



La adopción homoparental: una nueva necesidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

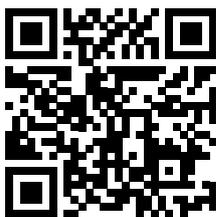
*Homoparental Adoption, a New Need in the Ecuadorian
Legal System*

Recepción: 04 de abril de 2024

Revisión: 18 de abril de 2024

Aceptación: 05 de junio de 2024

Publicación: 22 de julio de 2024



<https://doi.org/10.17163/4567890.67890>;

Jéssica Fernanda Castro Flores¹  

Universidad Católica de Cuenca, Azogues, Ecuador
Correo: jessica.castro.82@est.ucacue.edu.ec
ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-9316-4924>

Brian Esteven Sumba Lucero²  

Universidad Católica de Cuenca, Azogues, Ecuador
Correo: brian.sumba.85@est.ucacue.edu.ec
ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-4952-7531>

Ana Fabiola Zamora Vázquez³  

Universidad Católica de Cuenca, Ecuador
Correo: afzamorav@ucacue.edu.ec
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1611-5801>

-
- 1 Abogada por la Universidad Católica de Cuenca.
 - 2 Abogada por la Universidad Católica de Cuenca.
 - 3 Doctora en Derecho Civil, docente de la Universidad Católica de Cuenca.

Forma sugerida de citar:

Castro, Jéssica., Sumba, Brian., Zamora, Ana. (2024). La adopción homoparental: una nueva necesidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. *Revista de Derecho Directum*, n° 1(nº2), 77-104.

Resumen El presente trabajo estudió la relación entre el principio del interés superior del niño y la adopción homoparental, en el marco del ordenamiento ecuatoriano. La metodología se desarrolló usando un enfoque cualitativo debido a que se fundamentó teóricamente la adopción. Asimismo, el método deductivo-inductivo, sirvió para el estudio de conocimientos generales de la adopción homoparental a contenidos particulares de esta figura jurídica. Por otro lado, se utilizó el método dogmático-jurídico para aclarar, a través de la interpretación, las normas y leyes que constituyen el ordenamiento jurídico ecuatoriano e internacional en relación con la figura jurídica estudiada. También se empleó el método analítico-sintético para consolidar e interpretar la información recopilada con el fin de identificar las consecuencias jurídicas de la falta de regulación de la adopción por personas del mismo sexo en nuestro país. Las técnicas de investigación que se usó son el fichaje y la revisión bibliográfica. En conclusión, se justificó teóricamente la necesidad de regular la adopción homoparental en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Adicionalmente, se considera oportuno una reforma del Código Civil y el Código de la Niñez y la Adolescencia para lograr su reconocimiento legal y permitir la adopción en las familias homosexuales, para garantizar el principio del interés superior del menor.

Palabras clave

Derecho de la familia, familia, adopción homoparental, relación padres-hijos, interés superior del niño.

Abstract This paper studied the relationship between the principle of the best interest of the child and homoparental adoption, within the framework of the Ecuadorian legal system. The methodology was developed using a qualitative approach due to the theoretical basis of adoption. Likewise, the deductive-inductive method was used for the study of general knowledge of homoparental adoption to particular contents of this legal figure. On the other hand, the dogmatic-legal method was used to clarify, through interpretation, the norms and laws that constitute the Ecuadorian and international legal system in relation to the legal figure studied. The analytical-synthetic method was also used to consolidate and interpret the information gathered in order to identify the legal consequences of the lack of regulation of same-sex adoption in our country. The research techniques used were the file and the bibliographic review. In conclusion, the need to regulate same-sex adoption in the Ecuadorian legal system was theoretically justified. Additionally, a reform of the Civil Code and the Code of Childhood and Adolescence is considered opportune to achieve its legal recognition and to allow adoption in homosexual families, in order to guarantee the principle of the best interest of the minor.

Keywords

Family Law, Family, Homoparental Adoption, Parent-Child Relationship, Best Interest of the Child.

Introducción

La presente investigación se refiere al tema de la adopción homoparental, que se puede definir como la adopción de un niño por parte de una pareja de personas homosexuales, que tiene como fin brindarle una familia y hogar a un menor de edad, conformando una familia homoparental. La característica principal de esta figura jurídica es su situación ilegal en los cuerpos legales del Ecuador, pese que contempla la institución del matrimonio igualitario.

La razón de investigación de este artículo es el interés superior del menor para el reconocimiento de diversos derechos para los grupos LGTB+ en temas de adopción. Se entiende por interés superior del niño o del menor como un conjunto de acciones y procesos destinados a garantizar un desarrollo holístico, proporcionando una vida digna y un entorno material y emocional que permitan al niño vivir una vida plena y alcanzar el máximo bienestar.

En este trabajo se presenta una propuesta metodológica que contendrá un enfoque cualitativo debido a que se fundamentará teóricamente la adopción. Asimismo, el método deductivo-inductivo, que servirá para el estudio de conocimientos generales de la adopción homoparental a contenidos particulares de esta figura jurídica.

Por otro lado, se utilizará el método dogmático-jurídico para aclarar a través de la interpretación, las normas y leyes que constituyen el ordenamiento jurídico ecuatoriano e internacional en relación con la figura jurídica a estudiar. También se empleará el método analítico-sintético para la información recopilada con el fin de identificar las consecuencias jurídicas de la falta de regulación de la adopción por personas del mismo sexo en nuestro país. Las técnicas de investigación que se usarán son el fichaje y la revisión bibliográfica.

De esa forma, la elección de estos métodos y técnicas, hará posible la aplicación de las herramientas y la viabilidad de los caminos que se pretende demostrar: ¿cuáles son las consecuencias jurídicas de la falta de regulación de la adopción homoparental en el país? Para alcanzar el objetivo general de esta investigación de examinar la adopción homoparental y su falta de regulación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a través de revisión documental, fundamentación teórica y derecho comparado, como arte de los derechos de familia.

Finalmente, en el trabajo se desarrollará, algunos temas, como la concepción y naturaleza de la adopción, como está regulada la adopción en el marco jurídico ecuatoriano, se conocerá también los derechos y situaciones en torno a la adopción homoparental; y el principio del interés superior del menor, se estudiará algunas legislaciones que ya legalizaron la adopción por parejas del mismo sexo, así también fallos relevantes como precedentes para su posible regulación en Ecuador.

¿Qué es la adopción?

La adopción puede ser concebida como “un instrumento jurídico que establece entre un menor y sus adoptantes un vínculo de filiación equiparable a la biológica a todos los efectos. Con ella se pretende unir “real y filialmente” al menor con quienes, aunque de hecho no son sus progenitores biológicos, podrían haberlo sido”.⁴ Es decir, la adopción es una figura jurídica que permite a un menor crear un vínculo con personas que tomarán el rol de padres, aun cuando estos no sean los biológicos, asumirán los derechos y obligaciones como si lo fueran, pues se busca que la relación que se cree entre padres e hijos sea la más cercana a la realidad de un vínculo filial biológico. Por lo tanto, la finalidad principal de la adopción, fuera de los intereses de los adoptantes, es el interés superior del menor, esto es, su bienestar y cuidado en un ambiente familiar óptimo.

De esta manera, se observa que la adopción va más allá de proporcionarle al menor unos padres, sino que, existe un fin mucho más amplio, implica brindarle una familia, misma que comprende un hogar, un lugar seguro en el que pueda desarrollar sus potencialidades y capacidades, pueda educarse e integrarse de manera ideal.⁵ En otras palabras, las personas que se encargarán del adoptado tendrán que cumplir con los deberes y funciones que la familia de origen no realizó con el menor.

En términos generales, de acuerdo a la doctrina se considera que “la adopción permite construir un vínculo permanente, teniendo en cuenta las garantías que conlleva un proceso de adopción, no hay otra forma más saludable para el desarrollo de evolución de un niño que su incorporación temprana a una familia definitiva”.⁶

La adopción es un método para garantizar al menor una familia, y aunque existen diferentes circunstancias que dan paso a tomar esta acción, como puede ser el abandono del infante, fallecimiento de los progenitores, etc. No hay que negar el hecho de que un menor adoptado es deseado por los solicitantes, por ende, la calidad de vida que le espera en su nuevo hogar es la más idónea para él, de ahí la preferencia de una temprana adopción del menor, pues se podrá adaptar de manera más rápida a los nuevos miembros de su familia.

