



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**La adopción de menores por parejas del mismo sexo en el
Ecuador.**

AUTORA:

Cali Medina, Faviola Elizabeth

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPUBLICA DEL ECUADOR**

TUTOR:

Dra. Gómez Villavicencio Roxana Irene

Guayaquil – Ecuador

2023



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Cali Medina Faviola Elizabeth**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogada de los tribunales y juzgados de la republica del ecuador**.

TUTOR (A)



Se firma electrónicamente por:
**ROXANA IRENE GÓMEZ
VILLAVICENCIO**

f. _____
ABG. ROXANA GÓMEZ VILLAVICENCIO

DIRECTORA DE LA CARRERA

f. _____

Dra. Pérez Mir-Puig Nuria

Guayaquil, a los 6 días del mes de septiembre del año 2023



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Cali Medina Faviola Elizabeth**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación: **La adopción de menores por parejas del mismo sexo en el Ecuador**, previo a la obtención del título de **Abogada**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 6 días del mes de septiembre del año 2023

LA AUTORA

Faviola Cali M.

f. _____
Cali Medina Faviola Elizabeth



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **Cali Medina Faviola Elizabeth**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación: **La adopción de menores por parejas del mismo sexo en el Ecuador**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 6 días del mes de septiembre del año 2023

LA AUTORA:

Faviola Cali M.

f. _____
Cali Medina Faviola Elizabeth

REPORTE URKUND



CERTIFICADO DE ANÁLISIS
magister

Faviola Cali (2)

6%
Similitudes



6% Texto entre comillas
2% similitudes entre comillas
1% Idioma no reconocido

Nombre del documento: Faviola Cali (2).docx
ID del documento: b894524b3c5d479825c81fadffba74b3100f7112
Tamaño del documento original: 711,4 kB

Depositante: Roxana Irene Gómez Villavicencio
Fecha de depósito: 16/8/2023
Tipo de carga: interface
fecha de fin de análisis: 16/8/2023

Número de palabras: 7505
Número de caracteres: 48.006

Ubicación de las similitudes en el documento:



TUTOR (A)



firmado electrónicamente por:
ROXANA IRENE GÓMEZ
VILLAVICENCIO

f. _____
ABG. ROXANA GÓMEZ VILLAVICENCIO

LA AUTORA:

Faviola Cali M.

f. _____

Cali Medina Faviola Elizabeth



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____
Dra. Nuria Pérez Puig-Mir
DIRECTORA DE CARRERA

f. _____
Ángela María Paredes Caveró Mgs.
COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

f. _____
Ab. María Patricia Íñiguez, Mgs
OPONENTE

ÍNDICE

| | |
|---|------|
| RESUMEN | VIII |
| ABSTRACT | IX |
| INTRODUCCIÓN | 2 |
| CAPÍTULO I. LA ADOPCIÓN COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA..... | 5 |
| 1.1. La adopción como institución jurídica | 5 |
| 1.2. Criterios doctrinales sobre la adopción por una pareja del mismo sexo | 7 |
| CAPÍTULO II. LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL O ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO | 10 |
| 2.1. La adopción por una pareja del mismo sexo: estudio comparado . | 10 |
| 2.2. Adopción por un sola persona homosexual | 13 |
| 2.3. Problema concreto y propuesta de solución | 16 |
| CONCLUSIONES..... | 18 |
| RECOMENDACIÓN | 19 |
| REFERENCIAS..... | 20 |

RESUMEN

La adopción por parejas formadas por personas del mismo sexo es un tema de debate frecuente en la actualidad, sobre todo a partir del reconocimiento del matrimonio igualitario en varios países, incluido el Ecuador. El estudio realizado demuestra que la adopción por este tipo de parejas no siempre viene aparejado al reconocimiento del matrimonio, por lo que existe países donde se reconoce el matrimonio y la posibilidad de adoptar, mientras en otros solo el matrimonio, mientras se prohíbe expresamente la adopción. Esta última es la situación del Ecuador donde a las parejas del mismo sexo, aun cuando formen un matrimonio consolidado, la Constitución les prohíbe adoptar a un menor, en tanto no existe regulación alguna respecto a la adopción homoparental. Ante una posible vulneración del de derecho a la igualdad y no discriminación y el principio de interés superior del niño con el que debe ser ponderados aquellos derechos, se propone que sea la Corte Constitucional quien decida expresamente si el reconocimiento del matrimonio igualitario implica la posibilidad de adoptar, y si es posible jurídicamente la adopción homoparental.

Palabras clave. Adopción, Matrimonio Igualitario, Interés Superior, Igualdad, No Discriminación, Adopción Homoparental.

ABSTRACT

Adoption by same-sex couples is a topic of frequent debate today, especially after the recognition of equal marriage in several countries, including Ecuador. The study carried out shows that adoption by this type of couple is not always accompanied by the recognition of marriage, which is why there are countries where marriage is recognized with the possibility of adopting, while in others only marriage is recognized and adoption is expressly prohibited. The latter is the situation in Ecuador, where same-sex couples, even when they form a consolidated marriage, are prohibited by the Constitution from adopting a minor, while there is a gap regarding homoparental adoption. Faced with these problems of legal vacuum and possible violation of the right to equality and non-discrimination and the principle of the best interest of the child with which those rights must be weighed, it is proposed that the Constitutional Court be the one who expressly decides whether the recognition of marriage egalitarian implies the possibility of adopting, and if legally possible homoparental adoption.

