

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención en Derecho Constitucional

La adopción homoparental

Consideraciones para el reconocimiento constitucional en el Ecuador del 2019

Ligia Maribel Paspuel Erazo

Tutor: Amilcar Alexander Barahona Néjer

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Ligia Maribel Paspuel Erazo, autora de la tesis intitulada “La Adopción homoparental: consideraciones para el reconocimiento constitucional en el Ecuador del 2019”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Investigación mención Derecho Constitucional en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

01 de octubre de 2019

Firma: _____

Resumen

El derecho de las niñas, niños y adolescentes, a tener una familia, en tutela de su interés superior, sin que prima facie se excluya, a personas o parejas homosexuales del proceso de constitución familiar adoptiva, constituye un tema limitado, por el segundo inciso, del artículo 68, de la Constitución de la República del Ecuador¹, según esta disposición constitucional, solo las parejas de distinto sexo, pueden acceder al proceso de adopción; en contraposición a ello, existen enfoques científicos sociales, experiencias y pronunciamientos de organismos, tribunales y cortes internacionales; que conllevan, a repensar y replantear, el análisis de la disposición constitucional antes citada. En este contexto, la presente investigación pretende establecer, si la regla constitucional, es aplicable, a la luz de un examen de razonabilidad; para dicho efecto, se exponen argumentos jurídicos, sociológicos, psicológicos y científicos, en contraste a discursos moralistas y tradicionales, vinculados a juicios de valor, denotando, que nos encontramos ante una regla constitucional discriminatoria, por tanto inaplicable; en tal virtud, se otorga algunas consideraciones que deberían ser tomadas en cuenta para su reconocimiento constitucional.

Palabras claves: adopción, familia, heterosexual, homosexual, interés superior del niño.

¹ “La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo” Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 68.

A Elián motor e impulso constante en mi vida.
A las personas que buscan dignidad en el derecho.

Agradecimientos

Gratitud eterna a Vicky mi madre, Ely, Stiven, Cris, primas y a esa familia, que una escoge amigas y amigos, quienes han sido apoyo y aliento constante, desde el inicio de este proyecto, comprendiendo mis ausencias, a mis docentes de la Universidad Andina Simón Bolívar, por la formación en la libertad de pensamiento, finalmente a mi estimado tutor, por su paciencia, exigencia y compromiso.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo Primero: Derechos y situaciones en torno a la adopción homoparental	17
1. La familia como derecho constitucional.....	17
2. La adopción como institución familiar.....	23
3. La familia homoparental y sus discursos normalizados.	28
4. El derecho de niñas y niños a tener una familia y su interés superior.....	30
5. Los derechos en disputa, igualdad y diversidad (Test de Razonabilidad).....	37
Capítulo Segundo: Realidades invisibilizadas y consideraciones para la adopción para parejas del mismo sexo Breve análisis de la adopción en el Ecuador	45
1. Criterios Argumentativos utilizados por Cortes y Tribunales respecto de la Adopción Homoparental	45
2. Adopción de hecho (Exposición de caso).....	52
3. La sociedad de los derechos. Retos y desafíos en torno a la adopción homoparental.	57
Conclusiones.....	63
Bibliografía.....	65

Introducción

El segundo párrafo del artículo 68 de la Constitución de la República, señala: “La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”²; por ende, en Ecuador, las parejas del mismo sexo, se encuentran impedidas, de participar en procedimientos de adopción; el mayor justificativo, dado por diversos sectores de la sociedad, que defienden el modelo tradicional de familia, es que existe afectación en el desarrollo del menor, criado por personas homosexuales; consecuencia de aquello, niños, niñas y adolescentes, que actualmente, cuentan con aptitud social y legal para ser adoptados, no pueden constituir legalmente una familia, invisibilizando realidades, que cada día reclaman una respuesta o soluciones.

En este contexto, nace la pregunta ¿es razonable y proporcional que las parejas homosexuales en Ecuador, no puedan participar en procedimientos de adopción y por ende, constituir una familia con hijos?

Para su respuesta se han planteado dos objetos: el primero, examinar la familia, la adopción y el interés superior del niño, desde un enfoque teórico normativo, y a través de un test de razonabilidad, establecer si la regla constitucional es o no discriminatoria, al impedir que las parejas homosexuales puedan participar en los procesos de adopción.

Dicho objetivo, se desarrolla en el primer capítulo, donde se analiza los tipos de familia, su conformación y cómo pese a que las parejas homosexuales y los hijos de aquellas, están reconocidas como una familia, aún no pueden acceder bajo la figura legal de adopción, a construir la mencionada institución, que brinde protección, amor y cuidado, a un niño, niña o adolescente, siendo uno de los cuestionamientos más fuertes y frecuentes, la afectación al interés superior del niño, mismo que desde una revisión de estudios psicológicos y sociológicos, demuestra que los menores criados con parejas homosexuales, no presentan comportamientos disímiles, frente a las niñas, niños y adolescentes, con orígenes en familias tradicionales; luego entonces, evaluamos la razonabilidad de la regla constitucional, por la cual las personas y parejas homosexuales no pueden participar en procesos de adopción; evidenciando, que existe vulneración al

² Este enunciado guarda relación con el numeral 6 del artículo 157 del Código de la Niñez y Adolescencia que dispone “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” Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, 03 de enero, art. 157.

principio de igualdad y no discriminación, por razones de sexo, identidad de género, orientación sexual, lo que vuelve a la regla discriminatoria, inaplicable.

Mientras que el segundo objetivo es: Exponer casos de adopción por personas homosexuales, que sirvan como argumentos y consideraciones para su reconocimiento constitucional en el Ecuador.

Se desarrolla, mediante la exposición de argumentos principales, planteados y resueltos por jueces, tribunales y cortes de otros países, proporcionando algunas consideraciones, para el reconocimiento constitucional, de la adopción homoparental en nuestro país. Asimismo, se presenta un caso de adopción informal, que como muchos de ellos existen en Ecuador, en su desarrollo, se va visto importante y necesario, revisar algunas circunstancias que se presentan en casos similares, de otros países, como son: Finlandia y Argentina.

La presente investigación tiene algunas limitaciones, pues no es afán de este trabajo, el efectuar una conceptualización de familia, sino comprender su evolución y organización actual, como un constructo humano complejo. En la exposición de casos de Estados Unidos y Colombia, se analizan los argumentos fundamentales de sus fallos, a fin de exponer la *ratio decidendi*, cuando se trata de adopción por personas del mismo sexo.

El caso de *adopción informal* que se presenta en el segundo capítulo, se elaboró mediante una entrevista en dos etapas, en un inicio, los actores tuvieron la confianza, de contar libremente su experiencia y luego respondieron, algunas preguntas específicas, para dilucidar algunos temas puntuales, necesarios para el análisis. Cabe destacar, que algunos fragmentos han sido insertos, sin cambiar la literalidad de sus afirmaciones. Además, se hizo uso de los métodos dogmático, sistemático y comparativo para el análisis correspondiente sobre la Constitución, los derechos y principios derivados de la misma.

Todo ello, para demostrar que el enunciado constitucional, que limita a las personas del mismo sexo, a participar en los procesos de adopción, es una regla constitucional discriminatoria, por tanto inaplicable, que atenta al interés superior del menor, por cuanto éste último, tiene derecho a una familia, que le proporcione condiciones necesarias para su desarrollo integral (salud, educación, alimentación, desarrollo emocional etc.); al no existir, una justificación psicológica, sociológica o científica, que demuestre una alteración o afectación al desarrollo de las niñas, niños y adolescentes, que han sido criados con personas homosexuales, se hace necesario, poder

plantear la constitucionalidad de la adopción, que incluya a personas o parejas homosexuales, con el propósito de brindar la posibilidad jurídica, de participación, en el proceso de adopción, bajo las mismas condiciones, que actualmente lo hacen las personas y parejas heterosexuales.

Capítulo Primero: Derechos y situaciones en torno a la adopción homoparental

1. La familia como derecho constitucional

A lo largo de la historia, la familia, ha adquirido una infinidad de conceptos y definiciones, respondiendo a cánones contextuales, que le han dotado de una importancia innegable. Por lo cual, dicho fenómeno social, al ser un constructo complejo, evolucionó en conjunto con la existencia del ser social, adquiriendo y despojándose (al mismo tiempo), de enfoques políticos, económicos y religiosos atribuidos por las hegemonías de cada época.

Uno de los aspectos que caracteriza a la familia, desde su origen hasta la actualidad, y ocupa parte fundamental en la presente investigación, es el rol de género y relaciones de poder, que han ido modificándose, para consolidar lo que más adelante detallaremos como patriarcado. Prueba de lo dicho, son estudios que reflejan la existencia de un matriarcado ontológico, en el que los hijos adoptaban el nombre de la madre y la propiedad se transmitía por línea materna. Asimismo, la mujer tenía amplias prerrogativas económicas.³

Algunos antropólogos, sostienen la existencia de un parentesco único que se desprendía de las mujeres⁴, dado que la paternidad en muchos casos se convertía en un tema incierto o indeterminado⁵, por lo que, las mujeres eran quienes marcaban la constitución familiar; conforme lo manifiesta Claude Lévi-Strauss:

Antiguamente, el tipo de vida guerrera de los hombres nayar no les permitía fundar una familia. El matrimonio era una ceremonia puramente simbólica que no resultaba en un lazo permanente entre un hombre y una mujer. De hecho, se permitía a las mujeres casadas tener tantos amantes como desearan. Los niños pertenecían exclusivamente a la

³ Johann Bachofen, *El matriarcado: una investigación sobre la ginecocracia en el mundo antiguo según su naturaleza religiosa y jurídica* (Madrid: Akal, 1992), 7.

⁴ Lo que se traslada al aforismo *mater semper certa est*, siendo “la evidencia de la gestación y el conocimiento del alumbramiento, la atribución de la maternidad sólo podía derivar del hecho del parto” Pilar Morales Limones, *Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto* (Madrid: tirant lo blanch, 2015), 9.

⁵ John MacLennan, *Studies in ancient history: comprising a reprint of primitive marriage* (Nueva York, University of California, 1886), 33.

línea materna y la autoridad familiar así como la autoridad sobre la tierra no era ejercida por el efímero marido, sino por los hermanos de la esposa.⁶

Es importante destacar, que la teoría de un génesis familiar, alejada del dominio del hombre, también, encuentra fundamento en estudios biológicos, como los efectuados por Darwin, en su obra “El origen de las especies”,⁷ donde se establece que los consanguíneos, se unen en torno a la figura materna, para formar grupos que puedan hacer frente a los peligros del entorno y preservar su especie.

La teoría de la evolución familiar, iba adquiriendo más importancia en el mundo científico, social, jurídico y hasta religioso; es en este contexto que aparecen teorías con determinación de roles de hombres y mujeres en los sistemas familiares, reconociendo que la estructura familiar evoluciona a partir del dominio sexual masculino al que se denominó patriarcado.

Autores como Therborn advierten que el patriarcado se muestra como un sistema de estructuras y prácticas sociales, en las cuales los hombres dominan, oprimen y explotan a las mujeres.⁸ Dicho sistema ha persistido por la fuerte influencia religiosa que tiene la sociedad, recayendo incluso en consecuencias jurídicas. Los núcleos familiares han formado a través de la historia personas que sirven tanto al propósito de reproducción de roles de género, cuanto a la educación de niños y niñas desde este paradigma.

La influencia del sistema patriarcal en la familia, ha sido propuesta por estudios interdisciplinarios, como la antropología, la sociología y la historia, esta última, demuestra los roles dados en las familias; en la Grecia antigua, por ejemplo, se muestra como el padre se movía en tres lugares simultáneamente: la relación amo-esclavo, la asociación marido-esposa y el lazo padre-hijo, posicionándolo en un androcentrismo, dueño de la vida pública y familiar, mientras que la mujer al ser considerada como la procreadora, se le otorga roles de orden doméstico.⁹

Las prácticas patriarcalizadas de Grecia, pasan a formar parte de la Roma antigua, respecto de sus roles familiares y sociales, junto con el aislamiento de la mujer.

⁶ Claude Lévi-Strauss, “La familia” en Honorio M. Velasco comp. *Lecturas de Antropología Social y Cultural La Cultura y las Culturas* (Madrid: 2010), 197.

⁷ Charles Darwin, “On the Origin of Species”, es un libro de publicado el 24 de noviembre de 1859, considerado uno de los trabajos precursores de la literatura científica y el fundamento de la teoría de la biología evolutiva.

⁸ Goran Therborn, *Entre el sexo y el poder: Familia en el mundo 1900–2000* (Londres: Routledge, 2004), 23.

⁹ Aristóteles, *Política* (Madrid: Altaya, 1993), 41-66.

Roma, fue considerada como ciudad de padres y las mujeres constituían un envoltorio orgánico para la reproducción;¹⁰ Heidi Hartmann, por su parte insiste en la importancia de considerar el patriarcado y el capitalismo como sistemas separados pero que interactúan, [...] la causalidad económica tiene prioridad, y el patriarcado se desarrolla y cambia siempre en función de las relaciones de producción, [...] la subordinación de las mujeres precede al capitalismo y subsiste en el socialismo”.¹¹

Es así, como la historia se ha encargado, de revestir de legitimidad, política y económica, a los roles de hombre y mujer en la conformación familiar, a través de un proceso de normalización del matrimonio heterosexual, como una “forma [de] afirmar que la sexualidad necesita organizarse al servicio de las relaciones reproductivas y que el matrimonio -el cual provee de estatus legal a la forma familiar o, más bien, se concibe como aquello que debería afianzar la institución confiriéndole ese estatus legal- ”.¹²

Es importante resaltar que el modelo familiar tradicional (madre, padre hijo/hija), consagrado como el paradigma hegemónico, por confluir en él, la idea política de núcleo social, la unidad económica de producción, el canon sacramental de reproducción, otorga validación social a la unión matrimonial y sobre todo, protección legal, en comparación con otros núcleos, quienes han debido reivindicar su reconocimiento, superando la marginalidad del trato e invisibilización, como es el caso de la unión legal de hecho, conforme se lo aborda más adelante.

En el siglo XXI, concebimos, que el fundamento de la familia, radica en la dignidad de las personas, que en tanto libres, desean planificar su vida en conjunto con otros, conformando una comunión trascendente para la vida y felicidad de sus miembros. Este hecho, no escapa a la cultura y tiempo, pues esta institución amalgama toda una tradición, que se disputa en tiempos modernos. En este camino, se reconoce el derecho de las personas, en forma individual y colectiva, de constitución familiar.

La diversidad familiar, se evidencia en la multiplicidad de sus formas, así tenemos: al núcleo monoparental “en el que sólo está presente el padre o la madre. El concepto aparece en los años 70, imponiéndose al de familia rota, incompleta o disfuncional”¹³, la aproximación a esta familia y su composición, se realiza desde la

¹⁰ Thomas Yan, *Roma, padres ciudadanos y ciudad de los padres (siglo II a. C.- siglo II d. C.)*. (Madrid: Alianza, 1988), 203-240.