De igual manera, algunos autores consideran que la maternidad y paternidad no se limita únicamente al hecho de engendrar y de tener un vínculo biológico, sino que, estas se ejercen por medio de los cuidados, atención, educación, alimentación, entre otras acciones,

4 Rosa Moliner Navarro, “Adopción, familia y derecho”, *Revista Boliviana de Derecho*, nro. 14 (2012): 7, <https://bit.ly/3EIwWu8>

5 *Ibid.*,

6 María Ester Benchuya y Héctor Iván Vito, *Adopción para padres e hijos: la construcción de la familia* (Buenos Aires, Albatros, 2005), 7.

que alguien puede darle a un infante.⁷ De aquí la idea de la adopción como forma de ejercer una maternidad y paternidad diferente a la concebida tradicionalmente.

En definitiva, la adopción es una figura jurídica que busca la protección del menor, teniendo como objetivo principal brindar un entorno adecuado para su desarrollo y crecimiento como persona en todos los ámbitos posibles. Para ello, se buscarán los candidatos más aptos y adecuados para sustituir la relación biológica de la cual carece el infante y así crear un nuevo vínculo filial con personas que desean darle un hogar.

Naturaleza de la adopción y sus tipos

El derecho romano se considera un modelo de legislación porque no solo se remite a las leyes antiguas, sino también a las interpretaciones de los juristas. Sobre esta base, ante la imposibilidad de que el *pater-familia* pueda tener un heredero y teniendo en cuenta la continuidad del culto familiar y de la familia, surgió la figura del adoptante, que permitía a extraños formar parte de su familia. En otras palabras, se da más peso a los intereses del adoptante que del adoptado. Según este sistema, el padre del adoptado pierde su patria potestad si vende al niño, mientras que esta conserva su vínculo con su familia natural.

En la doctrina, la adopción se asocia en particular a los siguientes factores: un acto jurídico del derecho de familia que origina obligaciones especiales entre el padre adoptivo y el hijo adoptado. En esta virtud y concerniente a la relación, resulta de un acto similar o idéntico al vínculo entre un progenitor y un hijo natural.

Como se ha podido evidenciar, gracias a las definiciones plasmadas con anterioridad, la adopción es ante todo una medida de protección por excelencia, que crea una relación paterno-filial entre personas nacidas sin tal relación biológica. La institución jurídica de la adopción se ha configurado y originado históricamente a sí misma hasta alcanzar el régimen jurídico adecuado en el que buscaba y prometía nutrir al niño abandonado, proporcionándole amor, afecto y comprensión en el seno de su nueva familia.

En la Edad Media, el mayor desafío a este modelo era que iba en contra del pensamiento popular de la época. En otras palabras, la sociedad no aceptaba que un acto jurídico rompiera el vínculo natural entre padres e hijos. Por estas razones, la adopción reaccionó ante diferentes teorías sobre su naturaleza.⁸

Desde un primer punto tenemos la consolidada teoría contractual, la misma que prevalece el espíritu político romano del individualismo y el valor de la autonomía de la

7 Alejandro Ávila Espada, “La función parental en la adopción”, *Revista Iberoamericana de Diagnóstico y Evaluación-e Avaliação Psicológica* 1, nro. 19 (2005): 193, <https://bit.ly/4i39p5r>

8 Giselle Salazar Blanco, “La naturaleza jurídica de la adopción y reflexiones acerca de su irrevocabilidad: Una visión desde los Derechos Humanos específicos del niño”, *Foro Jurídico*, nro. 03 (2004): 234, <https://bit.ly/4i39mXj>

voluntad prevalecen en la mencionada teoría favoreciendo el valor de mostrar la voluntad del adoptante y del adoptado para conceptualizar y desarrollar la adopción. Así doctrinarios señalan que “L’adoption peut être définie comme un acte juridique qui crée des liens fictifs et purement civils de filiation et de parenté entre deux personnes”.⁹

Como muestra esta conceptualización, para esta doctrina no existía una situación familiar ni una relación paterno-filial real, pero derechos como alimentos, herencia y patria potestad quedaban constitucionalizados por ella. Así pues, se observa que el parentesco se percibía sobre la base de un vínculo biológico.

Desde esta perspectiva, se puede considerar la adopción como un contrato solemne de derecho de familia, que el adoptante adquiere la condición de hijo de los cónyuges adoptivos. Desde este punto de vista, la adopción se basa únicamente en un contrato.¹⁰ La teoría contractual ha sido controvertida porque, entre otras cosas hace hincapié en la intervención directa del Estado por parte del poder administrativo o judicial en las condiciones, consecuencias y constitución de la propia adopción; no es el caso de los contratos, en los que dicha intervención puede pasar desapercibida.

En la misma línea, se encuentra la denominada teoría del acto condicional, que también pondera la manifestación de voluntad de los padres adoptivos y del adoptado y conceptualiza la adopción como un acto jurídico, sujeto a las exigencias y seriedad de la ley. La adopción es un acto jurídico que se caracteriza por ser formal, voluntario, puro, simple, irrevocable y personal.

Es voluntario en la medida en que es una expresión libre y altruista del deseo de adoptar y ser adoptado. La decisión se toma libremente y surge del derecho legal a crear una familia. Es formal en el sentido de que requiere ciertas ceremonias y la intervención del Estado para ser válida.¹¹ Sin embargo, al definir la adopción como un acto jurídico, se ha pasado por alto las categorías más importantes de las que deriva su verdadera finalidad jurídicas, tales como, fundamentos y principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, incluido el concepto de niño como sujeto de derecho y el papel del Estado en el respeto y garantía de los derechos humanos específicos del menor.

Por último, la teoría institucional considera a la adopción como una institución del derecho de la infancia y la adolescencia y concibe al mismo como un conjunto de normas que contienen determinados principios destinados a proteger los derechos de los niños y los adolescentes en su conjunto. “L’adoption est une institution du droit des mineurs, comme

9 Ambroise Colin y Henri Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français. Tome 1er, conforme au programme de première année* (París: Dalloz, 1930), <https://bit.ly/4124MBv>

10 Fernando Granda et al., *La familia en el derecho peruano: libro-homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez* (Perú: Universidad Católica del Perú, 1990), 176, <https://bit.ly/4b4fmN3>

11 Pedro Andrés Francisco Mejía Salas, “Institución Jurídica de la Adopción en el Perú”, *Vox Juris*, (2013): 159, <https://bit.ly/4bjkH3r>

un ensemble de règles du droit des mineurs, constituant un tout organique et comprenant une série indéfinie de relations, toutes dérivées d'un fait fondamental, considéré comme point de départ et base".¹²

Dicho marco es una valoración acertada de la naturaleza jurídica de la adopción, pero un análisis más completo concluiría que contiene principios anteriores a la doctrina establecida por la Convención sobre los Derechos del Niño, la denominada doctrina de la situación irregular. Mencionada doctrina, establece un paradigma de tutela en el que el Estado se hace cargo de la vida de los niños y jóvenes, sustituyendo la responsabilidad familiar de su crianza, protección, cuidado y desarrollo.

Continuando con el estudio, es idóneo mencionar los tipos de adopción existentes, los cuales hoy en día no se ha presenciado una gran diferenciación. No obstante, es correcto estudiarlas de acuerdo a la doctrina para poder entender sus particularidades y fines. Dado que la adopción es una institución jurídica que forma parte del derecho desde tiempos inmemoriales, ha ido evolucionando a lo largo de los años, adaptándose a las realidades jurídicas, normativas y sociales en las que se desarrollaba. Así, según la doctrina, se puede encontrar dos tipos de adopción con características diferentes que las definen, como son la adopción plena y simple.

La adopción plena tiene su origen en el derecho romano, que creaba un vínculo entre el padre adoptivo y el hijo adoptado, creando derechos sucesorios que permitían proteger y preservar el patrimonio familiar, que era el principal objetivo de la adopción plena. En nuestra legislación ecuatoriana la adopción plena es entendida como:

Virtud de la cual se establecen entre el o los adoptantes y el adoptado todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parentofilial. En consecuencia, jurídicamente el hijo adoptivo se asimila en todo al hijo consanguíneo.¹³

Por lo tanto, la adopción plena tiene los mismos efectos que un progenitor biológico o natural, donde los adoptantes deben cumplir unas condiciones claramente definidas. En este tipo de adopción, el adoptado adquiere el apellido del adoptante, así como, derechos y obligaciones que de él se derivan, formando incluso una sucesión testamentaria, como si fueran hijos biológicos. De esta manera, podemos afirmar que el principal objetivo de la adopción hoy en día es proteger a los niños y jóvenes, analizando la identidad de la familia o de aquellos que pretenden entrar en esta institución jurídica.

