



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**TEMA:**

**Vulneración del derecho a la adopción por parejas del mismo sexo; y, el  
interés superior de los menores a tener una familia.**

**AUTORA:**

**Milenne Alejandra Cabrera Cueva**

**Trabajo de titulación para la obtención del grado de  
MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**TUTOR:**

**Dr. Juan Carlos Benalcázar Guerrón**

**Guayaquil, Ecuador**

**2023**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**SISTEMA DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por la Abogada Milenne Alejandra Cabrera Cueva, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho Constitucional.

**DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN**

---

**Dr. Juan Carlos Benalcázar**

**REVISOR(ES)**

---

**Lcda. María Verónica Peña**

---

**Phd. Pamela Aguirre Castro**

**DIRECTOR DEL PROGRAMA**

---

**Dr. Miguel Hernández**

**Guayaquil, a los 26 días del mes de junio del año 2023.**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**SISTEMA DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

**Yo, Milenne Alejandra Cabrera Cueva**

**DECLARO QUE:**

El Trabajo de Titulación “Vulneración del derecho a la adopción por parejas del mismo sexo; y, el interés superior de los menores a tener una familia”, previa a la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho Constitucional, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del trabajo de investigación del Grado Académico en mención.

**Guayaquil, a los días 26 del mes de junio del año 2023**

**LA AUTORA**

---

**Abg. Milenne Alejandra Cabrera Cueva**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**SISTEMA DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**AUTORIZACIÓN**

**Yo, Milenne Alejandra Cabrera Cueva**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la Institución del Trabajo de Titulación de Magister en Derecho Constitucional, titulada: Vulneración del derecho a la adopción por parejas del mismo sexo; y, el interés superior de los menores a tener una familia; cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, a los a los 26 días del mes de junio del año 2023.**

**LA AUTORA:**

---

**Abg. Milenne Alejandra Cabrera Cueva**

# PRINT DE URKUND

**Documento** [TRABAJO ADOPCIÓN PAREJAS MISMO SEXO \(MILENNE ALEJANDRA CABRERA CUEVA\) CORREGIDO.pdf](#) (D166670209)

**Presentado** 2023-05-11 19:40 (-05:00)

**Presentado por** viviana.betty@cu.ucsg.edu.ec

**Recibido** miguel.hernandez.ucsg@analysis.orkund.com

**Mensaje** TRABAJO ABG. MILENNE CABRERA (URKUND) [Mostrar el mensaje completo](#)

4% de estas 29 páginas, se componen de texto presente en 16 fuentes.

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a Dios por permitirme llegar a esta etapa de mi vida y sobre todo el tener la posibilidad de realizar una obra hecha por mi Autoría, dándome la oportunidad de cumplir un objetivo más en mi vida profesional.

Así mismo agradezco a mi familia por apoyarme en todo este proceso, y por último a mi persona, por alentarme a continuar este arduo estudio hasta obtener mi meta en firme.

**Abg. Milenne Alejandra Cabrera Cueva**

## **DEDICATORIA**

Este presente Trabajo de Titulación me lo dedico enteramente, por demostrarme que soy una mujer capaz de conseguir lo que me propongo a base de disciplina e inteligencia.

**Abg. Milenne Alejandra Cabrera Cueva**

## Índice General

Introducción .....	1
Planteamiento del Problema.....	3
Preguntas de Investigación.....	3
Objetivos: .....	3
Objetivo General: .....	3
Objetivos Específicos:.....	4
Justificación.....	4
Hipótesis.....	5
Desarrollo.....	6
Fundamentación teórica conceptual.....	6
La adopción y su regulación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	6
Los derechos de las parejas homosexuales en el ámbito familiar .....	13
Revisión del régimen normativo internacional y comparado acerca de la adopción de menores por parte de parejas homosexuales .....	21
Argumentos en relación a la incorporación de la adopción por parte de parejas homosexuales en el régimen constitucional y legal ecuatoriano .....	23
Pronunciamientos de la Corte Constitucional del Ecuador en relación con los derechos de las parejas homoparentales revisión comparativa con los pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia.....	28
Marco Metodológico.....	31
Conclusiones .....	36
Recomendaciones.....	37
Referencias .....	38

## **Resumen**

La Constitución de la República del Ecuador, garantiza el derecho a la igualdad y no discriminación, contemplado entre las categorías que no puede ser utilizada como criterio de diferenciación respecto del ejercicio de los derechos, la orientación sexual de la persona. Sin embargo, al referirse a los diferentes tipos de familia y a la forma en que éstos pueden constituirse, expresamente prohíbe la adopción por parte de personas del mismo sexo. En este trabajo se aborda la contradicción entre esta prohibición y el principio de interés superior de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, pues la restricción impuesta impide que los menores en condiciones de ser adoptados, puedan incorporarse a una familia adoptiva. El estudio desarrollado ha permitido verificar que la prohibición de adopción por parte de parejas homosexuales es discriminatoria y atenta contra la igualdad, siendo además una de las causas para que se limiten los derechos de los menores en el ámbito familiar. La investigación está basada en una recopilación de orden doctrinario, jurídico y jurisprudencial, y aborda también criterios de tribunales internacionales de derechos humanos, así como de la legislación comparada, que permiten determinar la necesidad de que en la normativa constitucional y legal ecuatoriana se admita la adopción por parejas del mismo sexo, por ser un elemento que permite garantizar el cumplimiento de los propósitos de esta institución jurídica, de igual forma se hace un análisis de sentencias pronunciadas por los órganos de administración de justicia constitucional que justifican la pertinencia del planteamiento realizado.

**Palabras clave:** familia, adopción, parejas homosexuales, interés superior.

## **Abstract**

The Constitution of the Republic of Ecuador guarantees the right to equality and non-discrimination, contemplated among the categories that cannot be used as a differentiation criterion regarding the exercise of rights, the sexual orientation of the person. However, when referring to the different types of families and the way in which they can be constituted, it expressly prohibits adoption by persons of the same sex. This paper addresses the contradiction between this prohibition and the principle of superior interest of the rights of girls, boys and adolescents, since the imposed restriction prevents minors in a position to be adopted from being able to join an adoptive family. The study carried out has made it possible to verify that the prohibition of adoption by homosexual couples is discriminatory and violates equality, being also one of the causes for limiting the rights of minors in the family environment. The investigation is based on a compilation of a doctrinal, legal and jurisprudential order, and also addresses criteria of international human rights courts, as well as comparative legislation, which allow determining the need for Ecuadorian constitutional and legal regulations to admit the Adoption by same-sex couples, as it is an element that allows to guarantee the fulfillment of the purposes of this legal institution, in the same way, an analysis of sentences pronounced by the constitutional justice administration bodies that justify the relevance of the approach made is made.

**Keywords:** family, adoption, homosexual couples, best interest.

## **Introducción**

El Ecuador, por mandato establecido en el Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador, es un Estado constitucional de derechos y justicia, por lo tanto, uno de los deberes primordiales del Estado es garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, adoptando para el efecto las decisiones legislativas y judiciales que sean más convenientes para lograr ese cometido.

Como un principio que rige la aplicación de los derechos, el ordenamiento constitucional establece la igualdad de todas las personas en el aspecto formal y material, prohibiendo toda clase de discriminación, entre las categorías que se contempla como generadoras de conductas discriminatorias, está el menoscabo o desconocimiento de los derechos de las personas en razón de su orientación sexual.

Pese a estar prohibida constitucionalmente la discriminación en razón de la orientación sexual, la Constitución expresamente prohíbe la adopción por parte de parejas del mismo sexo, y esta prohibición se traslada de manera directa a la legislación relacionada con la protección a los derechos de los menores, es decir al Código de la Niñez y la Adolescencia.

La situación relacionada con el reconocimiento del derecho de las parejas homosexuales a adoptar, y la conformación de familias homoparentales, ha sido punto de controversia y debate político y social, generando incluso grandes movilizaciones por parte de los sectores a favor y en contra en los distintos países del mundo, que han permitido establecer que el punto de fricción está entre el reconocimiento de la expansión de los derechos de las personas con preferencias sexuales distintas y la defensa de los valores que inspiraban a la familia tradicional (Houder, 2023). En algunos países la inconformidad social de los sectores conservadores se mantiene, pero sus Estados en procura de garantizar fundamentalmente el principio de interés superior de los niños, al permitirles integrarse a una familia, han tomado a través del poder legislativo la decisión de reconocer y garantizar el derecho a la adopción por parte de parejas conformadas por personas del mismo sexo, y han promulgado normas jurídicas al respecto, las cuales son abordadas como parte del análisis presentado en este estudio.

En este trabajo se aborda de manera puntual la prohibición constitucional y legal, que está vigente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, respecto a las adopciones por parte de parejas del mismo sexo en relación con el interés superior

de los derechos del niño, y la posibilidad de que estos cuenten con una familia adoptiva.

El trabajo presenta un análisis minucioso acerca de la adopción y su regulación en el Ecuador, la revisión acerca del reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales en el ámbito familiar, el análisis de la adopción por partes de estas parejas en relación con el principio de interés superior del menor, algunas referencias del derecho internacional y comparado, para concluir con la presentación de argumentos sobre la base de los cuales se sostiene que es pertinente el reconocimiento constitucional y legal, de las parejas homosexuales a adoptar, puesto que esta decisión legislativa constituiría un mecanismo para garantizar eficientemente el principio de interés superior del menor.

## **Planteamiento del Problema**

La Constitución de la República del Ecuador, garantiza el derecho a la igualdad y no discriminación, y a partir de esta premisa reconoce a las familias en sus diferentes tipos, de igual forma garantiza y protege la unión de hecho entre personas del mismo sexo y a partir de este reconocimiento se legalizó el matrimonio de parejas homosexuales, sin embargo, existe un criterio discriminatorio establecido en el mismo texto constitucional que en su Art. 68 prohíbe la adopción por parte de estas parejas.

La restricción constitucional, además de implicar una discriminación en contra de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, en razón de su orientación o preferencia sexual, vulnera de manera drástica el principio de interés superior de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al negarles la posibilidad de integrarse por medio de la adopción a una familia homoparental, vulnerando también su derecho al desarrollo integral de su personalidad.

Surge entonces un problema jurídico que tiene que ver con la limitación del interés superior de los derechos del menor a consecuencia de la prohibición de la adopción por parte de parejas homosexuales, impuesta por la normativa constitucional y legal vigente en el Ecuador, la cual provoca que muchos menores en condición de adoptabilidad no puedan ser adoptados por estas parejas, y se encuentren sometidos a una situación de orfandad y abandono permanente.

## **Preguntas de Investigación**

¿La prohibición de la adopción por parte de parejas homoparentales vulnera el derecho a la igualdad y constituye una discriminación basada en la orientación sexual de las personas?

¿El interés superior de los niños niñas y adolescentes, respecto de su derecho a contar con una familia, es vulnerado por la restricción de la adopción de parejas homosexuales?

¿Es constitucionalmente procedente que se regule en la legislación ecuatoriana la adopción por parte de parejas homoparentales?