¹¹ Joan Scott, “El género: una categoría útil para el análisis histórico”, en Marta Lamas comp. *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual* (México: 1996), 47.

¹² Judith Butler, *Deshacer el género* (España: Paidós, 2006), 147.

¹³ Carmen Valdivia, “La familia: concepto, cambios y nuevos modelos”, *La Revue du REDIF*, 1, n°1 (2008): 15-22.

libre voluntad, que tiene una persona de constituir en forma directa o contingente, un núcleo familiar o un hogar con sus hijos.

Por otro lado, se presentan las familias constituidas de hecho, que “la forman las parejas que viven en común, unidos por vínculos afectivos y sexuales, incluyendo la posibilidad de tener hijos, pero sin mediar el matrimonio. Mantienen mayor flexibilidad en su organización, pero esta ventaja se convierte en dificultades por la menor protección, si no están bien reguladas”¹⁴; de allí que, las familias de hecho con o sin hijos, se constituyeron como forma marginal del vínculo matrimonial tradicional en una sociedad. Actualmente, el vínculo familiar de hecho ha adquirido aceptación, superando la discriminación manifestada por motivos religiosos, que afectaba tanto al vínculo, como a los niños y niñas que se desarrollaban en el mismo.

Conjuntamente coexisten, modelos familiares desde el desarrollo del niño, como son las familias adoptivas, conformadas por personas que han sido expuestas a un proceso legal de adopción. Asimismo, los núcleos homoparental, que se caracteriza por tener a dos padres o madres homosexuales, quienes se encargan de la crianza de una hija o hijo. Todo aquello, evidencia la diversidad de formas de vida que las personas optan desde su libertad.

Los cánones contextuales antes revisados, denotan la complejidad del ser social, a través de la historia de la humanidad, en sus diferentes formas de construir la institución denominada familia, misma que desde sus inicios, hasta la actualidad, se encuentra en un proceso de constante transformación.

El paso del tiempo ha demostrado la reivindicación de libertades, garantías y derechos, plasmados en la configuración de sociedades, en forma de Estados de derecho, que establecieron cuerpos legales en los que progresivamente se validó la posición de las llamadas minorías en la conformación familiar, haciendo notar el concepto inacabado de familia, conforme lo manifestado, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ [...] el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al

¹⁴ *Ibidem*

matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio¹⁵

Adicionalmente, la intervención de la medicina, y métodos de procreación o asistencia humana, entendidos como avances tecnológicos, que viabilizan la conformación de núcleos familiares, han creado, la necesidad de una apertura cultural y de regulación jurídica, sobre todo, cuando el plan de vida familiar se consagra bajo estas alternativas. Un ejemplo judicializado, es el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, en el cual, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resolvió:

El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia.¹⁶

De lo que deviene la obligatoriedad para que el Estado de Costa Rica, adopte todas las medidas necesarias, a fin de garantizar el proyecto de vida y los derechos de las personas que optan por la práctica de la Fecundación in vitro como mecanismo para poder procrear y conformar núcleos familiares.

La constitución familiar es un derecho humano, consagrado en tratados internacionales vinculantes por lo que cada Estado debe adoptar cambios en la concepción jurídica, respecto a las formas de familia y su protección. En Ecuador, el artículo 67 de la norma constitucional establece: “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.”¹⁷

Del citado texto se deriva una protección familiar desde la diversidad de su conformación, resaltando el principio de pluralidad que ha de garantizarse a toda forma familiar constituida. Sumado a esto se desprende que la familia, en sí misma, constituye un derecho, conforme lo establecido en el artículo 17 de la Convención Americana de

¹⁵Corte IDH Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo Reparaciones y Costas)”, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr., 142, http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

¹⁶ Corte IDH Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*, disposición, 2, http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

¹⁷ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 67.

Derechos Humanos,¹⁸ y el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁹, de allí que, para efectos jurídicos, en nuestro ordenamiento, la familia constituye un derecho que ha de ser garantizado desde la diversidad de conformación.

Conforme a lo expuesto, la constitución de la familia es un derecho humano y a la vez, un derecho fundamental, debido a que por un lado, es intrínseco a la persona y constituye un elemento esencial para el desarrollo de esta, y por otro, es garantizado por el Estado en una dimensión moral.

Como señala Antonio Pérez Luño, estamos frente a un derecho fundamental, cuando tal derecho corresponde a todo hombre en base a su propia humanidad,²⁰ entendida como la dignidad inherente a los seres humanos, por el simple hecho de serlo, y que a lo largo de la historia ha sido plasmada, en varias normas y sistemas jurídicos, lo que equivale a que no tiene su base de ser en el derecho positivo, sino en la propia naturaleza humana.

Los derechos fundamentales son la etapa máxima de positivización de los derechos naturales en las constituciones. Son diferentes de los derechos humanos, porque los primeros se remiten al nivel interno en la fuente constitucional y con garantía reforzada de cada ordenamiento jurídico. Los segundos cubren la esfera internacional: convenciones, declaraciones y tratados mundiales que protegen los derechos de los humanos.²¹ Por lo que diremos que los derechos fundamentales son intrínsecos a los seres humanos, y son esenciales para la existencia de los mismos, pese a que estos derechos no estén legislados o codificados. Sin embargo, los Estados deben incorporarlos en sus constituciones, a fin de que existan las garantías necesarias para su correcta aplicación y protección.

¹⁸ Artículo 17.- Protección a la Familia.-1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención Interamericana de Derechos Humanos, <http://www.tce.gob.ec/jml/bajar/CONVENCION%20AMERICANA%20SOBRE%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf>.

¹⁹ “Artículo 10 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.” ONU Asamblea General. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 de diciembre de 1966, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.

²⁰ Antonio Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales* (Madrid, Tecnos, 2004), 29-32.

²¹ Pérez Luño, *Los derechos Fundamentales*, 43-4.

Al ser la conformación familiar un derecho humano fundamental, reconocido por nuestra constitución y el corpus jure del derecho internacional de los derechos humanos, es preciso abordar el desarrollo jurisprudencial, que se le ha dado en Ecuador con el fin de determinar el contenido otorgado por el organismo intérprete de la Constitución. En este sentido, la Corte Constitucional en el denominado caso *Satya*, a través de la sentencia constitucional N°. 184-18-SEP-CC²² desarrolló el alcance de la protección constitucional, a las familias homoparentales, señalando:

Tradicionalmente, el derecho reguló las relaciones familiares en base a un único tipo de familia, el nuclear-tradicional, conformado por los progenitores-padre y madre- y sus hijos. Sin embargo, en el transcurso y cambio de los tiempos, han surgido en la sociedad varias formas familiares diversas a la nuclear; tal hecho se enfatiza en las dinámicas globales y migratorias, lo que da como resultado una pluralidad de realidades que coexisten en el todo intercultural.

En esta línea, la Constitución reconoció dichas realidades, tomando especial nota que el derecho requiere un cambio de producción e interpretación en el que se desarrolle un derecho de familia consciente de las diversidades y en procura de la creación de condiciones que permitan la consecución de los fines familiares bajo el enfoque de tutelar los derechos a la identidad, igualdad y no discriminación.

Por primera vez en Ecuador se efectúa un análisis de lo que implica el derecho de una niña a vivir con su familia (sus dos madres), evidenciando una realidad social diferente, que se desarrolla al margen de lo tradicional y que la negativa del Estado en su registro, acarrea afectaciones a derechos conexos de manera inapropiada social, legal y psicológica; lo que marca un antes y un después en el desarrollo de los derechos y constitución de familias diversas.

La sentencia constituye un hito respecto a la progresividad de derechos, puesto que reconoce una familia diversa compuesta por una pareja del mismo sexo, con especial énfasis en la relación de la niña con sus madres. Misma que a criterio del órgano constitucional debe ser respetada por todas las instituciones del Estado, de tal forma, que niños, niñas y adolescentes, que son criados en familias no convencionales deben gozar de la protección del aparato estatal, la sociedad y familia en sí misma, para lograr su desarrollo integral.

2. La adopción como institución familiar

²² Ecuador Corte Constitucional, Sentencia N° 184-18-SEP-CC, “Sentencia No. 184-18-SEP-CC”, en *Causa No. 1692-12-EP*, 29 de mayo del 2018.

“Nacemos en un estado embrionario y necesitamos de un útero familiar (...)”²³

Se ha señalado que una de las formas de constitución familiar es la adopción. La práctica para acoger a una persona como parte de una familia, sin que medie lazos consanguíneos es antigua, pues se ha constituido de forma paralela a la historia de la humanidad. Es así que en algunos textos históricos se observa dicha forma familiar.²⁴ En la Edad Media, la adopción adquiere una connotación económica, en Europa por ejemplo el eje central de la adopción era el traspaso de dominio por herencia y así mantener la propiedad familiar. Es con el paso del tiempo donde se enfoca en el derecho del menor, como eje principal, asegurando su entorno familiar, pudiendo catalogarla como una adopción en tiempos modernos. En este contexto, aparecen conceptos como el dado por Pontes de Miranda, quien señala:

La adopción es el acto solemne por el cual se crea entre el adoptante y el adoptado una relación de paternidad y filiación atribuyéndose al segundo la condición de hijo con los mismos derechos y deberes de cualquier hijo, incluyendo los sucesorios; se desliga el hijo de su familia biológica salvo los impedimentos matrimoniales. Es un acto jurídico que establece vínculo de parentesco.²⁵

Por su parte Belluscio menciona que la adopción es la “institución en virtud de la cual, se crea entre dos personas, un vínculo similar al que se deriva de la filiación”²⁶, finalmente Cabanellas conceptualiza diciendo que “la adopción es el acto por el cual se recibe como hijo, con autoridad real o judicial, a quien lo es de otro por naturaleza.”²⁷

Los conceptos citados hasta el momento nos señalan que la adopción tiene como punto cardinal la acogida, cuidado y protección de una persona, que pasa a tener la calidad de hijo o hija con derechos y obligaciones, generando un vínculo de parentesco –filiación- entre adoptante(s) y adoptado; aspectos que nuestra legislación los incorpora, disponiendo:

²³ Mirabent Vinyet y Elena Ricart, *Adopción y vínculo familiar Crianza, escolaridad y adolescencia en la adopción internacional* (Barcelona: Herdet, 2012), 9.

²⁴ En el Antiguo testamento encontramos, como mínimo, tres ejemplos de adopción, entendiéndola como un camino para crear y educar a un niño engendrado por otros: en el caso de Enfraim y Manases, educados por Jacob (Génesis, 48,5); el de Moisés, adoptado por la hija del faraón (Éxodo, 2,10); y el caso de Ester, educada como si fuera una hija por Mardoqueo (Ester, 2,7). El pueblo hebreo transmitió la adopción como costumbre a Egipto, de donde pasó a Grecia y posteriormente a Roma (Derecho Romano). *Ibíd.*, 11.

²⁵ Enrique Varsi, *Tratado de Derecho de Familia* (Lima: Gaceta Jurídica, 2013), 497.

²⁶ *Ibíd.*, 498.

²⁷ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental* (Buenos Aires: Heliasta, 2010), 24.

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. Solo para los efectos de la adopción se tendrá como menor de edad al que no cumple 21 años.²⁸

Bajo esos parámetros nos cuestionamos sobre ¿cuál es el objeto de la adopción?. Para dicho efecto encontramos varios cuerpos normativos como la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Ecuador e inscrita en el Registro Oficial Nro. 778 de fecha 11 de noviembre de 1995, que en lo fundamental señalan a la adopción como una medida de protección con el objeto de precautelar el interés superior del niño, niña y adolescente, colocándolo bajo la protección de una familia, que lo provea de atención emocional y económica. En la referida Convención sobre los Derechos del Niño, se observa el compromiso que han adquirido los Estados parte, a fin de garantizar que el sistema de adopción sea un medio por el cual se cumpla el interés superior del niño. De allí que deban efectuarse todas las acciones que permitan que la adopción cumpla con esta finalidad.

En la misma línea Medina señala que la adopción constituye un mecanismo mediante el cual se logra garantizar el interés superior del menor, en el sentido que la misma permite la efectivización de otro conjunto de derechos, que resulta indispensable para cumplir con este principio.

La adopción se instituyó como un medio para proteger y garantizar los derechos de las niñas y niños, quienes tienen derecho a la vida, a la salud, a la educación, al descanso y esparcimiento así como a estar protegidos contra cualquier forma de explotación laboral y sexual. Contar con una familia es su derecho inalienable. La adopción se concibe, por lo tanto, como un medio para brindar cobijo y cuidados al niño y a la niña con la ayuda de una familia, y además, como una acción para fortalecer y completar el núcleo básico de la sociedad, que es la familia.²⁹

Como se puede apreciar, la adopción es un mecanismo al servicio del interés superior del niño, por lo que así debe ser considerada en los ordenamientos jurídicos de los Estados, y para ello buscan apoyo jurídico en los Tratados y las Convenciones Internacionales, toda vez que estos procuran dar los lineamientos básicos para su aplicación. En efecto, los instrumentos internacionales más importantes que se desarrollan sobre la adopción de menores y de los que el Ecuador es parte, son:

²⁸ Ecuador *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 314.

²⁹ Sergio Medina, "El interés superior del niño por medio de la adopción", *Revista de Lenguas Modernas* 1, n° 11 (2009), 261-277.

Convención Sobre los Derechos del Niño³⁰ Convención de la Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.³¹

Los convenios y tratados internacionales son una de las fuentes primarias del derecho internacional pues son vinculantes para los países que los ratifican, mismos que deben adecuar su legislación, a lo estipulado en el instrumento internacional. En cumplimiento a lo dispuesto, la figura de adopción en el Ecuador ha tenido la intención de ir adecuando su diseño infraconstitucional, en función del interés superior del niño. Consecuentemente, encontramos que “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.”³² Lo que nos lleva a pensar, que en ese aspecto o característica específica nuestro país estaría cumpliendo con la exigencia dispuesta.

Acogido así el objeto de la adopción, que tiene como aspecto neurálgico el desarrollo del niño o niña, es importante resaltar las funciones que debe cumplir la familia adoptiva, siendo ellas: el acompañamiento psicológico, el crecimiento y desarrollo como humano bajo las figuras de protección, valores, normas y cuidado, lo que formarán la personalidad del sujeto en el presente y futuro.

Cuando revisamos el procedimiento dado por nuestra legislación encontramos dos instancias: administrativa y judicial. Respecto de la primera, el Ministerio de Inclusión Económica y Social, en cumplimiento del artículo 165 del Código de la Niñez y la Adolescencia realiza un estudio acerca de la situación de la familia y del menor que va a ser adoptado. Por la parte del menor, evalúa la situación social y jurídica, de tal manera que pueda llegar a establecer plenamente que reúne la condición jurídica, exigida por la normativa nacional e internacional, para poder ser adoptado.