Por otra parte, la adopción simple difiere significativamente de la adopción plena, aunque da estatus al niño adoptado, no crea un vínculo familiar, pues el adoptado sigue perteneciendo a su familia de sangre, aunque los padres adoptivos pueden llamar al niño

12 René Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui* (París: Dalloz, 1959), 147.

13 Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, Suplemento, 03 de enero de 2003, art. 152.

adoptado o incluso considerarlo parte de su familia. Es decir, “confiere al adoptado la posición del hijo biológico; pero no crea vínculo de parentesco entre aquel y la familia biológica del adoptante”.¹⁴

En otras palabras, en una adopción simple se adquiere la condición de hijo, pero no los derechos y deberes; el adoptado sigue perteneciendo a su familia de sangre, aunque tenga la condición de hijo en una familia distinta a la suya. Por ello, es oportuno conocer la situación jurídica de la adopción dentro de legislación ecuatoriana e internacional a la que nuestro país se encuentra suscrita.

¿Cómo está regulada la adopción en el marco jurídico ecuatoriano?

Tras haber analizado la concepción de la adopción, su naturaleza y tipos, es importante conocer cómo se encuentra regulada esta figura en el Estado ecuatoriano; primero recurrimos al Código Civil, donde la adopción se encuentra definida en el artículo 314 donde se menciona que esta “es 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”.¹⁵ Como se mencionó previamente, la adopción tiene como finalidad otorgarle a un menor una familia con la cual, aunque no existan lazos biológicos, igual constituyen un vínculo filial, pues estas dos personas pasan a tener los roles de padre y madre del infante.

En su mayoría la población cree que los menores que están en estado de adopción se encuentran huérfanos; sin embargo, la ley ecuatoriana determina cuatro circunstancias que dan paso a que un niño sea apto para entrar en dicho proceso y encontrar una nueva familia. El artículo 158 del Código de la Niñez y Adolescencia alude a la posibilidad de convertirse en adoptado por razones de:

1. Orfandad respecto de ambos progenitores; 2. Imposibilidad de determinar quiénes son sus progenitores o, en su caso, sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad; 3. Privación de la patria potestad a ambos progenitores; y, 4. Consentimiento del padre, la madre, o de ambos progenitores, según corresponda, que no hubieren sido privados de la patria potestad.¹⁶

14 Young Lee, “¿Cuál es la situación jurídica de los padres biológicos en relación a sus hijos durante el proceso o trámite de adopción y con posterioridad al mismo, es decir, una vez que dicha adopción ya ha sido consolidada?”, *Universidad Siglo 21*, (2008): 14, <https://bit.ly/3EyS0Tx>

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

16 Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, Suplemento, 03 de enero de 2003, art. 158.

Como se observa, son amplias las razones donde un menor puede ser considerado legalmente apto para ser adoptado, una vez que la ley lo establezca como tal, se deberá cumplir con ciertos requisitos para convertirse en la nueva familia del infante. Estas se indican en el siguiente artículo del Código Civil, las cuales consisten en “que el adoptante sea legalmente capaz; disponer de recursos económicos indispensables para garantizar al adoptado la satisfacción de sus necesidades básicas; que sea mayor de treinta años, y tenga, por los menos, catorce años más que el menor adoptado”.¹⁷

Por otro lado, la capacidad busca que los candidatos puedan ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismos; de la misma manera, la edad que se define como requisito es para garantizar que el proceso de adopción sea lo más seguro para el menor, pues se busca una madurez completa para el cuidado y crianza del infante, así como, una posición económica lo suficientemente buena para darle una calidad de vida idónea y adecuada al adoptado. Sin embargo, no solo el Código Civil establece requisitos para esta figura jurídica, el Código de la Niñez y Adolescencia también añade unos cuantos fuera de los mencionados, ya que, esta norma exige que los adoptantes residan en el Ecuador o en uno de los Estados con los que haya suscrito algún convenio en cuanto a adopción.

Asimismo, quedan descartados como candidatos aquellas personas que tengan antecedentes penales cuyas penas hayan conllevado privación de libertad, evidentemente esto para salvaguardar el bienestar del infante; uno de los requisitos más puntuales y relevantes que este código establece, es que, la pareja adoptante sea heterosexual, pues no se permite que otro tipo de relación llegue a formar algún vínculo filial con un menor.¹⁸

A más de la normativa jurídica nacional, también existen convenios internacionales en los que está suscrito el Ecuador en cuanto al tema de adopción, tenemos la Convención sobre los Derechos del Niño, una norma internacional que reconoce numerosos derechos de los niños, niñas y adolescentes, entre los cuales se encuentra la figura jurídica objeto de discusión en este trabajo.

La Convención sobre los Derechos del Niño (1979) garantiza una adopción segura para el menor, acentuando los casos en que el infante no pueda ser adoptado por una familia del mismo país de origen, aquí se buscarán medidas que conviertan su próximo destino en un entorno apto para el crecimiento del menor. Se asegurarán que las leyes del nuevo Estado del adoptado sean similares y otorguen la misma protección que las normas del país en el cual nació; y finalmente al igual que en Ecuador, la adopción Internacional debe darse exclusivamente por la autoridad competente.¹⁹

17 Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 316.

18 Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, Suplemento, 03 de enero de 2003, art. 159.

19 ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, art. 21, <https://bit.ly/4gZfxuF>

Estas garantías fijadas en el tratado mencionado son de cumplimiento para la república ecuatoriana, pues al estar suscrito al mismo, se acoge a dichas disposiciones para garantizar los derechos de los menores más allá de los límites fronterizos del país.

Derechos y situaciones en torno a la adopción homoparental

La familia como norma constitucional

Con el paso del tiempo, la familia ha adquirido innumerables definiciones según las reglas del contexto, dándole un significado innegable. Este fenómeno social es una entidad compleja que evoluciona con el desarrollo de la existencia social, absorbiendo y eliminando los métodos políticos, económicos y religiosos de los gobernantes de cada época. “Tradicionalmente la familia ha sido el lugar primordial donde se comparten y gestionan los riesgos sociales de sus miembros”.²⁰ Es decir, es el entorno seguro donde cada individuo se desarrolla en todos sus ámbitos. Asimismo, existe el aporte de otro doctrinario respecto a este concepto:

Por lo que, la familia es una institución que se encuentra en todas las sociedades humanas y es reconocida entre los aspectos más valorados en la vida de los individuos. Constituye el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.²¹

Por lo tanto, al hablar de la familia, es necesario referirse al núcleo emocional del libre desarrollo de las personas, dejando atrás el ideal de la heterosexualidad. Es decir, la familia es el núcleo principal de la formación de la sociedad, el entorno natural y necesario para el desarrollo de sus integrantes.

Así pues, la historia es responsable de dar legitimidad política y económica al papel del hombre y la mujer en la formación de la familia mediante el proceso de normalización del matrimonio entre personas del mismo sexo. Un enfoque defiende que la sexualidad es necesaria para las relaciones reproductivas, que el matrimonio se concibe como una institución que hay que integrar concediendo o dando estatus legal a las formas de familia.²² Por ello, la familia es un concepto jurídico indefinido, influido por los cambios en la realidad de los procesos históricos a los que está sometida la vida social.

20 José Carbonell, Martín González y Miguel Carbonell, *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho* (México: UNAM, 2012), 4, <https://bit.ly/3QJSKOu>

21 María Elena Benítez Pérez, “La familia: desde lo tradicional a lo discutible”, *Novedades en la población*, nro. 26 (2017): 64, <https://bit.ly/3QimQTh>

22 Judith Butler, *Deshacer el género* (España: Paidós, 2006), 148, <https://bit.ly/42X4IWg>

Es idóneo señalar, que el modelo de familia tradicional se mantiene como paradigma hegemónico porque proporciona un núcleo social, una unidad económica de producción, normas de reproducción, reconocimiento social y sobre todo protección jurídica de la unión conyugal, superando la marginación e invisibilidad frente a otros núcleos que deben buscar reconocimiento, reconocimiento político y protección. Hay que subrayar que esto está vinculado a una filosofía colectiva.