## **Objetivos:**

### **Objetivo General:**

- Desarrollar un análisis doctrinario, jurídico y jurisprudencial sobre la adopción por parte de parejas homosexuales en relación con el principio de interés superior de los derechos del menor.

### **Objetivos Específicos:**

- Establecer si existe vulneración de los derechos de los menores a consecuencia de la prohibición de la adopción por parte de parejas conformadas por personas del mismo sexo.
- Realizar un estudio comparado con legislaciones latinoamericanas que han aprobado la adopción por parejas homosexuales.
- Determinar si es constitucionalmente procedente permitir la adopción de niños por parejas de personas del mismo sexo.

### **Justificación**

El trabajo investigativo se relaciona de una manera con el derecho constitucional, por cuanto en su desarrollo se aborda una problemática relacionada con derechos fundamentales, como la libertad, la igualdad formal y material, el derecho a tener una familia, de allí que se encuadra de manera perfecta dentro de las líneas de investigación de la Maestría en Derecho Constitucional.

Es necesario el desarrollo del estudio planteado, porque en la sociedad ecuatoriana se mantiene en vigencia el debate acerca de la necesidad de reconocer el derecho a la adopción por parte de parejas homosexuales, esto en razón de que han existido pronunciamientos realizados desde la propia Corte Constitucional en el sentido de que la orientación sexual de los adoptantes no puede considerarse como un elemento determinante al momento de decidir la adopción, puesto que dentro de estos procedimientos debe atenderse de manera esencial y principal al principio de interés superior del niño.

Se ha desarrollado la investigación con el propósito de presentar argumentos de orden doctrinario, jurídico y jurisprudencial que justifican la necesidad de que en la legislación constitucional y legal ecuatoriana permita la adopción por parte de las parejas homosexuales, con la finalidad de garantizar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes en condición de adoptabilidad.

El motivo esencial para realizar este trabajo investigativo, está precisamente en el hecho de que como personas comprometidas con el derecho, como estudios permanentes de la normativa y su aplicación a la realidad social ecuatoriana, debe ser una preocupación esencial, el buscar alternativas de solución que permitan materializar en realidad los postulados del Estado constitucional de derechos, con el objeto de alcanzar la vigencia de la justicia y el orden social como normas esenciales para la adecuada convivencia de todos los ciudadanos.

## **Hipótesis**

El incumplimiento de los derechos constitucionales de las parejas homoparentales estaría limitando el derecho de los niños a tener y disfrutar de una familia bajo la figura de la adopción.

## **Desarrollo**

### **Fundamentación teórica conceptual**

Para sustentar teóricamente el presente estudio, es indispensable abordar desde la perspectiva doctrinaria, jurídica y jurisprudencial, los temas que tienen relación con la problemática que constituye el objeto de esta investigación, y que puntualmente son los siguientes:

#### **La adopción y su regulación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano**

El derecho fundamental a tener una familia, ha sido reconocido en los ordenamientos jurídicos universales y de los diferentes Estados, en el ámbito constitucional y legal, como un elemento esencial para el desarrollo individual de los seres humanos y para su consolidación como individuos eminentemente sociales, pues una característica esencial de las personas, es la necesidad de contar con entornos familiares y sociales, en los cuales encuentra el sustento emocional, afectivo, psicológico, educativo, cultural, económico, en base al cual consolida una personalidad, y forja su existencia para desarrollarla en la forma en que libremente elija, sin más restricciones que la que impone el orden legal y el respeto a los derechos de los demás integrantes de la sociedad.

Se realiza la puntualización anterior, porque la adopción es un mecanismo a través del cual, es posible materializar el derecho a tener una familia, pues a través de ella las personas que por diferentes motivos no han podido procrear un hijo, pueden adoptar a un niño, niña o adolescente, que haya sido declarado en condición de adoptabilidad, y de esta forma convertirse en padres del adoptado; de igual forma, los menores que no han podido vivir y desarrollarse en el seno de su familia biológica, tienen la posibilidad de ser adoptados, y pasar a ser parte de una familia que les proporcione las condiciones adecuadas para su desarrollo integral.

Resulta indispensable, por lo expuesto, empezar este acopio teórico, puntualizando un concepto general de familia, para lo cual se acude a la posición planteada por León (2012) quien escribe:

Sociológicamente, una familia es un conjunto de personas unidas por vínculos de:

- Afinidad. Matrimonio o unión libre;

- Consanguinidad. Filiación entre parientes e hijos o lazos que se establecen entre los hermanos que descienden de un mismo padre.
- Parentesco. Parientes de primera línea consanguínea: abuelos, tíos, primos y demás. (p. 182).

Coincidiendo en cierta forma con la opinión antes citada los autores Planiol y Ripert (1997), concretan una opinión según la cual, tradicionalmente la familia era considerada como, la agrupación de personas que se encuentran unidas por un vínculo de filiación, que se origina en general del matrimonio y por excepción como consecuencia de una adopción legal (p. 103).

La familia conforme a la evolución de la sociedad ha adoptado diferentes concepciones, así con una perspectiva un tanto más actual, así la Corte Constitucional de Colombia, plantea que dentro de esta definición debe entenderse a la agrupación de personas entre las que existe un nexo de parentesco, por existir entre ellas vínculos naturales o jurídicos, y que se consolida por la unidad de sus integrantes para desarrollar su existencia (Sentencia C-271/13).

Considerando las características que en el ámbito jurídico y sociológico ha adoptado la familia en la actualidad, ésta deber ser entendida como, el conjunto de personas vinculadas entre sí por consanguinidad o afinidad, cuyo origen está marcado por la celebración de uno de los actos que constitucional y legalmente se contemplan como formas de constitución de una familia, o simplemente por vínculos de hecho, que viven bajo un régimen de organización filial y comparten un mismo hogar, caracterizándose por los lazos de afectividad, respeto, solidaridad y colaboración mutua, sobre las cuales se consolida una relación fuerte e íntima entre todos sus integrantes que ya no son solamente la pareja de padres y los hijos, sino que se amplía a otras personas que se insertan a formar parte de la estructura familiar.

Como se ha puntualizado, la familia se origina no solamente por vínculos de orden natural o biológico entre padres e hijos, sino que también existe la posibilidad de conformarla mediante la aplicación de mecanismos jurídicos previstos en la ley, entre éstos se encuentra la adopción.

De acuerdo con lo manifestado por Varsi (2013) la adopción se trata de un procedimiento, ajustado a algunas solemnidades previstas en las leyes, que concluye con la emisión de un acto jurídico por medio del cual se genera una relación de filiación, al establecerse entre el adoptante y adoptado un vínculo

paterno-filial, por el cual el primero adquiere el rol de padre frente al segundo que a su vez asume el de hijo, adquiriendo ambos sujetos todos los derechos y asumiendo todos los deberes que este vínculo implica (p. 497).

La adopción es considerada casi en la universalidad de las legislaciones nacionales en que ha sido regulada, como en los instrumentos internacionales que se refieren a ella como un acto solemne, esto en razón de que el procedimiento que debe cumplirse para que la misma se concrete, está sujeta al cumplimiento de múltiples solemnidades, exigiéndose esencialmente la intervención de servidores públicos y de autoridades judiciales que tienen la misión de garantizar que se cumpla estrictamente con los presupuestos legales y que todas las acciones y decisiones que se tomen, estén orientadas a cumplir de manera esencial con el interés superior del niño, niña o adolescente que va a ser adoptado (Larrea, 2008, p. 373).

Simón (2021) manifiesta:

Con base en las normas del CNA se puede definir a la adopción como una institución de protección de niños, niñas o adolescentes, privados de manera permanente de su medio familiar en virtud de la que se establece entre el o los adoptantes y el adoptado todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parento-filial, es decir, el hijo/a adoptivo/a se asimila en todo al hijo/a consanguíneo/a (art. 151 CNA). La adopción no se encuentra sujeta a modalidades, es irrevocable y cualquier condición que se imponga al otorgar el consentimiento se tiene por no escrita, sin que se afecte por tal circunstancia, la validez de la misma (art. 154 CNA).

Por tanto, el efecto de la adopción es establecer la filiación entre el adoptado y el adoptante, además de todas las relaciones de parentesco correspondientes, asimilándole al adoptado al hijo o hija biológica, para todos los efectos. (p. 430)

La adopción de acuerdo con el criterio citado, tiene como propósito esencial proteger a las niñas, niños o adolescente, que no cuentan con un medio familiar, al celebrarse se genera un vínculo entre los adoptantes y los adoptados, que es en todo asimilable al que exige entre los padres e hijos ligados por un vínculo biológico. La ley establece principios como la no sujeción a modalidades, la irrevocabilidad y la incondicionalidad de la adopción, con la finalidad que esta

institución sea válida y cumpla los fines por los cuales se ha incorporado dentro del régimen del derecho de familia.

En el mismo sentido Albán (2010) admite que la adopción es el vínculo por el cual se constituye una familia, generándose entre el adoptante y el adoptado, los derechos y obligaciones recíprocas que son características de la relación establecida entre padres e hijos unidos por vínculos biológicos o naturales (p. 218). *Es conveniente, dejar claro que tanto este concepto como lo que se han citado y comentado en las líneas que antecedente, permiten evidenciar con mucha claridad que la adopción es un mecanismo para constituir una familia, y que la familia adoptiva está amparada y protegida por todas las normas de orden constitucional y legal que han previsto los Estados para proteger a la familia como núcleo de la sociedad.*

El Código Civil ecuatoriano (2015), presenta un concepto legal de adopción en los siguientes términos:

Art. 314.- La adopción 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.

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

Se concreta por parte del legislador un concepto muy similar al establecido en la doctrina, por cuanto con precisión se determina que la adopción es la institución jurídica, por medio de la cual el adoptante adquiere frente a un menor que recibe el nombre de adoptado, todos los derechos y asume todas las obligaciones que la ley impone al padre y a la madre. El concepto, talvez resulta algo incompleto, porque no concreta que el adoptado adquiere respecto del adoptante todos los derechos de hijo y asume también todas las obligaciones que en esta condición le corresponden. Sin embargo, la norma permite entender con claridad el propósito de la institución jurídica que está siendo analizada.

En cuanto a la regulación de la adopción en el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente, debe señalarse en primera instancia que la Constitución de la República (CRE) (2008) en su Art. 44, determina que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a tener una familia y a disfrutar de la convivencia con los demás integrantes de aquella. En esta norma, no se hace una diferenciación

respecto de familias biológicas y familias adoptivas, por lo que se entienden que el derecho se ejerce respecto de cualesquiera de estas dos clases de familia, siendo obligación del Estado protegerlas.

En el inciso segundo de su Art. 68 la CRE, establece tácitamente la prohibición de adopción por parte de parejas conformadas por personas del mismo sexo, la norma en cuestión señala: “La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo” (2008). Por la vigencia del precepto anterior, el Estado ecuatoriano consagra el derecho de adopción como un atributo exclusivo de parejas conformadas por personas de distinto sexo, en consecuencia, las parejas homosexuales tienen un impedimento constitucional para comparecer a los procedimientos de adopción como adoptantes, quedando de esta forma imposibilitadas de procurar la conformación de una familia homoparental.