Keywords. Adoption, Equal Marriage, Superior Interest, Equality, Non-Discrimination, Homoparental Adoption.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación gira en torno a varios conceptos básicos que a la vez son un reflejo de la práctica social. En primer lugar, el matrimonio entre personas del mismo sexo llamado también matrimonio igualitario, reconocido legalmente por la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario) de 12 de junio de 2019. Este tipo de matrimonio se define como “una institución que reconoce legalmente la unión civil entre dos hombres o dos mujeres, o parejas del mismo sexo” (Castillo, 2021, pág. 1).

Por lo general, a una pareja de este tipo se le reconocen los mismos derechos que a la pareja heterosexual, con base en los principios de igualdad y no discriminación reconocida en la Constitución de la República del Ecuador de 2008. Una de las cuestiones que se derivan de reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo es la adopción de niñas, niños o adolescentes, lo que ha generado un fuerte debate entre quienes lo consideran positivo tanto para los adoptantes como para el adoptado, mientras desde otras posiciones se rechaza esa posibilidad argumentando que el interés superior del menor apuntaría en sentido contrario a la igualdad y no discriminación que fundamenta el matrimonio entre personas del mismo sexo.

De lo explicado se puede evidenciar que existe diversidad de criterios respecto a la adopción conjunta o separada por parejas del mismo sexo, los que remiten a argumentos de tipo religioso, moral o jurídico para fundamentar sus respectivas propuestas. Si bien en el Ecuador la adopción por parejas del mismo sexo está prohibida, no faltan los autores que consideran que debería permitirse alegando con base en los principios de igualdad y no discriminación, sin considerar que la misma Constitución que reconoce esos principios establece una protección especial de las niñas, niños y adolescentes a partir de la doctrina de la protección integral y el principio de interés superior, que tiene como resultado su inclusión los grupos de atención prioritaria, de los grupos vulnerables y cuyos derechos tienen prioridad en todo caso por encima de los derechos de las demás personas.

Con base en esos argumentos, en la presente investigación se plantea como problema de investigación determinar la compatibilidad de los principios de igualdad y no discriminación en el matrimonio igualitario con el principio de interés superior del niño respecto a la adopción por parejas del mismo sexo, o de personas cuya identidad de género no coincide con su sexo biológico. Cabe señalar que los argumentos que se utilizan en la exposición están determinados por los aspectos netamente constitucionales y jurídicos del tema, por lo que se excluyen deliberadamente aquellos criterios de tipo moral o religioso que puedan estar detrás de la defensa o rechazo de la adopción de menores por parte de las parejas o personas mencionadas.

El objetivo general es argumentar la necesidad de que, mediante una consulta de norma, la Corte Constitucional del Ecuador determine si el reconocimiento de derechos a las parejas homosexuales a través del matrimonio igualitario incluye la posibilidad de adoptar; de igual manera, que se determine si una persona con una identidad de género distinta a su sexo biológico puede adoptar a un menor de su propio sexo, o de sexo contrario.

Como objetivos generales se plantean los siguientes:

1. Caracterizar desde el punto de vista doctrinal y normativo la adopción como institución jurídica.
2. Sistematizar los criterios doctrinales sobre la adopción homoparental o entre parejas del mismo sexo.
3. Fundamentar jurídica y doctrinalmente la necesidad de un pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre la adopción homoparental o entre parejas del mismo sexo.

El estudio se realiza a partir de la consulta de fuentes teóricas, doctrinales y jurisprudenciales, tanto ecuatorianas como extranjeras, para sistematizar los principales argumentos a favor o en contra de la adopción por parejas del mismo sexo, o por personas homosexuales, frente a la necesaria protección del interés superior del menor y sus derechos específicos que tiene prioridad sobre los derechos de los adultos, en este caso de los adoptantes.

Como pregunta de investigación se ha formulado la siguiente: ¿el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en la

Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario) supone que esas parejas o cualquiera de los cónyuges pueda adoptar? Una vez desarrollado el tema se presentan las conclusiones con lo que se demuestra que se alcanza el objetivo planteado, así como las recomendaciones que tienen la finalidad de aportar una solución práctica, útil y viable al problema de investigación formulado, que es este caso es la prohibición de adopción por parejas del mismo sexo.

CAPÍTULO I. LA ADOPCIÓN COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA

En el desarrollo de este capítulo se realiza un análisis doctrinal de la adopción como institución jurídica concebida para proteger a los menores en vínculo familiar con la que se busca garantizar los derechos de los menores, en particular el derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia, siempre que el o los adoptantes cumplan los requisitos previstos en la ley y estén en condiciones materiales y sociales de hacerse cargo de un menor que pasará a ser su hijo con los mismos derechos y obligaciones que los consanguíneos.

1.1. La adopción como institución jurídica

La adopción es una institución histórica y tradicional dentro del Derecho de Familia, y ha estado presente tanto en la legislación como en la doctrina desde el Derecho Romano. Esta institución puede definirse como “un acto solemne que da al adoptante, o adoptantes, como hijo al adoptado, creándose así un vínculo de parentesco puramente jurídico, pero por disposición legal, con igual fuerza y efectos que si fuera de sangre” (Acedo, 2013, pág. 167). Es decir, que mediante la adopción se asume como propio un hijo que no lo es naturalmente.

