos, tener un estado de salud física y mental adecuado para cumplir con las responsabilidades parentales, disponer de recursos económicos indispensables para garantizar al adoptado la satisfacción de sus necesidades básicas, y de alguna manera también se puede considerar el pasado judicial del o los adoptantes. Pero en ningún caso la preferencia sexual de los mismos como factor a valorar y menos como elemento determinante en la aceptación o negación de la petición de adopción.

Universidad de Otavalo

Maestría en Derecho Constitucional

López, David & Palacios, Luis.

Trabajo de Titulación, (2021)

4.6. RECOMENDACIONES

1. Como primera recomendación se puede establecer que Estado ecuatoriano adecue sus mecanismos jurídicos internos en virtud de los estándares internacionales de protección de derechos humanos, sobre todo en lo referente a la igualdad de derechos y obligaciones que devienen de la institución jurídica del matrimonio, donde tanto los matrimonios heterosexuales como los homosexuales puedan de manera igualitaria acceder a todas las instituciones jurídicas que se encuentran reguladas en el ordenamiento jurídico como lo es por ejemplo la Adopción
2. Se recomienda que la Corte Constitucional realice un análisis exhaustivo del contenido del artículo 68 de la Constitución, en lo referente específicamente al postulado que indica: “en los casos de pareja de adoptantes, ésta debe ser heterosexual y estar unida por más de tres años, en matrimonio o unión de hecho que cumpla los requisitos legales”. Este análisis debe realizarse aplicando criterios de razonabilidad y proporcionalidad para que determine que este contenido es discriminatorio y por ende vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación no solo de las parejas del mismo sexo, sino también de las personas que no llevan una vida en pareja y que en ambos casos se ven impedido de acceder a la Adopción. En este sentido se debe declarar que es una norma inconstitucional y por ende es inaplicable.
3. También se recomienda que la Corte Constitucional ecuatoriana, a través de su jurisprudencia, con base en la interpretación que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC/24-17, misma que utilizó igualmente para el reconocimiento del matrimonio civil igualitario, reconozca y garantice todos los derechos que se derivan de este vínculo familiar entre personas del mismo sexo, por lo que si para la parejas heterosexuales es posible acceder a la institución de la adopción, es un por ende un derecho también de las familias homoparentales, en virtud de que están constitucionalmente reconocidas y por demás el hecho de

restringirles el acceso a esta institución jurídica para que puedan adoptar es vulnerar derechos como el de igualdad y no discriminación.

4. Se recomienda además que se realicen estudios jurídicos y sociológicos en virtud de fomentar una conciencia social frente al tema de los criterios discriminatorios que existen en la sociedad ecuatoriana y que se reproducen en la norma jurídica, mismos que puedan servir de base para la creación de futuras políticas públicas en lo referente a la regulación de la adopción homoparental en el Ecuador.