Por tener relación con la adopción, hay que mencionar que el numeral 6 del Art. 69 de la CRE (2008), reconoce la igualdad de los hijos que están integrados a su familia biológica con aquellos que se han incorporado a una familia adoptiva, respecto del ejercicio de sus derechos, circunstancia para la cual no deben considerarse antecedentes relacionados con la filiación o la adopción. Este precepto constitucional, procura eliminar los prejuicios que otrora existían respecto de que los hijos adoptados se encontraban en una situación de inferioridad jurídica en cuanto a su condición de titulares de derechos frente a los padres adoptantes, situación que ventajosamente ha sido superada, eliminando de esta forma una discriminación injustificada que ponía en riesgo de vulneración de derechos a los menores adoptados.

Las anteriores son las únicas normas de rango constitucional que en el ordenamiento ecuatoriano hacen referencia a la adopción, esta institución ha sido abordada de una forma más amplia en el ámbito legislativo, a través de la incorporación de un régimen bastante amplio en el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) (2022), del cual se pueden rescatar los siguientes comentarios.

Como parte de las reglas generales, el régimen legal especializado en materia de niñez y adolescencia, determina que el propósito de la adopción, es garantizar a la niña, niño o adolescente que ha sido declarado apto para ser adoptado, que pueda contar con una familia idónea que le acoja de manera permanente y definitiva, esto según el texto del Art. 151 del CNA (2022).

Conforme a este precepto, la finalidad de la adopción, no es darle un hijo a determinada familia o a una pareja de adoptantes que ha cumplido con los requisitos legales; sino, la de que un menor que se encuentra en condición de adoptabilidad, pueda integrarse a una familia.

No obstante, es evidente que, al cumplirse el propósito de la adopción, también se está garantizando el derecho de los adultos a poder conformar una familia, intención que se constituye en un ideal de la mayoría de las personas que deciden llevar una vida en común con una pareja, pues generalmente se entiende que los hijos son el complemento ideal para una convivencia familiar adecuada. Por lo tanto, es posible sostener que la adopción es una institución que favorece la vigencia de derechos tanto para el menor adoptado, como para los adoptantes, de allí que su protección tiene que ser una preocupación constante del Estado y la sociedad.

En el régimen legal ecuatoriano previsto en el CNA (2022) solo admite la adopción plena, que da lugar al establecimiento de un vínculo entre adoptantes y adoptado, en el cual son aplicables todos los derechos, facultades, responsabilidades, inhabilidades, impedimentos y prohibiciones, asimilándose de esta forma en todo, la familia adoptiva a la familia consanguínea. Uno de los efectos inmediatos de la adopción es la extinción del parentesco entre el menor adoptado y los integrantes de su familia original, sin embargo, continúan vigentes los impedimentos matrimoniales impuestos en razón de las relaciones de parentesco.

De acuerdo con el Art. 153 del CNA (2022) existen principios que rigen la adopción, éstos son los siguientes: la adopción será el último recurso aplicable sólo ante el agotamiento de medidas de apoyo a la familia biológica, así como para la reinserción familiar; excepcionalmente se aplicará la adopción internacional, siempre será prioritaria y prevalente la adopción nacional; se dará preferencia a la adopción en la que intervengan como adoptantes personas heterosexuales constituidas por cualquier de los vínculos legalmente reconocidos, frente a la adopción por parte de una sola persona; los miembros de la familia de origen del menor, hasta el cuarto grado de consanguinidad, tendrán preferencia frente a otros adoptantes; en el proceso de adopción, se escuchará y valorará la opiniones del niño, siempre que estén en condiciones de aportarlas, si el adoptado es un adolescente su consentimiento será imperativo en el procedimiento de

adopción; los menores adoptados tienen derecho a conocer que tienen esta condición, así como también su origen, historia personal y familia consanguínea, salvo que haya existido una prohibición expresa de sus familiares; los adoptantes deben cumplir ciertas condiciones de idoneidad; tanto los menores declarados en adoptabilidad como los candidatos a adoptantes deben ser capacitados en debida forma para la adopción; finalmente se establece que si en la adopción intervienen menores que pertenezcan a pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianas, como adoptantes tendrán preferencia aquellas personas que pertenezcan a distintas culturas.

Además de lo indicado, la normativa legal establece algunas otras reglas de orden general: que la adopción es incondicional e irrevocable y no puede estar sujeta a modalidades; que está prohibida la obtención de beneficios económicos por parte de quienes deben otorgar su consentimiento o de quien actúe como intermediario en el procedimiento; que solo por excepción la adopción implicará la separación de menores que sean hermanos entre sí, y que en caso de que esto suceda tendrán que aplicarse las medidas necesarias para que mantengan una buena comunicación que preserve su relación personal; que los adoptados, deben ser personas con una edad menor a los dieciocho años, sin embargo es posible adoptar personas adultas siempre y cuando se cumplan las condiciones previstas en la ley, que son: que exista un parentesco con el adoptante dentro del quinto grado de consanguinidad; que los adoptados hayan estado integrados en acogimiento familiar el hogar del adoptante por un lapso no menor a dos años; que hayan estado integradas al hogar del adoptante desde su niñez o adolescencia por un período no menor a cuatro años; y que, el menor al que se pretende adoptar sea hijo del cónyuge del adoptante. La ley, es clara en disponer que en ningún caso será posible la adopción de personas mayores a veintiún años.

Un aspecto interesante que debe mencionarse, es el relacionado con los requisitos que la ley impone a quienes comparecen al procedimiento de adopción, como candidatos a adoptantes, que de conformidad en el Art. 159 del CNA (2022) son: que estén domiciliados en territorio ecuatoriano o de algún estado con que el Ecuador mantenga convenios de adopción; ser legalmente capaces; estar en ejercicio de sus derechos políticos; tener una edad mayor a los veinticinco años; tener una diferencia de edad con el adoptado que no sea menor de trece ni mayor de cuarenta y cinco años, esta diferencia se reduce cuando el adoptado sea

hijo del cónyuge o conviviente, y no será aplicable en las adopciones entre parientes; si comparece al proceso de adopción una pareja, esta debe ser heterosexual, mantener una unión por más de tres años, sea en matrimonio o unión de hecho reconocida legalmente; tener una adecuada salud física y mental; contar con recursos económicos suficientes para satisfacer las necesidades básicas del adoptado; no tener antecedentes penales.

Como se puede observar los requisitos que deben cumplir los adoptantes, están relacionados esencialmente con la aptitud para poder desempeñar adecuadamente la obligación que asumen dentro de la adopción, respecto de la posibilidad de prodigar al adoptado todo lo necesario para que pueda subsistir de una forma digna y lograr su adecuado desarrollo.

En el CNA (2022), se ratifica la prohibición señalada en la CRE (2008), al establecer que la adopción por parte de parejas, corresponderá solamente a aquellas heterosexuales, es decir a las conformadas por un hombre y una mujer, imponiéndose de esta forma una restricción de orden legal para que pueda aplicarse la adopción por parte de parejas conformadas por personas del mismo sexo.

En la forma anterior ha quedado puntualmente descrito el régimen jurídico vigente en el Ecuador respecto a la adopción y detallada de manera específica la normativa según la cual están prohibidas las adopciones por parte de parejas homosexuales.

### **Los derechos de las parejas homosexuales en el ámbito familiar**

Es importante con la finalidad de encuadrar de manera adecuada el análisis que va a desarrollarse en este subtema, entender correctamente, a que se hace referencia con la denominación de parejas homosexuales. Se identifica como homosexual, la relación entre dos personas del mismo sexo, es decir entre dos hombres o dos mujeres, que al conformar una pareja establecen un vínculo duradero, caracterizado por lazos afectivos y emocionales y por el planteamiento de un proyecto de vida en común. La dinámica de este tipo de parejas, no es absolutamente diferente de la que se manifiesta entre parejas heterosexuales, principalmente en aspectos como la expresión de sentimientos, la comunicación, y la solución de problemas, sin embargo si ha sido evidente la diferenciación que se ha impuesto en aspectos contextuales, fundamentalmente debido a la discriminación de la que han sido objeto las personas con preferencias sexuales

distintas a la heterosexualidad, y que proviene de la propia familia, la sociedad y las instituciones del Estado, lo que ha provocado el ocultamiento de la preferencia homosexual y la dificultad para que estas personas puedan involucrarse adecuadamente en las relaciones sociales (Kurder, 2005, p. 243).

De acuerdo con Fallu (2011), las conductas relacionadas con la homosexualidad han estado presentes en los diferentes momentos históricos del devenir de la humanidad, incluso se advierte que están relacionados con la evolución propia del ser humano y con la manifestación natural de su sexualidad, por lo que no puede decirse que se trate de un factor que afecte la dignidad de las personas o las corrompa. Desde la perspectiva sociológica se han evidenciado cambios bastante diferenciados respecto de la homosexualidad y la reacción social que frente a ella han tenido las distintas sociedades, así en la edad antigua concretamente en Grecia y Roma, hasta el siglo IV d.c., en que surge la iglesia católica, las conductas homosexuales eran socialmente toleradas y aceptadas; entre el siglo V y el siglo XV se consideró a la homosexualidad como un grave pecado; desde el siglo XV hasta mediados del siglo XX, la homosexualidad se trató como una enfermedad o un trastorno psicológico siendo considerada además desde una perspectiva moral como una aberración o perversión del ser humano. En la década de los sesenta y los setenta, se empiezan a gestar movimientos protagonizados especialmente por jóvenes, que proclamaron la libertad sexual, promoviendo entre otros aspectos relacionados con la sexualidad el reconocimiento a las preferencias homosexuales, esta lucha condujo a que en el año de 1990 la Organización Mundial de la Salud reconozca a la homosexualidad como una orientación sexual diferente excluyéndola de la lista de enfermedades, y ha permitido que algunos Estados del mundo hayan reconocido los derechos de las parejas conformadas por personas de distinto sexo, regulando el matrimonio y la adopción, decisión a la que se ha llegado luego de determinar que las conductas homosexuales, asumidas dentro de un marco libre de discriminación y de violencia, son comportamientos naturales y funcionales que no lesionan los derechos de las personas que tienen una orientación sexual distinta (pp. 15-17).

Es innegable que desde comienzos del siglo XXI, la familia ha sufrido una diversificación estructural dando lugar al reconocimiento de diferentes tipos de organización familiar, entre los cuales se encuentran las denominadas familias homoparentales, que como puede deducirse son aquellas en que los individuos

que cumplen el rol de padres o progenitores, son personas que manifiestan una preferencia sexual de orientación homosexual, situación que en realidad no puede ser asumida como un fenómeno nuevo, puesto que como se ha dejado mencionado la homosexualidad se ha venido manifestando en la humanidad desde hace muchísimo tiempo, sin embargo es en las sociedades actuales en donde se ha generado la controversia por el reconocimiento que han hecho muchos Estados de los derechos de las parejas homosexuales en el ámbito familiar. El conflicto de orden social, político y jurídico, obedece esencialmente a la existencia de sectores autodenominados progresistas que enarbolan la defensa del derecho a la adopción por parte de las parejas homosexuales y otros de corriente conservadora que en cambio se oponen frontalmente tanto a la homosexualidad como al reconocimiento de derechos que permitan la conformación de familias homoparentales, la contradicción plantea como eje central de la discusión el bienestar de los menores respecto de la calidad y capacidad que presentan las personas homosexuales como padres o como madres, y la conveniencia o no del involucramiento en estas familias para el desarrollo psicológico, social y emocional del niño, niña o adolescente (Domínguez y Montalbán, 2012, p. 19).

