

<http://dx.doi.org/10.35381/racj.v5i1.618>

Adopción homoparental en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en interés superior de los niños y adolescentes

Homoparental adoption in the Ecuadorian legal system in the best interest of children and adolescents

Marco Patricio Morales-Murillo
marco.morales@psg.ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0001-9145-3985>

Juan Carlos Erazo-Álvarez
jcerazo@ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0001-6480-2270>

Camilo Emanuel Pinos-Jaén
cpinosj@ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0002-0934-8471>

Cecilia Ivonne Narváez-Zurita
inarvaez@ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0002-7437-9880>

Recibido: 12 de noviembre de 2019
Aprobado: 17 de diciembre de 2019

RESUMEN

La adopción por parte de parejas del mismo sexo, si bien es un tema controvertido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, debe ser analizado de la manera más clara posible, en la medida que los mandatos constitucionales y legales reconocen los matrimonios y las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo y género. De esta manera, se

propone como objetivo analizar la importancia que tiene la familia como núcleo fundamental de la sociedad en sus diferentes formas y el interés superior del menor frente a las adopciones homoparentales desde la postura nacional e internacional en cuanto al tema. Se trata por lo tanto de una investigación cualitativa que contextualizada en una perspectiva sintética-analítica e inductiva-deductiva permite ultimar la incongruencia de la situación actual de la adopción homoparental en Ecuador frente al derecho de la igualdad ante la ley y de no ser objeto de ninguna forma de discriminación.

Descriptor: Constitución; adopción; homoparentalidad; familia; interés superior del niño.

ABSTRACT

The adoption by same-sex couples, although it is a controversial issue in the Ecuadorian legal system, should be analyzed as clearly as possible, to the extent that constitutional and legal mandates recognize marriages and de facto unions between Same sex and gender couples. In this way, it is proposed as an objective to analyze the importance that the family has as a fundamental nucleus of society in its different forms and the best interest of the minor in the face of homoparental adoptions from the national and international position regarding the subject. It is therefore a qualitative investigation that contextualized in a synthetic-analytical and inductive-deductive perspective allows finalizing the inconsistency of the current situation of homoparental adoption in Ecuador against the right to equality before the law and not being subject to No form of discrimination.

Descriptors: Constitution; adoption; homoparentality; family; best interests of the child.

INTRODUCCIÓN

Dada la interpretación de la Corte Constitucional del artículo 67 de la Carta Magna donde se reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo a la luz de las normas constitucionales favorables a la igualdad de las personas y que rechazan todo tipo de discriminación, es importante abordar las connotaciones jurídicas que llegare a tener las adopciones homoparentales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, desde el estudio de lo que concibe actualmente la Constitución por familia y el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, con la finalidad de establecer que

perspectivas y connotaciones jurídicas tiene la sociedad ecuatoriana sobre la adopción por parte de parejas del mismo sexo.

Así la incorporación de nuevas costumbres y dinámicas sociales han modificado la composición de la familia, conllevando a que en la actualidad no exista un exclusivo modelo originado en el matrimonio, sino nuevos modelos acorde a las realidades sociales en que se desarrollan, transformación que son asumidas en la jurisprudencia de los estados de acuerdo a sus estructuras jurídicas. En el caso del Ecuador, la Corte Constitucional al referirse al tema del matrimonio igualitario, se aleja de una concepción tradicional o única de la familia al señalar que la Constitución reconoce la familia en sus diversos tipos, hecho que ha llevado en la práctica a consentir la existencia de diversos tipos de hogares donde a más de los grupos familiares tradicionales está la familia adoptiva (Véliz Valencia, 2019).

En esta dinámica, resulta importante la protección integral que dispone el Código de la Niñez y Adolescencia, acorde a las disposiciones constitucionales, que propone un trabajo mancomunado entre Estado, sociedad y familia a fin de asegurar el pleno y prioritario ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes, con equilibrio entre sus derechos y deberes, en la forma que mejor convenga a la realización de su desarrollo personal, disponiendo a las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Entonces, surge la necesidad de distinguir los parámetros normativos y jurisprudenciales que permitan el reconocimiento en el Ecuador de la adopción por parte de parejas homosexuales, en garantía del concepto de familia y el principio del interés superior del niño, que por lo noble del tema no se ha desarrollado normativa o jurisprudencia nacional, no así en el internacional donde existen diferentes tratadistas y doctrinarios que se han pronunciado en contra y a favor, por ello nuestro estudio lo fundamentaremos básicamente en la jurisprudencia, doctrina externa, de la revisión de fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que nos aportarán

un enfoque global sobre el problema de investigación, que se reduce en la interrogante de que ¿es o no procedente la adopción homoparental en Ecuador?, en función de aquello se plantea como objetivo establecer los parámetros jurisprudenciales que permitan el reconocimiento en Ecuador de la adopción por parte de parejas homosexuales, en garantía del concepto de familia y el interés superior del niño.