4.7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abeliuk, R. (2000). "La filiación y sus efectos" (la filiación, su determinación. Acciones judiciales. La filiación adoptiva. Sucesión intestada y asignaciones forzosas. Otras reformas de las leyes N° 19.585 y N° 19.620). Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- Aguirre, V. G. (2015). La seguridad jurídica. Ecuador.
- Aliaga, J., & Cortés, J. (1997). Identidad y Diferencia sobre la cultura gay en España. Barcelona.: Egales.
- American Psychiatric Association, (2002) «Adoption and co-parenting of children by same-sex couples», <https://www.clearinghouse.net/chDocs/public/PB-MI-0004-0016.pdf>
- American Psychoanalytic Association, (2012) «Position Statement on Gay and Lesbian Parenting». Recuperado de: <http://www.apsa-co.org/ctf/cqli/parenting.htm>
- Alvarez, J. (1999). La investigación cualitativa. Madrid: Getafe.
- Arias, M (1993). Derecho de familia: Legislación de menores y actuaciones notariales. Bogotá D.C.: Editorial Presencia LTDA.
- Asamblea Constituyente del 2008. Acta 86 de la Constituyente del 2008. Recuperado de: https://puceeduec-my.sharepoint.com/:f/g/personal/smzaidan_puce_edu_ec/EsA1phta-JIGobaZZ73292UBZsqkJI2Nf-9_GlpxxPpw?e=bfujdt
- Ávila, R (2008). "El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad". (Reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol de los parlamentos y los jueces)" en "El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional", de Miguel Carbonell (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008).
- Barboza, F (2013). "Una aproximación teórica-conceptual para el estudio de las organizaciones familiares". Telos [en línea]. 2013. ISSN: 1317-0570. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=99326637009>
- Benalcázar, P. (2018). El derecho humano al matrimonio igualitario en Ecuador. Caso Correa y Troya vs Registro Civil. Un litigio en medio de una antinomia constitucional y el conservadurismo judicial. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Benitez, F. E. (2019). Matrimonio entre personas del mismo sexo. Guayaquil Ecuador.
- Bernal, B. J. (2015). Ponderación de derechos en la aplicación de subsidiaridad en materia de niñez y adolescencia. Quito-Ecuador.
- Bernal, C. (2005). "El derecho de los derechos" Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucional de las leyes. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

- Biblioteca del Congreso Nacional. 2013. Boletín 9119-18. "Reforma integral al sistema de adopción en Chile"
- Blanco, D. J. (2018). Una defensa de la ponderación. Replica algunas críticas. Eknos revista científica.
- Boswell, J. (1995). Boswell, John (1995). Same-sex unions in premodern Europe. . New York.
- Borillo, D. (2013). "Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo". Revista de la Facultad de Derecho: Pontificia Universidad Católica del Perú
- Bulygin. (2009). la laguna axiológica se produce cuando las valoraciones del juez no coinciden con las del legislador.
- Cabanellas, G. (2008). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires: Heliasta.
- Cass, V. (1990). The implications of homosexual identity formation for the Kinsey model and scale of Sexual Preference. En McWhirter et al. Homosexuality/Heterosexuality: Concepts of Sexual Orientation. New York: Oxford University Press.
- Chaparro, L. (2017). ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO A PARTIR DE LAS PERSPECTIVAS DE LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS QUE LA HAN APROBADO. Medellín: Universidad EAFIT.
- Cillero, M. (1994). Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Uruguay. Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Uruguay. Uruguay: Instituto Interamericano del Niño.
- Código Civil. (2013). Ecuador: Corporación de Estudios.
- Código de la Niñez y adolescencia, República del Ecuador, Registro Oficial 737 de 03-ene.-2003 Última modificación: 07-jul.-2014
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (2015). Ley 26 994. Promulgada por el decreto 1795/2014. Recuperado de: http://www.uba.ar/archivos_secyt/image/Ley%2026994.pdf
- Convención de los derechos del Niño (1989). Recuperado de: https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/CDN_06.pdf
- Comité de los Derechos del niño (2013). Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Recuperado de: https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf
- Código de la Niñez y adolescencia, República del Ecuador, Registro Oficial 737 de 03-ene.-2003 Última modificación: 07-jul.-2014
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (2015). Ley 26 994. Promulgada por el decreto 1795/2014. Recuperado de: http://www.uba.ar/archivos_secyt/image/Ley%2026994.pdf

Convención de los derechos del Niño (1989). Recuperado de:

https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/CDN_06.pdf

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, (1989). No discriminación. 10/11/89. CCPR OBSERVACION GENERAL 18. (General Comments).

Recuperado de:

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf>

Comité de los Derechos del niño (2013). Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

Recuperado de:

https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf

Constitución de la República. (2008). Ecuador: Corporación de Estudios.

Constitución de la República. (2008). Ecuador : Corporación de Estudios.