Retornando al análisis de la legislación ecuatoriana, es preciso recordar que la CRE (2008), en el numeral 2 de su Art. 11, como garantía del derecho a la igualdad, prohíbe la discriminación, entre otras razones, por la orientación sexual de las personas, impidiendo que por esta razón los derechos de laguna persona puedan ser menoscabados o desconocidos, razón por la cual se imponen en las leyes las sanciones correspondientes para las conductas discriminatorias. El Estado está en la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, para que entre los titulares de derechos exista una igualdad real.

En concordancia con lo mencionado, el Art. 67 de la CRE (2008) establece que en la sociedad ecuatoriana se reconocen los diversos tipos de familia, e impone al Estado de deber de proteger a la familia y garantizar la existencia de condiciones que hagan posible de una manera integral la consecución de sus fines, señalando además que las familias se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho, y se sustentarán en el respeto a la igualdad de derechos y oportunidades de todos sus integrantes. La norma en cuestión, determina que el matrimonio está constituido por el vínculo entre un hombre y una mujer, basado en el libre

consentimiento de ambos contrayentes y en la igualdad de ambos respecto de su capacidad legal, obligaciones y derechos.

En cuanto al reconocimiento de los diversos tipos de familia, existe un pronunciamiento de la Corte Constitucional del Ecuador, en el sentido de que el precepto contenido en el el Art. 67 de la CRE (2008), no permite que se haga una determinación taxativa de las distintas clases de familia, y que por lo tanto lo trascendental de la disposición está en determinar que el núcleo familiar se origina a través de vínculos jurídicos o de hecho, sustentados en la igualdad de sus integrantes, de allí que el afán del Estado está orientado a proteger a la familia, y a la diversidad de formas en que esta puede constituirse, entre las cuales se encuentran justamente las familias homoparentales (Sentencia 11-18-CN/19).

Otra norma constitucional que reconoce derechos respecto de la posibilidad de que las personas con preferencias homosexuales, puedan constituir una familia, es el Art. 68 de la CRE (2008), que se refiere a la posibilidad de que dos personas (indistintamente de su sexo) que se encuentren libres de vínculo matrimonial, puedan conformar un hogar de hecho, si han mantenido su unión de manera estable y monogámica por el tiempo y bajo las condiciones previstas en la ley. Este tipo de familias, por así disponerlo el artículo en mención, genera los mismos derechos y obligaciones que aquellas que se imponen respecto de las familias que se constituyen a través del matrimonio.

Teniendo como antecedente los criterios expresados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al emitir la Opinión Consultiva OC-21/14 (2014), en donde se ha establecido con claridad que la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, declara que no son válidas las normas legales, actos o prácticas, que impliquen una discriminación de las personas a consecuencia de su orientación sexual, y manifiesta que ningún precepto legal, decisión legislativa o actuación judicial, pueden disminuir, restringir o desconocer derechos, arguyendo este criterio de discriminación, la Corte Constitucional del Ecuador, ha emitido algunas sentencias en las cuales, se imponen principios para el reconocimiento de los derechos de las personas que han decidido una orientación sexual diferente a la heterosexualidad. Así por ejemplo, ha señalado que la orientación sexual es un elemento de la integridad personal, y se sustenta en la libertad de desarrollar libremente la personalidad y elegir la forma en que ejerce su sexualidad, conforme

a sus convicciones y al sentido que ha decidido darle a su existencia (Sentencia 184-18-SEP-CC, 2018).

De igual forma ha determinado el máximo órgano de justicia constitucional ecuatoriana, que la orientación sexual no puede servir como justificación para la adopción de decisiones legislativas que implican discriminación, puesto que existen preceptos contenidos en la norma suprema, que prohíben cualquier forma de exclusión o anulación de derechos (Sentencia 184-18-SEP-CC, 2018).

No obstante, la evolución que ha tenido el ordenamiento jurídico a partir de la vigencia de la CRE (2008), el reconocimiento de los derechos de parejas conformadas por personas del mismo sexo, y la posibilidad de que éstas puedan consolidarse a través de una unión de hecho o de la celebración del matrimonio es relativamente novo.

El reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, obedece a pronunciamientos específicos realizados por la Corte Constitucional del Ecuador, que en primera instancia declaró la inconstitucionalidad de los preceptos legales que imponían el requisito que el matrimonio se celebre entre un hombre y una mujer y el fin de la procreación, el fundamento para esta decisión es que la exigencia respecto a la diferencia de sexos es atentatoria contra el derecho a la igualdad tanto formal como material, en razón de que por expresa disposición constitucional todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos, entre ellos el libre desarrollo de la personalidad y la protección a la familia, razón por la cual la normativa legal era discriminatoria, al basarse exclusivamente en la orientación sexual de los contrayentes, para incorporar un trato legal discriminatorio en contra de las personas; también se sostiene que la exclusión de personas del mismo sexo como contrayentes, no se justifica legalmente, y genera una estigmatización social que redundaría en el deterioro de la calidad de vida de las personas con orientación homosexual, generando una discriminación sustentada en las vejaciones de que son objeto en el contexto social. Como resultado del análisis desarrollado la Corte Constitucional, determina que:

Es inconstitucional la norma legal cuestionada, aquella según la cual *las parejas del mismo sexo no tienen el poder jurídico de contraer matrimonio*. Como lo son por tanto, los fragmentos de los artículos 81 del Código Civil y 51 de la LOGIDC que dan lugar a dicha norma: en ambas disposiciones

legales, la expresión “un hombre y una mujer” y, en la primera, el término “procrear” (Sentencia 10-18-CN/19, p. 28)

En concordancia con el pronunciamiento legal anterior la Corte Constitucional de Ecuador, expidió otra sentencia en la cual determina que la normativa legal por la cual se excluía a las personas homosexuales, de poder contraer matrimonio, se encontraba en oposición con el derecho a la igualdad y no discriminación, y que en el ordenamiento constitucional, no se advierte ninguna finalidad que justifique la exclusión de las parejas homosexuales, por lo que la medida restrictiva era contraria con la finalidad constitucional de proteger a la familia en sus diversos tipos, generándose una situación jurídica que no es admisible en una sociedad sustentada en el respeto a los derechos de las personas, en la igualdad y la democracia, principios según los cuales no se puede admitir el reconocimiento de privilegios a determinadas parejas en razón de su orientación sexual, y la restricción injusta a las parejas homosexuales, que no solamente verían restringido su derecho a contraer matrimonio, sino que se les anularía toda posibilidad de poder conformar una familia, incurriéndose de esta manera en una conducta de absoluta desigualdad y discriminación (Sentencia 11-18-CN/19).

Las decisiones de la Corte Constitucional sirvieron de sustento para que legalmente se admitan tanto las uniones de hecho como el matrimonio entre parejas integradas por personas del mismo sexo, sin embargo aún se mantiene un criterio de discriminación tanto en la normativa constitucional como legal especializada en materia de niñez y adolescencia, por el hecho de que se prohíbe la adopción por parte de estas parejas, en consecuencia se impide que se configure el propósito esencial por el que se celebran dichos vínculos, que es la consolidación de una relación a partir de la cual surge la familia, propósito que en estos casos se cumpliría al momento de permitirse que comparezcan como adoptantes dentro de un procedimiento de adopción de un menor.

### **La adopción por parte de parejas homosexuales en relación al principio de interés superior de los derechos de los menores**

La conformación de familias homoparentales, mediante la adopción de un menor por parte de una pareja homosexual, puede presentar diferentes modalidades, caracterizándose en todos los casos por el hecho de que el adoptante o los adoptantes, son personas que tienen una orientación sexual distinta a la heterosexualidad. Así la adopción por parte de parejas del mismo sexo, puede ser

conjunta, es decir, que intervengan como adoptantes los dos integrantes de la pareja; puede tratarse de la adopción de un hijo biológico de uno de los miembros de la pareja homosexual por parte del otro; y, finalmente puede darse el caso también de que una persona homosexual, comparezca sola al procedimiento de adopción, como adoptante (Reyes y Arenas, 2019, pp. 8-9).

Martínez y Vidal (2017) destacan que en los procedimientos de adopción es indispensable considerar el interés superior del menor, que contiene el mandato constitucional, de privilegiar sus derechos, frente a los de las demás personas o grupos que defiendan algún tipo de interés colectivo, este principio debe garantizarse también cuando el menor ya ha sido integrado a su familia adoptiva, y ha logrado consolidar un vínculo afectivo con los adoptantes, por lo tanto para decidir si existe conflicto entre la adopción por parte de las parejas del mismo sexo y el principio de interés superior de los derechos del menor, es indispensable realizar una evaluación acerca de los factores que inciden en esta situación, y fundamentalmente determinar si puede existir algún tipo de riesgo para el desarrollo integral del adoptado, o si la adopción puede implicar una afectación a sus derechos fundamentales; asimismo es indispensable determinar si las familias homoparentales son núcleos capaces de poder ofrecer al menor las condiciones óptimas para el desarrollo adecuado de su existencia (p. 39).

El principio de interés superior está consagrado en el Art. 45 de la CRE (2008) y desarrollado en los Arts. 11, 14 y 22 del CNA (2022), normas que establecen el principio de que los derechos de las niñas, niños y adolescentes prevalecen y serán atendidos de manera prioritaria, respecto de los derechos de las demás personas, que puedan estar involucradas en una relación jurídica, en la que estén inmersos los menores como sujetos especiales de protección. Estos preceptos imponen además a todas las entidades públicas y privadas, así como a sus servidores, a los administradores de justicia, legisladores y autoridades administrativas, que todas las decisiones y medidas que puedan afectar los derechos de las niñas, niños y adolescentes, se adopten considerando de manera imprescindible el principio de interés superior (Malla y Vásquez, 2021, p. 562).

Es importante antes de avanzar en el análisis, presentar elementos de orden doctrinario que permitan comprender la magnitud del principio de interés superior de los menores, desde esta perspectiva se debe señalar que por efecto de este

principio los menores son titulares de todos los derechos fundamentales además de algunos derechos específicos de su desarrollo cronológico, por lo tanto todas las decisiones que se relacionen con esos derechos, independientemente de la autoridad de la que provengan, deben estar orientadas a garantizar su efectiva vigencia, la consagración de este principio se realiza en el ordenamiento constitucional y legal en razón de que las niñas, niños y adolescentes no tienen la capacidad para confrontar la vulneración de sus derechos o para ejercer mecanismos de defensa adecuados (Ravetllat, 2012, p. 96); este principio implica que antes de tomar cualquier decisión o disponer la aplicación de una medida, se considere esencialmente la promoción y protección, así como la no transgresión de los derechos del menor, de forma tal que estos no sean vulnerados (Cillero, 2022, p. 8).