Para una mejor comprensión de este punto es preciso señalar que los lazos familiares se forman por consanguinidad o por afinidad; en el primer caso por relaciones de ascendencia o descendencia de un tronco común que une a un número determinado de personas, y en el segundo caso por la unión de dos personas que forman matrimonio y a partir de ello crean lazos familiares con los miembros de las respectivas familias. La adopción no entra en ninguno de esos dos supuestos, sino que se produce por aplicación de la ley mediante la cual una persona puede integrarse a una familia como si fuera hijo natural, con todos los derechos y obligaciones.

En tal sentido, adoptar equivale a integrar en una familia a alguien que no pertenece a ella por razones de consanguinidad, creando un estado familiar o una relación de parentesco basada en el propio acto de la adopción. La persona adoptada se integra a la familia como un miembro más, con todos

los derechos y obligaciones de un hijo natural del adoptante, y desde ese momento se borra cualquier diferencia entre un hijo adoptado y un hijo propio. Ossorio indica que adoptar es “de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente” (2018, pág. 48).

El objetivo de la adopción sería buscar la integración familiar de los menores, y en su beneficio, que por cualquier motivo no pueden desarrollar una vida normal en el entorno de su familia de origen. En otras palabras, si bien la adopción tiene como beneficiarios a los adultos que mediante ella constituyen una familia, el objetivo primordial es garantizar la protección del adoptado, necesariamente menor de edad, que no tiene una familia natural o ha sido rechazada por esta, y requiere integrarse a un grupo familiar para tener una vida plena y realizarse como persona, y para no quedar durante su minoría de edad bajo la custodia del Estado.

Una vez constituida la adopción, no existe causa suficiente alguna para establecer diferencias entre los hijos consanguíneos, sean o no producto de las relaciones matrimoniales, y los hijos adoptivos, en caso de existir descendientes por ambos conceptos, y con mayor razón cuando la adopción es consecuencia de la inexistencia de filiación consanguínea. Dicho en otros términos, si el adoptante tiene hijos consanguíneos, el adoptado se equipara a los mismos en todos los derechos y obligaciones; si no lo tiene igualmente se produce una equiparación y en este supuesto con mayor fuerza porque sería su única descendencia.

Ahora bien, lo dicho hasta aquí se refiere a la institución jurídica de la adopción, en sentido general, una institución creada desde el Derecho Romano para dar sucesión a quien no la tenía por naturaleza, para conceder la ciudadanía a extranjeros o incluso para garantizar la trascendencia de un linaje cuando no existiera descendencia; cabe acotar que en ese contexto la adopción no buscaba tanto proteger a los menores como satisfacer los deseos o necesidades de los adultos que mediante la adopción tenían los hijos que no podían por naturaleza (Acedo, 2013).

En lo que se refiere al régimen jurídico de la adopción, hay que atenerse a lo dispuesto en cada ordenamiento jurídico en particular, dado el hecho de que si bien se trata de una institución prácticamente universal, los requisitos que deben cumplir los adoptantes y los adoptados suelen variar considerablemente de un país a otro, porque se procura evitar hechos como el tráfico de personas, las adopciones irregulares, o colocar en riesgos a los menores al ponerlos en manos de familias o personas no idóneas o sin condiciones suficientes para ocuparse de un menor necesitado de amparo filial.

Uno de los temas de discusión en la actualidad, en relación con la adopción, es el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, un hecho cada vez más frecuente en países de Europa y América, y recientemente en Ecuador con la Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario); la cuestión radica en determinar si los derechos de las parejas del mismo sexo, o de las personas de la comunidad LGBTI, pueden ser adoptantes de menores, dado el hecho de que su identidad de género no se corresponde con su sexo natural. Antes de dar una respuesta a esa problemática, debe analizarse el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo.

1.2. Criterios doctrinales sobre la adopción por una pareja del mismo sexo

En el Ecuador está prohibido, por expresa norma constitucional, la adopción por parejas que no sean heterosexuales. El artículo 68 de la Constitución dispone que “la adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo”, lo que excluye evidentemente a las parejas conformadas por personas del mismo sexo. Algunos autores ecuatorianos consideran que esa norma es contraria al derecho a la igualdad y no discriminación.

Por ejemplo, Ruiz y Pinos (2020) señalan que en “Ecuador, existe una vulneración de derechos a la igualdad formal y no discriminación hacia parejas homosexuales, al no permitirles acceder al derecho a la adopción, yendo en contra de normas y tratados internacionales de derechos humanos” (pág. 97).

Seguidamente, enfatizan que “podemos presumir que el derecho de adopción en el Ecuador tiene un tinte discriminatorio hacia parejas homosexuales” (pág. 99).

Por su parte, Ortega (2021) indica que en “Ecuador aún tiene rasgos muy conservadores dentro de su cultura y contexto, a consecuencia, este escenario causa que la adopción por parte de personas del mismo sexo no sea aceptada o bien vista, en conjunto con el matrimonio igualitario” (Ortega, 2021, pág. 18). Desde otra perspectiva, varios autores rechazan la adopción por parejas homosexuales basándose en la necesaria protección del interés superior del menor, principio que debe tener prioridad por ciencia de los derechos o intereses de los adultos que quieran adoptar a un menor.

Por ejemplo, Tenorio (2012) manifiesta que la adopción realizada por parejas del mismo sexo podría resultar “poco edificante en la formación de los infantes”... En esa situación “los daños emocionales podrían resultar irreparables, al ostentar una personalidad que no obedeciera propiamente a su sexo” (pág. 322). Aquí se trata de un criterio subjetivo que no tiene, al menos en los estudios consultados, una base sólida de tipo científico o empírico.