DESARROLLO

Argumentos relativos a un nuevo concepto de familia

La Constitución del Ecuador en el artículo 67 indica que la familia puede constituirse por medio de vínculos jurídicos o, de hecho, con la determinación de dos personas de contraer matrimonio o por la voluntad libre de conformarla y, se basará en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes, expandiendo de esta manera el principio de igualdad a las relaciones familiares (Lepin, 2014). Señala además la norma fundamental, que al ser la familia el núcleo básico de la sociedad, el Estado debe propender a garantizar su protección integral, de acuerdo con lo señalado en el artículo 69 constitucional.

Desde esta perspectiva, si bien, entre los múltiples tipos de familia, la homoparental, es también objeto de protección de las normas constitucionales y supra constitucionales de derechos humanos, pero es indudable que la censura hacia la adopción homoparental está estrechamente relacionada con el concepto enquistado en la sociedad respecto de lo que debe entenderse por familia tradicional, esto es, la “(...) constituida por el grupo de personas que proceden de los progenitores (sentido amplio) y que las relaciones jurídicas que existen entre sus miembros tiene como fuente el matrimonio y la filiación matrimonial o extramatrimonial”. (Oliva y Villa, 2014, p. 13)

Por lo que, previamente al revisar el objeto de estudio, para efectos expositivos cabe aquí realizar un examen conceptual de la noción de familia desde el punto de vista de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, que, al referirse al tema del matrimonio igualitario, se aleja de una concepción tradicional o única de la

familia al señalar que cuando la Constitución reconoce la familia en sus diversos tipos, se debe entender que:

(...) esos tipos no pueden enumerarse taxativamente y depende de la realidad social y de la nacionalidad de que se trate. Lo importante, de acuerdo a la misma norma, es que los miembros de una familia se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. Entonces, se puede entender que los diversos tipos de familia tienen protección del Estado y pueden ser familias transnacionales, con jefas de hogar, con personas con discapacidad o privadas de libertad, familias heterosexuales, familias ensambladas, familias ampliadas y familias homosexuales, y más que puedan existir y manifestarse en la sociedad. (Sentencia Nro. 11-18-CN/19, 2019, p. 14).

En este sentido, es importante tener presente que el concepto de familia desarrollado por la Corte Constitucional, presenta una transformación sustancial en atención a los nuevos modelos sociales en que se desarrolla con relación a su representación más tradicional, por lo que, desde este marco de referencia hablar de la familia como grupo social, será siempre una categoría abierta y activa, que no solo, implica la obligación de considerar las varias posibilidades que existen, las cuales, no se reducen al núcleo familiar de tiempos pasados (padres heterosexuales e hijos consanguíneos), sino que, también con el cambio de estructura expuesto por la Corte Constitucional, involucra una idea en la que resulta inevitable la incorporación de nuevos elementos consuetudinarios y convivencias sociales que han alterado su composición, en cuanto a sus atribuciones, espacios de vida y rol de los padres.

Puesto que, en la actualidad al no existir un tipo exclusivo de familia originado en el matrimonio, la necesidad de los hechos han llevado en la práctica a consentir la existencia de diversos tipos de hogares donde a más de los grupos familiares transnacionales, nucleares,

(...) está la familia adoptiva, familia sin hijos, familia de padres o madres separados o divorciados, familias ensambladas que se conforman cuando uno de los cónyuges o compañeros trae a sus hijos previos a la nueva unión, familia de padres y madres de distintas etnias o culturas, la familia homoparental, familia de crianza, entre otras. (Bolaños y Charry, 2018, p.

405), que rebasan lo puramente biológico y han dado paso a un concepto de familia diverso adaptado a los diferentes contextos sociales (Pliego, 2013).

Dentro de esta perspectiva, ciertamente el cambio de paradigma en el tratamiento jurídico de la familia y la consiguiente ampliación de su estructura ha sido el producto de una confluencia de factores que pueden resumirse en el vacío de los elementos basales del Derecho de familia, que reservados tradicionalmente a la ley, su separación ha traído consigo los mismos problemas que se han generado en el debate público sobre la materia (Oliva, Tapia, Jiménez, y Hernández, 2017).

De esta manera, basta mirar la actual regulación del matrimonio como contrato disoluble, la derogación de las distinciones entre hijos, el extenso reconocimiento a la autonomía de la voluntad, y naturalmente, el progreso en el reconocimiento legal de las uniones homosexuales, para darnos cuenta que, tal como sucede con otras instituciones, la noción de familia ha experimentado sustanciales modificaciones según las normas y valores de cada una de las sociedades que la han reconocido (Lepin, 2014).