La trascendencia jurídica y social que tiene la adopción, no puede ser menoscabada por la aplicación de criterios discriminatorios, basados en la orientación sexual de los adoptantes, sino que tiene que estar orientada siempre al cumplimiento del deber estatal de proteger el interés superior del niño que ha sido declarado en situación de adoptabilidad. Sin embargo, desde la perspectiva tradicionalista, siempre se ha considerado que la adopción es un mecanismo a través del cual el adoptado al incorporarse a una familia, aprende a internalizar como propios los roles que observa en las figuras paterna y materna que sólo son evidenciables al tratarse de parejas heterosexuales, por lo tanto se asume que únicamente estas pueden brindar la imagen adecuada para el desarrollo del menor. Sin embargo, de las experiencias observadas, se establece que el niño que convive con una pareja homosexual, cuyos integrantes le brindan protección, afecto, cuidado, respeto, puede desarrollarse de una forma integral en todos los aspectos de su existencia, y por lo tanto constituye un desatino jurídico el condicionar la adopción a la orientación sexual de las personas que desean adoptarlo, esencialmente porque se pone en juego el principio de interés superior del menor, al ocasionar que no pueda insertarse a una familia (Nofal, 2010, p. 84).

Los autores Bolaños y Charry (2018) señalan categóricamente que la orientación sexual, no puede ser en ningún caso considerada como un elemento determinante para calificar la idoneidad de los adoptantes, estiman que lo que debe hacerse en cada procedimiento de adopción, es el análisis pertinente a objeto de que la decisión de conceder la adopción, garantice de manera efectiva el

principio de interés superior del menor, considerando para el efecto las posibilidades de la persona o familia adoptante de proveerle de las condiciones indispensables para su adecuado desarrollo.

No obstante, los elementos presentados acerca de que la adopción por parte de parejas del mismo sexo no contraviene el interés superior, se debe concluir este subtema manifestando en coincidencia con Ruiz y Pinos (2020), que se mantiene un vacío en el régimen constitucional y legal ecuatoriano, esto en razón de que ha pesado más la opinión de ciertos sectores de la sociedad, dejando de lado lo que resulta verdaderamente trascendental en esta materia, que es la protección del interés superior del menor, siendo evidente que se ha dado preeminencia a posiciones de orden moral, religioso y social, que a los derechos de aquellos menores que permanecen en las instituciones de acogida, a la espera de ser adoptados.

### **Revisión del régimen normativo internacional y comparado acerca de la adopción de menores por parte de parejas homosexuales**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-21/14 (2014) a la que se ha hecho referencia anteriormente, este órgano reitera los criterios jurisprudenciales que constantemente ha emitido, en el sentido de que la orientación sexual es una categoría que se encuentra debidamente protegida por la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, y por lo tanto, toda disposición de orden legal que contemple un precepto normativo que establezca una discriminación basada en esta categoría, está proscrita. La Corte, así mismo declaró que la falta de un consenso a lo interno de algunos Estados, en cuanto a la vigencia plena de los derechos de las personas que tienen una determinada orientación sexual, no puede ser en ningún caso un argumento para que esos derechos sean restringidos, o para perpetuar una discriminación histórica a la que lamentablemente han sido sometidos estos grupos humanos. Este alto tribunal de justicia, ha reiterado que la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, no protege de manera exclusiva a un solo tipo de familia, puesto que la definición de este núcleo familiar no es aplicable solo a las parejas conformadas por personas de distinto sexo, de allí que el vínculo familiar puede originarse de una relación de personas del mismo sexo evento en el cual también está protegido por las normas del referido instrumento internacional.

La adopción por parte de parejas homosexuales ha sido reconocida en algunos ordenamientos jurídicos del mundo, así en los Estados Unidos de América, el matrimonio igualitario se reconoció por la expedición de una sentencia en el denominado caso Obergefell vs. Hodges, a través de la cual se instituyó también el derecho de estas parejas a la adopción, pero se impuso el requisito de que las personas que se identifican como pertenecientes a los grupos LGBTI, deben estar unidas mediante matrimonio para poder comparecer a los procedimientos de adopción, como adoptantes (Hutto, 2019, p. 4).

En el continente Europeo, es España el primer país que legalizó la adopción por parte de familias homoparentales, a través de la aprobación de la Ley No. 13/2005, que incorporó una modificación al Código Civil, permitiendo el matrimonio de parejas homosexuales y regulando el derecho a la adopción, que también se reconoce en favor de las parejas integradas por personas del mismo sexo que se encuentran bajo el régimen de hecho. Aquí es importante destacar que una de las consideraciones esenciales para la expedición de esta Ley, fue el reconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación, y esencialmente el interés superior de los derechos del menor, en el sentido de contribuir que a través de estas adopciones garanticen la posibilidad de que los niños huérfanos o abandonados de sus familias biológicas, puedan integrarse a una familia adoptiva. (Gutiérrez, 2018, p. 12).

En el contexto latinoamericano, México, a través de una reforma al Código Civil y Código de Procedimientos Civiles, aprobada en el año 2009, incorporó el matrimonio entre personas del mismo sexo, y de igual forma aprobó también una modificación legal a través de la cual se incorporó la posibilidad de adopción por parte de personas del mismo sexo (Chaparro y Guzmán, 2017, p. 271).

Continuando con el análisis de la incorporación de la adopción por parte de parejas homosexuales, tenemos que Argentina reconoció el derecho al matrimonio igualitario, mediante la promulgación de la Ley 26.618, a través de esta normativa se reguló también la adopción por parte de estas parejas, desarrollando normativa acerca de la identidad de los adoptados, al precisar por ejemplo que debe llevar los apellidos de los dos adoptantes, y que en caso de separación de la pareja la patria potestad del menor sería objeto de decisión judicial, la legislación argentina a través de normas expresas contenidas en el Código Civil y Comercial, establece que no puede aplicarse ningún criterio discriminatorio respecto de las familias

originadas en matrimonios igualitarios, y al efecto prohíbe cualquier limitación, restricción, exclusión o supresión de derechos (Castillo, 2021, p. 12).

Finalmente es necesario referirse al caso de Chile, señalando que este país incorporó el matrimonio entre parejas homosexuales, a partir de la promulgación de la Ley Nro. 21400 publicada el 10 de diciembre de 2021, que incorpora reformas al Código Civil, según las cuales estas parejas también pueden adoptar (Congreso Nacional de Chile, 2021).

A partir de los elementos antes expuestos se concluye que la adopción por parte de personas del mismo sexo, ha sido regulada jurídicamente en otros Estados, donde reconociendo esencialmente el derecho fundamental a la igualdad, y procurando el cumplimiento del interés superior del menor, se ha legislado de manera específica en esta materia, situación que debería ser trasladada también al ordenamiento jurídico ecuatoriano.

### **Argumentos en relación a la incorporación de la adopción por parte de parejas homosexuales en el régimen constitucional y legal ecuatoriano**

Con la finalidad que el análisis respecto a la pertinencia de que se incorpore la adopción por parte de parejas homosexuales, a través de la revisión de la normativa constitucional y legal vigente en el Ecuador, no aparezca sesgado o direccionado, se mencionará inicialmente algunos elementos relacionados con las posiciones de los sectores sociales, así como de los doctrinarios que mantienen una oposición al reconocimiento de tal posibilidad.

Uno de los principales actores sociales, que ha demostrado una posición radical en contra de la adopción por parte de parejas homosexuales, no solo en Ecuador sino a nivel mundial, es la iglesia, tanto católica como cristiana, que argumentan que la homosexualidad es atentatoria contra los postulados de Dios, y contraria a la naturaleza misma de la especie humana, por lo tanto admite que sólo la relación heterosexual debe ser asumida como legal, siempre y cuando se base en un matrimonio celebrado conforme a las normas de estas iglesias y en la cual los contrayentes adecúen sus conductas a los preceptos religiosos que proclaman. (Paredes y Núñez, 2019, p. 63). Esta posición de tipo dogmático, obedece a una concepción tradicional de la familia, y no está acorde con la realidad social y jurídica actual, en donde como hemos visto incluso constitucionalmente se reconoce la diversificación de la familia en distintos tipos, entre ellos la familia homosexual, que debe ser reconocida y protegida legalmente.

Otros argumentos provienen de quienes consideran que la homosexualidad es una enfermedad, caracterizada por un desorden emocional, mental o psicológico y que por lo mismo la relación del menor con los adoptantes, implicaría un riesgo para su adecuado desarrollo, agregan además que las personas del mismo sexo que integran la pareja homoparental, no constituirían un ejemplo adecuado de padre o madre, ya que trasladarían al menor el criterio de que la homosexualidad es normal. De igual forma se ha argumentado que los menores adoptados por parejas homosexuales enfrentarían problemas relacionados con el desarrollo de su identidad sexual (Ruiz y Pinos, 2020, p. 27). En contra de esta posición es necesario manifestar que en el contexto mundial se han desarrollado estudios a través de los cuales se ha concretado que el crecimiento y desarrollo positivo de los menores guarda una relación directa con las relaciones y el ambiente que le ofrece el contexto familiar por lo tanto la orientación sexual de los padres ejerce un efecto mínimo e insignificante en la calidad de vida de los hijos (Campo-Arias y Herazo, 2015, 76).

A partir de la promulgación de la CRE (2008), la sociedad ecuatoriana vive bajo el régimen de un Estado constitucional de derechos y justicia, en donde el fin primordial de la actividad estatal está orientado a la consecución de una sociedad justa y jurídicamente equilibrada, sustentada en el respeto esencial a los derechos fundamentales de los ciudadanos, de allí que bajo los principios del neoconstitucionalismo el régimen constitucional incorpora todas las garantías para hacer efectivos los derechos, sin que en este propósito pueda aplicarse ningún criterio de discriminación, por razones de condición socioeconómica, identidad de género, sexo, o preferencias de orden sexual.

La CRE (2008), reconoce una serie de derechos a través del cual se garantiza la realización personal de los individuos, entre ellos tenemos los denominados “derechos de libertad” que son aquellos que permiten al ser humano desarrollar su existencia según sus convicciones, decisiones y preferencias, respetando las normas jurídicas y los derechos de los demás integrantes de la sociedad.

Uno de los derechos de libertad, reconocidos por el Estado ecuatoriano es la igualdad respecto de la cual, se ha dicho que constituye uno de los pilares de toda sociedad organizada y de todo Estado constitucional (Bernal, 2005, p. 25). El derecho fundamental a la igualdad, está asociado de manera directa a la

prohibición de toda forma de discriminación. En este sentido es importante señalar lo que ha manifestado la Corte Constitucional de Ecuador:

La discriminación es el acto de hacer una distinción o segregación que atenta contra la igualdad de oportunidades. Generalmente, se usa “la no discriminación” para referirse a la violación de la igualdad de derechos para los individuos cuando estos se encuentran en la misma situación jurídica. Según la doctrina constitucional, la discriminación ha sido una de las principales fuentes de desigualdad, debido a que como ciertas personas están marginadas de las decisiones, se les priva de ciertos derechos fundamentales, tales como la salud, la seguridad, social, la educación, trabajo, entre otros, estando en las mismas condiciones jurídicas (Sentencia Nro. 139-15-SEP-CC, 2015).