En el mismo sentido, Arenas y Reyes (2019) son del criterio de que si bien es cierto que: tratándose de la institución civil de la adopción, los derechos de los menores sujetos a adopción se encuentran en posición prevalente frente al interés del adoptante o adoptantes, también lo es que ello no se traduce en que la orientación sexual de una persona o de una pareja lo degrade a considerarlo, por ese solo hecho, como nocivo para el desarrollo de un menor, y por ello, no permitirle adoptar (pág. 11).

En consecuencia, el tema central de la discusión acerca de la adopción de menores por parejas del mismo sexo, o incluso por personas cuya orientación sexual no coincide con su sexo biológico, es la necesaria protección de los menores que puedan ser objeto de adopción, a quienes el ordenamiento jurídico en general y la Constitución en particular reconocen derechos específicos que en su conjunto tienen la finalidad garantizar su interés superior por encima del interés que puedan tener los adultos.

En tal sentido, hay que tener en cuenta, como ya se indicó, que la adopción es una institución jurídica diseñada para que los menores que no tienen progenitores, estos no son conocidos o fueron privados de la patria potestad, puedan ser acogidos por otra familia con todos los derechos y obligaciones inherentes a padres e hijos naturales. Cuando la adopción se produce por una pareja heterosexual, no existen mayores dificultades que las propias de un trámite administrativo y judicial previsto en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia (2003) vigente en el Ecuador.

Sin embargo, cuando se trata de que dos personas que forman una pareja homosexual, la norma constitucional antes mencionada excluye esa posibilidad, el permitir la adopción solo entre parejas conformada por un hombre y una mujer; es decir, una pareja conformada por personas de distinto sexo. Según Arenas (2019) la adopción homosexual es aquella en que el menor es adoptado por persona o personas con orientación sexual diferente. La adopción homosexual puede ser conjunta; es decir, en pareja (adopción homoparental); la adopción del hijo biológico de un miembro de la pareja homosexual por parte del otro; o la adopción de una sola persona con orientación sexual diferente.

En Ecuador cualquiera de esas posibilidades está prohibida en la Constitución, pero no faltan voces que, alegando la igualdad y no discriminación entre parejas homosexuales y heterosexuales, consideran una consecuencia lógica del matrimonio igualitario la adopción por parejas homosexuales. Pero en esta materia, si bien la lógica es importante, las normas deben ser interpretadas en sentido restrictivo, y sobre todo en función del principio de interés superior del menor que debe ser considerado en toda acción o decisión que pueda afectarle. Por tanto, frente a los argumentos que indican una presunta vulneración de derecho a la igualdad, hay que ponderar los derechos e interés del menor en calidad de sujeto de derechos que podría ser adoptado.

CAPÍTULO II. LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL O ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO

Una vez fijado el contexto de la investigación en el capítulo anterior, se analizan los criterios sobre la adopción por parejas del mismo sexo o personas homosexuales, y su régimen jurídico en el Derecho ecuatoriano, comparado con las normas vigentes en otros países del área latinoamericana donde también se haya reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo. También se aborda en este punto la adopción singular, es decir, aquella que realiza una sola persona que puede vivir o no en con una pareja de su mismo sexo, lo que representa también un tema complejo en materia jurídica, pero con trascendencia social dada la identidad de género del adoptante.

2.1. La adopción por una pareja del mismo sexo: estudio comparado

En el ámbito del Derecho comparado, algunos países reconocen tanto el matrimonio entre personas del mismo sexo como la adopción por las parejas que formen, o de manera individual, y al respecto se han realizado varios estudios doctrinales, jurisprudenciales y normativos para sustentar diversas posiciones a favor o en contra de la adopción por parejas homosexuales, que ya es posible en países como España desde 2005, Argentina, Brasil y Uruguay desde 2010, Colombia desde 2015, y Cuba desde 2022, lo que aporta material suficiente para formarse una opinión sobre el tema objeto de estudio del presente trabajo de titulación.

Si embargo, no todos los países que reconocen el matrimonio ente personas del mismo sexo reconocen a dicho matrimonio la adopción de menores como pareja, o prohíben sin más la adopción homoparental. La lista de países que reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo es cada vez más creciente, sin que ello implique que tienen los mismos derechos que las parejas heterosexuales, en especial cuando se trata de actos o hechos que puedan interferir o tener efectos sobre derechos de terceras personas como son los niños, niñas y adolescentes con capacidad de ser adoptados.

En América Latina los países que han reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo son los siguientes: Argentina (2010); Brasil (2013); Uruguay (2023); Colombia (2016); Ecuador (2019); Costa Rica (2020); Chile (2022); Cuba (2022) y México (2022). A nivel mundial, el Reino de los Países Bajos, el primer país en dotar de reconocimiento y cobertura legal al matrimonio entre personas del mismo sexo en el año 2001, al que siguieron otros países europeos como Bélgica (2003) y España (2005), y en América del Norte Canadá también en 2005. Ese reconocimiento presupone, por un lado, la exclusión de la homosexualidad como una enfermedad (Peidro, 2021), y por otro su despenalización como delito. (Garrido, 2017).