Dicho esto, si bien la idea más común sigue siendo la de las familias estructuradas por parejas heterosexuales y con hijos comunes (Pliego, 2017), desde una perspectiva jurisprudencial, su conceptualización será modificada con base en los pronunciamientos de los Tribunales y Cortes Constitucionales, que fundamentados en una serie de precisiones paulatinas y progresivas, han dado paso a la aceptación de un mismo tratamiento legal de las parejas homoparentales respecto de las parejas heterosexuales, lo que ha derivado a su vez, en una retahíla de sentencias, votos concurrentes y salvados, en los que, se expresan como en el caso ecuatoriano tanto la favorabilidad como la oposición de los jueces, propias de la segmentación que se ha producido en todo el territorio nacional, frente a las solicitudes de matrimonio y los objetivos de la adopción de parejas del mismo sexo.

Esta situación, que encuentra su fundamento en la definición de familia expuesta en la legislación internacional y por la Corte Constitucional del Ecuador, como elemento

fundamental y natural de la sociedad, en donde, todas las personas, sin limitación alguna tienen derecho a conformar un grupo familiar, de acuerdo a sus formas de vida y contextos socioculturales, aunque no hace referencia a la adopción, nos permite razonar sobre un posible reconocimiento en el estado ecuatoriano de esta institución por parte de parejas del mismo sexo. Toda vez que la filiación adoptiva ha cambiado de acuerdo con la evolución de las costumbres, la organización social y las pretensiones que las comunidades homosexuales tienen respecto a realidades como el matrimonio y la infancia, en su búsqueda por ejercer a plenitud sus derechos dentro del denominado estado constitucional de derechos y justicia, en el que se configura el Estado ecuatoriano.

Es así que, bajo este estado de cosas frente al fenómeno jurídico que supone el reconocimiento del matrimonio homoparental y toda vez que su tratamiento implica también un examen y consideración de las diferentes posturas que se mantienen sobre el tema de la configuración de un tipo de familia, que está fuera de la categoría tradicional de organización social, en los siguientes apartados se realiza un análisis de las cuestiones relativas a los lineamientos y parámetros sobre los cuales consideramos se podría reconocer la adopción por parte de las parejas homosexuales en Ecuador, a fin de entender su complejidad y extensión, así como las connotaciones que pudieren darse en relación con el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes adoptados.

Análisis de la situación actual de la adopción homoparental en Ecuador

Si bien la adopción por parte de parejas del mismo sexo está expresamente vetada en Ecuador, en virtud de que el segundo inciso del artículo 68 de la Constitución de la República prescribe que: “La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”. (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008, p. 34), para entrar a examinar la necesidad de interpretar dicha disposición o proceder a su reforma, con el objeto de que se reconozcan en el ordenamiento jurídico nacional las adopciones

homoparentales, es necesario que en primer lugar profundizar de lo que se debe entender por adopción y su finalidad, a fin de entender su núcleo principal, para evitar diferenciaciones de las personas que pueden solicitarla.

Así, la definición expuesta en el artículo 314 del Código Civil que regula la adopción como: "(...) una institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre, señalados en este Título, respecto de un menor de edad que se llama adoptado". (Congreso Nacional del Ecuador, 2005, p. 84), nos permite entender la figura de la adopción como: "(...) el estado jurídico mediante el cual se confiere al adoptado la situación de hijo del o de los adoptantes, y a éstos, los deberes y derechos inherentes a la relación paterno filial". (Pérez, 2010, p. 131), configurándose un vínculo filial entre adoptado y adoptante exactamente igual al que existe dentro de una familia consanguínea, tomando en cuenta que la filiación puede darse como consecuencia de hechos biológicos o jurídicos como la adopción. En esta misma línea, al respecto sobre la adopción Saldaña (2011) afirma que:

La palabra adopción tiene diversos significados, por una parte es un acto jurídico plurilateral y solemne que tiene por objeto atribuir el carácter de padre e hijo a dos personas que no lo son por naturaleza, consecuentemente es una especie de filiación, también es una institución del derecho familiar de la cual se deriva un estado jurídico o parentesco civil, generador de derechos y obligaciones semejantes o equiparables a los que existen en la filiación por naturaleza, que van variando según la época y el lugar. (p. 273).

Ante este breve abordaje de la adopción como un contrato solemne del derecho de familia, y, por lo tanto, un acto de voluntariedad que fuera de los lazos de sangre genera: "(...) un vínculo de filiación entre dos personas". (Bolaños y Charry, 2018, p. 412), se puede observar que tanto la legislación ordinaria como la doctrina no niegan la viabilidad de que las parejas homosexuales puedan adoptar, sin embargo, el artículo 68 de la Constitución restringe expresamente esa posibilidad, en virtud de que la adopción

conjunta, tal como está redactada la normativa, claramente limitada está posibilidad a las uniones configuradas exclusivamente entre un hombre y una mujer.