Hoy en día, se asume que la familia forma una comunidad trascendente para la vida y el bienestar de sus miembros, basada en la dignidad de la persona que, como individuo libre, desea diseñar su vida junto con los demás. Este hecho no puede escapar a la cultura y al tiempo. Ello se debe a que toda la tradición está arraigada en este sistema, hoy controvertido. Así, se reconoce el derecho de las personas a crear familias tanto individualmente como en grupo.

La diversidad de familias también se refleja en la variedad que se compone, tal es el caso de familias monoparentales, que entendemos como “toda agrupación familiar de hijos dependientes económicamente de uno solo de sus progenitores con el cual conviven, y que es a la vez el que ostenta, sea de hecho o de derecho, la custodia sobre los mismos”.²³

Por otro lado, las familias constituidas de hecho se designan a “aquellos grupos compuestos por padre, madre y acaso hijos, que viven en familia sin que el padre y la madre estén válidamente casados”²⁴. Hoy se ha superado la discriminación por motivos religiosos y se reconocen las relaciones familiares de hecho, lo que afecta a los niños que crecen en ellas.

Actualmente, existen modelos de familia que se relacionan con el desarrollo del niño, como las familias adoptivas de personas que han pasado por el proceso legal de adopción. Del mismo modo, las familias homoparentales, mismas que se define por la presencia de dos o más personas que comparten su preferencia por personas del mismo sexo, o por la presencia de al menos un gay o una lesbiana adulto/a encargados de la crianza de un hijo.²⁵ Esto ilustra la variedad de estilos de vida que pueden elegir las personas.

La institución llamada familia hoy en día se encuentra en permanente transformación. Se ha demostrado que las libertades, garantías y derechos se han mantenido y reflejado en la constitución de la sociedad como Estado de Derecho. Además, se ha ido reconociendo la posición de las llamadas minorías en la estructura familiar y se ha establecido un ordenamiento jurídico en que el concepto inacabado de familia se ha convertido en una realidad. Incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, enfatiza y menciona lo siguiente:

23 Mónica Giraldes et al., “La familia monoparental”, *Revista de Servicios Sociales*, 35, (1998): 28, <https://bit.ly/4b3Lu3B>

24 Hernán Corral Talciani, “Concepto y reconocimiento legal de la familia de hecho”, *Revista Chilena de Derecho* 17, nro. 1 (1990): 47, <https://bit.ly/4hJp4m4>

25 Katherine Allen y David Demo, “The Families of Lesbians and Gay Men: A New Frontier in Family Research”, *Journal of Marriage and the Family* 57, nro. 1 (1995): 113, <https://bit.ly/3ECTTyF>

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” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.²⁶

Así, en la formación del Estado liberal, la intersección entre familia y derecho hunde sus raíces en el derecho civil y se encuentra hoy en diversas disposiciones constitucionales. Si bien el derecho ecuatoriano no cuenta con un sistema normativo propio que regule todo lo relacionado con la familia, es posible encontrar disposiciones que buscan proteger a la familia sin desconocer otras normas secundarias. La Constitución de la República del Ecuador, contempla:

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.²⁷

Por ende, este texto protege a la familia basándose en la diversidad de estructuras familiares y subraya el principio de que debe garantizarse el pluralismo de todas las formas de familia. Entonces, esta institución radica en un derecho que debe protegerse en función de la diversidad de su composición. Según lo analizado, la estructura familiar, por una parte, es inherente al individuo y un elemento esencial de su desarrollo y, por otra, garantizada por el Estado en términos de moralidad, constituyendo un derecho humano como un derecho fundamental.

Derechos de las parejas del mismo sexo y la adopción

Las personas que conforman grupos minoritarios han batallado por décadas para que la sociedad y la ley los acepte y vele por ellos. El presente trabajo se centra en las personas del mismo sexo que, al pertenecer a dichos grupos, han luchado por la no discriminación y el reconocimiento de derechos que actualmente en algunas legislaciones están disponibles únicamente para personas heterosexuales, tal es el caso de la adopción. Es así que, para comprender que es la adopción homoparental, primero debemos definir lo siguiente:

La familia nuclear homosexual estaría compuesta por uno o dos gays, o una o dos lesbianas y sus hijos, cuya procedencia puede ser biológica, adoptiva, inseminación o acogimiento, mostrando una conformación similar a otras organizaciones familiares, cumpliendo

26 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. 142, <https://bit.ly/4gHUn3O>

27 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 67.

los mismos fines, con similar distribución de roles y con relaciones internas igualmente similares.²⁸

Por consiguiente, la adopción es un medio por el que conforma una familia homoparental, donde la única característica que la diferencia de una tradicional, es la composición de la pareja, pues ambos pertenecen al mismo sexo. Más allá de eso, no existe ni hay diferencia alguna, puesto que la finalidad que tienen como familia es la misma que cualquier otra cumpliría.

La adopción homoparental es un tema relativamente nuevo en muchas de las sociedades, y en otras es un tema aún no aceptado, por tanto, es evidente que van a existir cientos de personas que discrepen con la legalidad de dicha acción. Sin embargo, existen numerosos criterios a favor que apoyan la causa, pues mediante investigaciones culturales, sociales e históricas, se ha corroborado la idea que, el motor de la sociedad y su orden, no dependen únicamente de la institución tradicional de la heterosexualidad y las relaciones filiales que de esta se derivan.²⁹ Entonces, la homosexualidad y cualquier argumento o razón relacionada con esta, no es suficiente justificación para negar el derecho de adopción a personas del mismo sexo.

Ahora bien, la adopción de manera general, como se describió al principio de este trabajo, tiene como fin brindarle una familia y hogar a un menor de edad que está legalmente apto para dicha situación. En virtud de lo expuesto, la adopción homoparental debería mirarse desde la misma perspectiva sin cuestión alguna. Varios autores tras sus estudios, contemplan que la orientación sexual de los padres de un menor no influye en el entorno equilibrado, sano, afectivo y adecuado que estos puedan brindarle para su desarrollo.³⁰ Después de todo, las dificultades que un menor podría afrontar al crecer en un hogar homoparental, son las mismas críticas de una sociedad llena de complejos y prejuicios respecto a una orientación sexual diferente a la convencional.

Respecto al tema discutido, al no considerar necesaria la legalidad de la adopción homoparental, se están vulnerando varias garantías, debido a que: “han hecho una excepción y ruptura con los derechos de no discriminación, igualdad, dignidad, acceso a una familia al prohibir la adopción entre parejas del mismo sexo”.³¹ Entonces, la exigencia de

28 Félix Zurita García Villanova, “La adopción homoparental”, *Revista Iberoamericana de Diagnóstico y Evaluación-e Avaliação Psicológica* 1, nro. 19 (2005): 149, <https://bit.ly/4gODcNX>

29 FESS, “El matrimonio y la adopción por parejas homosexuales”, *Federación Española de Sociedades de Sexología, España*, 21 de junio de 2005, nro. 2, <https://bit.ly/4hXff6lg>

30 Irene Ruiz Jarquín, “El derecho a la conformación de familias homoparentales en Costa Rica”, *Revista Espiga* 17, nro. 36 (2018): 190, <https://bit.ly/42XvMot>

31 Norma Alicia Suquinagua Yascaribay, “Adopción homoparental como garantía de acceso al derecho a una familia e identidad en Ecuador”, *Revista Santiago*, nro. especial (2022): 24, <https://bit.ly/413d64c>

la minoría de esta comunidad es relevante, pues su negativa termina en el incumplimiento de una cadena mucho más larga de derechos que tenemos como seres humanos.

En el caso del Estado ecuatoriano, el derecho a la adopción homoparental podría estar avalado por la no discriminación que reconoce la Carta Magna del país, en su artículo 3, numeral 1, se determina que el Estado es el encargado de “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”.³² Como consecuencia, uno de los derechos consagrados en la Constitución, es el reconocimiento de los diferentes tipos de familia, que, al no especificarse debidamente, podría llegar a entenderse que aquella familia nacida de la homoparentalidad y la adopción, debería ser reconocida.