Ahora bien, no en todos esos países es posible que las parejas del mismo sexo adopten un menor de edad e integrarlos como miembros de su familia de acuerdo con la naturaleza jurídica de dicha institución. En el caso de América, desde 1999 se ha ido abriendo paso la adopción entre parejas del mismo sexo; así en Canadá desde el año mencionado ya en algunas provincias se permitía a las parejas del mismo sexo adoptar, aun cuando la ley que reconoció el matrimonio fue dictada en una fecha posterior, concretamente en 2005 (Chaparro & Guzmán, 2017).

En América Latina la situación es la siguiente: en Uruguay las parejas homosexuales tienen derecho a la adopción desde el año 2009; en México desde diciembre de 2009 se les permite la adopción; en Argentina el 15 de julio de 2010 autorizó el matrimonio homosexual y la adopción homoparental conjuntamente, basado en el principio de igualdad y no discriminación. También el Brasil, desde el 2010, el Tribunal Superior de Justicia avaló la adopción por parejas del mismo sexo; y en Colombia está autorizada por una decisión de la Corte Constitucional desde noviembre 2015.

Ello da como resultado que los países de la región que no han reconocido la adopción por matrimonios o parejas del mismo sexo son en la actualidad Ecuador, Costa Rica, Chile y Cuba. Por lo general, quienes defienden la adopción por parejas del mismo sexo utilizan como argumento el derecho a la igualdad y no discriminación, y reclaman que las parejas homosexuales tengan los mismos derechos que las heterosexuales, incluido

el derecho a tener una familia que al no poder procrearla buscan utilizar la adopción para alcanzar ese fin.

Por otro lado, están quienes rechazan la adopción por parejas del mismo sexo, alegando la necesaria protección del principio de interés superior del niño, alegando que en un hogar donde no haya una figura paterna y una materna, o donde existan dos personas del mismo sexo con roles distintos podría ser perjudicial para el normal desarrollo del menor, por lo que corresponde al Estado garantizar sus derechos por encima de los deseos o aspiraciones de las personas homosexuales (Malla & Vázquez, 2021).

Por otra parte, existen autores que buscan un equilibrio entre el derecho a la igualdad y no discriminación de las parejas del mismo sexo y el interés superior del niño; en este principio se basan Chaparro y Guzmán cuando afirman que “la adopción por parte de parejas del mismo sexo constituye un cambio del paradigma referente a la posibilidad que los menores puedan hacer parte de una familia y un hogar, incluso si este está conformado por personas de igual sexo” (pág. 268). Aquí se estaría potenciando el derecho de los menores a tener una familia y un hogar, aunque sea adoptivo, en lugar de permanecer hasta la mayoría de edad en una institución de acogida del Estado.

Este argumento es el que utilizan Malla y Vázquez (2021) para sostener que en Ecuador, la prohibición expresa de qué parejas que no estén formadas por un hombre y una mujer puedan adoptar es contraria al derecho a la igualdad y no discriminación. Según los autores, el artículo 68 de la Constitución vigente que contiene aquella prohibición y las normas infra constitucionales que regulan el procedimiento y los requisitos de la adopción “deberían ser excluidas por ser discriminatorias, y ocasionar vulneración al derecho a la igualdad a parejas constituidas por dos hombres o dos mujeres, llegando a transgredir derechos de los menores que se encuentran en casas de acogida” (pág. 558).

También en Ecuador Yaguana *et.al.* (2023) consideran que “para garantizar el interés superior de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por

razones de orientación sexual, es necesario el reconocimiento constitucional y la regulación legal de la adopción homoparental en el Ecuador” (pág. 106). En tal caso habría que realizar, según los autores, un ejercicio de ponderación donde se pueda satisfacer el derecho a la igualdad y no discriminación de las parejas del mismo sexo, a la vez que el principio de interés superior del niño y los derechos específicos del menor en posibilidad de ser adoptado.

Para que tal adopción sea posible existe un límite infranqueable que es el precitado artículo 68 de la Constitución, además de las normas infra constitucionales que son aquellas contenidas en el Código Civil (Congreso Nacional, 2005) y en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia-CONA- (Congreso Nacional, 2003). El primer cuerpo legal define en su artículo 314 la adopción como “una institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre.”

Por su parte, el CONA establece en su artículo 151 que la adopción “tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados.” Es decir, que la base para la adopción no son los derechos de los adultos que deseen adoptar, sino el derecho de adoptado a tener una familia idónea y permanente. Por tanto, aquí se estaría protegiendo primordialmente el interés superior del niño y el mandato constitucional que reconoce la primacía de sus derechos por encima de los derechos de los demás, especialmente de los adultos, como serían los posibles adoptantes cuando sean parejas del mismo sexo, o un adoptante individual cuyo sexo biológico no se corresponda con su identidad de género.

2.2. Adopción por una sola persona homosexual

Una de las reglas de la adopción previstas en el artículo 153 del CONA es que “se priorizará la adopción por parte de parejas heterosexuales constituidas legalmente, sobre la adopción por parte de personas solas”; evidentemente ese artículo abre la posibilidad de que una persona sola pueda adoptar, siempre que cumpla los demás requisitos de ley como en los casos

de la adopción por una pareja. Aquí entra en escena la adopción por una sola persona cuyo sexo biológico no se corresponde con su identidad de género, llamada adopción homoparental.