Lo cual a primera vista parecería evidenciar la consagración de un doble estándar de derechos, debido a que si bien las personas con orientación sexual e identidad de género diversa, tienen individualmente el derecho a ser tratados con igualdad ante la ley y de no ser objeto de ninguna forma de discriminación (Art. 11, numeral 2 de la Constitución), al libre desarrollo de su personalidad (Art. 66, numeral 5), el derecho a la identidad y sus manifestaciones (Art. 66, numeral 28), el derecho a la intimidad personal y familiar (Art. 66, numeral 20), al respeto a la dignidad y al reconocimiento amplio de sus uniones familiares (Art. 67), en base a los nuevos modelos familiares y contextos socioculturales (Fernández y Vidal, 2017).

Estos derechos se ven condicionados por la propia Constitución, que en torno a la figura de la adopción emplea una definición de familia tradicional heterosexual, generando un tratamiento jurídico diferenciado no justificado por motivos de orientación sexual e identidad de género, en un claro desconocimiento al derecho a la libertad en condiciones de igualdad, al desarrollo y la dinámica familiar, al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, así como, a la dignidad de la persona humana, expuestas en los anteriores apartados, al dejar en manos "(...) de la opinión mayoritaria la lectura de la Constitución, cuando se suponía precisamente que la Constitución operaba como protección frente a las mayorías" (Ramírez, p. 8).

Lo anterior implica que, si bien lo frecuente es encontrar en los textos constitucionales una disposición que garantice de manera expresa el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, como valor esencial que debe: "(...) ser observado en el desarrollo legislativo y en la aplicación del conjunto de los derechos fundamentales que la Constitución recoge" (Eguiguren, 1997, p. 63), el artículo 68 consolida una discriminación desde la propia norma fundamental, que al basarse en criterios tales como la etnia, el lugar de nacimiento, la edad, el sexo, la identidad de género, etc., convierte a la igualdad en un juicio riguroso, en el que, no es aplicable la doctrina de la

clasificación razonable sino la denominada doctrina de la clasificación sospechosa (Universidad Nacional Autónoma de México, 2015).

Podría, no obstante, señalarse frente a esta vulneración del principio de no discriminación, la necesidad de ajustar el precepto normativo contenido en el artículo 68 de la Constitución de la República, a la realidad no conocida o prevista en el instante en que fue emitida la norma, mediante el empleo del método evolutivo, si tomamos en consideración el artículo 11, numeral 8 de la Constitución del Ecuador, que frente al desarrollo evolutivo de las normas prevé como principio fundamental la progresividad de los derechos y la prohibición de regresividad al señalar que: “(...) El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas” (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008, p. 11).

Pero frente a este razonamiento, debemos tener en cuenta que en el propósito que subyace al precepto constitucional que regula la adopción, no existe una transformación de tal extensión que haga inevitable conceder una nueva interpretación mediante la incorporación de las adopciones por parte de personas del mismo sexo en el significado de la norma, conviene subrayar que para decidir estos casos, no cabe acudir a una hermenéutica evolutiva, “(...) mediante la cual se atribuye a la disposición un significado nuevo y distinto de su significado histórico”. (Atienza, 2013, p. 219), pues la institución de la adopción tal como está regulada en Ecuador, no evidencia que al momento de la discusión de la norma hubieran existido circunstancias sociales, culturales o de cualquier otra índole que no hubieran sido posibles de anticipar, ni su redacción admite un uso flexible del término que legitime en el auditorio la compatibilidad de varios usos o sea estimado como permisible desde el punto de vista semántico.

Dicho de otro modo, pretender modificar completamente el sentido del texto contenido en el artículo 68 de la Constitución de la República, bajo la excusa del método evolutivo, supondría una reforma de la Constitución, a través de una herramienta no prevista para tal efecto, lo que parece distinto de descubrir el verdadero o actual

significado del término o considerar “(...) las circunstancias sociales y políticas mediante la formulación de subreglas constitucionales que concreten y adapten la disposición a la situación del caso en concreto”. (Corte Constitucional para el período de Transición, 2012, p. 163)

Por lo que, de no concurrir ninguna justificación para una modificación interpretativa, de pretenderse la reforma o sustitución del precepto constitucional se requerirá que los cambios e incorporación, se efectúen primordialmente de acuerdo con las herramientas propias integradas en la Constitución, con la finalidad de que tengan la misma legitimidad de origen, pues se entiende que solo el poder constituyente constituido o llamado también constituyente derivado, “(...) puede alterar las bases jurídico-políticas de la convivencia, reformando el texto constitucional y sobre todo si se trata de una Constitución rígida” (Leal y Cerda, 2016, p. 84).

