

**La regulación de la
adopción en parejas del
mismo sexo en Ecuador**



LA REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN EN PAREJAS DEL MISMO SEXO EN ECUADOR

THE REGULATION OF ADOPTION IN SAME-SEX COUPLES IN ECUADOR

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se desarrolla la figura de la adopción como institución jurídica, sus antecedentes históricos, su evolución en el Derecho y sus orígenes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Analiza la preponderancia que tiene el principio del interés superior del niño/a con otros principios constitucionales en el proceso de adopción. Se justifica la importancia del proceso de adopción por parejas de un mismo sexo, profundizando el alcance de los derechos constitucionales que tienen tanto los niños, como dichas parejas desde un punto de vista constitucional. Se trata de una investigación jurídico normativa, analítica y descriptiva con componentes de derecho comparado.

PALABRAS CLAVE: Adopción; discriminación por orientación sexual; derechos; familia; parejas del mismo sexo.

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN: 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©

ABSTRACT

In this research work develops the figure of adoption as a legal institution, its historical background, its evolution in law and its origins in the Ecuadorian legal system. Analyze the preponderance of the principle of the best interests of the child with other constitutional principles in the adoption process. The importance of the adoption process for same-sex couples is justified, deepening the scope of the constitutional rights that both children and couples have from a constitutional point of view. It is a normative, analytical and descriptive legal investigation with components of comparative law.

KEYWORDS: Adoption; sexual orientation discrimination; rights; family; Same-sex couples; gender, equality

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN: 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©



ANA ELIZABETH DUEÑAS CEDEÑO



Universidad San Gregorio de Portoviejo. Ecuador



aeduenas@sangregorio.edu.ec

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 DE NOVIEMBRE DE 2017

ARTÍCULO ACEPTADO PARA PUBLICACIÓN: 8 DE AGOSTO DE 2018

ARTÍCULO PUBLICADO: 13 DE DICIEMBRE DE 2018

INTRODUCCIÓN

Los cambios socioculturales en la segunda mitad del siglo XX, coadyuvados por la ciencia y la tecnología, han incitado una transformación sustancial en la vida de las personas y de lo que entendemos por familia. Dentro de este contexto, las agrupaciones LGBTI y en particular las parejas del mismo sexo alrededor del mundo, han dado largas batallas por el reconocimiento constitucional y legal de su estatus y la protección de sus familias, lo que ha significado que, al 2017, veinticuatro países reconozcan el matrimonio igualitario, situación de la que se deriva, en muchos casos, la posibilidad de estas parejas de tener hijos legalmente reconocidos, sea biológicos o adoptivos.

El objetivo del presente estudio es resaltar la importancia que tiene la adopción y sus efectos, en tanto figura jurídica que busca garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a tener una familia, dentro del contexto jurídico ecuatoriano que, por mandato constitucional, la prohíbe para el caso en que los adoptantes sean parejas del mismo sexo.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ADOPCIÓN DERECHO ROMANO

En esta época se instaura en Roma un sistema adoptivo, así mismo, por motivos políticos, religiosos y para perpetuar el nombre del pater familias. Se menciona además que, en el Derecho Justiniano se distinguen dos modelos de instituciones: La *adoptio* y la *adrogatio*. “La *adoptio* el ingreso de (...) un extraño en el grupo político de la familia, y sometido a la potestad del paterfamilias, convirtiéndose por ello en *filiusfamilias* de éste” (Gayo, 99, p. 134). La finalidad de incorporar un varón bajo la patria potestad de un paterfamilias.

En el sistema *adrogatio*, una adoptada o adoptado forma parte de una nueva familia, porque la propia se extinguió, y se integra a

ella en calidad de *filiusfamilias* con su propio patrimonio y su descendencia.

EDAD MEDIA

“La recepción del Derecho Romano en la Edad Media produce el resurgimiento de la *adoptio minus plena* del Derecho Justiniano” (Corral, Talciani Hernán, 2001, p. 10). Entre finales del siglo XIX y principios del XX, se elogiaba la actitud de los padres adoptivos, pero en la prensa de esa época había una especie de contradicción: “(...) por una parte se elogiaba la actitud de los padres adoptivos como una acción caritativa, solidaria; y, por otra se hablaba de los niños adoptados como hijos de segunda, que muchas veces sufrían malos tratos (...)” (Ramil, 2013).