De este tipo de adopción se ha dicho que “redefine el tradicional triángulo padre-madre-niño que ha constituido, hasta ahora, el modelo familiar tradicional” (Chaparro & Guzmán, 2017, pág. 268), y permite que una persona de orientación de género diverso pueda adoptar a un menor siempre que cumpla además todos los requisitos previstos en la ley. Este tipo de adopción puede tener diversas interpretaciones e incluso argumentos a favor o en contra, pero es un fenómeno que está ocurriendo en varias sociedades actuales ante la imposibilidad de que una pareja del mismo sexo pueda adoptar conjuntamente (Malla & Vázquez, 2021).

Para ampliar un poco más los términos del análisis hay que tener en cuenta que la adopción en el Ecuador solo es posible entre parejas heterosexuales, lo que excluye de plano y por expreso mandato constitucional la adopción por parejas del mismo sexo. Aquí no se refiere a cualquier tipo de parejas del mismo sexo, sino de aquellas que han formalizado su matrimonio y lo han inscrito en el Registro Civil al amparo de la Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario) de 12 de junio de 2019, que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Aun cuando una pareja cumpla con todos los requisitos del artículo 159 del CONA relativos a tener el domicilio en el Ecuador, ser legalmente capaz, pleno ejercicio de derechos políticos, mayor de 21 años, diferencia de edad con el adoptado, gozar de salud física y mental adecuada para cumplir con las responsabilidades parentales, tener medios económicos para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas del adoptado y no registrar antecedentes penales en delitos que se sancionen con privación de libertad, el numeral 6 de dicho artículo impide que se dé la adopción porque exige que la pareja adoptante “debe ser heterosexual y estar unida por más de tres años, en matrimonio o unión de hecho que cumpla los requisitos legales.”

Una situación distinta, para la cual no existe una respuesta legal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, es la adopción llamada homoparental; es

decir, aquella que puede realizar una persona con identidad de género distinto a su sexo biológico o sexo natural. Los supuestos de hecho pueden ser varios:

- Una persona soltera, que no vive en pareja y quiere adoptar a un menor de su mismo sexo biológico o del género con que se identifique.
- Una persona que forma pareja con otra del mismo sexo (en matrimonio o unión de hecho), y quiere adoptar, individualmente, a un menor para que viva en familia.
- Una persona que vive con otra de su mismo sexo (en matrimonio o unión de hecho), y quiere que su pareja adopte a su hijo como propio.
- Una pareja del mismo sexo que quiere adoptar, conjuntamente, a un menor

Para el este último supuesto existe una respuesta clara en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: solo parejas heterosexuales pueden adoptar según las reglas del Código Civil y del CONA; por tanto, no es posible materializar el supuesto en el que una pareja conformada por personas del mismo sexo pueda adoptar a un menor. Si eso es contrario al derecho a la igualdad y no discriminación, o si es beneficioso o perjudicial para el interés superior del menor que puede ser adoptado, es una cuestión que se debate en el Ecuador (Yaguana y otros, 2023).

El debate ha sido más frecuente después del reconocimiento del matrimonio igualitario, y los argumentos apuntan principalmente a que se dé una solución para garantizar tanto la igualdad de dichas parejas como los derechos del menor (Malla & Vázquez, 2021). Para los supuestos a, b y c el ordenamiento jurídico no ofrece ninguna respuesta, pero ha de presumirse que los mismos argumentos que mantiene la prohibición para parejas homosexuales aplican para los supuestos indicados; es decir, que no es procedente la adopción por personas que su sexo biológico no se corresponde con su identidad de género, ya sea que viva en matrimonio, unión de hecho o sola.

2.3. Problema concreto y propuesta de solución

Como ha quedado claro de la exposición precedente, el ordenamiento jurídico ecuatoriano tiene hasta el presente una respuesta concluyente respecto a la adopción por parejas del mismo sexo; esa respuesta es que no es posible, porque está prohibido en la Constitución. El problema radica en que al haberse reconocido el matrimonio igualitario; es decir, el matrimonio entre personas del mismo sexo, esas parejas deberían tener los mismos derechos de las parejas heterosexuales, pero no es así porque la Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario) no se pronunció al respecto, ni a favor ni en contra, ni determinó si el matrimonio igualitario implica plena igualdad de derechos o solo el ejercicio de algunos de ellos.

Para el resto de los supuestos analizados en el apartado anterior no existe en el ordenamiento jurídico ninguna respuesta, por lo que en la práctica se está ante un vacío normativo que debería ser llenado de alguna manera, para determinar si la prohibición de adoptar que afecta a las parejas del mismo sexo se extiende a las personas homosexuales que solas o en parejas de hecho quieren adoptar de manera individual (no como pareja) a un menor.

La solución a ese problema planteado podría ser a través de una reforma al artículo 68 de la Constitución, lo cual resulta bastante engorroso y complicado en términos técnicos y sobre todo políticos, o podría ser a través de un pronunciamiento de la Corte Constitucional ante una eventual consulta de normas, así como sucedió en el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta última sería la opción más viable, rápida y efectiva para dar respuesta a un problema que es a la vez social y jurídico, y que podría ser de interés y beneficio tanto para los interesados en adoptar como para los menores en posibilidad de ser adoptados.

Cabe recalcar que en esta investigación no se defiende una postura u otra ante la adopción homoparental o la adopción por parejas del mismo sexo, para lo cual existen argumentos tanto a favor como en contra; lo que sí se defiende es la necesidad de una respuesta jurídica a un problema social que requiere una ponderación entre el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas homosexuales o las parejas del mismo sexo, y los derechos

específicos de los menores que deben ser satisfechos con base en el principio de interés superior del niño.