Ver las cosas de este modo nos permite otorgar un lugar particular a la interpretación evolutiva, correctamente delimitada de otros fenómenos diferentes. Donde resulta que, de pretenderse la aplicación del artículo 68 de la Constitución de la República a las adopciones homoparentales, el método evolutivo no puede ser adoptado en sustitución de los procedimientos de reforma que la Constitución ha previsto para ello, pues su sentido y alcance es claro al señalar que: “mediante la interpretación evolutiva no puede hacerse decir a la norma lo contrario a lo que dice, pues entonces no se interpreta la Constitución, sino que se cambia”. (Matia, 2013, p. 545), pues, en el año 2008 la figura de la adopción fue discutida y establecida de esta manera, acorde a las circunstancias sociales de ese entonces, sin que en la actualidad se haya generado una nueva realidad que justifique tal interpretación.

De esta manera, y en aplicación de las herramientas hermenéuticas previstas en el artículo 427 de la Constitución, se puede colegir que la adopción, tal como está pensada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, supone su reconocimiento únicamente a favor de parejas de distinto sexo, por lo que, en función de aquello al no evidenciarse la necesidad de una interpretación en función de las nuevas épocas, sino

un descubrimiento sustantivo que se ve amparado por un cambio en la percepción social, en que la interpretación evolutiva resulta superflua, de pretenderse una modificación o sustitución del precepto constitucional, se deberá aplicar los procedimientos de reforma dispuestos claramente en la Constitución, con la finalidad de evitar razonamientos arbitrarios que investidos de poder constituyente deriven en un fraude del texto constitucional, más allá de las diversas formas en que se podría entender la figura del adopción.

El principio del interés superior del niño adoptado

Siguiendo al filósofo Dworkin (1989) un principio es un estándar que: “(...) ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad” (p. 72), es por esto que, la teoría jurídica reconoce que los principios se superponen a todas las medidas que los entes jurisdiccionales o administrativos públicos o privados, tomen en el ámbito de sus competencias a la hora de garantizar derechos.

Así, lo que se conoce como interés superior (fundamentado en la dignidad humana) entendido como una valiosa herramienta interpretativa que: “(...) posibilita otorgar un efecto de protección amplio a ciertas normas requeridas para la protección de los derechos humanos, o bien para la limitar el alcance de otras reglas que puedan generar alguna afectación hacia los derechos de estos”. (Ortega, 2015, p. 40), exige que en todas las medidas concernientes a los niños, se garanticen los cuidados y las medidas de protección necesarias para el aprovechamiento y desarrollo de sus potencialidades, transformándose en uno de los principios rectores contenidos en la Constitución, que rigen el Derecho de la infancia y la adolescencia, y una de las expresiones más claras del Derecho de Familia, al consagrarse en un principio general de la legislación, que de acuerdo con el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia 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. (Congreso Nacional del Ecuador, 2003, p. 3)

Por tanto, siendo el interés superior de la niñez y la adolescencia, un principio y mandato para las instituciones estatales, este principio de prevalencia estará unido al pleno ejercicio de todos los derechos constitucionales que deben ser garantizados a los niños en las diferentes fases de desarrollo de su personalidad, a la aplicación de toda la normativa referente a las relaciones paterno filiales, pero también, en general respecto de la aplicación del principio, como fuente de orientación para la interpretación y resolución de conflictos de normas o colisiones entre derechos, en los que, para arribar a la mejor solución posible, se deberá analizar en cada situación particular, la manera de aplicarlos de modo que se promueva el ejercicio de sus derechos y el desarrollo de sus potencialidades (Ávila, 2012). De esta forma, la Corte Constitucional del Ecuador ha señalado que el principio del interés superior es:

(...) un principio cardinal en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes, que tiene una consideración primordial al momento de la adopción de todo tipo de medidas, en los ámbitos públicos y privados, que les conciernen, ya que goza incluso de reconocimiento internacional universal y, a través del tiempo, adquirió el carácter de norma de derecho internacional. (Sentencia Nro. 064-15-SEP-CC, 2015, p. 20)

Resultando importante recalcar que a más de realizar una mención expresa del principio de interés superior, la Corte Constitucional también ha señalado, que los derechos de los niños, niñas y adolescentes gozan de una específica protección, tanto en el ámbito nacional como internacional, considerando su escenario de vulnerabilidad e indefensión, así como, la necesidad de garantizar un desarrollo integral y armónico de

dicho grupo social (Corte Constitucional del Ecuador, 2016). Así pues, la Corte ha expresado que:

Por el principio de interés superior de las niñas, niños y adolescentes, dicho grupo de atención prioritaria tiene el status de sujetos de protección constitucional reforzada, condición que se hace manifiesta -entre otros efectos- en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación que les compete. (Sentencia Nro. 0222-14-SEP-CC, 2014, p. 35)

Todo esto parece confirmar que, más allá del alcance conceptual y la protección constitucional del interés superior, es incuestionable que este principio se encuentra insertado en la problemática de la presente investigación y, en consecuencia, siendo el interés superior del niño un principio y un mandato para las instituciones del Estado a la hora de tomar una decisión, cuando se habla de adopción se vuelve imperativo abordar este concepto regulado en el artículo 44 de la Constitución de la República, con el objeto de evitar que la resolución dictada parta de presunciones estereotipadas e infundadas sobre la capacidad e idoneidad parental, en garantía de los derechos y principios de bienestar, integridad y dignidad del menor adoptado, vinculados con lo que algunos autores llaman el binomio control-garantía (Díaz, 2013).