Saucedo (2012), refiriéndose a la discriminación de la que son objeto las parejas homosexuales respecto de la adopción de menores, sostiene que la preferencia establecida en las normas legales para que la adopción pueda llevarse a cabo por parejas heterosexuales, atenta contra la naturaleza jurídica de esta institución, que está orientada precisamente a que el menor pueda contar con una familia que le prodigue afecto y promueva su bienestar, evitando de esta forma las consecuencias negativas generadas por el abandono que sufrió por parte de la familia biológica o por la exposición de las situaciones adversas y riesgo que puede representar su internamiento y permanencia definitiva en instituciones de acogida. En razón de esto sostiene que la decisión del legislador respecto al reconocimiento del derecho de las parejas homoparentales a adoptar, debe estar basada en criterios jurídicos, independientes y objetivos, que lejos de atender a posiciones antagónicas presentadas sin mayor fundamento desde algunos sectores sociales, se sustente más bien en atender al principio de interés superior del menor, que se verá beneficiado por su inclusión a una familia, propósito en el cual no debe ser influyente la orientación o preferencia sexual de las personas que intervienen como adoptantes (p. 388).

También es necesario destacar en coincidencia con Medina (2000) que el reconocimiento del derecho de las parejas homosexuales a adoptar, y de esta forma dar lugar a la conformación de una familia homoparental, está precisamente en el hecho que si una pareja se encuentra conformada por parejas del mismo sexo, es imposible que entre estas pueda llevarse a cabo la concepción y

procreación de un hijo, salvo que se recurra a la aplicación de los recursos médicos y tecnológicos que son utilizados con este propósito (entiéndase por éstos la inseminación artificial, la fecundación asistida, o el uso de vientres de alquiler), métodos en los cuales se requiere la intervención de un tercero ajeno a la pareja homosexual, y para cuya aplicación se requiere la inversión de ingentes recursos económicos, factor que considerando la realidad socioeconómica actual, imposibilita que las parejas puedan recurrir a ellos, por cuestiones de orden económico, por temor a consecuencias legales posteriores, e incluso por temas de orden moral, ante estos eventos es indispensable permitir la adopción, que constituye el mecanismo idóneo para la creación de una familia, en donde los integrantes de la pareja puedan hacer real el ideal de ser padres y el menor tenga en cambio la posibilidad de contar con unos progenitores que le brinden las condiciones necesarias para su desarrollo.

No se puede dejar de mencionar como argumento, el hecho de que la proscripción de la adopción por parte de parejas homosexuales, impuesta por las normas constitucionales y legales a las que se ha hecho referencia oportunamente, genera una inminente situación de riesgo respecto de la vigencia de los derechos de los menores, que son parte de familias homoparentales, pues es innegable que en la sociedad ecuatoriana, se dan casos en que niñas, niños y adolescentes, mantienen un régimen de convivencia familiar, en condición de hijos, respecto de parejas integradas por personas del mismo sexo, generándose de esta forma un vínculo anómalo, que por no estar regulado en debida forma podría representar una afectación de los derechos de los menores (Morán, 2017, p. 55).

Entre los argumentos relacionados con la pertinencia de la incorporación de la adopción por parte de parejas homosexuales, es de trascendental importancia citar el criterio emitido dentro del Dictamen No. 8-09-IC/21 (Adopción familias monoparentales, 2021), como sustento del voto salvado del Juez de la Corte Constitucional de Ecuador, Ramiro Ávila Santamaría, que de manera textual señala:

Lo importante es que los niños y niñas tengan un ambiente familiar en el que puedan desarrollar sus derechos. Ese ambiente se puede afectar por la violencia intrafamiliar y por la violación de los derechos por parte de quienes deben cuidado a los niños y niñas. El cuidado o la violación de derechos no depende ni se puede presumir que se deriva de la orientación

sexual de las personas sino de sus conductas. Tanto una pareja heterosexual, como una familia monoparental u homosexual, pueden garantizar o violar derechos.

Si la norma constitucional se basa en un prejuicio, sin demostración fáctica alguna además, de que toda pareja homosexual no brinda un ambiente para el ejercicio y desarrollo de los niños y niñas, podría ser una norma discriminatoria y contraria a otros principios constitucionales y que se reconocen en instrumentos internacionales de derechos humanos. Además, como sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la prohibición de discriminación es parte de las normas de *ius cogens*. Existe, pues, una tensión entre la prohibición constitucional establecida en la Constitución y otros derechos y principios establecidos en la Constitución y otros instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables en el Ecuador. Por tanto, cabría una interpretación armónica de dicha norma.

La norma constitucional no dice de forma clara si cabe la adopción monoparental y esta es una razón para responder a la demanda y decidir sobre el alcance de la norma. Por otro lado, aunque no fue demandado pero se desprende de la mera lectura del texto, es cuestionable e interpretable si existe en la norma una prohibición de adopción por parte de parejas del mismo sexo o identidad sexual (p. 18).

Muy claro el criterio señalado, que permite establecer que la orientación sexual que manifiesten las personas, no es un factor que incide respecto del cuidado o la violación de los derechos de los menores, pues las parejas heterosexuales como homosexuales están en las mismas condiciones frente a esta situación, por lo tanto, la norma constitucional está sustentada únicamente en un prejuicio que surge a partir de postulados de orden moral y ético planteados por determinando grupos sociales, no sustentados científicamente ni jurídicamente, según los cuales la pareja homosexual no ofrece el ambiente adecuado para que las niñas, niños y adolescentes, puedan desarrollarse adecuadamente. De allí que la norma constitucional es absolutamente discriminatoria y contraria a principios constitucionales y a los contenidos en normas internacionales de derechos humanos. Por lo tanto, como concluye el constitucionalista, es bastante cuestionable que en un Estado constitucional de derechos como es el Ecuador, se encuentre vigente una norma de esta naturaleza.

Finalmente conviene dejar sentado el hecho de que el reconocimiento del derecho de las parejas homosexuales, a constituir a través de la adopción una familia homoparental, se sustenta en el hecho de que en este caso el Estado no pretende como finalidad exclusiva y principal proteger el derecho de las personas homosexuales a adoptar, sino más bien, garantizar que los menores que no tienen la posibilidad de contar con una familia biológica, puedan integrarse a una familia adoptiva, y que esta integración sea un mecanismo eficiente de asegurar que se cumpla con el principio de interés superior de los derechos de los niños y adolescentes (Castillo, 2021, p. 33).

### **Pronunciamientos de la Corte Constitucional del Ecuador en relación con los derechos de las parejas homoparentales revisión comparativa con los pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia**

Para terminar la recopilación de elementos teóricos relacionados con la investigación, se hará una breve revisión de los criterios pronunciados por los órganos de administración de justicia constitucional, de Ecuador y Colombia en relación con la problemática investigada.

La Corte Constitucional de Ecuador, respecto a la igualdad entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales en el ámbito de la familia, ha manifestado lo siguiente.

Sobre la base de la igualdad formal de derechos y obligaciones, la unión de hecho de las señoras Nicola y Helen, posee el mismo derecho a registrar la filiación respecto a la doble maternidad de su núcleo hacia su hija, así como lo tienen los núcleos heterosexuales respecto de sus hijos. En este sentido, la igualdad en cuanto norma imperativa del derecho, obliga una aplicación normativa en la que cada familia sea considerada como igual en las diversas y especiales condiciones de su constitución (Sentencia 184-18-SEP-CC, 2018).

Es importante señalar que en el caso resuelto la Corte Constitucional de Ecuador, analizó el derecho de dos mujeres respecto de la posibilidad de establecer una relación filial, como familia homoparental con la hija de una de ellas. El órgano constitucional, con mucho acierto concluye, que a estas parejas les asiste el mismo derecho que a los núcleos heterosexuales, en razón de que la igualdad como derecho fundamental de las personas, obliga a una aplicación de la

norma en el sentido de que toda familia es igual, independientemente de las diversas condiciones que se hayan verificado en su constitución.

Por su parte la Corte Constitucional de Colombia, ha emitido el siguiente criterio:

Cuando una persona adopta el hijo biológico de su compañero(a) permanente, la condición de homosexual de la pareja adoptante no puede ser fundamento para resolver negativamente el respectivo trámite administrativo (Sentencia SU617/14, 2014).

Es decir, la justicia constitucional colombiana, ha determinado con absoluta puntualidad, que la condición homosexual de la pareja adoptante, no puede ser considerada en ningún caso como fundamento para tomar una determinada decisión en el procedimiento administrativo de adopción, obviamente esto implica que dicha orientación no será argumento para que se pueda negar la adopción, a adoptantes del mismo sexo.

Otro pronunciamiento realizado por parte de la Corte Constitucional de Ecuador, que hace referencia especialmente a la protección del menor, respecto de la adopción, señala:

La Corte Constitucional subraya que el derecho a la igualdad y no discriminación es un elemento constitutivo del reconocimiento de las familias en sus diversos tipos, principio que permite entender que tanto núcleos homoparentales como nucleares-tradicionales poseen la misma capacidad y facultad de formar hogares con hijos y en tanto procuren su interés superior, les asiste toda la protección constitucional consagrada por el constituyente ecuatoriano en nuestra norma suprema (Sentencia 184-18-SEP-CC, 2018).

Este pronunciamiento está relacionado de una manera directa con el reconocimiento de los diferentes tipos de familia que está contemplado en la Constitución, y en base al cual se reconoce que las familias homoparentales, están en plena capacidad de poder conformar hogares con hijos, y siempre y cuando se procure el interés superior del menor, estas familias merecen la protección constitucional y legal de parte del Estado ecuatoriano.

Finalmente se cita el criterio de la Corte Constitucional Colombiana, que tiene que ver con la prevalencia del interés superior del menor como criterio para permitir la adopción homoparental.

La Corte encuentra que no es constitucionalmente válido excluir de los procesos de adopción a las parejas del mismo sexo que conforman una familia. Una hermenéutica en tal sentido genera un déficit de protección de los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono, lo que a su vez desconoce el interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia, por cuanto esta es una medida de protección plenamente idónea para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus demás derechos (Sentencia C-683/15, 2015).

Claramente se establece que es inconstitucional la exclusión de las parejas del mismo sexo como titulares del derecho a conformar una familia mediante la adopción, puesto que argumentar lo contrario sería generar un problema respecto de la protección de los derechos de los menores que se encuentran en situación de abandono, ocasionando una vulneración del principio de interés superior de sus derechos, de allí que la Corte Constitucional de Colombia, asume que la adopción por parte de parejas del mismo sexo, es una forma de proteger de manera efectiva los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

## **Marco Metodológico**

La presente investigación es de tipo pura, puesto que se basa de manera concreta en la recopilación de orden teórico, que desde la perspectiva doctrinaria, jurídica y jurisprudencial se ha realizado acerca de la adopción por parte de parejas del mismo sexo en relación con el principio de interés superior del menor y su derecho a tener una familiar.