CONCLUSIONES

La presente investigación se planteó como objetivo argumentar la necesidad de que mediante una decisión de la Corte Constitucional se determine si el reconocimiento de derechos a las parejas homosexuales a través del matrimonio igualitario incluye la posibilidad de adoptar; de igual manera, que se determine si una persona con una identidad de género distinta a su sexo biológico puede adoptar a un menor de su propio sexo, o de sexo contrario. Una vez desarrollado todo el estudio se concluye lo siguiente.

1. La adopción es una institución jurídica de carácter histórico que tiene como objetivo permitir que un menor sin vínculos parentales pueda ser acogido por una persona o una pareja como si se tratara de su hijo biológico o natural, de donde surgen los derechos y obligaciones inherentes a los padres e hijos.
2. Uno de los problemas que plantea esta institución en la actualidad es la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo o por personas individuales cuya identidad de género no coincide con su sexo natural o biológico, dado el hecho de que se reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero no siempre con los mismos derechos que las parejas heterosexuales.
3. El estudio comparado del tema permitió conocer que los Estados han dado una respuesta diversa a este tema de acuerdo con sus propias circunstancias, de manera que en algunos países se reconoce tanto el matrimonio entre personas del mismo sexo como la adopción, mientras en otros solo se reconoce el matrimonio, pero se les prohíbe adoptar, o incluso no se permite la adopción homoparental.
4. En el caso del Ecuador se reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero se les impide por expresado mandato constitucional acceder a la adopción de menores como tales parejas; uno de los argumentos en defensa de la precitada adopción es la igualdad y no discriminación por identidad de género, así como la protección del derecho de los menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia.
5. En contra, se argumenta a partir del principio de interés superior del niño y su normal desarrollo que no sería posible en el contexto de un

hogar formado por dos hombres o dos mujeres con roles distintos. El mismo argumento se extiende al caso de la adopción por una persona cuyo sexo biológico no se corresponde con su identidad de género, pero en tal caso existe un vacío en la legislación ecuatoriana que debería ser llenado por el legislador o por la Corte Constitucional.

6. La propuesta más viable y efectiva para dar una respuesta a este problema sería una decisión de la Corte Constitucional que podría pronunciarse sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, la igualdad y no discriminación y el principio de interés superior del niño en casos de adopciones por parejas del mismo sexo o adopciones homoparentales.

RECOMENDACIÓN

Como recomendación derivada del estudio realizado se propone que la Corte Constitucional se pronuncie mediante una consulta de normas, sobre la adopción homoparental o entre parejas del mismo sexo, para que determine si el reconocimiento del matrimonio igualitario implica que las parejas formadas por personas homosexuales pueden adoptar conjuntamente o por separado en el caso de la adopción homoparental.

REFERENCIAS

- Acedo, Á. (2013). *Derecho de Familia*. Editorial Dykinson.
- Arenas, R., & Reyes, J. (2019). El derecho a la adopción por parejas homosexuales. *Revista Dilemas Contemporáneos*(105), 1-29. <https://doi.org/http://www.dilemascontemporaneoseducacionpoliticayvalores.com/>
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial de 20 de octubre.
- Brito, M. (2022). *Falta de regulación de procesos de adopción para parejas homoparentales*. PUCE. Recuperado el 11 de julio de 2023, de <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/21505/Brito-Quirola-Maria-Paula.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Castillo, L. (2021). Breve análisis comparado de la adopción homoparental entre Argentina y Colombia. *Revista Saber y Justicia*, 1(19), 1-27.
- Chaparro, L., & Guzmán, Y. (2017). Adopción homoparental: Estudio de derecho comparado a partir de las. *Revista CES Derecho*, 8(2), 267-297. Recuperado el 11 de julio de 2023, de <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v8n2/v8n2a05.pdf>
- Congreso Nacional. (2003). *Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia*. Registro Oficial No. 737 de 3 de enero.
- Congreso Nacional. (2005). *Código Civil*. Registro Oficial de 24 de junio.
- Garrido, R. (2017). *La despenalización de la homosexualidad en Ecuador: el legado de la acción colectiva LGBTI*. Universidad Andina Simón Bolívar.
- Llanos, R. (2022). *La adopción homo parental y el Derecho Comparado, consideraciones para su reconocimiento en Ecuador*. UNACH. Recuperado el 1 de julio de 2023, de <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/9259/1/Llanos-Garcia-282022%29-La-adopcion-homo-parental-y-el-Derecho-Comparado-consideraciones-para-su-reconocimiento-en-Ecuador..pdf>
- Malla, F., & Vázquez, J. (2021). La adopción homoparental en el Ecuador. *FIOCAEC*, 6(1), 557-582.