El interés superior de los niños(as) a tener una familia

Las organizaciones internacionales han intentado desarrollar una legislación que permita a los Estados ofrecer una protección especial a los menores que son vulnerables y se enfrentan a intentos de violación de sus derechos. De tal manera que, han creado la conocida Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño como herramienta clave de protección, que señala coercitivamente lo siguiente: “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”.³³

A partir de estas nociones generales, es correcto adentrarse al tema que nos atañe siendo el interés superior del menor, que consiste en un conjunto de acciones y procesos destinados a garantizar un desarrollo holístico, proporcionando una vida digna y un entorno material y emocional que permitan al niño vivir una vida plena y alcanzar el máximo bienestar.

Por lo tanto, este principio garantiza que antes de emprender cualquier acción contra un niño, este tenga derecho a exigir una acción que promueva y proteja sus derechos, no una acción que los viole. Por un lado, pretende superar dos actitudes extremas: el poder autoritario o abusivo en la toma de decisiones hacia los niños. Por otro, el estilo paternalista de autoridad³⁴. Así pues, el interés superior del niño es la premisa sobre la que debe interpretarse, consolidarse y aplicarse la legislación relativa al menor y adolescencia, imponiendo así límites a la discrecionalidad de las autoridades en sus decisiones referentes a los niños.

32 Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 3.1.

33 UNICEF Comité Español, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, art. 3.1, <https://bit.ly/4gZfxuF>

34 Isaac Ravetllat Ballesté y Ruperto Pinochet Olave, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho* 42, nro. 3 (2015): 906, <https://bit.ly/4hZCZsj>

Por tanto, este interés está unido al ejercicio de sus derechos fundamentales, los que deben ser respetados en las distintas etapas de desarrollo de la niñez. de esta forma, el interés superior inspira toda la normativa sobre las relaciones paterno-filiales, pero también es fuente de orientación para la interpretación de las normas y para resolver conflictos de normas o colisión de derechos.³⁵

En este contexto, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, señala con gran énfasis a que el principio rector se encamina al interés superior del menor, ya que establece que: “los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”.³⁶

Desde esta perspectiva, Se vincula de forma paralela con el problema central de este artículo, pues crea una situación en torno a las familias homoparentales y la adopción, al sobresalir una posición muy debatida hoy en día tanto a favor como en contra con base a argumentos doctrinarios. Es clara la existencia de críticas respecto a permitir a los homosexuales mantener relaciones filiales con niños y adolescentes. El argumento es que las familias con progenitores del mismo sexo no son familias tradicionales y no podrán proporcionar una educación adecuada a sus hijos.

Es así que, se rechazó la postura sobre la adopción de niños por parejas del mismo sexo, argumentando que el menor no podía ser devuelto porque procedía de una familia con lazos sanguíneos vulnerables y que la situación de las familias adoptivas disfuncionales no mejoraría su condición a largo plazo. Bajo esta postura, se vulneran los derechos y garantías de los niños que viven en familias con progenitores del mismo sexo, rompiendo todo el esquema instaurado en instrumentos internacionales y demás leyes con relación al principio del interés superior del menor, por el simple hecho de que los adoptantes no están vinculados al concepto tradicional de familia. No obstante, es idóneo mencionar lo que el siguiente autor sustenta con relación a esta percepción:

Habrà que ver si la relación natural de la filiación surgida de la procreación no sufre el mismo proceso de privatización y subjetivización que ha afectado a las relaciones entre hombre y mujer. Se podría pensar que algo de esto se produce con la adopción, que constituye una relación filiativa en ausencia de un ligamen biológico. Pero nos parece que aquí no existe ese riesgo desde que se entiende que la adopción es una medida remedial, subsidiaria y de carácter excepcional, que opera siempre en beneficio del niño adoptado y no en interés de los padres adoptivos. La filosofía de la adopción es proporcionar una

35 Cristián Lepin Molina, “Los nuevos principios del derecho de familia”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, nro. 23 (2014): 37, <https://bit.ly/4hVfLnc>

36 UNICEF Comité Español, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, art. 21, <https://bit.ly/4gZfxuF>

familia a un niño que ya existe y que se encuentra en desamparo; no es proporcionar un niño a una persona para satisfacer sus ansias de paternidad o maternidad.³⁷

Por lo tanto, recae en un entorno egoísta e individualista enlazada a padres del mismo sexo por criar hijos en lugar de abogar por ellos, es decir, no dar importancia al principio rector del interés superior del menor. No obstante, el ideal se rompe al conceptualizar la capacidad de los padres adoptivos. Los niños adoptados por familias tradicionales no tienen necesariamente mejores facultades que los niños adoptados de otros tipos de familias. La crianza y educación de los futuros hijos debe basarse en las aptitudes parentales y educativas, no con la orientación sexual de los adoptantes.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace énfasis aludiendo que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.³⁸

Por esto es imperante, que el interés superior del menor concentre su poderío bajo tres circunstancias como derecho, principio y norma.

En primer lugar, el niño tiene derecho a que su interés superior sea la consideración primordial en los asuntos que le afecten. En segundo punto, se alude como principio, ya que, si una disposición legal admite más de una interpretación, debe elegirse la que responda al interés superior del menor. Finalmente, como norma de procedimiento, siempre que se tome una decisión que afecte a un niño, el proceso debe incluir una evaluación del posible impacto de la decisión sobre el niño en cuestión. Asimismo, deben existir garantías procesales para evaluar y determinar su interés superior.

En conclusión, la aplicación de este principio tiene que ser directa, pues la ausencia de normas claras o la ambigüedad de las existentes no pueden ser motivo de incumplimiento. Por otro lado, se trata de las normas de interpretación jurídica que más favorecen la plena realización de los derechos de los niños y adolescentes. Entonces, esta prioridad absoluta debe reflejarse en la formulación de las políticas públicas, por tanto, un principio vinculante para todos los niveles de gobierno.

37 Hernán Corral Talciani, “¿Del derecho de familia a un derecho de las familias? Reflexiones críticas sobre la teoría de la pluralidad de formas de familia”, *Revista de Derecho de Familia* 2, nro. 6 (2015): 47, <https://bit.ly/4gHmwbq>

38 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. 142.

Situación jurídica de la adopción homoparental: fallos y modificaciones legislativas

Matrimonio igualitario

Para que exista el cambio de una situación dentro de un país, se requiere de antecedentes que motiven el mismo, precedentes de temas relacionados con lo que se aspira modificar. En Ecuador la adopción homoparental aún no está regulada, sin embargo, sí existen precedentes importantes y fallos de la Corte Constitucional que podrían dar paso a considerar su legalización.

Uno de los acontecimientos más novedosos y relevantes relacionados con el tema a discusión, es el matrimonio igualitario, esta figura jurídica es la unión civil de dos personas del mismo sexo. Hace unos años, la figura del matrimonio estaba disponible únicamente para las parejas heterosexuales, no obstante, en el año 2018, una pareja homosexual intentó contraer nupcias, pero la solicitud fue negada por el Registro Civil, justificándose en la Constitución y Código Civil, ya que estos permitían únicamente el matrimonio entre hombre y mujer. La negación dio paso a una acción de protección para que sea la Corte Constitucional quien tome la decisión de este caso.

Como se mencionó, la normativa interna del país determinaba el matrimonio era apto únicamente para parejas heterosexuales, sin embargo, se hizo una comparación con la Convención Americana de Derechos Humanos:

De acuerdo a la Opinión Consultiva OC241 17, establece que, por la obligación de los Estados de respetar los derechos (artículo 1), el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2), la protección a la honra y dignidad (artículo 11), protección a la familia (artículo 17) y por el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 24), las parejas del mismo sexo tienen derecho al matrimonio.³⁹

Entonces, existe una contradicción entre la normativa ecuatoriana que excluye a las parejas homosexuales del matrimonio, y la interpretación de la normativa internacional a la que está suscrita el Ecuador, misma que permite las nupcias a toda persona sin importar su orientación sexual.