Como método de investigación se ha empleado esencialmente el método cualitativo, pues la finalidad del estudio es presentar un detalle minucioso acerca de las características de la problemática abordada.

En la recolección de la información se empleó la investigación documental basada en la consulta bibliográfica, que en el aspecto doctrinario se sustentó en la recopilación de los criterios de autores nacionales e internacionales que han brindado sus opiniones sobre la problemática abordada, en lo jurídico en la revisión de la normativa constitucional y legal ecuatoriana, en las referencias del derecho comparado y en las decisiones pronunciadas por los tribunales de justicia internacional, en lo jurisprudencial el análisis se basó esencialmente en los pronunciamientos desarrollados por la Corte Constitucional del Ecuador y la Corte Constitucional de Colombia.

El trabajo se trata de un caso de estudio teórico, que aborda esencialmente el análisis acerca de la regulación de la adopción por parte de parejas conformadas por personas del mismo sexo en la legislación ecuatoriana, haciendo un análisis comparativo de las opiniones doctrinarias, de los criterios en favor y en contra, así como de los argumentos de orden jurídico y jurisprudencial, acerca de esta problemática y su relación con el principio de interés superior del niño, todo desde la perspectiva del derecho constitucional.

Con la finalidad de presentar una matriz de argumentación lógica del trabajo investigativo se ha elaborado una guía de investigación, partiendo de las variables de la hipótesis que fue planteada en los siguientes términos: “El incumplimiento de los derechos constitucionales de las parejas homoparentales estaría limitando el derecho de los niños a tener y disfrutar de una familia bajo la figura de la adopción”.

La definición conceptual de la hipótesis antes planteada se establece en el sentido que en la sociedad ecuatoriana no existe un efectivo cumplimiento de los

derechos constitucionales reconocidos a las personas que integran parejas homoparentales y ese incumplimiento vulnera el derecho de las niñas, niños y adolescentes a integrarse a una familia a través de la adopción.

Desde la perspectiva operacional, como variables del presupuesto hipotético de esta investigación se plantearon las siguientes:

Variable independiente: El incumplimiento de los derechos constitucionales de las parejas homoparentales.

La variable dependiente: Limitación del derecho de los niños a tener y disfrutar de una familia bajo la figura de la adopción.

A partir de las variables antes indicadas se estructuró la matriz que se presenta a continuación:

## Guía de observación

ANÁLISIS DE LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL						
VARIABLES DE LA HIPÓTESIS	NORMATIVA JURÍDICA	DIMENSIONES/ CARACTERÍSTICAS	PAÍSES		CRITERIOS DE ANÁLISIS	OBSERVACIONES/ ANÁLISIS DE DATOS
			ARGENTINA	CHILE		
El incumplimiento de los derechos constitucionales de las parejas homoparentales	CRE: Art. 68., inc. segundo: “La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”. CNA: Art. 153.3 “Se priorizará la adopción por parte de parejas heterosexuales constituidas legalmente, sobre la adopción por parte de personas solas”.	La CRE excluye la posibilidad de que las parejas homoparentales puedan adoptar.  El CNA determina que se priorizará la adopción por parejas heterosexuales.	Código Civil y Comercial: “Artículo 326: ...En caso que los cónyuges sean de un mismo sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregar al primero de éste, el primero del otro...”.	Código Civil: “Art. 34.-Los padres y las madres de una persona son sus progenitores, respecto de los cuales se ha determinado una relación de filiación. Se entenderán como tales a su madre y/o padre, sus dos madres, o sus dos padres”.	No existe en el ordenamiento constitucional argentino, ni chileno, norma que de manera expresa excluya la adopción (no se ha legislado al respecto).  La legislación civil de argentina expresamente reconoce la adopción por parte de cónyuges el mismo sexo.  La legislación chilena reconoce la posibilidad de que las parejas de adoptantes estén constituidas por personas del mismo sexo.	En el Ecuador se impone una restricción a la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo; restricción que ha sido superada en otras legislaciones latinoamericanas como la de Argentina y la de Chile que contemplan la posibilidad de la adopción por parte de parejas homoparentales.
Limitación del derecho de los niños a tener y disfrutar de una familia bajo la figura de la adopción.	CNA: Art. 159.6 “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”.	EL CNA determina que la pareja de adoptantes debe ser heterosexual y encontrarse constituida en matrimonio o unión de hecho	Código Civil y Comercial: Artículo 326.	Código Civil. Art. 34	Las legislaciones de Argentina y Chile, no imponen limitaciones al derecho de los menores de disfrutar de una familia bajo la figura de la adopción al no restringir que ésta pueda ser solicitada por parte de parejas homoparentales.	Del análisis efectuado se determina que la normativa constitucional y legal ecuatoriana que prohíbe la adopción por parte de parejas homoparentales, repercute en una limitación al derecho de los menores, de disfrutar de una. Esta limitación no se evidencia en otras legislaciones como la argentina y la chilena en donde si se permite esta clase de

adopción.

**ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES**

VARIABLES DE LA HIPÓTESIS	SENTENCIAS	DIMENSIONES/ CARACTERÍSTICAS	PAÍSES (COLOMBIA)	CRITERIOS DE ANÁLISIS	OBSERVACIONES/ ANÁLISIS DE DATOS
<p>El incumplimiento de los derechos constitucionales de las parejas homoparentales</p>	<p>(Sentencia 184-18-SEP-CC). “Sobre la base de la igualdad formal de derechos y obligaciones, la unión de hecho de las señoras Nicola y Helen, posee el mismo derecho a registrar la filiación respecto a la doble maternidad de su núcleo hacia su hija, así como lo tienen los núcleos heterosexuales respecto de sus hijos. En este sentido, la igualdad en cuanto norma imperativa del derecho, obliga una aplicación normativa en la que cada familia sea considerada como igual en las diversas y especiales condiciones de su constitución”.</p>	<p>Por la vigencia del derecho a la igualdad, las parejas del mismo sexo tienen derecho a registrar la filiación respecto de sus hijos.</p> <p>Las familias conformadas por las parejas homoparentales tienen los mismos derechos que las familias constituidas por parejas heterosexuales</p>	<p>(Sentencia SU617/14) “Cuando una persona adopta el hijo biológico de su compañero(a) permanente, la condición de homosexual de la pareja adoptante no puede ser fundamento para resolver negativamente el respectivo trámite administrativo”.</p>	<p>La jurisprudencia colombiana señala que la condición de homosexual de la pareja no incide para que se resuelva negar el trámite administrativo de adopción.</p> <p>Conforme a la decisión de la Corte Constitucional Colombiana, las parejas homosexuales pueden intervenir como adoptantes en las mismas condiciones que las heterosexuales.</p>	<p>La jurisprudencia colombiana ha determinado que el procedimiento administrativo de adopción de un menor no puede ser negado porque los adoptantes sean una pareja de personas del mismo sexo. En coincidencia con este criterio la Corte Constitucional del Ecuador ha manifestado que las familias homoparentales tienen los mismos derechos que los núcleos heterosexuales en cuanto tiene que ver con los hijos, por lo tanto, todas las familias deben ser consideradas iguales.</p>

<p>Limitación del derecho de los niños a tener y disfrutar de una familia bajo la figura de la adopción.</p>	<p>(Sentencia 184-18-SEP-CC). La Corte Constitucional subraya que el derecho a la igualdad y no discriminación es un elemento constitutivo del reconocimiento de las familias en sus diversos tipos, principio que permite entender que tanto núcleos homoparentales como nucleares-tradicionales poseen la misma capacidad y facultad de formar hogares con hijos y en tanto procuren su interés superior, les asiste toda la protección constitucional consagrada por el constituyente ecuatoriano en nuestra norma suprema.</p>	<p>Las familias homoparentales tienen la misma capacidad que las heterosexuales para la formación de los hijos, y de igual forma pueden procurar su desarrollo integral.</p> <p>Las familias homoparentales merecen una protección de orden constitucional en cuanto tiene que ver con la posibilidad de tener hijos mediante la adopción.</p>	<p>Sentencia C-683/15 “La Corte encuentra que no es constitucionalmente válido excluir de los procesos de adopción a las parejas del mismo sexo que conforman una familia. Una hermenéutica en tal sentido genera un déficit de protección de los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono, lo que a su vez desconoce el interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia, por cuanto esta es una medida de protección plenamente idónea para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus demás derechos”.</p>	<p>Tanto la jurisprudencia constitucional ecuatoriana como la colombiana, reconocen la capacidad de las familias conformadas por el mismo sexo, de proporcionar a los menores una familia para que puedan desarrollarse. La exclusión de las parejas homoparentales en los procesos de adopción, implica una limitación a la protección del principio de interés superior de los derechos de los menores, especialmente considerando que estos se encuentran en una situación de abandono por la cual han sido declarados en adoptabilidad.</p>	<p>Las referencias jurisprudenciales tomadas de las sentencias de la Core Constitucional del Ecuador y la Corte Constitucional de Colombia, permiten establecer que la restricción que se impone a las parejas homoparentales, para que puedan intervenir en los procesos de adopción, afectan la vigencia del principio de interés superior del derecho de los niños a tener una familia, garantizado precisamente por la adopción.</p> <p>Por la vigencia del principio de igualdad de derechos, tanto las familias heterosexuales como las homoparentales merecen una protección efectiva a través del reconocimiento de derechos y obligaciones en forma igualitaria, tanto en la normativa constitucional como legal.</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

## **Conclusiones**

La Constitución de la República del Ecuador, contempla como principio esencial para el ejercicio de los derechos fundamentales, la igualdad formal y material y no discriminación, y entre las categorías sospechosas para el menoscabo y desconocimiento de los derechos de las personas incorpora la orientación sexual, imponiendo de esta forma que ninguna persona pueda ser discriminada en razón de sus preferencias sexuales.

En contradicción con el reconocimiento del derecho a la igualdad formal y material y a la no discriminación la Constitución de la República del Ecuador prohíbe la adopción por parte de parejas homoparentales, y esta prohibición es trasladada al Código de la Niñez y la Adolescencia.

La prohibición de la adopción por parte de parejas conformadas por personas del mismo sexo, pone en riesgo de vulneración el principio de interés superior de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, especialmente el derecho de estos menores a contar con una familia que les provea las condiciones necesarias para su desarrollo integral.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha realizado pronunciamientos que establecen claramente que la orientación sexual de los adoptantes, no puede ser un elemento que incida de forma negativa en los procedimientos de adopción, pues las familias homoparentales están en la misma capacidad de proveer los cuidados y atenciones para el óptimo desarrollo de los menores.

La Corte Constitucional del Ecuador, ha emitido pronunciamientos que permiten establecer que la condición homosexual de los adoptantes, no influye de una forma directa en el bienestar de los menores, por lo tanto, el admitir la adopción por parte de estas parejas, no afectaría el principio de interés superior de los derechos de los menores, antes bien favorecería la inclusión de estos en estructuras familiares, evitando que sean sometidos a los riesgos generados por la orfandad y el abandono.