Así también, dentro de la fase administrativa, se evalúa la idoneidad de los adoptantes, tanto en su situación física, psicológica, legal, familiar y social, con el fin de

³⁰ Asamblea general de las Naciones *Convención Sobre los Derechos del Niño* 1989, <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.

³¹ El Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional protege a los niños y a sus familias contra los riesgos de adopciones internacionales ilegales, irregulares, prematuras o mal gestionadas. Este Convenio, que también opera a través de un sistema de Autoridades Centrales, refuerza la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (art. 21) y pretende garantizar que las adopciones internacionales se realicen en el interés superior del niño y con respeto a sus derechos fundamentales, así como prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños, Convención de la Haya, *Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional*, <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=69>.

³² Ecuador *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, 3 de enero de 2003, art. 151.

que se pueda descartar, que el menor sea objeto de delitos, como el tráfico y explotación laboral o sexual, entre otros. Además, examina que exista un proceso de emparentamiento, entre el adoptante y el adoptado, que garantice la mejor adaptación del menor, en su nuevo entorno familiar.³³

En este sentido, la fase administrativa tiene como objetivo cumplir con los términos previstos dentro del artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que exige que el Estado puede determinar en forma fidedigna y clara cuando la adopción es admisible en los aspectos relacionados con la situación jurídica del niño y de sus padres, parientes y representantes legales. Así como que la adopción cuente con el asesoramiento necesario para los adoptantes, lo que lleva a establecer y declarar su idoneidad, para finalmente asignar una familia a un niño, niña o adolescente, mediante una resolución administrativa que permitirá continuar con el procedimiento judicial.³⁴

Dentro de este entorno procedimental, nos encontramos frente a requisitos legales para ser adoptado. Requerimientos que están sujetos a lo determinado en el artículo 158 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia,³⁵ que se refiere a la aptitud de los menores, para ser adoptados; siendo estos:

- a) Orfandad respecto de ambos progenitores;
- b) Imposibilidad de determinar quiénes son sus progenitores o, en su caso, sus parientes hasta el tercer grado
- c) de consanguinidad;
- d) Privación de la patria potestad a ambos progenitores; y,
- e) Consentimiento del padre, la madre, o de ambos progenitores, según corresponda, que no hubieren sido privados de la patria potestad.³⁶

Cada una de las causas antes mencionadas, confluyen de forma paralela, al estado de vulnerabilidad de los niños y niñas, que no poseen un entorno familiar adecuado y requieren de un núcleo familiar, idóneo y comprometido con una visión de derechos, para aceptar el rol de madres y padres adoptivos, quienes estén dispuestos a

³³ *Ibíd.*, art. 165.

³⁴ *Ibíd.*, art. 165.

³⁵ “En los casos de los numerales 1, 3 y 4 el Juez declarará la adoptabilidad siempre que, además de las circunstancias allí descritas, el niño, niña o adolescente carezca de otros parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, o éstos se encuentren imposibilitados para asumir de manera permanente y estable su cuidado y protección. El Juez que declare la adoptabilidad de un niño, niña o adolescente, deberá notificarlo a la Unidad Técnica de Adopciones de la respectiva jurisdicción, en el plazo máximo de diez días contados desde que la sentencia quedó ejecutoriada”. *Ibíd.*, art. 151.

³⁶ *Ibíd.*, art. 158.

asumir apropiadamente la crianza, protección, cariño, educación, salud, buen trato, contribuyendo con amor al buen vivir y a la garantía de derechos.³⁷

Asimismo, tanto la fase administrativa como judicial, tiene el objetivo de que la adopción, sólo sea autorizada por las autoridades nacionales competentes, a través de resoluciones motivadas en las cuales se justifiquen los criterios legales correspondientes, en cuanto a la situación jurídica del adoptante y el adoptado, así como también, la idoneidad del emparentamiento realizado.³⁸

Por consiguiente, el proceso de adopción en Ecuador, requiere de la máxima intervención del Estado y este a través de sus instituciones, está obligado a dar seguimiento a las adopciones de menores, tanto en sede nacional como internacional, ya que de acuerdo con los compromisos aceptados por Ecuador, con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene la obligación de garantizar el principio de interés superior, a lo largo del procedimiento de adopción, disponiendo medidas que permitan garantizar sus derechos, así como las prohibiciones respectivas, a través de las cuales se busca que no se afecten los derechos del menor en dicho procedimiento.

3. La familia homoparental y sus discursos normalizados.

La *familia homoparental*, de acuerdo con Herrera: “se forma a partir de dos personas del mismo sexo, es decir, se conforma por una pareja de padres o madres abiertamente homosexuales,”³⁹ mientras 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

³⁷ “a) Acercarse o contactarse con una de las Unidades Técnicas de Adopción Zonales (dependiendo del domicilio), donde se recibe orientación, se registra información básica y se obtiene una cita para una entrevista preliminar. b) Entrevista preliminar con la persona o pareja solicitante de adopción. c) Participación en los círculos de formación de padres adoptivos 2 sesiones de 8 horas para desarrollo de 5 módulos. d) Presentación de la solicitud y los medios de verificación completos. e) Evaluación psico-social individual y de pareja de ser el caso. f) Estudio de hogar. g) Declaración de la idoneidad o no de los solicitantes a adopción. h) Asignación del niño, niña o adolescente. i) Aceptación o no de la familia. j) Proceso de emparentamiento, éste se da una vez que existe la aceptación de la familia, si el proceso de emparentamiento es exitoso, el niño, niña o adolescente pasa a vivir con su familia. k) Seguimientos post-adoptivo.” Ecuador Ministerio de Inclusión Económica y Social, “Adopciones”, *Ministerio de Inclusión Económica y Social*, accedido el 26 de junio de 2019, párr. 5, <https://www.inclusion.gob.ec/la-adopcion-es-vivir-la-experiencia-de-disfrutar-el-tener-un-hijao/>.

³⁸ Ecuador *Código de la Niñez y Adolescencia*, art. 165.

³⁹ Marisa Herrera, “Adopción y ¿homoparentalidad u homofobia? Cuando el principio de igualdad manda IUS”. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 4, n°26 (2010): 180-221.

personas con diversas identidades de género y/u orientación sexual.⁴⁰ La idiosincrasia respecto de estos dos tópicos ha generado estigmas dentro de la sociedad, que serán analizados como discursos normalizados.

Para ello, es importante partir señalando que el proceso por el cual las parejas del mismo sexo pueden llegar a concebir hijos no necesariamente alude a la adopción, pues como se ha revisado, para ello 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 previa.

Sin embargo, en lo que se refiere a la adopción por parte de personas o parejas homosexuales, puede notarse que en la sociedad, al ser consideradas fuera de la composición tradicional, de una familia nuclear heteroparental, existe una resistencia que en gran parte ha sido creada por sujetos y sectores, con discursos contrarios a un estatus de igualdad, influenciados por creencias dogmáticas y fuertemente moralistas, que acentúan la situación de discriminación, hacia las parejas homoparentales.

Las categorías que nos parece las más importantes de los discursos normalizados son: la heteronormatividad, el binarismo de género, el ciclo de vida tradicional; definidos desde el excluido, de aquellas voces de quienes por ser diferentes, no tienen cabida en un grupo de mayoría.

La *heteronormatividad* comprende el conjunto de factores sociales, políticos y económicos impuestos por el patriarcado, que se expande tanto en lo público como lo privado, donde la única forma aceptable y normalizada de expresión de los deseos sexuales y afectivos, inclusive de la propia identidad, es la heterosexual, mediante la cual lo masculino y femenino son inmanentes complementos en cuanto a su sexualidad, satisfacción, preferencias sexuales, y roles definitivos.⁴¹

Un ejemplo de aquello “yo sinceramente pienso que los niños al ser adoptados deben estar en la familia tradicional [...] porque creo que es la base de la sociedad, la familia, hombre, mujer, niño”.⁴²

⁴⁰ Corte IDH, “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, párr. 179, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

⁴¹ Comisión de Ayuda al Refugiado en Euskadi, CEAR-Euskadi (2009). Disponible: <http://diccionario.cear-euskadi.org/heteronormatividad/>.

⁴² Rafael Correa, “Presidente Correa dice no al matrimonio gáí en el Ecuador en discurso en enlace ciudadano”. video de YouTube, 2013, min. 4.42, https://www.youtube.com/watch?v=-ve_OTAtbA.

Lo que encontramos es un discurso que refleja la posición socio-política heteropatriarcal, de un momento determinado; que constituye un régimen de discriminación sistemática, siendo la consecuencia la que más preocupa, ya que estos discursos produjeron en su época, normas sobre las cuales educan a nuevos sujetos, mismos que volverán a reproducir estos discursos discriminatorios, entrañando una cadena donde se crea y se aplica la heterónoma, sin enfoques diversos.

Lo que Judit Butler denomina el Reglamento del género señalando:

El término «reglamento» parece sugerir la institucionalización del proceso mediante el cual se regulan las personas. De hecho, referirse al reglamento ya es reconocer un conjunto de leyes, reglas y políticas concretas que constituyen los instrumentos legales a través de los cuales las personas se regularizan. Pero creo que sería un error entender todas las maneras por las cuales se regula el género en términos de casos legales, porque las normas que rigen estos reglamentos exceden los propios casos que las encarnan.* Por otra parte, sería igualmente problemático hablar de la reglamentación del Género en abstracto, como si los casos empíricos ejemplificaran sólo una operación del poder que tiene lugar de forma independiente⁴³

En nuestra sociedad la heteronormatividad, se ha presentado, en forma constante, en la construcción del andamiaje legal del país. Adicionalmente, es importante recordar que: “El lenguaje es el centro de la teoría lacaniana; es la clave para instalar al niño en el orden simbólico. A través del lenguaje se construye la identidad de género”⁴⁴. Lo que nos lleva a señalar que el lenguaje se ha convertido en igual o en mayor medida, que el derecho, en instrumentos de poder, bajo los cuales se construye la identidad de género. Respecto al vínculo entre derecho y poder Judith Salgado, señala:

Ese vínculo entre derecho y poder se expresa también en la heteronormatividad que instituye como norma (la heterosexualidad) excluyendo al mismo tiempo a quienes no calzan en dicha matriz, fijando así los límites entre quienes serán considerados sujetos de derechos y quienes no, qué tipo de asociaciones se considerarán familia y cuáles no y por lo mismo qué familia será protegida por el derecho (la familia nuclear o “tradicional”, léase conformada por una pareja heterosexual y sus hijos/as).⁴⁵

Por su parte, el *binarismo de género*, obedece a un origen biológico, con el cual, se establecen categorías excluyentes: masculino-femenino, hombre-mujer, sobre las cuales, todas las personas deben clasificarse, esto conlleva a que siempre deben coincidir el sexo biológico, con la identidad de género y los deseos asignados socialmente, por lo que, “si una persona muestra alguna característica que no

⁴³ Judith Butler, *Deshacer el género* 67.

⁴⁴ Scott, “El género: una categoría útil para el análisis histórico”, 17.

⁴⁵ Judit Salgado “Entre la reproducción y el cuestionamiento de la concepción heteronormativa de familia. El caso Karen Atala”, disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4422/1/03-TC-Salgado.pdf>

corresponde con el sexo asignado al nacer, aparece la vigilancia de género que intenta corregir las desviaciones”.⁴⁶ Un discurso que lo configura es: “Dios creó al hombre a imagen suya, a imagen de Dios lo creó; varón y hembra los creó. Dios los bendijo y les dijo: Sean fecundos y multiplíquense.”⁴⁷

Para los modelos ideológicos-religiosos tradicionales, la sexualidad se vive con el único objetivo de procrear, constituir una familia como una única posibilidad de núcleo social, la *familia heterosexual*. Ideología que en la crítica de Foucault, se convierte en una suerte de fabricación de los hijos y la progenitura en sentido estricto, se refiere al hecho de encontrar en la descendencia, una vida feliz, una satisfacción, además aporta con la obligación de repoblar con ciudadanos al Estado.⁴⁸

Para configurar finalmente, un engranaje denominado *ciclo de vida tradicional*, que apuntala a las etapas del desarrollo humano: nacer, crecer, reproducir y morir, sobre esta lógica, las personas pasarán por una relación de pareja, desarrollarán su noviazgo y terminarán, consolidando un matrimonio. Institución que necesariamente acarrea la concepción de los hijos, por lo que de manera decisiva se moldea el hecho de vivir en pareja, procrear y en última instancia morir, tal y como lo plantea el modelo social tradicional. Visto en estas palabras, un ejemplo de aquello lo encontramos en la siguiente frase “la felicidad comienza en la familia, en la estabilidad. Cuando el padre y la madre tienen un empleo.”⁴⁹

En sociedades como la ecuatoriana, con una determinada concepción de las categorías de familia, no cabe el contexto de pareja homosexual, peor aún el de familia homoparental, incluso dentro del discurso público, se identifica claramente un rol binario de familia, que obedece, a ciclos de obligatorio cumplimiento para las personas, esto es: nacer, crecer, reproducir y morir, cuya base se compone de preceptos religiosos, respecto a los roles de la vida, se convierten en valores universales, además de terminar reafirmando la heteronormatividad.

4. El derecho de niñas y niños a tener una familia y su interés superior.

⁴⁶ Historias y Diseños, disponible en: <https://www.moscasdeclores.com/es/glosario-lgbt/binarismo-de-genero/>.

⁴⁷ Biblia Latinoamericana, Génesis 1:27-28.

⁴⁸ Michel Foucault, Historia de la Sexualidad 1- la voluntad de saber” (Buenos Aires: editores argentina, 2005), 139.

⁴⁹ Guillermo Lasso (@LassoGuillermo), “La felicidad comienza en la familia, en la estabilidad. Cuando el padre y la madre tienen un empleo”, twit, de 05 de mayo de 2014, <https://twitter.com/lassoguillermo/status/844228132064448513>.

El reconocimiento de los derechos humanos constituye una característica homogénea en el desarrollo del derecho, ya que por su propia esencia el estudio de los derechos se articula a través de la identificación de especificidades, que tienden a fragmentar la subjetividad jurídica en lo que a protección de derechos concierne.