CÓDIGO NAPOLEÓNICO

Esta institución no existía en el antiguo derecho francés, pero se considera que fue Napoleón quien tomó participación en la discusión de la materia, al referirse a la posible adopción de Eugenio de Beauharnais, quien era el hijo de su esposa Josefina. Napoleón imaginó a la adopción (magnificándola) como aquel contrato que lograría desafiar o imitar a la naturaleza, y sosteniendo que el destino de la adopción es ser ley. Ley que, se glorificaría con el “carácter sagrado”, emanado del pontífice como legislador de la época napoleónica. (Campos, Harriet Fernando, 2015, p. 7).

LOS ORÍGENES DE LA ADOPCIÓN EN EL ECUADOR

La adopción como tal, germinó a modo de un apadrinamiento. Su obligación radicaba en velar por la educación, la moral y la religión del adoptado. No existía, por lo tanto, relación legal entre el ahijado y sus padrinos. De igual forma, existían casos de familias del campo que enviaban a sus hijos a la ciudad para que se educaran, cuestión que suponía que estuvieran a cargo de otras familias.

A partir de estas prácticas se suscitaron una serie de dudas respecto de la situación legal de muchos niños y su filiación. (Acosta, 2002, p. 18). Por estos antecedentes, es recién en el año 1948 cuando se publica por primera vez en la legislación, la adopción como institución jurídica. (Simón, 2008, p. 186).

Regulación de la adopción en el Ecuador según sus modalidades y sus efectos

Según civilistas clásicos como Planiol, Ripert, Colin y Capitant citados por (Sajón, 1990, p. 439) la adopción es, un contrato solemne y de orden público.

De acuerdo a su alcance, la adopción puede clasificarse en dos tipos: la simple y la plena. La adopción simple no sustituye los apellidos de origen por los del adoptante, tampoco confiere derechos sucesorios y además es revocable. La adopción plena, por su naturaleza, debe justificarse en la solemnidad, es decir, cumplir con los requisitos exigidos por la ley y, se reconoce por su irrevocabilidad.

De ambas modalidades, la única reconocida por el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano, (en adelante CONA) es la adopción plena. Es así que su artículo 152 dispone: "la ley admite solamente la adopción plena, en virtud de la cual se establece entre el o los adoptantes y el adoptado todos los derechos, (...). En consecuencia, jurídicamente el hijo adoptivo se asimila en todo al hijo consanguíneo".

La Convención de Derecho Internacional Privado (en adelante CDIP) en el art. 74 refiere sobre los efectos propios de la adopción, indicando que serán regulados por la ley personal del adoptante.

La Constitución de la República del Ecuador. (2008), (en adelante CRE) en su art. 68 estipula que, la unión de hecho y monogámica, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, pero, impone un candado constitucional cuando agrega, que la adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/A EN RELACIÓN A LA ADOPCIÓN

O'Donnel señala que, se entiende por interés superior del menor todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad. Con base en ese interés, el menor tendrá prioridad para recibir protección y socorro en toda circunstancia (O'Donnel, 2009). (p.151).

Queda claro que, el ánimo de protección a la niñez, viene dado por su especial situación de vulnerabilidad y dependencia, cuestión que se acentúa cuando se trata de niños que se encuentran en situación de adoptabilidad,

es decir, cuando no existe la posibilidad que permanezcan con sus progenitores. Por ello, este principio adquiere especial relevancia en materia de adopción, pues el fin de ella, no será otro que asegurar al niño el pleno goce de su derecho a tener una familia.

DERECHOS FUNDAMENTALES RELACIONADOS CON, LA ADOPCIÓN POR PAREJAS DE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y SU PROTECCIÓN DESDE UN PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL

La Constitución establece en su Art. 417, que en cuanto a la aplicación de derechos humanos se adoptará principios "pro ser humano" y de no restricción de derechos. Por su parte el Art. 424 de la misma norma suprema establece que: "La Constitución, y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público". De allí la especial protección que en materia de derechos humanos incorpora nuestra carta magna, con cláusulas de recepción de ordenamiento jurídico convencional que acenúan dicha protección.