- Marín, L. (2022). *Adopción homoparental y su regulación normativa. Análisis desde el derecho comparado*. UNIANDÉS. Recuperado el 12 de julio de 2023, de <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/15868/1/USD-DER-EAC-132-2022.pdf>
- Martín, M. (2016). Los derechos de las personas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado. *Revista Española de Derecho Constitucional*(107), 219-253.
- Ortega, M. (2021). Análisis de la normativa ecuatoriana relacionada a la adopción homoparental a partir de la opinión OC24 / 17. *Revista Digital Publisher*, 6(4), 5-20. <https://doi.org/doi.org/10.33386/593dp.2021.4-1.585>
- Ossorio, M. (2018). *Diccionario de ciencias jurídicas y sociales*. Datascan.
- Paspuel, L. (2019). *La adopción homoparental Consideraciones para el reconocimiento constitucional en el Ecuador del 2019*. Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado el 8 de julio de 2023, de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7237/1/T3131-MDE-Paspuel-La-adopcion.pdf>
- Peidro, S. (2021). La patologización de la homosexualidad en los manuales diagnósticos y clasificaciones psiquiátricas. *Revista de Bioética y Derecho*(52), 221-235. <https://doi.org/https://dx.doi.org/10.1344/rbd2021.52.31202>
- Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2021). *Tesis P./J. 14/2011, Seminario Judicial de la federación y su Gaceta*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Ruiz, P., & Pinos, C. (2020). Parejas homosexuales y el derecho de adopción en el Ecuador. *Revista FIPCAEC*, 5(3), 96-145. <https://doi.org/v>
- Tenorio, L. (2012). Matrimonio entre hoosexuales y adopción de hijos. Paradigmas por resolver. *Revista de Derecho Privado*(Especial), 311-326.
- Vanegas, M. (2016). *La adopción igualitaria frente al interés del menor*. Corporación Universitaria Lasallista, tesis de grado.
- Yaguana, E., Celi, M., & Sánchez, M. (2023). La adopción homoparental, sustento constitucional, legal y judicial para su reconocimiento en el Ecuador. *Digital Publisher CEIT*, 8(2), 105-125.



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Cali Medina Faviola Elizabeth**, con C.C: # 0928815646 autora del trabajo de titulación: **La adopción de menores por parejas del mismo sexo en el Ecuador**, previo a la obtención del título de **Abogada** 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, a los 6 días del mes de septiembre del año 2023

Faviola Cali M.

f. _____

Nombre: **Cali Medina Faviola Elizabeth**

C.C: **0928815646**



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

| | | | |
|---|---|--------------------------------|----|
| TEMA Y SUBTEMA: | La adopción de menores por parejas del mismo sexo en el Ecuador. | | |
| AUTOR(ES) | Faviola Elizabeth Cali Medina | | |
| REVISOR(ES)/TUTOR(ES) | Roxana Irene Gomez Villavicencio | | |
| INSTITUCIÓN: | Universidad Católica de Santiago de Guayaquil | | |
| FACULTAD: | Jurisprudencia | | |
| CARRERA: | Derecho | | |
| TITULO OBTENIDO: | Abogada | | |
| FECHA DE PUBLICACIÓN: | 6 de septiembre del 2023 | No. DE PÁGINAS: | 21 |
| ÁREAS TEMÁTICAS: | Penal, Constitucional, Niñez y Adolescencia | | |
| PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS: | Adopción, Matrimonio Igualitario, Interés Superior, Igualdad, No Discriminación, Adopción Homoparental. | | |
| RESUMEN/ABSTRACT: | | | |
| <p>La adopción por parejas formadas por personas del mismo sexo es un tema de debate frecuente en la actualidad, sobre todo a partir del reconocimiento del matrimonio igualitario en varios países incluido el Ecuador. El estudio realizado demuestra que la adopción por este tipo de parejas no siempre viene aparejado al reconocimiento del matrimonio, por lo que existe países donde se reconoce el matrimonio y la posibilidad de adoptar, mientras en otros solo el matrimonio, mientras se prohíbe expresamente la adopción. Esta última es la situación del Ecuador donde a las parejas del mismo sexo, aun cuando formen un matrimonio consolidado, la Constitución les prohíbe adoptar a un menor, en tanto no existe regulación alguna respecto a la adopción homoparental. Ante una posible vulneración del de derecho a la igualdad y no discriminación y el principio de interés superior del niño con el que debe ser ponderados aquellos derechos, se propone que sea la Corte Constitucional quien decida expresamente si el reconocimiento del matrimonio igualitario implica la posibilidad de adoptar, y si es posible jurídicamente la adopción homoparental.</p> <p>Adoption by same-sex couples is a topic of frequent debate today, especially after the recognition of equal marriage in several countries, including Ecuador. The study carried out shows that adoption by this type of couples is not always accompanied by the recognition of marriage, which is why there are countries where marriage is recognized and the possibility of adopting, while in others only marriage, while adoption is expressly prohibited. The latter is the situation in Ecuador where same-sex couples, even when they form a consolidated marriage, are prohibited by the Constitution from adopting a minor, while there is a gap regarding homoparental adoption. Faced with these problems of legal vacuum and possible violation of the right to equality and non-discrimination and the principle of the best interest of the child with which those rights must be weighed, it is proposed that the Constitutional Court be the one who expressly decides whether the recognition of marriage egalitarian implies the possibility of adopting, and if legally possible homoparental adoption.</p> | | | |
| ADJUNTO PDF: | <input checked="" type="checkbox"/> SI | <input type="checkbox"/> NO | |
| CONTACTO CON AUTOR/ES: | Teléfono: +593-959436662 | E-mail: favicali90@hotmail.com | |
| CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE): | Nombre: Ab. Ángela María Paredes Cavero, Mgs. | | |
| | Teléfono: +593-0908649924 | | |
| | E-mail: Angela.paredes01@cu.ucsg.edu.ec | | |
| SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA | | | |
| Nº. DE REGISTRO (en base a datos): | | | |
| Nº. DE CLASIFICACIÓN: | | | |
| DIRECCIÓN URL (tesis en la web): | | | |