Los Organismos de Protección Derechos Humanos han procurado establecer normativa que permita a los estados brindar una protección especial a los menores, por su misma condición de vulnerabilidad, ante un intento de violación a sus derechos, para ello se ha instituido como un instrumento principal de protección la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, mismo que en su parte pertinente señala: “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”.⁵⁰

Sobre este tema podemos señalar que los grandes pilares sobre los cuales se asienta la convención son tres:

1. Que el niño, necesita una protección y cuidados especiales.
2. Que deben respetarse los derechos que la Convención asegura a todo niño, sin importar cuál sea su raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición que los afecte, o a sus padres o representantes legales. Tomando para tal efecto, los Estados Partes, las medidas propias para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación.
3. Que el interés del niño es un interés superior, que ha de prevalecer, por ende, cuando colisione con otros intereses jurídicos, dicho interés ha de ser respetado tanto por el Estado como por los padres u otras personas que asuman la responsabilidad de criar al menor.⁵¹

⁵⁰ La Convención enfatiza que los niños tienen los mismos derechos que los adultos, y se subrayan aquellos derechos que se desprenden de su especial condición de seres humanos que, por no haber alcanzado el pleno desarrollo físico y mental, requieren de protección especial. Es el primer tratado vinculante a nivel nacional e internacional que reúne en un único texto sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. El texto de dicha Convención, está compuesto por un conjunto de normas para la protección de la infancia y los derechos del niño, por ende los Estados que se adhieren a la convención se comprometen a cumplirla. En virtud de ello se comprometen a adecuar su marco normativo a los principios y a destinar todos los esfuerzos que sean necesarios para lograr que cada niño goce plenamente de sus derechos. La Convención está compuesta por 54 artículos que consagran el derecho a la protección de la sociedad y el gobierno. El derecho de las personas menores de edad a desarrollarse en medios seguros y a participar activamente en la sociedad. *Convención Derechos del Niño*.

⁵¹ Convención sobre los Derechos del Niño.

En el Ecuador, el interés superior del niño se encuentra establecido en el artículo 44 de la Constitución de la República:

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.⁵²

Así también, el Código de la Niñez y Adolescencia, prevé el interés superior, desde la finalidad del mismo código, que propende a la regulación de todos los derechos de niños, niñas y adolescentes, bajo los siguientes presupuestos:

Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad. Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral (...) 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”.⁵³

De lo expuesto, se deriva que los derechos del menor se garantizan a plenitud, en cuanto se brinden, mecanismos para el efectivo goce de ellos, al respecto Rengifo manifiesta: “el interés superior del menor es de formar parte de la familia que el constituyente protege”,⁵⁴ es decir que la obligatoriedad del Estado de brindar una familia a un menor es un derecho y un mecanismo de efectivo cumplimiento el interés superior.

⁵² Ecuador, Constitución de la República, art. 44.

⁵³ Ecuador *Código de la Niñez y Adolescencia*, arts. 1, 11.

⁵⁴ Luz Rengifo, “La adopción homoparental en Colombia: consideraciones conceptuales y jurisprudenciales. Rengifo”, *Revista de la Universidad de Ibagué* 19, n°2 (2017): 1-16.

La Corte Interamericana ha establecido los sujetos que están bajo la protección del artículo 19 de la Convención, los alcances del interés superior del niño y su aplicación, dentro del sistema normativo, de los estados suscriptores de la Convención.

Este esfuerzo por determinar el concepto de interés superior del niño se presenta en varias sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como es el caso de las niñas *Yean Bosico Vs. República Dominicana*, en la que señala que: “La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad.”⁵⁵

Otro precedente jurisprudencial de la Corte IDH analiza el alcance del interés superior del niño y las obligaciones de los estados para que garantice y proteja este derecho, determinando lo siguiente: “Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable.”⁵⁶

De igual manera mediante la Opinión Consultiva N° OC-17/02, respecto a la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte IDH, ha determinado:

Tal como se señalara en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos menores y adultos y tienen además derechos especiales derivados de su

⁵⁵ Corte IDH Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 8 de septiembre de 2005 (Sentencia de Excepción Preliminar, y Costas)”, *Caso Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, párr., 106, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf.

⁵⁶ Los hechos del presente caso sucedieron en ciudad Juárez, donde se desarrollan diversas formas de delincuencia organizada. Asimismo, desde 1993 existe un aumento de homicidios de mujeres influenciado por una cultura de discriminación contra la mujer. Laura Berenice Ramos, estudiante de 17 años de edad, desapareció el 22 de setiembre de 2001. Claudia Ivette Gonzáles, trabajadora en una empresa maquiladora de 20 años de edad, desapareció el 10 de octubre de 2001. Esmeralda Herrera Monreal, empleada doméstica de 15 años de edad desapareció el lunes 29 de octubre de 2001. Sus familiares presentaron denuncias de desaparición. No obstante, no se iniciaron mayores investigaciones. Las autoridades se limitaron a elaborar los registros de desaparición, los carteles de búsqueda, la toma de declaraciones y el envío del oficio a la Policía Judicial. El 6 de noviembre de 2001 se encontraron los cuerpos de Claudia Ivette Gonzáles, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, quienes presentaban signos de violencia sexual. Se concluyó que las tres mujeres estuvieron privadas de su libertad antes de su muerte. A pesar de los recursos interpuestos por sus familiares, no se investigó ni se sancionó a los responsables. Corte IDH Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas “Campo Algodonero”)”, *Caso González y otras Vs. México*, 16 de noviembre de 2009, párr., 408, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.

condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.⁵⁷

En lo que concierne al respeto del interés superior del niño, en los procesos de conformación familiar, décadas de investigación tanto en el norte de Europa, como en los Estados Unidos, sugieren que el interés superior del niño, la salud y el bienestar de los menores, no se ven afectados por ser parte de familias entendidas como diversas. Los estudios científicos demuestran que los menores que tengan padres con tendencias sexuales diferentes no presentan comportamientos disímiles, frente a los comportamientos de los niños con orígenes familiares tradicionales, particularmente en relación con el desarrollo social y emocional y los resultados educativos.⁵⁸

Mismo análisis que realiza nuestra Corte Constitucional, señalando que el interés superior de niño dentro de una familia diversa se ve reflejado en el hecho de que su hija se ha desarrollado integralmente con sus madres, quienes de forma material e inmaterial han logrado que su pequeña viva en condiciones de dignidad, textualmente manifiesta:

Así pues, es oportuno recalcar el derecho constitucional que tienen niñas y niños a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar, consagrado en el artículo 45 de la Constitución de la República. Sobre este entendido, la niña Satya Amani goza del derecho de vivir en su seno familiar, pues de lo que se evidencia, su interés superior radica en la posibilidad de desarrollarse integralmente con sus dos madres, ya que es el núcleo familiar que deseó su existencia, planificando y construyendo material e inmaterialmente medios para que la niña nazca en condiciones dignas. Consecuentemente, la niña conoce y asume como madres a las señoras Nicola y Helen, hogar que le provee de lo indispensable para su felicidad, prueba de ello son las acciones administrativas y jurisdiccionales, que han tenido que realizar para garantizar a su hija una identidad, nombre y nacionalidad, aún a pesar de la negativa de la entidad pública constitucionalmente obligada en la protección de sus derechos.⁵⁹

El mencionado pronunciamiento, guarda armonía con un estudio efectuado por Timothy J. Biblarz, respecto al enfoque en la orientación sexual de los padres, determinando que dicha orientación, no es una medida en la calidad de la crianza de los hijos; de hecho, destacados autores concuerdan que el simple hecho de efectuar cuestionamientos que comparen la orientación sexual de los niños de familias

⁵⁷ El 31 de enero de 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en razón de lo que dispone el artículo 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sometió a la Corte Interamericana de Derecho Humanos una solicitud de Opinión Consultiva sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.

⁵⁸ Bos HMW, Van Balen F, Van Den Boom, “Child Adjustment And Parenting In Planned Lesbian-Parent Families” *DC, Journal* 1, n° 59: (2005) 263-275.

⁵⁹ Corte Constitucional, “Sentencia No. 184-18-SEP-CC” 90.

homoparentales con padres heterosexuales, es una práctica sexista que estigmatiza a las familias del mismo sexo⁶⁰.

Por su parte la Universidad de Cornell realizó un estudio académico basado en el análisis de 79 casos, del cual se determinó que la adopción homoparental cumple con los criterios de bienestar de los niños y niñas. De ese estudio se concluyó que en 75 casos no les va peor que a otros niños, si bien el tamaño de la muestra es pequeño, los investigadores consideran, que tales estudios proporcionan el mejor conocimiento disponible sobre el ajuste de los niños, y no considera las muestras grandes y representativas como esenciales.⁶¹

Dichos estudios también concluyen que pese a que los hijos de padres homosexuales enfrentan desventajas adicionales, como la discriminación escolar y casos de grooming y bullying, estas circunstancias no derivan en casos de hijos homosexuales, sino que muchos niños han desarrollado tácticas de comunicación mucho más elocuentes y tienden a tener niveles bajos de violencia.⁶²

Bajo los mismos parámetros es importante señalar que un estudio de 2010, realizado por el investigador de Stanford Michael Rosenfeld,⁶³ utilizó los datos del censo para examinar el avance escolar de 3.500 niños con padres del mismo sexo, sin encontrar diferencias significativas, entre los hogares encabezados por padres del mismo sexo y del sexo opuesto.

La Asociación Americana de Pediatría, por su parte, al efectuar un análisis científico, sobre el estado de los niños que pertenecen a familias homoparentales ha establecido que:

La investigación psicosocial sobre la crianza de los hijos de lesbianas y gays indica que no hay bases en la literatura científica para esta percepción. Con la legalización de las uniones del mismo sexo en Canadá, el público y varios grupos de interés están revisando sus puntos de vista sobre este tema y al CPA le preocupa que las creencias declaradas públicamente, que impactan en la legislación y la política social, no siempre se basen en evidencia científica⁶⁴.

Datos como los que arrojan el análisis expuesto, son los que encontraremos en

⁶⁰ Stacey J, Biblarz T: "How Does the Gender of Parents Matter" *Am Soc Rev.* 1, n° 66 (2001): 159-183.

⁶¹ Wainright, JL, Russell, ST y Patterson, CJ "Psychosocial adjustment, school outcomes, and romantic relationships of adolescents with same-sex parents" 75, n° 6 (2004): 1886-1898.

⁶² Perrin, CE "Informe técnico: adopción por parte del padre o madre por padres del mismo sexo". *Pediatría* 109, n°2 (2002): 341-344

⁶³ Rosenfeld, MJ, "Familias no tradicionales y el progreso de la niñez en la escuela", *Demografía* 47, n° 3, (2010): 755-775.

⁶⁴ Rafael Portugal, "Estudios sobre homoparentalidad: revisión científica y análisis metodológico", *FELGTB* 1, n° 1 (2011) 1-20.

una gama de estudios científicos, que avalan la no afectación emocional a las niñas, niños y adolescentes, que son parte de un proceso de adopción homoparental. En este sentido, Laura Lora sostiene que:

El interés superior del niño es un concepto que si bien debe ser evaluado para cada caso en concreto (...) debe abarcar todos los derechos del niño en cuanto él es un sujeto de derechos (...) vinculado con necesidades psicológicas, educativas, sociales, jurídicas, medio ambientales y de recursos del niño y para el niño. Estas necesidades son derechos incorporados en los “Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.”⁶⁵

Por lo que los estudios sociales expuestos pretenden producir de forma vertiginosa, en todos los niveles y en todos los ámbitos sociales, un repensar en la aplicación del derecho. Respecto a la felicidad, como garantía del interés superior, diremos que para la mayoría es utópica, una aspiración de por vida, este anhelo es más fuerte en aquellos niños que se encuentra en un actual estado de vulnerabilidad y por cualquier razón se les niega el beneficio de padres amorosos, personas seguras, cariñosas y que le brinden los cuidados necesarios, lo que termina violentando el derecho que se pretende garantizar

5. Los derechos en disputa, igualdad y diversidad (Test de Razonabilidad)

Actualmente en Ecuador resulta paradójico que de los 444 artículos que componen la Constitución de 2008, únicamente en dos artículos, se haga mención a la adopción; el primero para señalar que “las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción”⁶⁶, y el segundo dispuesto en el segundo inciso del artículo 68 establece que “la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”.⁶⁷

El último artículo citado, contiene un tratamiento diferenciado respecto de las parejas que pueden acceder a la figura de la adopción, por lo que corresponde revisar si dicho tratamiento afecta o contraría lo dispuesto en el artículo 11 número 2, de la misma norma constitucional que dispone “Todas las personas son iguales y gozarán de los

⁶⁵ Laura Lora, “El Discurso Jurídico sobre el interés superior del niño”, *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales Jornadas de Investigadores y Becarios* 1, n° 10, (2006): 479-488.

⁶⁶ Ecuador, Constitución de la República, art. 69.

⁶⁷ *Ibíd.*, art. 68.

mismos derechos, deberes y oportunidades”⁶⁸; y prohíbe toda forma de discriminación; para dicho efecto, es necesario considerar lo dispuesto por la Corte Constitucional Ecuatoriana:

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.⁶⁹

Lo que guarda coherencia con lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

La Corte considera que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición.⁷⁰

Respecto al tema, Bobbio al analizar el concepto de igualdad, señala que “Es relativo por lo menos en tres variables, a las que hay siempre que tener en cuenta, cada vez, que se introduce el discurso sobre la mayor o menor deseabilidad, y/o sobre la mayor o menor viabilidad, de la idea de igualdad:”⁷¹ lo que la Corte Constitucional Colombiana ha traducido en tres preguntas: “¿igualdad entre quienes?, ¿igualdad en

⁶⁸Nadie 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. *Ibíd.*, art. 11.2.

⁶⁹ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 11-18-CN/19” en Causa Nro. 11-18-CN, 18 de noviembre de 2019.

⁷⁰ Corte IDH, “Sentencia de 24 de febrero de 2012” (Fondo, Reparaciones y Costas), *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. 24 de febrero de 2012, párr. 119, http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

⁷¹ a) los sujetos entre los cuales nos proponemos repartir los bienes o los gravámenes; b) los bienes o gravámenes que repartir; c) criterio por el cual repartirlos. Norberto Bobbio, “Derecha e Izquierda, Razones y significados de una distinción política” (Roma: Taurus, 1996) 136-137

qué?, ¿igualdad con base a qué criterio?⁷²; los sujetos pueden ser una persona o un colectivo, la segunda pregunta se referirá a derechos, principios, ventajas económicas, etc., finalmente, será la motivación o el criterio utilizado para justificar un tratamiento diferenciado.

Se ofrece entonces un test de razonabilidad⁷³ con la pretensión de determinar el núcleo del principio de igualdad, que se encuentra establecido en “términos de razón suficiente que justifique el trato desigual”⁷⁴, para lo cual, nos cuestionamos ¿La disposición constitucional que señala que la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo, vulnera el principio de igualdad de las parejas homosexuales?

La teoría jurídica alemana⁷⁵ muestra que la razonabilidad es aplicada de manera satisfactoria, si se concreta con el principio de *proporcionalidad*, principio que ha sido analizado por la Corte Constitucional Ecuatoriana señalando:

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 conexamente con el principio a ser elegido, es decir, que hay **proporcionalidad en sentido estricto**.⁷⁶

De lo que se infiere que es una estructura argumentativa, de principios constitucionales en conflicto, aportando soluciones en el ámbito jurídico. El concepto de proporcionalidad integra a su vez tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación, cada uno de estos, tienen una exigencia que cumplir para pasar a una etapa subsiguiente, respecto de la idoneidad Carlos Bernal Pulido señala:

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

⁷² Corte Constitucional Colombiana, Sentencia No. C-022/96.