Constitucion de la Republica del Ecuador. (2008). Constitucion de la Republica del Ecuador. Montecristi: Registro Oficial 242.

Constitución del Ecuador. (2016). Ecuador: Corporación de Estudios.

suabia. Sentencia C-577 de 2011. Recuperdo de:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>

Corte Constitucional 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19. (2019). Quito Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de febrero de 2012. Caso Atala/ Riffo y niñas. Recuperado de:

https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Corte Constitucional. (12 de Junio de 2019). Sentencia n.º 10-18-CN/19. Quito. Recuperado el 5 de Octubre de 2020, de <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=10-18-CN/19>

Corte Constitucional del Ecuador, "Dictamen N° 4-19-RC/19" en Caso Nro. 4-19-RC, 21 de agosto de 2019

Corte IDH (2017). "Opinión Consultiva 24/17 de 24 de noviembre de 2017", Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, 24 de noviembre de 2017. Recuperado de:

http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

Cortés, A. P. (2011). Orientacion sexual en estuadiantes adolescentes. Revista Cubana de Medicina General Integral, 345.

Corral, H. (1990). "Concepto y reconocimiento legal de la "familia de hecho". Revista Chilena de Derecho Vol. 17, No. 1 (Enero - Abril 1990).

Recuperado de: <https://www.jstor.org/stable/41608818>

- Cuadernillo De Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos N° 14: Igualdad Y No Discriminación. (2019).
- Curiel, O. (2013). La Nación Heterosexual. Análisis del Discurso Jurídico y el Régimen heterosexual desde la antropología de la dominación. Bogotá: Impresol Ediciones.
- Declaración Universal de Derechos Humanos . (1948).
- Duque, O. N. (2017). El acceso al Proceso de Adopción y la Vulneración de Derechos a la Igualdad de las Familias Diversas . Quito-Ecuador.
- Durán, P. A. (2012). LA ADOPCION. Ecuador.
- Dusi, B. (1960). Compendio de Derecho Civil, t. IV, Derecho de Familia. Revista de Derecho Privado, 6542.
- Espinoza, P. L. (2019). Asesoramiento legal del trámite de adopción alas personas en la fundación cáritas, restableciendo el mecanismo del principio de celeridad. Santo Domingo-Ecuador: Facultad de Jurisprudencia.
- Fermin, V. (2016). Las razones por las que Ecuador se rezaga en el matrimonio igualitario. Colombia.
- Freire, B., & Fernández, J. (2018). Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex, en el Ecuador 2017. Quito: Colectivo LGBTI.
- Friere, B. M. (2016). "Repercusiones jurídicas de la falta de reconocimiento del derecho al matrimonio para parejas del mismo sexo en Ecuado. Quito-Ecuador.
- Función Judicial Sala de lo Laboral de la Corte Provincial del Azuay. (2018). , Proceso n.º 01204-2018-03635, 2018. Azuay.
- García, F. (2005). La adopción homoparental. Revista Iberoamericana de Diagnóstico y Evaluación, 1(19), 147-170. Recuperado el 25 de Diciembre de 2020, de <https://www.redalyc.org/pdf/4596/459645450009.pdf>
- Gregorio, G. P. (2018). MATRIMONIO Y LA ADOPCIÓN PARA LAS PAREJAS HOMOSEXUALES. Ecuador.
- Henríquez, V. M. (2012). Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno. Santiago de Chile: Estudios Constitucionales, Año 11, N° 1, 2013, pp. 459-476.
- Herrera, M. (2010). Adopción y ¿homoparentalidad u homofobia? Cuando el principio de igualdad manda IUS. Puebla- México: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla.
- James, N. (2019). The Origins and Role of Same-Sex Relations in Human Societies. Jefferson y Londres: McFarland & Company. Chile:

https://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo.

Kelsen, H (1995). "¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?". Madrid, España. Editorial Tecnos, 1995.