Conforme el cual, las autoridades competentes que decidan sobre una adopción, deberán ejecutar en sus resoluciones jurisdiccionales un doble examen, que respetando el derecho del interés superior del niño, contemple en primer lugar, la situación particular del menor para ser declarado adoptable, y que, en la práctica, se verifica mediante el proceso de susceptibilidad de adopción, y el resguardo del principio de subsidiariedad, que implican la posibilidad de adopción solo cuando se constate de conformidad con las condiciones particulares del niño que es imposible mantenerlo con su familia de origen, y en segundo lugar, un análisis de los futuros padres o posibles candidatos, en el sentido de su idoneidad para adoptar, entendida como su capacidad para satisfacer las necesidades materiales y espirituales del niño, pero también el respeto de sus derechos esenciales (Goñi, 2016).

De donde se infiere que, asumiendo la segunda parte del aludido examen, un fallo que atienda dicho interés será aquel que tenga en cuenta las cualidades de los padres, dejando de lado consideraciones basadas en preconceptos, estereotipos, o prejuicios sociales sobre la idoneidad y capacidad parental, por lo que, privar a un niño de la posibilidad de hacer parte de una familia, en base al exclusivo argumento de su configuración por una pareja del mismo sexo o su presunto impacto en la vida de los niños y niñas, será un acto que carezca de proporcionalidad a la hora de decidir sobre la adopción, y que constituye un acto discriminatorio al generar una limitación de protección respecto del derecho a tener una familia y el principio de interés superior, que es precisamente el criterio que debe imperar en esta clase de decisiones (De Felice, 2016).

En consecuencia, considerando el principio en análisis, la orientación sexual e identidad de género de las personas al ser una categoría protegida, de ningún modo puede representar un criterio objetivo para restringir a los niños en un entorno de orfandad el derecho a tener una familia, o para limitarlo únicamente a aquellas familias compuestas por un hombre y una mujer, por lo que, tratándose de adopciones, al no existir un criterio objetivo que restrinja a los niños en situación de orfandad su derecho a tener una familia, o su restricción a aquellas familias integradas únicamente por un hombre y una mujer, cualquier norma, decisión o acto discriminatorio basado en este tipo de consideraciones estaría proscrito, ya que por el contrario, un criterio que atiende al interés superior será aquel que dejando a un lado los estereotipos y prejuicios compruebe la idoneidad de la familia adoptante en base a su contribución al desarrollo pleno del menor en el seno de un hogar en particular (Bolaños y Charry, 2018).

Lo cual no tiene que ver con la heterosexualidad u homosexualidad, sino a un análisis estricto del daño concreto y específico de la conducta de los adoptantes en el bienestar y desarrollo del menor, según el cual, las consideraciones basadas en prejuicios relativos a las personas homosexuales o su presunto impacto negativo en la vida de los niños y niñas, no tienen un criterio razonable para restringir genéricamente la adopción

de las parejas del mismo sexo, en perjuicio de del interés genuino del adoptado (Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, 2012). En este sentido, se presenta un cuadro que recoge los argumentos expuestos sobre la adopción homoparental en Ecuador de la siguiente manera:

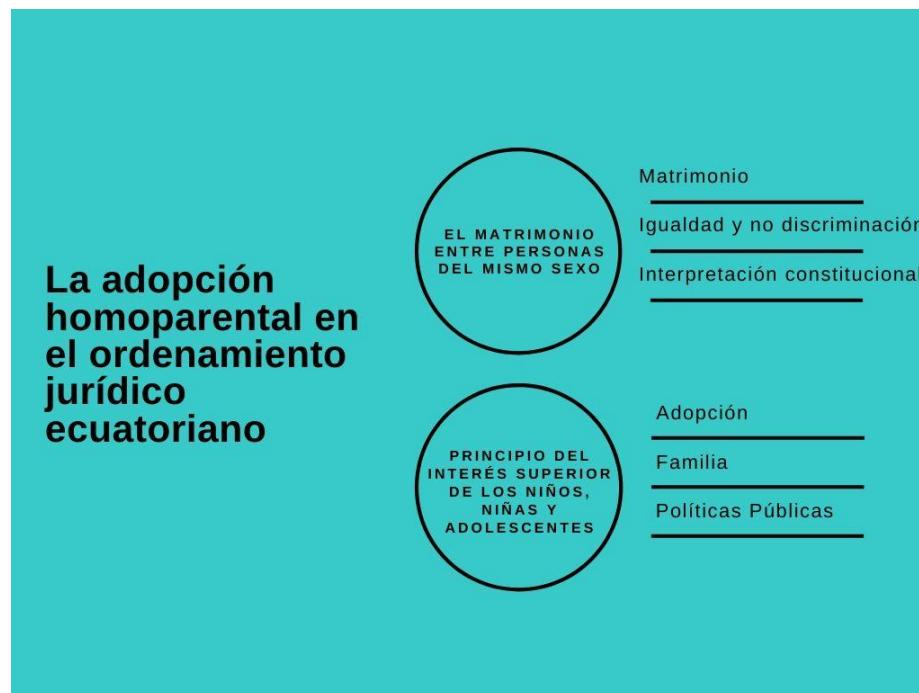


Figura 1: La adopción homoparental en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Fuente: Elaboración propia. Resultado obtenido de la recolección de datos referentes a la adopción homoparental en Ecuador.

METODOLOGÍA

En el presente trabajo se realizó una investigación cualitativa, que cimentada en el método analítico-sintético, desempeñó un rol importante en el desarrollo de un marco conceptual sobre la noción de familia y el interés superior del niño, al permitirnos mediante un proceso de recopilación de datos basado en fuentes primarias, como: normas constitucionales, convenios internacionales, leyes, reglamentos, sentencias y publicaciones a nivel nacional e internacional, categorizar los principales avances y

reflexiones, para su posterior exploración, descripción y generalización (Hernández, 2014).

Cuanto más, este trabajo se realizó en el marco del método inductivo-deductivo, en el sentido que se articuló desde el tema de la adopción de menores de edad por familias homoparentales, a través de la exploración documental de análisis de casos y estudios que desde el derecho han permitido responder la pregunta de investigación por sobre los prejuicios que se mantienen en la sociedad, al establecimiento de regularidades, generalidades válidas y conclusiones aplicables a casos semejantes (Rodríguez, Narváez, Guerra y Erazo, 2020).

APORTES GENERADOS

Como se ha señalado en los apartados anteriores de este trabajo, la adopción es una institución jurídica que tiene sus inicios en períodos remotos y su desarrollo en la necesidad de precautelar la dinastía o la heredad y los derechos de filiación, transformándose en la actualidad en una figura que busca garantizar el principio constitucional del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y su derecho a tener una familia, por lo que, si bien la Corte Constitucional podría motivar de una forma mucho más sencilla la constitucionalidad de la apertura de las adopciones homoparentales desde una hermenéutica interpretativa, consideramos que es mucho más apropiado realizar una reforma constitucional para que los cambios e incorporaciones, tengan la misma legitimidad de origen, pues se entiende que solo el poder constituido puede alterar las bases jurídico-políticas del texto constitucional frente a una Constitución rígida.

Para respaldar tal criterio, basta con aseverar con carácter general que resulta incongruente que la Constitución del Ecuador, acepte y consagre por una parte, el principio y el derecho a ser tratados con igualdad ante la ley, tanto formal como material y de no ser objeto de ninguna forma de discriminación, reconozca los diversos tipos de familia como realidad social, las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo y

género, y en la actualidad el matrimonio igualitario y, por otra parte, mediante el artículo 68 constitucional se restringa la facultad de las personas de orientación sexual e identidad de género diversa a adoptar el hijo o hija de la pareja de la que constitucional y legalmente se está casado o unido de hecho, vulnerado el derecho del menor a permanecer con la familia que mantiene un vínculo filial de origen que debe ser tutelado, donde resulta irrelevante la orientación sexual de las personas que deciden adoptar.

Lo cierto es que, todos estos argumentos justifican sin mayores dificultades la necesidad de una reforma de la Constitución que permita la adopción homoparental, en base a los mismos principios establecidos en la norma fundamental, sin embargo, tomando en cuenta el modo en que está redactada la normativa, queda claro que al haberse garantizado la adopción exclusivamente a parejas de distinto sexo, la hermenéutica evolutiva no es la forma más adecuada para alcanzar este objetivo, ya que dada la inflexibilidad de la disposición y la imposibilidad de elección, el desarrollo evolutivo no permite explicar porque la adopción homoparental en Ecuador no es considerada como una opción para el legislador y la ciudadanía, sin que se haya constatado una tendencia consolidada en esa dirección, y, en esa medida, una nueva lectura supondría compartir una inadmisibles mutación constitucional que no solo rompe con el uso preexistente sino con la necesaria separación que debe existir entre el poder constituyente y los poderes debemos tener constituidos.

REFERENCIAS CONSULTADAS

1. Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. (20 de Octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Ciudad Alfaro, Manabí, Ecuador.
2. Atienza Rodríguez, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.
3. Ávila Santamaría, R. (2012). *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).
4. Bolaños Enríquez, T., & Charry Morales, A. (2018). Prejuicios y homosexualidad, el largo camino hacia la adopción homoparental, especial atención al caso colombiano. *Estudios Constitucionales*, 395-424.

5. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de Noviembre de 2012).
6. Congreso Nacional del Ecuador. (03 de Enero de 2003). Código de la niñez y adolescencia. Quito, Pichincha, Ecuador.
7. Congreso Nacional del Ecuador. (46 de Junio de 2005). Codificación del Código Civil. Quito, Pichincha, Ecuador.
8. Corte Constitucional del Ecuador. (2016). *Desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional (Periodo noviembre de 2012 - noviembre de 2015)*. (A. Ruiz Guzmán, P. Aguirre Castro, & D. Avila Benavidez, Edits.) Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).
9. Corte Constitucional para el período de Transición. (2012). *Apuntes de derecho procesal constitucional. Aspectos Generales* (Primera ed., Vol. I). (J. Montaña Pinto, Ed.) Quito, Pichincha, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).
10. De Felice, R. (2016). El interés superior del menor prohíbe la restricción del derecho de adopción a las solas parejas de personas heterosexuales. *Revista de Derecho Privado Nro. 31*, 285-408.
11. Díaz García, I. (2013). Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional. *Revista Chilena de Derechos*, 663-668.
12. Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio* (Segunda ed.). Barcelona: Ariel S.A.
13. Eguiguren Praeli, F. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *IUS ET VERITAS: Revista de la Asociación IUS ET VERITAS*, 63-72.
14. Fernández Martínez, M., & Vidal Maspons, M. (2017). Adopción por parejas del mismo sexo en Ecuador. *Revista Jurídica*, 34-47.
15. Gómez Bastar, S. (2012). *Metodología de la investigación*. México: RED TERCER MILENIO S.C.
16. Goñi Huarte, E. (2016). El problema de la homosexualidad y la filiación en Chile. Situación en España y soluciones de derecho comparado. *Revista electrónica Iberoamericana*, 1-18.
17. Hernández Sampieri, R. (2014). *Metodología de la Investigación*. México: INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.
18. Leal Sanabria, J., & Cerda Dueñas, C. (2016). La mutación constitucional del principio de no intervención. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 81-118.
19. Lepin Molina, C. (2014). Los nuevos principios del Derecho de Familia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 9-55.

20. Matia Portilla, F. (2013). Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo. *Teoría y realidad constitucional*, 541-554.
21. Oliva Gómez, E., & Villa Guardiola, V. J. (2014). Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. *Justicia Juris*, 11-20.
22. Oliva Gómez, E., Tapia Vega, R., Jiménez Muñoz, F., & Hernández Castelo, E. (2017). *Temas selectos 4. Hacia el ámbito del derecho familiar*. Cuernavaca, Morelos, México: Ediciones Eternos Malabares S.C.
23. Ortega Soriano, R. (2015). *Los derechos de las niñas y los niños en el derecho internacional, con especial atención al Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos* (Tercera ed.). México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
24. Pérez Contreras, M. (2010). *Derecho de familia y sucesiones*. México: Vacha S.A. de C.V.
25. Pliego Carrasco, F. (2013). *Tipos de familia y bienestar de niños y adultos. El debate cultural del siglo XXI en 13 países democráticos* (Primera ed.). México: Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México.
26. Pliego Carrasco, F. (2017). *Estructuras de familia y bienestar de niños y adultos. El debate cultural del siglo XXI en 16 países democráticos*. México: Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México.
27. Ramírez Ludueña, L. (s.f.). Interpretación evolutiva y flexibilidad. Un análisis crítico de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español sobre matrimonio entre personas del mismo sexo. *Universidad Pompeu Fabra*, 1-26.
28. Rodríguez Pacheco, N. G., Narváez Zurita, C. I., Guerra Coronel, M. A., & Erazo Álvarez, J. C. (2020). Habeas corpus preventivo como garantía del derecho a la vida, la integridad física y libertad. *Iustitia Socialis*, 618.
29. Saldaña Pérez, J. (2011). *Temas de Derecho Civil en homenaje al doctor Jorge Mario Magallón Ibarra*. México: Editorial Porrúa S.A.
30. Sentencia Nro. 0222-14-SEP-CC, Caso Nro. 1699-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 29 de Enero de 2014).
31. Sentencia Nro. 064-15-SEP-CC, Caso Nro. 0331-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 11 de Marzo de 2015).
32. Sentencia Nro. 11-18-CN/19, Caso Nro. 11-18-CN (matrimonio igualitario) (Corte Constitucional del Ecuador 12 de Junio de 2019).

33. Universidad Nacional Autónoma de México. (2015). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (Vol. II). (J. L. Fabra Zamora, & V. Rodríguez Blanco, Edits.) México: Instituto de investigaciones jurídicas.
34. Véliz Valencia, Y. (2019). Perspectivas de la adopción homoparental en el Ecuador. *IUSTITIA SOCIALIS*, 4(1), 177-192. doi:<http://dx.doi.org/10.35381/racji.v4i1.547>

©2020 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).