⁷³ El “test de razonabilidad” es una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ Entre otras, las sentencias T-403/92, T-422 Eduardo Cifuentes Muñoz y U-089/95, Jorge Arango Mejía.

⁷⁶ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, “Dictamen N° 4-19-RC/19” en Caso Nro. 4-19-RC, 21 de agosto de 2019.

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.⁷⁷

Es pertinente entonces revisar en el caso concreto el cumplimiento de este subprincipio, de la simple lectura del segundo inciso del artículo 68, es fácil señalar que existe un trato desigual, por ende sospechoso de ser discriminatorio, al señalar que sólo las parejas de distinto sexo pueden adoptar, excluyendo de esta manera a las personas y parejas homosexuales de dicha disposición; procede entonces examinar si el trato diferenciado, es adecuado para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

Para dicho efecto, es necesario referirnos a la redacción constitucional, con el fin de determinar, con precisión, cuál fue el motivo que llevó al legislador, al establecimiento de un trato diferenciado. De la revisión de las actas del Constituyente, se encuentra únicamente la exposición de la asambleísta Rosanna Queirolo, quien señala:

Algo excesivamente preocupante en este artículo es la declaración lírica que reza: “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. Entonces, gracias al reconocimiento jurídico de la unión de hecho de personas del mismo sexo y el reconocimiento de la familia en sus diversos tipos se está formalizando.⁷⁸

Es claro que el trato otorgado a las parejas heterosexuales, se da desde un contexto de conformación de familia tradicional, señalando que el objetivo es el precautelar los valores y el ejemplo a los niños, sin mayor argumento, se excluyó de *iure* a un grupo de personas, quienes ha concebido como incapaces por ende imposibilitados, de ofrecer un hogar a niños y niñas en situación de adoptabilidad.

De manera indirecta, se entiende que el fin constitucionalmente válido para la legisladora, es otorgar a los niños una *familia tradicional* por lo que es necesario revisar si es adecuado para los fines señalados.

De la revisión realizada a la Constitución ecuatoriana, no se encuentra que para promover de forma prioritaria el desarrollo integral del menor se necesite brindarle una

⁷⁷ Carlos Bernal Pulido, “El derecho de los derechos” *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucional de las leyes*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 81.

⁷⁸ *Ibíd.*, 86.

familia tradicional⁷⁹; por el contrario, el artículo 67 de la Constitución “reconoce a la familia en sus diversos tipos” conforme lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos “La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’”⁸⁰ De tal manera que el trato diferenciado, en cuestión no es idóneo, para promover los fines declarados por el discurso citado.

Por tanto, se encuentra un trato desigual establecido en una regla constitucional, que carece de una justificación razonable, por cuanto, no satisface los requerimientos dispuestos para el test propuesto, la familia tradicional no es el fin constitucionalmente legítimo, ni proporcionado, pues se priva a niños y niñas de acceder a un hogar por un específico criterio de composición.

En sociedades impregnadas de moralismo, las políticas culturales, religiosas y sociales, se relacionan estrechamente con el ámbito de las acciones jurídicas, es por ello que las construcciones legales entonces tienden a establecer restricciones a cualquier intento de discusión, análisis y crítica a lo ya establecido, tal y como sucede dentro del ámbito de la construcción familiar e incluso social al mantener a un tercero afectado, como son los menores en espera de una familia.

Es necesario considerar que el test pasa a una etapa subsiguiente si y sólo si, dicho trato pasó con éxito el inmediatamente anterior, lo que no sucedió, en el desarrollo antes dispuesto, quedando fuera los subprincipios de necesidad⁸¹ y proporcionalidad en sentido estricto⁸².

Entonces, la respuesta a la pregunta planteada es afirmativa, existe una regla constitucional discriminatoria, dispuesta en el segundo inciso del artículo 68, pues la adopción que garantiza un logro valioso y objetivo social de otorgar protección al

⁷⁹ “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.” Ecuador, Constitución, art. 44.

⁸⁰ Corte IDH *Atala Rifo*, parr. 142.

⁸¹ De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho que es el objeto de la intervención, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el fin perseguido. Este subprincipio implica, entonces, una comparación entre la medida adoptada y otras medidas alternativas disponibles. Bernal, “El derecho de los derechos”, 61-87.

⁸² la importancia de los fines perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho que es objeto de la intervención. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para su titular y para la sociedad en general. *Ibíd.*, 61-87.

menor y dar efectivo cumplimiento al interés superior, se ve opacado por un discurso moralista, que desnaturaliza el objetivo principal perseguido.

En tal sentido, queda en evidencia, que para lograr materializar a la igualdad, frente a quienes poseen el control del Estado, se puede dar como dice Ferrajoli:

sólo si se acepta esta asimetría de estatuto entre igualdad como norma y diferencias como hechos, el principio de igualdad adquiere sentido como criterio de valoración que permite reconocer y contestar, junto a la divergencia que puede existir entre normas y hechos, la inefectividad de la primera respecto del tratamiento de hecho de las segundas,”⁸³

Con ello lo que se pretende es encontrar mecanismos adecuados que garanticen un trato igualitario eficiente y eficaz, para cada una de las identidades humanas de una sociedad, conforme a los compromisos internacionales adquiridos por el Ecuador, dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es su parte pertinente dispone:

En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley.

Al encontrarnos frente a una regla constitucional discriminatoria, que obedece a un orden social discriminatorio, la regla se vuelve inaplicable, por lo que debe ser declarada inconstitucional y disponer su enmienda, conforme lo señala Carlos Bernal Pulido “Si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental en el que interviene y, por esta razón, debe ser declarada inconstitucional.”⁸⁴

El test propuesto, no sólo está dado para aplicar en la judicialización de un caso, sino, es un instrumento valioso para el poder legislativo, el cual tiene como rol principal el crear la norma conforme lo establece Ramiro Ávila cuando se refiere al principio de proporcionalidad señala:

El principio de proporcionalidad aparece como una garantía interpretativa a los

⁸³ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, (Madrid, Trotta, 2001), 80.

⁸⁴ Bernal, “El derecho de los derechos”, 61-87.

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.⁸⁵

⁸⁵ Ramiro Ávila Santamaría, “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*, Miguel Carbonell (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008),

Capítulo Segundo: Realidades invisibilizadas y consideraciones para la adopción para parejas del mismo sexo - Breve análisis de la adopción en el Ecuador

1. Criterios Argumentativos utilizados por Cortes y Tribunales respecto de la Adopción Homoparental

De la revisión de criterios argumentativos utilizados por Tribunales y Cortes, de diversos países, se hace productivo revisar las experiencias de Estados Unidos y Colombia, por cuanto la adopción homoparental como garantía al interés superior de menor, se han viabilizado judicialmente y mantienen el criterio expuesto en el presente trabajo investigativo.

En Estados Unidos, en las décadas de los años 70 y 80, la homosexualidad rara vez se discutía, mucho menos, la adopción de niños, niñas, adolescentes, por parte de parejas del mismo sexo, debido a que tal hecho no alcanzaba ser una familia generando frustración de quienes se identificaban con una orientación sexual *diferente* al paradigma heteropatriarcal. La opción fue adecuarse al modelo social, llevar vidas ocultas y silenciosas, formar núcleos heterosexuales como protección para no sufrir y experimentar felicidad. *Hay que recordar que las normas estadounidenses contemplaban la posibilidad de perder la custodia de los hijos por causa de homosexualidad.*⁸⁶

Esa realidad se presentó hasta el 26 de junio de 2015, cuando la Corte Suprema resolvió el denominado caso Obergefell vs. Hodges⁸⁷, el tribunal sostuvo que el derecho fundamental de las personas del mismo sexo, a contraer matrimonio, se encuentra inmersa en la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos y que por tanto, no puede ser prohibido por la legislación estatal, por tanto estableció que los

⁸⁶ Hubert Kennedy, "The "third sex" theory of Karl Heinrich Ulrichs", *Journal of Homosexuality* 6 n° 2 (1981): 101-103.

⁸⁷ Corte Suprema de Estados Unidos, *caso Obergefell v. Hodges*, 2014, disponible en https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf.

matrimonios de este tipo son válidos en todos los estados y deben poder celebrarse en todo el país, conforme lo prescribe la Constitución de los Estados Unidos.

En dicho país, ha cobrado protagonismo las sentencias judiciales, mediante las cuales se permitió que las parejas del mismo sexo, puedan acceder al proceso de adopción, la experiencia de dicho país nos arroja, que los jueces fallaron en favor del interés del niño y en base a este fundamento, permitieron la adopción homoparental.

El 21 de marzo de 2014, un Juez Federal de Michigan,⁸⁸ resolvió el caso denominado *DeBoer v. Snyder*, declarando inconstitucional una ley del Estado, que prohibía el matrimonio igualitario; la particularidad de dicho fallo, se centra en el análisis de la prohibición del matrimonio, entre personas del mismo sexo, es por la presunta incapacidad de los homosexuales, para ser buenos padres.

El caso nació con una demanda de dos mujeres, que mantenían una relación afectiva y vivían juntas hace ocho años, una de ellas por su parte, adoptó dos niños y la otra un niño, ante la imposibilidad que existía de adoptar conjuntamente a los tres menores, presentaron una demanda contra el Estado de Michigan, teniendo como alegato principal, que la restricción de la adopción a las parejas no casadas, resultaba discriminatoria.

En audiencia se exhibió, que efectivamente las demandantes no podían adoptar conjuntamente puesto que no estaban casadas, siendo uno de los requisitos esenciales para acceder al proceso de adopción, la unión entre parejas del mismo sexo, estaba prohibida por Enmienda a la Constitución estatal, la cual disponía: “Para garantizar y proteger los beneficios del matrimonio para nuestra sociedad y las futuras generaciones de niños, la unión de un hombre y una mujer en el matrimonio será el único acuerdo reconocido como un matrimonio o unión similar para cualquier propósito”⁸⁹, se sugirió a las demandantes, que rectifiquen su petición, en el sentido de impugnar la validez de la antes referida enmienda, sugerencia que fue acogida.

Los alegatos principales del Estado, fueron que la enmienda tiene un propósito legítimo para excluir a las parejas del mismo sexo, en la figura del matrimonio, que básicamente recae, en proporcionar un ambiente óptimo para la crianza de los hijos, fomentar el desarrollo psicológico del menor, así como la defensa de la tradición y la moral de la sociedad mayoritaria.

⁸⁸ Tribunal Distrital de los Estados Unidos Distrito del Este de Michigan División Sur, Sentencia caso *DeBoer v. Snyder* caso, <https://es.scribd.com/document/213770186/2-12-cv-10285-151-Michigan-Decision>.

⁸⁹ Traducción me pertenece.

Sobre este argumento, se consideró que las pruebas acopiadas en juicio, dieron de baja a dicha premisa, por cuanto en los requisitos para contraer matrimonio, establecidos por el propio Estado, no se incluye requisito alguno, referente a la capacidad de tener hijos o a la crianza, que debe darse en una estructura familiar en particular.

En el curso del proceso, las demandantes llamaron como testigo, entre otros, al sicólogo David Brodzinsky, quien aseguró que décadas de estudios de investigación, han demostrado, que no existen diferencias entre las capacidades maternas o parentales, de personas homosexuales, versus, parejas heterosexuales, tampoco existen diferencias significativas, en el desarrollo de los menores, criados por parejas del mismo sexo, en contraposición con personas heterosexuales, que dichas relaciones básicamente depende de:

La calidad de la relación padre-hijo; calidad de las relaciones entre los padres, las características de los padres, los estilos que adoptan, la calidez y la sensibilidad emocional de los padres. La capacidad de emplear reglas y estructura apropiadas para la edad del niño. Y el tipo de oportunidades educativas que ofrecen los niños es importante, así como los recursos que se proporcionan para el niño, no solo en la familia misma, sino también los recursos que, desde afuera, impactan a la familia y al niño en particular y por supuesto, la salud mental de los padres.⁹⁰

Argumento que fue ratificado, por otro prestigioso sociólogo Michael Rosenfeld, mismo que expuso: los menores criados por parejas del mismo sexo, presentan un desarrollo y progreso escolar, similar al de aquellos criados en hogares heterosexuales. Dichas consideraciones fueron acogidas, señalando que el resultado en el desarrollo de las niñas, niños y adolescentes, que conviven con parejas homosexuales, no presentan alteración alguna, pues el desarrollo integral de aquellos, depende de factores como la calidad de las relaciones entre padres e hijos, y de las capacidades individuales, sin importar su orientación sexual.

La sentencia señala que no existe certeza científica, acerca de la presunta incapacidad, pues por el contrario, evidenció que el desarrollo de los niños que crecen con parejas del mismo sexo, es igual que aquellos criados por parejas heterosexuales. Asimismo, deja en evidencia que no todos los estudios son imparciales, la sentencia, se pronunció, sobre uno en específico, denominado: “Nuevo estudio de estructuras familiares”⁹¹ de autoría de Mark Regenerus, dado que el libro fue financiado por un

⁹⁰ *Ibíd.*, Traducción me pertenece.

⁹¹ *Ibíd.*, Traducción me pertenece.

instituto conservador⁹², por lo que sus conclusiones, servían a la discriminación en contra de las personas GLBTI, de sus financiadores.

De igual forma consideró que, por ejemplo, si una de las demandantes muriera o quedara incapacitada, su pareja no podría, bajo la ley de Michigan, tomar decisiones legales, en nombre de los menores, sin verse sometida a un proceso judicial, prolongado, y complicado.

Finalmente, señaló que actualmente existen muchos menores que son criados por parejas del mismo sexo, índice que crece continuamente de manera constante, en los últimos 20 años, por lo que prohibir el matrimonio de personas del mismo sexo, no va a evitar que se formen familias diversas o el número de menores criados por ellos.

Consideraciones más cercanas respecto del tema, las encontramos en pronunciamientos dados por la Corte Constitucional Colombiana, la cual al resolver una acción de inconstitucionalidad de norma, declaró la constitucionalidad condicionada, de las disposiciones contenidas en los artículos 64⁹³, 66⁹⁴ y 68⁹⁵ de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, así como el artículo 1° de la Ley 54 de 1990⁹⁶,

⁹² Instituto que tenía un programa de discriminación a la población homosexual y que el autor se había limitado a proporcionar las conclusiones deseadas por parte de sus financiadores. En particular, el estudio carecía de credibilidad en cuanto equiparaba la situación del menor educado desde el nacimiento por una pareja homosexual a la del menor que hubiera vivido con un progenitor que hubiera establecido una relación homosexual por un período de tiempo determinado. El estudio fue realizado precipitadamente por insistencia de los financiadores. Roberto De Felice *El interés superior del menor prohíbe la restricción del derecho de adopción a las solas parejas de personas heterosexuales* (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2016)

⁹³ EFECTOS JURÍDICOS DE LA ADOPCIÓN. [...] 5. Si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente del padre o madre de sangre del adoptivo, tales efectos no se producirán respecto de este último, con el cual conservará los vínculos en su familia. Colombia, *Código de la Infancia y la Adolescencia*, 2013, art. 64

⁹⁴ DEL CONSENTIMIENTO. [...] No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante. *Ibíd.*, art. 66.