## **Recomendaciones**

El Estado ecuatoriano debería adoptar los criterios manifestados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que la orientación sexual no puede ser un criterio discriminador, respecto de la protección de las familias, pues la diversidad de estructuras familiares que existe en la actualidad, exige que los Estados brinden una protección para todos ellos, en el afán de procurar la protección efectiva a la familia como estructura social básica.

Es necesario promover desde los diferentes espacios como el activismo social, la academia, los grupos profesionales de abogados, la Defensoría Pública, la Corte Nacional de Justicia, la Corte Constitucional, la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, un debate profundo acerca de la necesidad de regular la adopción por parte de parejas homoparentales en el Ecuador, pues esta situación ha sido regulada ya en otros países de la región y del mundo, que han respondido eficientemente a la necesidad de proteger a las familias homoparentales como un mecanismo de garantizar el principio de interés superior de los derechos de los mismos.

Como parte de la formación de especialistas en derecho constitucionales, es indispensable que la academia considere la incorporación del análisis de los temas que tienen relación con las minorías poblacionales, entre ellos los derechos de las personas con preferencias sexuales distintas a la heterosexualidad, pues lamentablemente la falta de desarrollo científico en esta materia es uno de los factores que ha ocasionado un retroceso en el reconocimiento constitucional y legal de sus derechos en el ámbito nacional.

En los procedimientos de adopción, que deben estar sustentados estrictamente en el deber de proteger y promover el interés superior de los derechos del adoptado, las autoridades administrativas y judiciales que intervienen no deberían considerar la orientación sexual del adoptante, puesto que esta no incide de manera directa en el bienestar del niño, más bien debería haber especial interés por determinar el cumplimiento de condiciones que garanticen que le menor contará con lo necesario para poder desarrollarse de una forma integral.

## Referencias

- Albán, F. (2010). *Derecho de la Niñez y la Adolescencia* . Quito: Gemagrafic Impresores.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador* . Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bolaños, T., y Charry, A. (2018). Prejuicios y Homosexualidad, el largo camino hacia la adopción homoparental. Especial atención al caso colombiano. *Estudios constitucionales*, 395-424.
- Campo-Arias, A., y Herazo, E. (2015). La adopción por parejas del mismo sexo en Colombia. *Revista Colombiana de Psiquiatría* , 75-77.
- Castillo, L. (2021). Breve análisis comparado de la adopción homoparental entre Argentina y Colombia. *Revista Saber y Justicia*, 1(19), 15-33. Obtenido de <http://portal.amelica.org/ameli/jatsRepo/501/5012214001/index.html>
- Chaparro, L., y Guzmán, Y. (2017). Adopción homoparental: Estudio de derecho comparado a partir de las perspectivas de los países latinoamericanos que la han aprobado. *CES Derecho*, 2(8), 267-297.
- Congreso Nacional de Chile. (2021). *Ley 21400*. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile BCN. Obtenido de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1169572>
- Congreso Nacional de la República del Ecuador . (2022). *Código de la Niñez y la Adolescencia* . Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones .
- Congreso Nacional de la República del Ecuador. (2015). *Código Civil*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Corte Constitucional de Colombia. (11 de 04 de 2015). *Sentencia C-683/15*.

- Corte Constitucional de la República de Colombia . (2013). *Sentencia C-271/13*. Bogotá.
- Corte Constitucional de la República del Ecuador . (2018). *Sentencia 184-18-SEP-CC*. Quito: Corte Constitucional de la República del Ecuador .
- Corte Constitucional de la República del Ecuador . (2019). *Sentencia 11-18-CN/19*. Quito.
- Corte Constitucional de la República del Ecuador, Adopción familias monoparentales, Dictamen No. 8-09-IC /21 (18 de Agosto de 2021).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). *Opinión Consultiva OC-21/14*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos .
- Domínguez, L., y Montalbán, F. (2012). Líneas emergentes de investigación en las prácticas de trabajo social: la homoparentalidad. *Portularia*, 5-21. Recuperado el 15 de 02 de 2023, de <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/5917>
- Fallu, J. (2011). *Carácter discriminatorio del Art. 68 de la Constitución de Ecuador respecto a la adopción* . Quito: Universidad Internacional SEK.
- Houdar, F. (16 de 01 de 2023). *Primeros Pasos* . Obtenido de Amor Para Nuestros Hijos : <https://blogs.iadb.org/desarrollo-infantil/es/familias-diversas/>
- Kurder, L. (2005). ¿Qué sabemos sobre las parejas gay y lesbianas? *Direcciones actuales en ciencia psicológica*, 15(5), 251-254. Obtenido de [http://www.cielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_nlinksref=000106pid=S0121-4381201000010000600021Ing=en](http://www.cielo.org.co/scielo.php?script=sci_nlinksref=000106pid=S0121-4381201000010000600021Ing=en)
- Larrea, J. (2008). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador. Derecho de Familia* . Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- León, R. (2012). *2500 Preguntas y Respuestas a la Constitución* . Quito: El Forum Editores.
- Malla, F., y Vásquez, J. (2021). La adopción homoparental en Ecuador. *FIPCAEC*, 557-582. doi:<https://doi.org/10.23857/fipcaec.v5i14.176>

- Martínez, M., y Vidal, M. (2017). Adopción por parejas del mismo sexo en Ecuador. *Revista Jurídica* , 34-47.
- Medina, G. (2000). *La adopción por homosexuales en la jurisprudencia comparada* . Lima: Gaceta Jurídica.
- Morán, A. (2017). *La adopción en parejas del mismo sexo, derecho a la familia e igualdad*. Ambato: Universidad Autónoma de los Andes. Obtenido de [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/PIUAAB003-2017%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/PIUAAB003-2017%20(1).pdf)
- Nofal, L. (2010). *Adopción homoparental: derechos LGT a la adopción*. Buenos Aires: Universidad de Belgrano. Obtenido de [http://repositorio.ub.edu.ar/bitstream/handle/123456789/555/398\\_Nofal.pdf?sequence=2&isAllowed=y](http://repositorio.ub.edu.ar/bitstream/handle/123456789/555/398_Nofal.pdf?sequence=2&isAllowed=y)
- Planiol, M., y Ripert, G. (1997). *Derecho Civil* . México: Impresoara Castillo, Hnos. S.A. de C.V.
- Ramírez, C. (2020). *Derecho Sucesorio, Instituciones y Acciones* . Quito: Grupo Editorial ONI.
- Reyes, J., y Arenas, R. (2019). El derecho a la adopción por parejas homosexuales. *Dilemas contemporáneos: educación, política y valores(I)*, 1-29. Obtenido de <http://www.dilemascontemporaneoseduccionpoliticayvalores.com/>
- Ruiz, P., y Pinos, C. (2020). Parejas Homosexuales y el Derecho de Adopción en el Ecuador. *FIPCAEC*, 96-145. doi:<https://doi.org/10.23857/fipcaec.v5i3.234>
- Saucedo, B. (2012). *"Matrimonio y Adopción por parejas del mismo sexo. El caso del D.F. México"* . Barcelona : Universidad Autónoma de Barcelona.
- Sentencia Corte Constitucional de Colombia . (2014). *Sentencia SU617/14*. Sentencia Corte Constitucional de Colombia : Corte Constitucional de Colombia .
- Sentencia Nor. 139-15-SEP-CC (Corte Constitucional 29 de 04 de 2015).
- Simon, F. (2021). *Manual de Derecho de Familia*. Quito: Editorial Jurídica Cevallos.
- Varsi, E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia* . Lima : Gaceta Jurídica.



**Presidencia  
de la República  
del Ecuador**



**Plan Nacional  
de Ciencia, Tecnología,  
Innovación y Saberes**



**SENESCYT**  
Secretaría Nacional de Educación Superior,  
Ciencia, Tecnología e Innovación

## **DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN**

Yo, Milenne Alejandra Cabrera Cueva, con C.C: 1104777931, Autora del trabajo de titulación: “Vulneración del derecho a la adopción por parejas del mismo sexo; y, el interés superior de los menores a tener una familia”. Previo a la obtención del título de **Magister en Derecho Constitucional** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 26 de junio de 2023.

f. \_\_\_\_\_

Nombre: Milenne Alejandra Cabrera Cueva  
**C.C: 1104777931**



**REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA**

**FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN**

<b>TÍTULO Y SUBTÍTULO:</b>	Vulneración del derecho a la adopción por parejas del mismo sexo; y, el interés superior de los menores a tener una familia.		
<b>AUTOR(ES)</b> (apellidos/nombres):	Milenne Alejandra Cabrera Cueva		
<b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES)</b> (apellidos/nombres):	Dr. Juan Carlos Benalcázar Guerrón		
<b>INSTITUCIÓN:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>UNIDAD/FACULTAD:</b>	Sistema de Posgrado		
<b>MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:</b>	Maestría en Derecho Constitucional		
<b>GRADO OBTENIDO:</b>	Magíster en Derecho Constitucional		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>	26 de junio del 2023	<b>No. DE PÁGINAS:</b>	40
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	Derecho Constitucional		
<b>PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:</b>	Familia, Adopción, Parejas Homosexuales, Interés Superior.		
<b>RESUMEN/ABSTRACT (250 palabras):</b>			
<p>La Constitución de la República del Ecuador, garantiza el derecho a la igualdad y no discriminación, contemplado entre las categorías que no puede ser utilizada como criterio de diferenciación respecto del ejercicio de los derechos, la orientación sexual de la persona. Sin embargo, al referirse a los diferentes tipos de familia y a la forma en que éstos pueden constituirse, expresamente prohíbe la adopción por parte de personas del mismo sexo. En este trabajo se aborda la contradicción entre esta prohibición y el principio de interés superior de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, pues la restricción impuesta impide que los menores en condiciones de ser adoptados puedan incorporarse a una familia adoptiva. El estudio desarrollado ha permitido verificar que la prohibición de adopción por parte de parejas homosexuales es discriminatoria y atenta contra la igualdad, siendo además una de las causas para que se limiten los derechos de los menores en el ámbito familiar. La investigación está basada en una recopilación de orden doctrinario, jurídico y jurisprudencial, y aborda también criterios de tribunales internacionales de derechos humanos, así como de la legislación comparada, que permiten determinar la necesidad de que en la normativa constitucional y legal ecuatoriana se admita la adopción por parejas del mismo sexo, por ser un elemento que permite garantizar el cumplimiento de los propósitos de esta institución jurídica, de igual forma se hace un análisis de sentencias pronunciadas por los órganos de administración de justicia constitucional que justifican la pertinencia del planteamiento realizado.</p>			
<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
<b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b>	<b>Teléfono:</b> 0984303923	<b>E-mail:</b> milennecabrera@hotmail.com	
<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:</b>	<b>Nombre: Hernández Terán Miguel Antonio</b>		
	<b>Teléfono: 0985219697</b>		
	<b>E-mail: mhtjuridico@gmail.com</b>		
<b>SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA</b>			
<b>Nº. DE REGISTRO (en base a datos):</b>			
<b>Nº. DE CLASIFICACIÓN:</b>			
<b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>			