La CRE señala en su Art. 67 inciso primero que: "Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente (...), se constituirán por vínculos jurídicos o, de hecho, se basarán en la igualdad de derechos". De acuerdo a dicha concepción y como señala Fallu, 2011:

El ser humano y la familia son antes que el Estado, por lo que, de acuerdo a la óptica contemporánea, el contexto familiar es otro, y tiene nuevos componentes y elementos que deben ser asimilados y analizados, es decir, que ya no se subsume el concepto a la relación que parte de la unión de un hombre y una mujer, sino que han de tomarse en cuenta criterios alternativos y diversos que son definitivamente diferentes en su composición o estructura. (p.14).

Bajo este contexto, el reconocimiento constitucional de la unión de hecho, sin distinción de sexos y que genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, como indica Fallu, abre la posibilidad, interpretándola

lógicamente, de que parejas del mismo sexo puedan constituirse en una familia de hecho.

Sin embargo, al establecerse que la adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo, a criterio del citado autor y desde un punto de vista netamente jurídico, esta negativa o limitación a las personas homosexuales “para poder adoptar niños, es inadmisibles, incoherente, y atentatoria a la ciencia del derecho (...)” además, violenta tratados internacionales de derechos humanos y al derecho de igualdad. (Fallu, 2011). (pp. 46-47).

PRINCIPIO/DERECHO DE NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL

El Ecuador suscribió la Declaración sobre los Derechos Humanos (Organización de las Naciones Unidas - ONU, 2008). Si bien es cierto, no tiene carácter obligatorio directo, significa la posición del país frente a este tema tan controversial, en coherencia con los principios constitucionales sobre la lucha contra toda forma de discriminación por igualdad formal o material. Por razones de género, se prohíbe aquellas acciones que tiendan a mantener o fomentar la supremacía de un género frente a otros. (Defensoría del Pueblo del Ecuador, 2012).

En concordancia con la CRE (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008), de los deberes primordiales del Estado, el artículo 3 numeral 1 dispone:

Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales (...) en correspondencia con el artículo 11 numeral 2 segundo inciso precisa: “Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural (...) condición migratoria, orientación sexual,” relacionado con el artículo anterior, el numeral 4 del Art. 66 ya citado en líneas anteriores, en pocas palabras, no se puede menoscabar, el reconocimiento constitucional de estos derechos, que correspondería a una “discriminación directa”; y, cuando señala que tenga como consecuencia el dejar sin efecto el ejercicio de derechos, se establece una denominada discriminación indirecta (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008). (pp. 23 y 27).

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE ADOPCIÓN

Dentro de los instrumentos internacionales de la materia, se destaca la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores de 1984 que en su Art. 1 establece el derecho del menor a ser adoptado y la obligación de los Estados partes a brindar un hogar y una familia al niño que los carece. (Navarro Reyes, 2013). (pp. 209-210). Cuestión importante es que, dentro de su texto no existe una limitante expresa de esta institución como derecho exclusivo de las parejas heterosexuales.

De este modo, resulta trascendental establecer la conexión directa que tiene este derecho con el de los niños a tener una familia, cuestión que el constituyente ecuatoriano debió precautelar por sobre limitaciones concebidas desde los prejuicios y que, más aun, producen una antinomia evidente dentro del texto constitucional, que contraponen al principio-derecho de igualdad y no discriminación, al derecho de los niños a tener una familia, versus la prohibición de adopción por parte de parejas del mismo sexo.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional colombiana (2015) se ha referido a este particular resolviendo que:

(...) excluir como potenciales adoptantes a las parejas del mismo sexo 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 para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus demás derechos (Demanda de inconstitucionalidad en materia de adopción por parejas del mismo sexo, 2015).

CONCLUSIONES

La adopción es una figura jurídica que tiene sus orígenes en épocas remotas y su evolución histórica ha obedecido, en principio, a la necesidad de asegurar los derechos de filiación y el patrimonio hereditario, para convertirse hoy en una institución que busca asegurar el interés superior de los niños y su derecho a tener una familia.