⁹⁵ REQUISITOS PARA ADOPTAR.: [...] 3. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior. [...] 5. El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad. *Ibíd.*, art. 68.

⁹⁶ ARTÍCULO 1°. - A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”.

“en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia.”⁹⁷

El argumento de la Corte lo desarrolla en tres ejes temáticos: 1. El interés superior del menor, el derecho a tener una familia y la adopción como medida de protección; 2. La adopción por parejas del mismo sexo y el interés superior del menor, valorando tanto las experiencias en el derecho comparado como la evidencia científica disponible y acopiada; y, 3. Examen constitucional de las normas demandadas.

Respecto del primero, se cita normativa nacional e internacional, dejando en evidencia, que cuando se trata de resolver problemas jurídicos que inmiscuyan derechos de menores, se deberá tomar en cuenta las consideraciones jurídicas y fácticas, a fin de garantizar en mayor y mejor medida, los derechos e intereses de niñas, niños y adolescentes propendiendo a su desarrollo armónico e integral.

Enfatiza, que la finalidad de la protección del niño, es satisfacer su derecho de tener una familia, y no la pretensión de un núcleo familiar a tener un niño, pues esto último, iría en contra de la esencia misma del interés superior, en la institución de adopción, En tal sentido, “los procesos de adopción están principalmente orientados a brindar a los menores en situación de abandono una familia en la que puedan asegurar un desarrollo integral y armónico, condición de posibilidad para hacer efectivos otros derechos fundamentales.”⁹⁸

En cuanto a la segunda cuestión, se apoya en el derecho comparado, en sus iniciativas legislativas⁹⁹ o decisiones judiciales¹⁰⁰, pues a decir de la Corte, dichos cuerpos legislativos y jurisprudencia, han abordado el tema desde la adecuada protección del interés superior del menor, llegando de manera unánime a considerar que dicho derecho no es lesionado por la circunstancia de que la adopción sea realizada por

⁹⁷ Colombia Corte Constitucional, “Sentencia c-683/15”, 04 de noviembre de 2015.

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ Se cita entre otros: Holanda (2000), Inglaterra y Gales (2002), Suecia (2003), España y Andorra (2005), Canadá (2005), Bélgica (2006), Noruega (2008), Escocia (2009), Finlandia (2009), México (2009), Uruguay (2009), Dinamarca (2009), Argentina (2010), Islandia (2010), Nueva Zelanda (2013), Irlanda del Norte (2013), Francia (2013), Luxemburgo (2014) y Austria (2013). En Estados Unidos, este derecho ha sido reconocido en 22 de los 50 Estados Federados (Rhode Island, Washington, D.C., Nueva Jersey, Vermont, Nueva York, Oregón, California, Massachusetts, Colorado, Indiana, Connecticut, Nuevo Hampshire, Washington, Iowa, Nevada, Illinois, Maine, Maryland, Delaware, Minnesota, Hawái, Nuevo México, Pennsylvania).

¹⁰⁰ Entre otros se cita (i) Sudáfrica, mediante la sentencia del 10 de septiembre de 2002, proferida por la Corte Constitucional; (ii) Israel, en la sentencia del 10 de enero de 2005, dictada por la Corte Suprema de Apelaciones; (iii) Brasil, en la sentencia del 27 de abril de 2010, emitida por el Tribunal Superior de Justicia (STJ); y (iv) Alemania, a través de la sentencia del 19 de febrero de 2013, proferida por el Tribunal Constitucional Federal. También debe mencionarse (v) Austria, que por decisión del sentencia de 11 de diciembre de 2014 autorizó la adopción conjunta de parejas del mismo sexo, inicialmente prohibida en la legislación aprobada en 2013.

parte de personas solteras o de una pareja homosexual, sino por la capacidad de aquellas, para hacerse cargo del cuidado del menor que necesita de una familia.

El derecho comparado por el contrario, nos muestra que “el reconocimiento de esta clase de adopción por diferentes Estados y organismos internacionales se ha concebido como una medida que contribuye a cumplir con el objetivo de otorgar al niño o la niña la posibilidad de crecer en el seno de una familia.”, en cada país y bajo un análisis de casos concretos parecería ser lo más garantista al interés superior del menor.

Refiriéndose a la evidencia científica recabada, se encuentra que de manera significativa la mayoría de instituciones, llamadas por la Corte, a entregar conceptos y posturas, respecto a si la adopción por parte de parejas homosexuales, afecta el interés superior del menor, se pronunciaron en el siguiente sentido:

(i) la adopción por parte de parejas del mismo sexo no afecta el desarrollo, el bienestar, ni la salud física o mental de los menores; (ii) en caso de existir alguna afectación, la misma proviene de otros factores como la situación económica, las relaciones dentro del grupo familiar, el inadecuado rol parental, la violencia intrafamiliar, los estereotipos discriminatorios, los prejuicios sociales, las restricciones normativas, entre otros, que nada tienen que ver con la orientación sexual de los padres; (iii) el ajuste en el desarrollo de los menores criados en familias homoparentales, su comportamiento y adaptación social son similares a los de aquellos que crecen en familias heterosexuales; incluso en algunas ocasiones aquellas tienden a promover mayores valores de tolerancia y una representación real de la diferencia sexual; y (iv) los procesos de adopción deben basarse en asegurar la adecuada estabilidad socioeconómica de los solicitantes y en el cumplimiento de requisitos que garanticen el cuidado del menor en cada caso concreto, sin que para ello deba ser evaluada la orientación sexual de los padres.¹⁰¹

De tal forma, que para nutridos investigadores, asociaciones reconocidas, autoridades y organismos internacionales, la afectación real del interés superior del menor, es el resultado de prejuicios sociales o estereotipos discriminatorios y no problemas médicos o psicológicos, acompañados también de un tinte político, que se impiden reconocer como familias, a las integradas por personas del mismo sexo.

Finalmente, al realizar el examen de constitucionalidad, de las normas acusadas, la Corte encuentra que no es válido constitucionalmente, el excluir de los procesos de adopción a las parejas del mismo sexo, que conforman una familia, pues aquello genera un falta de protección de los niños, niñas y adolescentes, en situación de abandono, afectando de esta manera, el interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia, entendida ésta como medida idónea de protección que garantiza su desarrollo armónico e integral.

¹⁰¹ Sentencia, Corte Constitucional Colombiana.

Al revisar datos estadísticos respecto de la adopción en Colombia, la Corte encuentra que la situación de orfandad, es extremadamente grave y el hecho que parejas homosexuales no participen en los procesos de adopción, en las mismas condiciones que las parejas heterosexuales, constituye un acto discriminatorio.

Concluye el fallo disponiendo el deber de “implementar programas de educación en diversidad sexual y de género y adoptar políticas que equiparen las condiciones para el ejercicio de los derechos, no solo de esas familias sino de los menores en condición de adoptabilidad. Pero lo que definitivamente no puede aceptarse es que la orientación sexual de una persona se confunda con su falta de idoneidad para adoptar.”¹⁰²

La Corte Constitucional Colombiana es enfática en señalar que la decisión no autoriza, de manera directa la adopción a parejas homosexuales, o dispone un procedimiento especial o específico para dicha figura, sino que resulta incompatible con la carta constitucional y normativa internacional, el restringir directamente la adopción a las parejas del mismo sexo bajo el único argumento de su orientación sexual, por cuanto esta prohibición no cuenta con un justificativo constitucionalmente válido.

Impone y recuerda el deber que el Estado tiene en el hecho de verificar en cada caso concreto, si se cumplen los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico y la idoneidad de la familia que pretende adoptar, de tal forma que ésta brinde la estabilidad socioeconómica y un ambiente de respeto, amor, cuidado y bienestar para el menor, sin que la condición sexual de la pareja sea limitante para ello.

El negar a una niña, niño y/o adolescente en estado de abandono, la posibilidad de tener una familia, conformada por una pareja del mismo sexo, que tenga la capacidad y desea brindarle las condiciones, para garantizar su desarrollo integral y armónico (amor, cuidado, apoyo, educación y demás aspectos relacionados con su crianza y el ejercicio pleno de sus derechos), para la Corte, no solo carece de fundamento constitucionalmente válido, sino que implicaría obstaculizar la realización de su derecho a tener una familia, generando un déficit de protección de los derechos de los menores, que se encuentran en situación de orfandad, y afectando el principio de interés superior del menor.

¹⁰² *Ibíd.*

2. Adopción de hecho (Exposición de caso).

“Hemos guardado un silencio bastante parecido a la estupidez”¹⁰³

Partiendo de la idea, que existe un consenso, entre los pronunciamientos de organismos internacionales de Derechos Humanos, jurisprudencia y algunos elementos de orden social y psicológico, respecto de la importancia de la protección de familias homoparentales y lesbomaternales, alrededor del mundo, basados por un lado, en el derecho de un niño o niña a tener una familia y por el otro, en el de las personas LGBTI, de ser padres o madres sin discriminación de ningún tipo, analizados con anterioridad, es importante, examinar ahora desde una realidad invisibilizada el proceso de discriminación, que ha sufrido, la construcción de la Adopción de hecho, a través de la descripción de un caso.

Luis, quedó huérfano a los 4 meses de nacido, sus padres regresando a casa del trabajo, tuvieron un accidente automovilístico, teniendo como único familiar que decidió hacerse cargo, un tío materno, de 34 años, sin hijos, con la particularidad de ser homosexual “En mis planes nunca estuvo el cuidar de un niño, pero después de haberlo hecho, puedo decir que es lo mejor que me pudo haber pasado, más allá del amor, el cuidado y la protección que le di, es el resultado de lo que hoy es.”¹⁰⁴

Es importante reconocer, que en su momento existió una urgencia que debía ser atendida con inmediatez, pues las necesidades básicas de un menor no podían esperar, entonces fue su tío quien asumió rol de cuidador, sin haber realizado trámite legal alguno, simplemente fueron los lazos de voluntad, amor, cuidado y protección, que llevaron a construir una familia diversa *tío materno y sobrino*. Su hijo por su parte, nos relata:

Mi infancia la recuerdo de la mejor manera, tenía una persona que me guiaba, con reglas claras en casa, en mis estudios era bueno uno de los mejores, no recuerdo haber tenido problemas con mis compañeros durante toda mi escuela, unas 3 o 4 ocasiones mientras hacíamos los trabajos en mi casa un compañero me dijo algo como con quien vives le dije con “tío cori” y la señora que me cuida y me dijo seguro son novios jajaja!., no pude extrañar a mis padres porque no los recordaba, tenía algunos compañeritos que sí me hacían sentir mal porque lucían con papá y mamá mientras yo

¹⁰³ Eduardo Galeano, *Venas abiertas de América Latina*, (Buenos Aires: editores argentina, 2005), 13.

¹⁰⁴ “Tío Cori”, entrevistado por la autora, 11 de junio de 2019.

quedaba mirando, pero recordaba que “tío cori” hacia su mejor trabajo para nunca faltar a los eventos importantes así que casi nunca estaba solo.

De lo que se deviene, que se cumplió, con el hecho de brindar un entorno saludable, que favoreció al desarrollo de Luis su hijo, cumpliendo de esta manera, con uno de los objetivos de la adopción respecto a que “los menores adoptables necesitan una familia que les aporte un contexto saludable y un entorno que favorezca su desarrollo integral, así como un amor incondicional y permanente que acepte su individualidad y que respete y valore sus orígenes biológicos y culturales”¹⁰⁵.

A mis 7 años “tío cori” conversó conmigo de sus tendencias sexuales, de conformación de una familia, de los roles de mamá, papá, aunque me pareció a esa época todo confuso no presté mucha atención, me comentó que tal vez la familia crecería, mientras festejaba su cumpleaños 42 recuerdo claramente que se besó con un hombre, hecho que si me alarmó, no sabía que entre hombres se pueden besar, porque en mi escuela no había visto eso, terminó la reunión y se sentaron a conversar conmigo, explicándome que dejó de ser un pecado y una enfermedad el amor entre dos hombres o entre dos mujeres, que debía abrir mi mente y aceptar otras conformaciones de familia, hecho al que como un inmaduro me trajo confusiones, malos ratos con él, pero al final siempre se solucionaban, me dio un consejo y es que no hable de eso en mi escuela, ni con mi amigos porque podría tener un mal rato.¹⁰⁶

Esta parte de la entrevista, también nos muestra como un menor, que ha sido criado por una persona homosexual, no ha presentado ningún tipo de retroceso, en su desarrollo intelectual y social, tal como lo describen los estudios científicos efectuados y expuestos en el primer capítulo y las consideraciones desarrolladas en el subtema que antecede, este tipo de experiencias como la antes descrita, corrobora o comprueba la tesis que es preocupación de muchos, de que la adopción homoparental entendida como una forma de construcción familiar, no afecta en lo absoluto el desarrollo de las niñas, niños y adolescentes, pues se ha insistido en el hecho de que “la capacidad de amar a los hijos, cuidarlos, protegerlos, respetar sus derechos y favorecer sus opciones de vida [...] no tiene relación con la identidad ni opciones sexuales de los padres”,¹⁰⁷

Otro caso ejemplificativo de lo señalado, lo encontramos en Finlandia, el 10 de diciembre de 2019, se eligió a Sanna Marin, de 34 años, como la primera Ministra Finlandesa, ella es hija de madre soltera, criada por su madre y su pareja mujer o como Sanna la denomina *familia arcoíris*, lo que moldeó sus ideas políticas, afianzando el interés por causas feministas y medioambientales, de un reportaje se conoce que:

¹⁰⁵ Estrella Abolafio Moreno y Jesús Rubio, “Adopción y parejas de hecho” (España: Portuaria 4, 2004), 232.

¹⁰⁶ Luis Benedicto Morales, entrevistado por la autora, 28 de marzo de 2019.

¹⁰⁷ Corte IDH, “Caso Atala Rifo Vs., Chile, párr. 45.

Sus padres se divorciaron cuando era muy pequeña debido a los problemas del padre con el alcohol. Más tarde, su madre, que había crecido en un orfanato, entabló relaciones con una mujer. Marin fue criada por una **pareja homosexual**, algo que, según asegura, modeló sus ideas políticas. “Para mí, todas las personas siempre han sido iguales. No es una cuestión de opinión, es la base de todo”, afirmaba en una entrevista a la revista *Menaiset* hace cuatro años, justo después de salir escogida diputada en el Eduskunta (Parlamento finlandés) por primera vez. En ella relataba la sensación de haberse sentido “invisible” durante su infancia y adolescencia por no poder hablar abiertamente de su familia. “Es ahora, en el siglo XXI, que se ha abierto el debate sobre las familias arcoíris”, decía. “No éramos reconocidas como una familia real o una familia igual que las demás”, lamentaba.¹⁰⁸

Luego entonces, si el argumento de algunos sectores de la sociedad, es el futuro de los menores, que han sido criados por parejas homosexuales; se encontraría desvanecido, por los espacios que estas personas, han llegado a ocupar; mostrando, que las personas que asumieron el cuidado de un menor, no se restringen a satisfacer sus necesidades básicas, sino han asumido la paternidad y maternidad, desde su desarrollo integral.