Kennedy, H. (1981). The "third sex" theory of Karl Heinrich Ulrichs", Journal of Homosexuality. Estados Unidos.

Lacub, M. (2002). Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique,. París: essais.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009). Quito-Ecuador.

Ministerio de Inclusión Económica y Social . (2020). Ecuador.

Neil, J. (2009). The origins and role of Same. Sex Relations in Human Societies. Londres: McFarland.

Nofal, L. (2010). Adopción homoparental: derechos LGT1a la adopción. Belgrano: Universidad de Belgrano.

Nofal, L. (2010). Adopción homoparental: derechos LGT a la adopción. Belgrano: Universidad de Belgrano.

Nosedá, J. (2015). "Adopción de parejas del mismo sexo: 30 años de evidencia sólida que los respalda". [en línea]. El Mostrador en internet. 15 de julio del 2015.

<<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/07/2015/adopcion-de-parejas-del-mismo-sexo-30-anos-de-evidencia-solida-que-los-respalda/>>

Orellano, R. M. (2019). El matrimonio civil igualitario como forma de ejercer el derecho a la igualdad y no discriminación. Azuay-Ecuador.

Oliva, E y Villa, V (2014). "Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización". Justicia Juris, ISSN 1692-8571, Vol. 10. Nº 1. Enero – Junio de 2014. DOI:

<http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v10n1/v10n1a02.pdf>

Paspuel, L. (2019). La adopción homoparental Consideraciones para el reconocimiento constitucional en el Ecuador del 2019 . Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Pizzorusso, A. (1987). Curso de derecho comparado. Barcelona: Editorial Ariel.

Principios sobre la aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género "Principios de Yogyakarta". (2007).

Ramos, V. L. (2018). LA ADOPCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS CON DISCAPACIDAD COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE SUS DERECHOS EN EL ECUADOR. Ecuador.

Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de Menores de Villarrica de 2 de mayo de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, anexo 10, folios 2559 a 2567).

- Ruíz, J. P. (2020). Parejas homosexuales y el derecho de adopción en el Ecuador. Cuenca-Ecuador: FIPCAEC (Edición 20) Vol. 5, No 3.
- Saldaña, J. (2011). Temas de Derecho Civil en homenaje al doctor Jorge Mario Magallón Ibarra. México: Editorial Porrúa S.A. .
- Salgado, H. (2019). Corte Constitucional no ha debatido tema de la adopción de las parejas LGBTI. Quito-Ecuador: Corte Constitucional.
- Saucedo, G. B. (2014). Matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo. El caso del D.F., México. Mexico: ISBN.
- Senplades. (2017). Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021, Resolución N.º CNP-003-2017. Quito: Senplades.
- Sentencia Constitucional 11-18-CN/19, 11-18-CN/19 (Corte Constitucional 2019). Recuperado el 5 de Octubre de 2020, de <http://sgc.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=11-18-CN/19>
- Sentencia n.º 10-18-CN/19, 10-18-CN/19 (Corte Constitucional 12 de Junio de 2019). Recuperado el 5 de Octubre de 2020, de <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=10-18-CN/19>
- Sentencias Corte Constitucional. (2019). Ecuador.
- Sesrs, B., & Hirsch, A. (2004). Here's the straight-out truth about gay parents. Manchester: Union Leader.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2002. Caso Fretté contra Francia. Aplicación N° 36515/97. 26 de febrero de 2002.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2008. Caso E.B contra Francia. Aplicación N° 43546/02. 22 de enero de 2008.
- Varsi, E. (2013). Tratado de Derecho de Familia. Lima: Gaceta Judicial.
- Vinyet, M. (2012). Adopción y vínculo familiar Crianza, escolaridad y adolescencia en la adopción internacional. Barcelona: Herdet.
- Weston, K. (2003). Las familias que elegimos. Lesbianas, gays y parentesco. Barcelona: Bellaterra.
- Zerolo, P. (2018). Adopción homoparental. España.