El Estado ecuatoriano se rige por el principio de jerarquía normativa, donde la Constitución es la norma suprema, no obstante, la misma legislación permite la aplicación de los instrumentos internacionales sobre la Carta Magna, siempre que contenga derechos más favorables para las personas. A esto se le denomina jerarquía axiológica, en otras palabras “en la jerarquía axiológica, se aprecia el contenido de la norma. Si la norma más favorable a los derechos está en el instrumento internacional, entonces prevalece al

39 Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio* nro.: 1 1-18-CN/19 (matrimonio igualitario), 12 de junio de 2019, párr. 131.

derecho reconocido por la Constitución y se incorpora a su texto⁴⁰. Entendido de esta forma, el derecho al matrimonio es accesible para toda persona que desee formar este vínculo, así lo determina la CADH, por lo tanto, Ecuador debería adaptar su situación a lo más favorable para sus ciudadanos.

En concordancia, la misma sentencia señala la interpretación evolutiva, que consiste en: Poner la norma en un contexto actual y global la voluntad de quienes hicieron la norma puede variar y lo que tiene que mirar la persona intérprete es el contexto actual y procurar que la norma cumpla con su objetivo y fin. De lo contrario, las normas no tendrían un efecto útil y perderían su capacidad de adaptación. Las normas jurídicas no pueden congelarse en el tiempo, sino que tienen que solucionar problemas de personas en concreto y en su contexto histórico.⁴¹

En otras palabras, la definición de matrimonio establecido en los cuerpos jurídicos ecuatorianos debe mirarse desde otra perspectiva, una que se ajuste a las necesidades actuales. Visto así, el matrimonio igualitario es un derecho reclamado por uno de los grupos minoritarios más escuchados en la actualidad. Entonces, el Estado debe evolucionar en la interpretación de sus normas, para así satisfacer las exigencias no resueltas hasta el momento.

Muchos reclamos surgieron cuando se cuestionó este derecho en la Corte Constitucional, las personas que no estaban a favor de su aprobación se justificaban en la existencia de la unión de hecho, definida en el siguiente artículo del cuerpo legal ecuatoriano:

La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.⁴²

Como se observa, el concepto de unión de hecho no especifica la orientación sexual que deben tener las personas que celebraran este acto jurídico, así que se entiende que es apto para las parejas homosexuales, además esta figura jurídica permite tener las mismas obligaciones y derechos que el matrimonio. Incluso, si su propósito es el de formar una familia, se podría realizar por este medio, sin necesidad de nupcias. Sin embargo, sigue siendo excluyente y discriminatorio que las personas homosexuales tengan como única opción la unión de hecho y no el matrimonio, impidiendo que puedan escoger libremente.

40 Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio* nro.: 1 1-18-CN/19 (matrimonio igualitario), 12 de junio de 2019, párr. 131.

41 *Ibid.*, párr. 151.

42 Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 68.

Finalmente, tras lo analizado, la Corte Constitucional el 12 de junio del 2019, decidió permitir el matrimonio de la pareja homosexual que inició el proceso para la aprobación del matrimonio igualitario, pues se acordó que la Constitución y el contenido de los instrumentos internacionales se complementaban, así se interpretaría en el sentido más favorable para las personas. Esta sentencia se considera un precedente que podría influir en la legalización de la adopción homoparental.

Caso Satya

El caso Satya suscitado en el país, también es un precedente en los derechos de las personas homosexuales y los menores de edad. El caso Satya se desarrolló en 2011, cuando una pareja de mujeres tuvo a la menor Satya, producto de una técnica asistida de reproducción, la inseminación artificial. Cabe resaltar que la pareja había constituido una unión de hecho previamente formalizada en su país de origen, Reino Unido, y posteriormente en Ecuador; cuando tuvieron a la menor trataron de registrarla como hija de ambas mujeres, sin embargo, el Registro Civil negó dicha petición porque no se permitía doble filiación materna.

Es decir, nuevamente la normativa ecuatoriana favorecía exclusivamente a las parejas heterosexuales aceptando el registro de sus hijos con apellidos padre-madre o viceversa, pero no a las personas del mismo sexo que intentaban formar una familia. Aun cuando la Constitución garantiza la protección y reconocimiento de los diversos tipos de familia.

La menor Satya, nació en territorio ecuatoriano y aun así se negó su inscripción en el Registro Civil, esto evidenció la vulneración de varios derechos: “El Estado puso a la niña en una situación de vulnerabilidad que no solo viola su derecho a la nacionalidad, sino su derecho al nombre, al reconocimiento de su personalidad jurídica, su dignidad humana y el desarrollo de su personalidad”.⁴³

Al no permitir dicha inscripción, las progenitoras recurrieron a la nacionalidad inglesa y tuvieron que registrar a Satya como extranjera, a pesar de haber nacido en Ecuador. Por ende, la discriminación producida por la negativa de inscripción, no solo vulneró el reconocimiento de la diversidad familiar, sino que, violentó derechos propios de la menor, causando un daño mayor, y afectando a su vez el principio más importante en el tema tratado, el interés superior del menor.

Con los hechos narrados, algunas personas se cuestionaban la razón del por qué, en el caso de las madres de Satya, no se permitía el reconocimiento de la menor, aun cuando ambas mujeres reafirmaban la decisión y los acontecimientos ocurridos; sin embargo, si se tratase de una pareja heterosexual, la presunción de parentesco es clara, y no se cuestiona a las personas que deciden reconocer voluntariamente al menor, así que sigue siendo un acto de discriminación y nula igualdad.

43 Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio* nro. 1H4-18-SEP-CC, 29 de mayo de 2018, 15.

Asimismo, la Constitución no reconocía en ese momento el matrimonio igualitario, pero si la unión de hecho, que permitía, la formación de una familia, aun cuando la adopción homoparental no es legal, en la norma ecuatoriana no se menciona la prohibición de usar métodos de reproducción asistida para la formación de familias antes mencionada. Es más, el Código Civil, en el artículo 24, numeral 1, determina que la filiación materna/paterna se dará “por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente”⁴⁴. Cabe recordar que, para el momento en que Satya fue concebida, las progenitoras ya habían conformado una unión de hecho reconocida ante la ley, por lo tanto, cumple con el requisito para la debida filiación mencionada en el Código Civil.

Con relación al párrafo anterior, la Constitución, para salvaguardar a los miembros de la familia, establece en su artículo 69, numeral 7, que “no se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella”.⁴⁵ Derecho que, evidentemente no se cumplió con la pareja de mujeres, debido a que, se negó la inscripción al momento del nacimiento de Satya, dudando de la filiación materna de ambas mujeres.

Finalmente, la Corte Constitucional confirmó la vulneración de derechos de la menor Satya y su familia. Por lo tanto, se ordenó su inmediata inscripción como ecuatoriana en el Registro Civil y con los apellidos de ambas madres, además de la reparación de todos los derechos violentados tras el suceso. Evidentemente, este caso es un claro avance en el tema de menores y padres homosexuales, que posteriormente podría servir como precedente para la adopción homoparental en Ecuador.

La adopción homoparental en el derecho comparado

La discriminación de género en la legislación puede adoptar dos formas: formas represivas que castigan determinados actos y comportamientos sexuales, y formas negativas que privan de ciertos derechos. En los países occidentales, la homosexualidad no se considera un delito, pero la mayoría de los países siguen negando el derecho a contraer matrimonio o a adoptar un niño. Según el derecho civil, la adopción por personas del mismo sexo significa que el niño adoptado se convierte legalmente en hijo de una pareja del mismo sexo.

A pesar de la reciente tendencia mundial hacia la adopción homoparental, solo unos pocos países la han reconocido plenamente y legalizado. Por lo tanto, al tiempo que señalamos las decisiones adoptadas por otros países para permitir la adopción de menores, por lo que las diferencias entre una decisión y otra pueden servir de base para futuros debates

44 Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 24.1.

45 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, Suplemento, 20 de octubre de 2008, art. 69.7.

en nuestro país. Sin embargo, los cambios legales y judiciales introducidos en cada uno de los países que reconocen la adopción homoparental tienen un contexto y un razonamiento diferentes. En consecuencia, el derecho comparado requiere un enfoque macro-comparativo que pueda centrarse en las similitudes y diferencias entre los sistemas comparados, sin perder de vista la posibilidad de equivalencia funcional.