Una semejanza entre los casos descritos, es que no se podía hablar abiertamente de su familia, por miedo a la discriminación que podrían sufrir, pues los *malos ratos* a los que se refiere nuestro entrevistado, no corresponden a situaciones que se hayan vinculado la condición sexual de sus criadores; sino, el temor a ser objeto de burlas y discriminaciones, por parte de sus compañeros de escuela, colegio y de la sociedad en sí, reproducción de una educación deficiente, excluyente y discriminatoria.

Nuevamente, se comprueba lo expuesto en el primer capítulo, al decir que es la sociedad, constituida bajo un estereotipo heteropatriarcal, marcado por discursos e ideologías discriminatorias, que pretenden afirmar que las familias diversas, como la de nuestro entrevistado, atenta al interés superior del niño, lo cual no tiene fundamento científico ni fáctico: “Lo malo de la sociedad es que sigue creyendo y cayendo en el mismo error de aceptar al hombre y mujer como lo correcto, [...], me hubiese encantado decirte que soy gay producto del ambiente donde viví o bisexual al menos, pero no se dio, porque no tiene nada que ver o al menos no lo viví.”¹⁰⁹

Como un acierto o como un temor a una reacción nunca comenté las tendencias sexuales de “tío cori” con nadie al contrario empecé a leer del tema conocí a unas 3 o 4 parejas de “tío cori”. A mis 17 años llevé a mi primer enamorada a la casa, en esa época “tío cori” tenía una pareja, así que Daniela mi novia salió lo más espantada

¹⁰⁸ La Vanguardia, *Sanna Marin, la primera ministra finlandesa que rompe moldes más allá de la edad*, disponible en <https://www.lavanguardia.com/internacional/20191221/472374296329/sanna-marin-primera-ministra-finlandia.html>

¹⁰⁹ Entrevista.

incluso sus padres prohibieron que nos volviéramos a encontrar, entendí que la sociedad no está lista para entender modos de vida diferentes. No puedo decir que todo fue felicidad porque a raíz de aquello fue muy difícil conseguir una novia, busqué culpables, pero terminé convencido que no es un problema de mi cotidianidad sino de la sociedad. Soy profesional tengo mi enamorada que conoce mi historia, la de “tío cori” y que como sabes está embarazada y ahora seré responsable de una vida nueva a quien le quiero ofrecer algo mejor de las discriminaciones que viví.¹¹⁰

Lo descrito, enfatiza una realidad alterna, a la generalidad de familias existentes, siendo el reflejo de que la conformación de familias diversas, no mantiene a la fecha, la protección constitucional debida, por el contrario al existir una regla constitucional, que ha sido determinada como discriminatoria, prohíbe la construcción de este tipo de familias, desencadenando casos como los de *Tío Cori* y su sobrino, mismos que no encuentren un medio legal, que les permita exponer legitimar su familia, quedando expuestos al miedo, rechazo social y a una inminente discriminación.

El requisito heterosexual para poder adoptar, sigue siendo un pendiente que el Estado no ha podido abatir, dispuesto como herramienta de lucha en contra de la discriminación y estigma social, que viven las parejas del mismo sexo que se encuentran ante la incapacidad de reclamar su reconocimiento.

El repensar la conformación de una familia, con diferentes identidades de género y su estructura con hijos e hijas que devengan de ella, nos lleva a referirnos al acertado pero limitado criterio de la Corte Constitucional Ecuatoriana, cuando establece:

se prevé la filiación originada en uniones heterosexuales, sin considerar otras realidades familiares que nacen de núcleos, *verbigracia*, homoparentales en las cuales sus integrantes planifican su vida y futuro en base al uso de técnicas de reproducción asistida en las que no necesariamente se involucra la unión sexual para la procreación”.¹¹¹

Si bien la Corte Constitucional, reconoce a la familia homoparental, como un tipo de familia, se limita a referirse a la reproducción asistida, como único mecanismo para que dentro de su estructura se encuentren los hijos y/o hijas, dejando de lado la adopción establecida en el Código Civil, como “ una institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia N° 184-18-SEP-CC”, en *Caso N° 1692-12-EP*, 29 de mayo de 2018, 73.

madre, señalados en este Título, respecto de un menor de edad que se llama adoptado”.¹¹²

Una realidad parecida, fue resuelta en Argentina, mediante sentencia se convalidó una entrega directa de un niño, entre su madre y una pareja vecina de su vivienda. El magistrado explicó que la madre biológica, entregó al niño a los 15 días de su nacimiento a una pareja vecina, además, remarcó que se comprobó que “no existieron ilícitos durante la entrega” y que, a la hora de otorgar la adopción plena, no pudo “dejar de lado el vínculo afectivo” entre el niño, que ya tiene 3 años, y la pareja a la que fue entregada.¹¹³

En este caso el interés superior del niño, es lo que llevó al juez a tomar una medida excepcional de protección integral en su fallo sobreponiéndolo al artículo 611 del Código Civil y Mercantil de Argentina, que en su parte pertinente señala:

Guarda de hecho. Prohibición. Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño.

La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretenso guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción, en el que el vínculo afectivo fue consolidándose entre el niño y los vecinos de la madre que entregó a su hijo, sin embargo hay que dejar por sentado que la norma es correcta la forma de adopción se debe dar a través de los procedimientos.¹¹⁴

Al respecto, en el Ecuador nuestro Código Civil en su artículo 451 establece:

El que ejerce el cargo de tutor o curador no siéndolo verdaderamente, pero creyendo serlo, tiene todas las obligaciones y responsabilidades del tutor o curador verdadero, y sus actos no obligarán al pupilo sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja. Si se le hubiere discernido la tutela o curaduría, y hubiere administrado rectamente, tendrá derecho a la retribución ordinaria, y podrá conferírsele el cargo, no presentándose persona de mejor derecho a ejercerlo. Pero si hubiere procedido de mala fe, fingiéndose tutor o curador, será precisamente removido de la administración y privado de todos los emolumentos de la tutela o curaduría, sin perjuicio de la pena a que haya lugar por la impostura.¹¹⁵

¹¹² Ecuador, *Código Civil Ecuatoriano*, art. 314.

¹¹³ Marcelo Molina, “Un juez convalidó una adopción informal: “La vida va adelante de la norma”, *Radio Nacional*, 3 de agosto del 2017, párr., 1, <http://www.radionacional.com.ar/un-juez-convalido-una-adopcion-informal-la-vida-va-adelante-de-la-norma/>.

¹¹⁴ Argentina, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Boletín Oficial, 19 de diciembre del 2014, art. 611.

¹¹⁵ Ecuador *Código Civil*, art. 67.

La tutela o curaduría de hecho, se encarga del cuidado de un menor lo que daría cabida a que la autoridad judicial, pueda solicitar informes sobre la situación de la niña, niño o adolescente que se encuentre bajo esta figura.

Sin embargo, el problema en nuestro país, es mucho más profundo, pues la discriminación, el modelo heteropatriarcal de familia, ha ocupado el espacio público que hasta la actualidad, no se ha conocido de un caso que se haya judicializado con la libertad de exponer, como personas homosexuales, se encuentran en la curaduría de un hijo y reclaman su reconocimiento, por lo que esta alternativa no logra arrancar el problema de raíz.

Es necesario entender que como sociedad, debemos deconstruir prejuicios, actuar sin discriminación, incrementar el compromiso de mejorar la humanidad, poner en mesa de debate, una cultura que nos reconstruya de aquellas prácticas heteropatriarcales, en la cotidianidad de la vida, luchar por una igualdad en la diferencia, ir más allá de un formalismo o legalismo existente, elegir un diario vivir pensando en dejar un mundo mejor del que encontramos, ajustándose a las necesidades y al proceso dialéctico, que reclama adelantos para las y los que vendrán luego de nosotros.

3. La sociedad de los derechos. Retos y desafíos en torno a la adopción homoparental.

Algunas estadísticas, nos contextualizan y reafirman, nuestra propuesta investigativa, un estudio de 2805 encuestas realizadas a las personas con orientación sexuales y de género LGBTI (lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales.), nos muestra que el 10,4%, tiene hijos a su cargo, de esta población, el 85,6%, han concebido por fecundación natural, el restante mediante lo ha hecho mediante, inseminación artificial, entre otros. Asimismo, el 45,2% de las personas que aún no tienen hijos han considerado la posibilidad de ser padre o madre.¹¹⁶

¹¹⁶ Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos, *Estudio de caso sobre condiciones de vida, inclusión social y cumplimiento de derechos humanos de la población LGBTI en el Ecuador*, (Quito: INEC, 2013) 19.

Por su parte, un informe de adopciones presentado por el Ministerio de Inclusión Económica y Social en diciembre de 2018, refleja que de aproximadamente 2.552 menores, institucionalizados, o en casas de acogida, 224 cuentan con declaratoria de adoptabilidad concedida, es decir que están aptos legalmente para ser adoptados y apenas 61 parejas, se encuentran a la espera de uno de ellos¹¹⁷, hasta el cierre de la presente investigación, las cifras no han cambiado, la página web del Ministerio referido,¹¹⁸ indica que son 224 NNA, en espera de una familia y que cada día son menos parejas las que han solicitado adoptar.

Ello se ve reflejado en el hecho que en año 2018 se llevaron a cabo 84 adopciones¹¹⁹, mientras que desde enero a junio de 2019, se han efectuado 30 adopciones nacionales¹²⁰, es decir, menos del 10%, de niños, niñas y adolescentes, han podido acceder a una familia y una gran cantidad de ellos, se encuentran en situación de adoptabilidad, con deseo de un núcleo familiar.

La situación se agrava, cuando se trata de otorgar una familia a menores, que padecen algún tipo de enfermedad, pues el rechazo de las personas que participan en el proceso de adopción; es frecuente. De lo que resulta, que hasta el transcurso de los 21 años, no se logra consolidar una adopción favorable para el menor, incumpliendo la obligatoriedad del Estado, de otorgar una familia a los menores en situación de vulnerabilidad. Ante ello, es importante revisar experiencias de otros países, los cuales, presentan como alternativa o solución, la adopción por personas del mismo sexo, con resultados exitosos. Así por ejemplo:

En Europa, un ciudadano italiano de nombre, Luca Trapanese, de 41 años, homosexual, soltero y católico, tras sufrir la muerte de su mejor amigo, por causa del cáncer, dispuso su vida, a la ayuda de menores discapacitados y con necesidades especiales, el contacto diario con ellos hizo que naciera en él, la decisión de tener a su cargo una hija o hijo; para dicho efecto, se sometió al proceso de adopción monoparental, en su búsqueda recibió asesoramiento, señalando que solo podría participar en los procesos de adopción, de menores con discapacidad severa o problemas de comportamiento, los que generalmente son rechazados por las parejas

¹¹⁷ Ministerio de Inclusión Económica y Social *Informe de Adopciones*, (Quito, MIES, 2018) 6.

¹¹⁸ <https://www.inclusion.gob.ec/la-adopcion-es-vivir-la-experiencia-de-disfrutar-el-tener-un-hijao/>. último acceso 28 de septiembre de 2019 14h07.

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ Diario el telégrafo 16 de julio de 2019, disponible en: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/6/adopcioninternacional-mies-familia>.

heterosexuales. En julio de 2017, recibió una llamada, por parte de un representante del Tribunal de adopción, quien le indicó que existía una niña de 13 días de nacida, que padecía síndrome de Down, y había sido rechazada, no solo por su madre biológica, sino por más de 20 familias heterosexuales.

A partir de ese entonces, la vida de Luca y de Alba cambió, después de cumplir con el procedimiento necesario, la menor vive un ambiente de amor, protección y cuidado, necesario para atender sus necesidades, Luca señala: “Alba nunca fue mi “segunda opción”, ella era lo que yo deseaba. Pasaré el resto de mi vida amando a una niña que lo significa todo en mi vida”¹²¹. Ese mismo amor, le llevó a que Luca, pueda escribir un libro, donde relata la historia con su amada Alba.¹²²

Un caso más cercano, lo encontramos en Argentina, donde a partir del 2010, es permitido, que las parejas del mismo sexo, participen en procesos de adopción. El caso de Ariel¹²³ Vijarra y Damián, nos muestra como a través de la figura de adopción, se puede otorgar una familia a un menor rechazado por parejas heterosexuales, nuestros protagonistas, conviven desde hace 15 años y en el año 2012, decidieron casarse para obtener sus derechos legales, dentro de ellos, participar de la adopción directa, tuvieron que pasar dos años, hasta que les notificaron mediante llamada telefónica, que una bebé de apenas 28 días de nacida, estaba lista para ser adoptada, el juez que les notificó, advirtió que la menor tenía VIH¹²⁴ y antes de ellos, unas 10 familias heterosexuales, aproximadamente, se habían negado a cuidar a la bebé por tener esa patología. Sin dudarlo, hicieron los documentos para legitimar la adopción.

Según la normativa Argentina, el proceso de adopción, debe cumplir con 6 meses llamados de vinculación, entre las personas adoptantes y el menor adoptado, en el cual Olivia como la llamaron, fue sometida a los protocolos de manejo de la enfermedad. A la edad de 1 año, cinco meses, los infectólogos, quienes revisaban a Olivia, confirmaron que los estudios realizados, había dado negativo. Han pasado

¹²¹ <https://www.lavanguardia.com/cribeo/estilo-de-vida/20181227/47431526865/un-padre-soltero-gay-adopta-a-una-nina-con-sindrome-de-down-rechazada-por-mas-de-20-familias.html>

¹²² El Libro que se encuentra en idioma italiano denominado “Luca Mercadante Luca Trapanese Nata per te Storia di Alba raccontata fra noi”, es uno de los más famosos y preferidos por la sociedad Italiana.

¹²³ Me dijeron que no iba a poder enamorarme, ¡y me casé! Me dijeron que no iba formar mi familia, **¡y hoy tengo mis dos hijas!**; <http://revistapanorama.com.ec/ariel-y-damian-el-matrimonio-gay-que-logro-adoptar-luego-de-6-anos-en-argentina/> último acceso 09 de enero de 2020 12h45

¹²⁴ La bebé tenía VIH “porque la progenitora, que la parió y la abandonó en neonatología, padecía esa enfermedad. Nos consultó si estábamos seguros de iniciar los trámites de adopción y **nos sugirió que lo pensáramos bien antes de aceptar**. Pero nosotros nunca lo dudamos y lo primero que le pedimos fue que nos autorizara a conocerla ese mismo día” <https://www.infobae.com/sociedad/2019/10/12/tras-ser-rechazada-por-10-familias-fue-adoptada-por-un-matrimonio-gay-la-conmovedora-historia-de-la-beba-con-vih-que-nadie-queria-cuidar/> último acceso 09 de enero de 2020 12h45

algunos años, el 16 de octubre del presente año, Olivia va cumplir 6 años. Es una niña feliz, con un sentimiento de maternidad para con su hermana, cuenta Damián.