La Constitución ecuatoriana, a pesar de consagrar el principio y el derecho a la igualdad, tanto formal como material y a la no discriminación, junto con el reconocimiento a las uniones de parejas del mismo sexo, a las cuales otorga los mismos efectos que el matrimonio. Al mismo tiempo establece una diferenciación discriminatoria cuando limita la adopción a parejas de distinto sexo.

Si bien la adopción tiende a ser vista como una institución adultocentrista, lo cierto es que, su finalidad principal no es otra que precautelar el derecho de niños, niñas y adolescentes a tener una familia, en directa aplicación del principio de su interés superior, que supone que la garantía de sus derechos está por sobre las demás personas. ■

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta, M. (2002). Guía básica para la familia adoptiva. En M. Acosta, Organización de familias adoptivas del Ecuador (pág. 18). Quito - Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi - Ecuador. : Editorial Jurídica El Forum.
- Campos, Harriet Fernando. (12 de 02 de 2015). Anales de la Facultad de Derecho Cuarta Época - Vol. IX - Año 1969 - N° 9. Obtenido de Aspectos del Código Napoleon (Segun las versiones de Antoine Guillois y de Lanfrey). Recuperado de: http://web.uchile.cl/vignette/analesderecho/CDA/an_der_completa/0,1363,SCID%253D3292%2526ISID%253D256,00.html
- Castillo, A. d. (2010). El sistema familiar romano de época clásica y la condición social de la mujer casada en el contexto del mundo antiguo. En UNED, Espacio, Tiempo y Forma (págs. 177 - 179). Madrid - España: Serie II, t. 23.
- Corral, Talciani Hernán. (2001). El nuevo régimen jurídico de la adopción en Chile. Revista Chilena de Derecho, 9-46.
- Defensoría del Pueblo del Ecuador. (2012). Compendio de los casos más relevantes en relación al Derecho, a al Igualdad y no discriminación, tramitados por la Defensoría del Pueblo en el período 2009-2012. Quito -Ecuador: s/e.
- Demanda de inconstitucionalidad en materia de adopción por parejas del mismo sexo, C-683/15 (Corte Constitucional de Colombia 4 de noviembre de 2015).
- Fallu, J. P. (20 de septiembre de 2011). Tesis de Pregrado . Carácter Discriminatorio del Artículo 68 de la Constitución del Ecuador respecto de la Adopción, 13. Quito, Pichincha, Ecuador. Recuperado el 15 de Diciembre de 2015, de repositorio.uisek.edu.ec/.../Carácter%20discriminatorio%20del%20articulo
- Gayo. (99). Institución I. Verona: Biblioteca de Verona.
- Navarro Reyes, L. R. (04 de julio - diciembre de 2013). Posiciones en contra y en favor de la adopción homoparental desde la sociología y la psicología. Recuperado el 10 de marzo de 2016, de Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoPrivado/4/dtr/dtr7.pdf>
- O'Donnel, D. (2009). www.juridicas.unam.mx. Recuperado el octubre de 13 de 2017, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2467/8.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas - ONU. (18 de diciembre de 2008). Declaración sobre los Derechos Humanos, Orientación Sexual e identidad de Género . Recuperado el 19 de febrero de 2016, de UV Mex.: <http://www.uv.mx/uge/files/2014/05/Declaracion-Sobre-Ortientacion-Sexual-e-Identidad-de-Genero-de-las-Naciones-Unidas.pdf>
- Ramil, A. (30 de junio de 2013). La adopción a lo largo de la historia. Recuperado el 20 de octubre de 2015, de La opinión A Coruña. Recuperado de <http://www.laopinioncoruna.es/sociedad/2013/06/30/adopcion-historia/737653.html>
- Sajón, F. (1990). Derecho de Menores. Buenos Aires - Argentina: Abelado - Perrot.
- Simón, F. (2008). Derechos de la Niñez y Adolescencia. En F. Simón, De la Convención sobre los derechos del niño a las legislaciones integrales (pág. 186). Quito: Cevallos editora jurídica.