Países Bajos

Los países europeos se han apresurado a iniciar reformas legales y a introducir normas acordes con los estándares internacionales. En Países Bajos, los acuerdos de cohabitación se introdujeron en 1993 para permitir a las parejas heterosexuales y del mismo sexo formalizar escrituras notariales relativas a la propiedad y la herencia. Tenga en cuenta que la cohabitación sin acuerdo de convivencia no excluye a la pareja de determinadas consecuencias jurídicas, como la seguridad social y la fiscalidad.

En 1998 se promulgó una ley para las parejas del mismo sexo, que otorga más derechos y obligaciones a quienes hayan inscrito su convivencia en el Registro Civil pertinente. No obstante, Países Bajos lleva debatiendo la cuestión del matrimonio y la adopción homosexuales desde 1996, ya que consideran que el matrimonio es un vínculo emblemático de especial valor para sus compatriotas. Además, consideran que, si hay que regular los matrimonios de parejas del mismo sexo, deben regularse junto con las adopciones.

En Países Bajos, en el año 2001 se aprobó una ley que solo permite a los homosexuales adoptar niños nacidos en el país para evitar conflictos con las leyes de otros países conjuntamente con el matrimonio igualitario. El reconocimiento legal de los matrimonios homosexuales y entre personas del mismo sexo no excluye a las parejas de hecho registradas. Por el contrario, todas las parejas tienen libertad para atenerse a esas normas o pasar al matrimonio.

En general, uno de los requisitos de la parte pertinente de la ley es que la pareja tenga al menos dieciocho años. Las parejas tampoco deben ser parientes y no deben haber estado inscritas junto con otra pareja en el momento de la inscripción ni estar vinculadas por lazos matrimoniales. Los futuros cónyuges inscritos en el registro de matrimonios deben prestar juramento al contraer matrimonio, mientras que en el caso de las parejas de hecho registradas solo se requiere el consentimiento de ambos.

Antes de que se aprobara la Ley del Matrimonio en 2001, solo las parejas casadas o los suegros podían adoptar un niño; las parejas del mismo sexo quedaban excluidas. Pero el Parlamento consideró oportuno aprobar una ley que permite a las parejas del mismo sexo adoptar niños al mismo tiempo que puedan contraer matrimonio. Por tanto, las adopciones celebradas después de 2001 deben inscribirse en el nuevo certificado de matrimonio de este país.

Los requisitos para la adopción homoparental son casi idénticos a los descritos en el reglamento de adopción anterior. Pueden solicitar la adopción de un niño las parejas que hayan convivido directa e ininterrumpidamente durante al menos tres años. Además, ambas partes deben haber cuidado del menor durante al menos un año.

Por último, desde la modificación de su legislación en 2005, las parejas del mismo o distinto sexo solo pueden adoptar niños internacionalmente en países que acepten adopciones homoparentales. Siendo esto un gran cambio, desde su promulgación, donde solo se limitaba a territorio nacional el empleo de esta figura jurídica.

De tal manera, el país es pionero en regular las adopciones homoparentales en todo su territorio. Como tal, está a la cabeza del mundo no solo en el reconocimiento del matrimonio igualitario, sino también en la cuestión de la adopción. Es por esto, que esta legislación creó un gran impacto para que otras naciones lo legalicen.

España

En España, la principal novedad en este ámbito ha sido la modificación del Código Civil por la Ley nro. 13 de 2005, que otorga a las parejas del mismo sexo plenos e iguales derechos y obligaciones, incluida la posibilidad de adopción conjunta, matrimonio y la coadopción. Como consecuencia de estas reformas, se han modificado varios artículos, entre ellos el artículo 44 del Código Civil español, añadiendo un nuevo inciso.

Por lo que, el inciso primero del mencionado artículo señala lo siguiente: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”.⁴⁶ Mientras que el segundo inciso se redactó disponiendo lo siguiente: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.⁴⁷

También se ha modificado otros apartados del Código Civil de esta nación para corregir la redacción, sustituyendo en el cuerpo normativo las palabras “marido”, “mujer”, “padre” y “madre” por “cónyuge” y “progenitor”. La constitucionalidad de la ley está respaldada por el artículo 32, numeral uno de la Constitución Española, que establece: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”.⁴⁸

Finalmente, es correcto señalar que las prestaciones concedidas a un hijo adoptivo incluyen la herencia no solo del hijo adoptivo sino también de su familia de acuerdo con las normas de sucesión, los pagos de la seguridad social en caso de discapacidad o fallecimiento del hijo adoptivo, la participación en las prestaciones médicas y educativas previstas para el empleo.

46 España, *Código Civil*, Real Decreto, 24 de julio de 1889, art. 44.

47 España, *Código Civil*, Real Decreto, 24 de julio de 1889, art. 44.

48 España, *Constitución Española*, Cortes Generales, 29 de diciembre de 1978, art. 32.1.

México

En México, a pesar de ser un país conservador, la adopción con padres del mismo sexo es un tema que se trata con cierta deferencia debido a las diferentes actitudes de la sociedad. Así, gracias a una forma de gobierno similar a la de EE.UU., en la que cada estado decide si permite o no la adopción homoparental, la adopción igualitaria es reconocida por ese estado, y cada año son más los estados que apoyan a todo tipo de familias.

En este país, desde 2009 se reconocen los matrimonios entre personas del mismo sexo, ya que no pueden restringirse por motivos de orientación sexual. Aboliendo el concepto de hombre y mujer como base del matrimonio. Cuando se adoptó, también se aprobó una innovación al art. 391, permitiendo adoptar a las parejas del mismo sexo o a las parejas de hecho.

Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de los cónyuges o concubinos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años cuando menos.⁴⁹

En este caso, se dictaminó que el derecho a adoptar un niño mediante el matrimonio entre personas del mismo sexo era constitucional, ya que muchos niños de este país viven en hogares de acogida sin el amor y los cuidados de una familia, y el principio de igualdad debe aplicarse a ambos cónyuges, así como el interés superior del niño.

Desde entonces, los tribunales superiores del país han reconocido la existencia de distintos tipos de familias. El valor particular de este reconocimiento se encontró en el caso inconstitucional 2/2010, que sostuvo que no existe un único tipo de familia en el sentido tradicional, ya que hay diferentes tipos de familias, incluso en los matrimonios heterosexuales, cuya finalidad principal no es necesariamente la procreación.

La existencia de matrimonios y familiar con miembros homosexuales, ni impulsa ni prohíbe, ni mucho menos excluye la continuación y crecimiento de las familias heterosexuales. No se trata de destruir a la familia, sino de enriquecer su contenido, de reconocer su variedad, de hacer posible la unión de personas para cuidarse, quererse, protegerse y tener vida en común, lo que es mucho mejor que negar el derecho a la integración humana.⁵⁰

Sin embargo, el tribunal ha dejado claro que no debe perder de vista que todas las personas, con independencia de su orientación sexual, deben cumplir los requisitos establecidos por la ley para poder adoptar a un niño. No se trata solo de proporcionar un

49 México, Código Civil Federal, Diario Oficial, 31 de agosto de 1928, art. 391.

50 Suprema Corte de Justicia de México, “Sentencia de 16 de agosto de 2010”, *Acción de inconstitucionalidad 2/2010*, 16 de agosto de 2010, p. 181.

hogar al niño, sino también de proporcionarle una familia capaz de cumplir los requisitos mínimos para garantizar el mejor desarrollo posible del menor.

Necesidad de regular la adopción homoparental en el Estado ecuatoriano

El Estado ecuatoriano creó un importante marco para el reconocimiento y la protección de las personas LGBT+ y se estableció un proceso homonormativo, dado que la legislación ecuatoriana fue creada por la mayoría heterosexual, lo que provocó discriminación, marginación y retraso en la protección de los derechos de las personas LGBT+. Sin embargo, en los países donde el catolicismo ha influido en el futuro de diversas minorías, la opinión pública ha borrado su realidad y oscurecido la historia de sus luchas, como en el caso de los homosexuales, discriminados y resentidos por su orientación sexual.

Esto demuestra que la realidad de la comunidad LGTB+ está totalmente arraigada en un clima que niega el ejercicio y disfrute de sus derechos humanos y el derecho a fundar una familia. El Estado ecuatoriano no tiene ninguna base legal ni explicación para no reconocer la adopción por parte de padres homosexuales. Parece cierto que el único factor que modifica y disminuye los derechos es el prejuicio moral y religioso inculcado en la República del Ecuador desde la colonización.