En ambos casos los procesos de adopción, por personas y parejas homosexuales, han tenido un resultado exitoso. Contrario a nuestro diario vivir, que lejos de ser la adopción una respuesta al problema, la posibilidad que niños y niñas puedan tener una familia, se agrava por la dificultad del proceso y exclusión de familias homoparentales.

Tomando en consideración, que la tecnología ha facilitado procedimientos de reproducción, a las personas y parejas que deseen tener hijos, lo que complejiza más el deseo de las personas de adoptar a un niño o niña. El Ministerio de Inclusión Económica y Social, ha manifestado su preocupación, por la necesidad de garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentre en aptitud social y legal para ser adoptado/a, por cuanto cada vez son menos parejas que se someten a procesos de adopción.

En materia de derechos GLBTI, es importante destacar el rol que ha desempeñado el juez constitucional, primero la sentencia del caso Satya, al reconocer que una pareja de lesbiana y su hija debe ser considerada como una familia diversa y el último fallo a favor del matrimonio igualitario señala:

Nuestra Constitución reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo a que el legislador instituya (esto es, haga posible y regule) para ellas el matrimonio. [...] concluir lo contrario, no solo que sería palmariamente injusto, sino que provocaría la responsabilidad internacional de la República del Ecuador ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.¹²⁵

Los retos y desafíos que se enfrenta requieren como se ha venido señalando de mayor educación, tolerancia, aprendizaje mutuo, convivencia, en donde los derechos sean la fuente principal de la norma y las construcciones jurídicas. Esta suerte de utopía hacia una sociedad sin discriminación que en palabras de Ramiro Ávila tiene relación directa e inseparable con la realidad,¹²⁶ esa realidad por la que luchan a diario los grupos de protección de derechos; lo que se pretende es constituir lo que se denomina como cadenas sociales, llamadas a aportar al desarrollo de conceptos jurídicos acorde a las

¹²⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 10-18-CN/19 de 12 de junio de 2019, pp. 17, 27 y 28). Es preciso señalar que el mismo día mediante Sentencia No. 11-18-CN/19, se emitió un pronunciamiento refiriéndose al mismo tema disponiendo al Registro Civil registre el matrimonio de los accionantes puesto que no es necesario una reforma constitucional conforme a las consideraciones expuestas.

¹²⁶ Ramiro Ávila, *La Utopía Del Oprimido*, (México D.F.: Ediciones Akal, 2019), 95.

realidades nuevas que perciben y persiguen un reacomodamiento en el ámbito familiar y social.

Cuando hablamos de prestar soluciones integrales a favor de niñas, niños y adolescente, nos referimos a apartarnos del concepto estereotipado de familia tradicional, pues aquello lo único que genera es invisibilización de proyectos de vida, parejas homosexuales que atraviesan un proceso de facto de maternidad y paternidad informal, es importante generar debates del uso contra-hegemónico del derecho dando un impacto de reacción y solución de conflictos a fin de desmitificar estereotipos marcados por una sociedad heteropatriarcal, que gira en torno a prototipos de personas establecidas.

Conclusiones

La conformación de familia a través de la historia, ha obedecido a cambios constantes por diversas circunstancias; sin embargo, lo que se ha mantenido inmutable es su relevancia, así nuestra constitución, resalta el reconocimiento de familias en sus diversos tipos, mientras que la normativa internacional en coherencia con argumentos psicológicos y sociológicos nos muestran la importancia y la prioridad de garantizar en mayor y mejor medida el principio de interés superior del niño, estableciendo pautas de cómo y en qué medida debe hacerse, constituyendo una de ellas el brindar una familia que se encargue de su desarrollo integral sin requisitos de heteronormatividad.

La regla dispuesta en el segundo inciso del artículo 68 de nuestra constitución, que realiza una diferencia basada en la orientación sexual, al disponer que la adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo, fue sometida a un test de razonabilidad, mediante el cual se pudo establecer que nos encontramos ante una regla constitucional discriminatoria por tanto inconstitucional, al no perseguir un fin o valor constitucional relevante en la esfera pública, que pueda invocarse para impedir que las parejas homosexuales sean impedidas de participar en procesos de adopción, por el contrario nos muestra que la adopción garantiza un logro valioso y objetivo social, que es otorgar protección al menor y garantizar su interés superior, se encuentra obstaculizado por un discurso moralista que no ha tenido sustento científico.

Es importante dejar planteada la alternativa de una enmienda al texto de la norma, entendida como la modificación de la regla constitucional discriminatoria, que ha sido producto de análisis en el presente trabajo investigativo, que inmiscuye el sometimiento a debates y aprobación por parte de nuestros asambleístas; sin embargo, existen obstáculos altamente importantes que se deben de considerar, por un lado la voluntad política necesaria para el efecto, además de los discursos normalizados existentes que han generado nuestra heteronormatividad que actualmente nos rige.

La ratio decidendi de las sentencias de Estados Unidos y Colombia, que dieron paso a la adopción por parejas del mismo sexo, nos brindan un análisis jurídico holístico del tema, basados en consideraciones psicológicas, sociológicas, válidamente aplicables en el Ecuador, como aporte para un reconocimiento constitucional de la adopción homoparental, dejando claro que su impedimento genera una afectación al interés

superior del niño por cuanto una de las formas de efectivizar dicho principio es brindar una familia que atienda el desarrollo integral del menor.

El caso expuesto nos demuestra que somos una sociedad con una gran carga de sexismos y moralismos, que no hemos logrado deconstruir, por el contrario agravado la discriminación, ante ello es necesario abatir nuestros prejuicios, actuar con tolerancia, incrementar el compromiso de mejorar la humanidad, poner en mesa de debate soluciones para cada niña, niño o adolescente en situación de orfandad, sin estereotipos de familias, desmitificando el hecho de que las personas homosexuales, no están en la capacidad de ofrecer una maternidad o paternidad adecuada para un menor.

Los desafíos van más allá de la invisibilización, pues estadísticas nos demuestran el elevado índice de niños con aptitud social y legal de adoptabilidad, en espera de una familia y la significativa disminución de parejas que han solicitado someterse a un procedimiento de adopción, mientras que las parejas homosexuales por su parte al encontrarse impedidas de participar en procesos de adopción, han recurrido a los procesos médicos, a fin de constituir una familia con hijos y cristalizar de su proyecto de vida, con ello se demuestra que la cifra de adopción informal por personas homosexuales seguirá en aumento, junto a los niños en situación de orfandad.

Bibliografía

- Almunidi, “Familia tradicional”, disponible en: <https://www.almudi.org/noticias-antiguas/7112-familia-tradicional>.
- Argentina, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Boletín Oficial, 19 de diciembre del 2014.
- Ávila, Ramiro, *La Utopía Del Oprimido*, México D.F.: Ediciones Akal, 2019.
- Bachofen, Johann, *El matriarcado: una investigación sobre la ginecocracia en el mundo antiguo según su naturaleza religiosa y jurídica*. Madrid: Akal, 1992.
- Barahona, Alexander, “Igualdad, familia y matrimonio en la Constitución ecuatoriana de 2008”, Foro, *Revista de Derecho* n° 23, 2015.
- Biblia Latinoamericana, Génesis 1:27-28.
- Bobbio, Norberto, *El Tiempo de los Derechos*, Madrid: Editorial Sistema, 1983.
- Bos HMW, Van Balen F, Van Den Boom, “Child adjustment and parenting in planned lesbian-parent families”, 2005.
- Butler, Judith *Deshacer el género*, España: Paidós, 2006
- Cabral, Alberto, *Los fantasmas se cabrearon*, Quito: INREDH, 2017.
- Comisión de Ayuda al Refugiado en Euskadi, Diccionario de Asilo, *CEAR-Euskadi*, disponible en: <http://diccionario.cear-euskadi.org/heteronormatividad/>.
- Correa, Rafael, “Presidente Correa dice no al matrimonio gay en el Ecuador en discurso en enlace ciudadano”, disponible en https://www.youtube.com/watch?v=-ve_-OTAtbA.
- Corte IDH Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 8 de septiembre de 2005 (Sentencia de Excepción Preliminar, y Costas)”, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf.
- Corte IDH Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas “Campo Algodonero””, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- Corte IDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 24 de febrero de 2012” (Fondo, Reparaciones y Costas), disponible en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

- Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Fecundación in vitro)” *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.
- Ecuador *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 314.
- Ecuador *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, 3 de enero de 2003.
- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia N.º 117-13-SEP-CC” en *Caso n.º 0619-12-EP*, 13 de septiembre del 2013.
- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia N.º 003-16-SIA-CC” en *Casos n.º 0002-13-IA. 0003-13-IA Y 0007-13-IA*. Acumulados, 2016.
- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 11-18-CN/19” en Causa Nro. 11-18-CN, 18 de noviembre de 2019.
- Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 184-18-SEP-CC”, en *Causa No. 1692-12-EP*, 29 de mayo del 2018.
- Ecuador Ministerio de Inclusión Económica y Social, Adopciones, *Ministerio de Inclusión Económica y Social*, accedido el 26 de junio de 2019, párr. 5, <https://www.inclusion.gob.ec/la-adopcion-es-vivir-la-experiencia-de-disfrutar-el-tener-un-hijao/>
- Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008
- Esther, entrevistada por la autora, 31 de marzo de 2019
- Estrada, Sergio, “Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo”, *Opinión Jurídica* 10, n.º 19, (2011) pp. 21-40
- FELGTB, “Avanzis”. *FELGTB*, accedido el 1 de mayo de 2019, párr., 5 <http://www.felgtb.org/>.
- Ferrajoli, Luigi *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001.
- Focault, Michel, *Historia de la Sexualidad*, Madrid, Siglo XXI, 2006.
- Gonzáles, Moisés “El polémico comentario de Laura Zapata sobre la adopción entre parejas homosexuales”, *People*, accedido el 20 de junio de 2019, párr. 1,

<https://peopleenespanol.com/celebridades/laura-zapata-polemico-comentario-homosexualidad/>.

Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires: Heliasta, 2010.

Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos, Estudio de caso sobre condiciones de vida, inclusión social y cumplimiento de derechos humanos de la población LGBTI en el Ecuador, Quito: INEC, 2013.

Kennedy, Hubert “The "third sex" theory of Karl Heinrich Ulrichs”, *Journal of Homosexuality* 6 n° 2 (1981): 101-103.

Larrea, Juan, *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2005.

Lasso, Guillermo @LassoGuillermo. Tweet de 05 de mayo de 2014

Lora, Laura, “El Discurso Jurídico sobre el interés superior del niño”, *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales Jornadas de Investigadores y Becarios* 1, n° 10, (2006): 479-488.

MacLennan, John, *Studies in ancient history: comprising a reprint of primitive marriage*. Nueva York, University of California, 1886.

Marcelo Molina, “Un juez convalidó una adopción informal: “La vida va adelante de la norma”, *Radio Nacional*, 3 de agosto del 2017, párr., 1, <http://www.radionacional.com.ar/un-juez-convalido-una-adopcion-informal-la-vida-va-adelante-de-la-norma/>

María Cuvi, entrevistado por la autora, 30 de marzo de 2019.

Medina, Sergio, “El interés superior del niño por medio de la adopción”, *Revista de Lenguas Modernas* 1, n° 11, (2009), 261-277.

Ministerio de Educación, “Criterios de desempeño de destrezas del Currículo Integrador para el Subnivel de Preparatoria de Educación General Básica”, *Ministerio de Educación*, accedido 28 de mayo del 2019, párr. 73 <https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2016/03/01-EGB-Preparatoria.pdf> .

Mosca de Colores, Glosario LGBT, *Mosca de Colores*, accedido 29 de mayo del 2019, párr., 1 <https://www.moscasdecolores.com/es/glosario-lgbt/binarismo-de-genero>

Navarro, Luis, “Posiciones en contra y en favor de la adopción homoparental desde la sociología y la psicología”, *Revista de Derecho Privado* 2, n° 1 (2013): 185.

ONU Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de Noviembre de 1989.

- Pérez, Antonio, *Los Derechos Fundamentales* Madrid, Tecnos, 2004.
- Perrin, CE “Informe técnico: adopción por parte del padre o madre por padres del mismo sexo”. *Pediatría* 109, n°2 (2002): 341-344
- Portugal, Rafael, “Estudios sobre homoparentalidad: revisión científica y análisis metodológico”, *FELGTB* 1, n° 1 (2011) 1-20.
- Rengifo, Luz, “La adopción homoparental en Colombia: consideraciones conceptuales y jurisprudenciales. Rengifo”, *Revista de la Universidad de Ibagué* 19, n°2 (2017): 1-16.
- Rosenfeld, MJ, “Familias no tradicionales y el progreso de la niñez en la escuela”, *Demografía* 47, n° 3, (2010): 755-775
- Rousseau, Jean, *El contrato social o principios de derecho político*, México D.F.: Porrúa, 2004.
- Sáenz, Concepción Régimen prestacional de las empleadas del hogar: análisis crítico y perspectivas de cambio, Tesis doctoral, Universidad de Castilla - La Mancha, 2016),
<https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/10536/TESIS%20Sanz%20S%C3%A1ez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Salgado, Judit “Entre la reproducción y el cuestionamiento de la concepción heteronormativa de familia. El caso Karen Atala”
- Sánchez, David “Contra una cultura estática de Derechos Humanos”, *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho* 1, n° 29 (2010): 221-229.
- Saramago, José, *El ensayo sobre la ceguera*, Madrid: De Bolsillo, 2015.
- Sobrino de “Tío Cori”, entrevistado por la autora, 28 de marzo de 2019
- Stacey J, Biblarz T: “¿ How Does the Gender of Parents Matter?” *Am Soc Rev.* 1, n° 66 (2001): 159-183.
- Therborn, Goran, *Entre el sexo y el poder: Familia en el mundo 1900–2000*. Londres: Routledge, 2004.
- Valdivia, Carmen, “La familia: concepto, cambios y nuevos modelos”, *La Revue du REDIF*, 1, n°1 (2008): 15-22.
- Varsi, Enrique, *Tratado de Derecho de Familia*, Lima: Gaceta Jurídica, 2013.
- VVAA. “Diversidad familiar: apuntes desde la antropología social”. *Revista de Treball Social. Col·legi Oficial de Treball Social de Catalunya* 1, n° 198 (2013): 30-40.

Wainright, JL, Russell, ST y Patterson, CJ Psychosocial adjustment, school outcomes, and romantic relationships of adolescents with same-sex parents 75 n°6 (2004): 1886-1898.