Aunque se ha establecido y cuestionado que los sistemas judicial y administrativo en Ecuador no funcionan con toda la eficiencia y eficacia requerida debido a la engorrosa burocracia, el estado del proceso de adopción puede clasificarse como engorroso, largo y abrumador. La adopción es un medio de proteger a los niños que han sido abandonados o han perdido a sus familias, pero en Ecuador la ineficacia de los procedimientos de adopción ha hecho que algunos niños y jóvenes no sean adoptados, lo que afecta gravemente a su interés superior.

De acuerdo, con diversas opiniones y estudios, las parejas homosexuales, que adoptan presentan cuadros familiares con interacciones más solidarias y menos prejuiciosas que las parejas heterosexuales, quienes dimensionan ambientes de depresión, ira y estrés graves. En otras palabras, la orientación sexual nunca vulnera o va en contra del interés superior del menor.

En este sentido, a fin de brindar garantías efectivas al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, el Estado ecuatoriano debe desarrollar políticas orientadas a acelerar el proceso de adopción, para no afectar el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes quienes presentan un grado mayor de vulnerabilidad dentro de la sociedad. Adecuando y respetando las condiciones necesarias para acceder a este derecho, que les es negado por razones morales. Es fácil concluir que las parejas del mismo sexo deben tener derecho a adoptar niño.

Conclusiones

La figura de la adopción es un medio que permite que los niños carentes de familia consigan una, mediante personas que desean criarlo y educarlo. Esta figura busca velar por el interés superior del menor, para que logre desarrollar sus potencialidades en el entorno más apto posible, otorgándole a los adoptantes todos los derechos y responsabilidades que la familia biológica no cumplió.

La adopción homoparental tiene la misma finalidad que la adopción tradicional, formar una familia producto de la necesidad de un menor por tener un hogar y el deseo de dos personas por ser padres. Sin embargo, la diferencia notable es la relación sentimental u orientación sexual de los adoptantes, ya que, esta figura se caracteriza por la homosexualidad de la pareja.

La figura de la adopción homoparental no está regulada en Ecuador; el acceso a menores en estado de orfandad solo es permitido para las parejas heterosexuales, discriminando y vulnerando derechos consagrados en la legislación ecuatoriana, como el reconocimiento de los diversos tipos de familia, la no discriminación, el derecho a una familia, entre otros.

Se considera que una de las razones para la negativa a este tipo de adopción va encaminada a una idea social, pues en su mayoría las personas consideran inapropiado que una pareja homosexual se encargue de la crianza de un niño, debido a las creencias y tabúes que la sociedad ha fundado a lo largo de la historia con relación a las personas LGBT+.

Los países que aprobaron la adopción homoparental, lo hicieron bajo la premisa de garantizar los derechos, no solo de los adoptantes, sino principalmente del menor. El interés superior del niño se prioriza sobre cualquier estigma social, ya que, se evidenció que crecer en un entorno donde la figura materna/paterna sean personas del mismo sexo no afecta en la personalidad y capacidades del menor, pues su crianza se da en un núcleo familiar deseado y cubriendo las necesidades del adoptado.

Finalmente, se comprobó que la adopción homoparental es exigida y necesaria en la legislación ecuatoriana, no solo porque su negativa vulnera varios derechos, sino que, el permitir el acceso solo a parejas heterosexuales no da paso al progreso de los derechos y al cumplimiento de las necesidades actuales de la sociedad, quedando estancado el concepto de la adopción en una idea tradicional. Este avance en otras legislaciones internacionales ha brindado la acogida y frutos esperados, por consiguiente, Ecuador podría dar la oportunidad a esta figura y modificar su normativa, adaptándose a los tratados internacionales a los cuales está suscrito.

Referencias bibliográficas

- Allen, Katherine y David Demo. “The families of lesbians and gay men: A new frontier in family research”. *Journal of Marriage and the Family* 57, nro. 1 (1995): 111-127.
- Ballesté, Isaac Ravetllat y Ruperto Pinochet Olave. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño y su configuración en el Derecho Civil chileno”. *Revista Chilena de Derecho* 42, nro. 3 (2015): 903-934.
- Benchuya, María Ester, y Héctor Iván Vito, *Adopción para padres e hijos: la construcción de la familia*. Buenos Aires, Albatros, 2005.
- Blanco, Giselle Salazar, “La naturaleza jurídica de la adopción y reflexiones acerca de su irrevocabilidad: Una visión desde los Derechos Humanos específicos del niño”, *Foro Jurídico*, nro. 3 (2004): 234-243.
- Butler, Judith. *Deshacer el género*. España: Paidós Studio, 2006.
- Colin Ambroise y Henri Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français. Tome 1er, conforme au programme de première année* (París: Dalloz, 1930).
- Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia”. En *Juicio* nro. 1 1-18-CN/19 (matrimonio igualitario). 12 de junio de 2019.
- Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia”. En *Juicio* nro. 1H4-18-SEP-CC. 29 de mayo de 2018.
- 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.
- Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.
- Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, Suplemento, 03 de enero de 2003.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Espada, Alejandro Ávila, “La función parental en la adopción”, *Revista Iberoamericana de Diagnóstico y Evaluación-e Avaliação Psicológica* 1, nro. 19 (2005): 191-204.
- España. *Código Civil*. Real Decreto. 24 de julio de 1889.
- España. *Constitución Española*. Cortes Generales. 29 de diciembre de 1978.

- FESS. “El matrimonio y la adopción por parejas homosexuales”. *Federación Española de Sociedades de Sexología, España*. 21 de junio de 2005.
- Giraldes, Mónica, Estibalitz Penedo, Mertxe Seco y Uxo Zubeldia, “La Familia Monoparental”, *Revista de servicios sociales*, nro. 35 (1998): 28.
- Granda, Fernando, Roger Rodríguez, Carlos Cárdenas y José Garibaldi. *La familia en el derecho peruano: libro-homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*. Perú: Universidad Católica del Perú, 1990.
- Jarquín, Irene Ruiz. “El derecho a la conformación de familias homoparentales en Costa Rica”. *Revista Espiga* 17, nro. 36 (2018): 176-200.
- José Carbonell, Martín González y Miguel Carbonell. *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- Lee, Young. “¿Cuál es la situación jurídica de los padres biológicos en relación a sus hijos durante el proceso o trámite de adopción y con posterioridad al mismo, es decir, una vez que dicha adopción ya ha sido consolidada?”, *Universidad Siglo 21*, (2008): 1-94.
- México. *Código Civil Federal*. Diario Oficial. 31 de agosto de 1928.
- Molina, Cristián Lepin. “Los nuevos principios del derecho de familia”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, nro. 23 (2014): 9-55.
- Navarro, Rosa Moliner. “Adopción, familia y derecho”, *Revista Boliviana de Derecho*, nro. 14 (2012): 98-135.
- Pérez, María Elena Benítez. “La familia: Desde lo tradicional a lo discutible”. *Novedades en la población*, nro. 26 (2017): 58-68.
- Salas, Pedro Andrés Francisco Mejía “Institución Jurídica de la Adopción en el Perú”, *Vox Juris*, (2013): 157-170.
- Savatier, René. *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*. París: Dalloz, 1959.
- Suprema Corte de Justicia de México. “Sentencia de 16 de agosto de 2010”. Acción de Inconstitucionalidad 2/2010. 16 de agosto de 2010.
- Talciani, Hernán Corral. “¿Del derecho de familia a un derecho de las familias? Reflexiones críticas sobre la teoría de la Pluralidad de formas de Familia”. *Revista de Derecho de Familia* 2, nro. 6 (2015): 21-48.

Talciani, Hernán Corral. “Concepto y reconocimiento legal de la Familia de Hecho”. *Revista Chilena de Derecho* 17, nro. 1 (1990): 47.

UNICEF Comité Español. *Convención sobre los Derechos del niño*. 20 de noviembre de 1989.

Villanova, Félix Zurita García. “La adopción homoparental”. *Revista Iberoamericana de Diagnóstico y Evaluación-e Avaliação Psicológica* 1, nro. 19 (2005): 147-170.

Yascaribay, Norma Alicia Suquinagua. “Adopción homoparental como garantía de acceso al derecho a una familia e identidad en Ecuador”. *Revista Santiago*, nro. especial (2022): 22-37.