



DERECHOS DE LOS MENORES EN CASOS DE COLISIÓN DE INTERESES EN ADOPCIONES EN ECUADOR

RIGHTS OF MINORS IN CASES OF COLLISION OF INTERESTS IN ADOPTIONS IN ECUADOR

Galo Stalin Blacio Aguirre

Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador.

<https://orcid.org/0000-0002-3608-6235>

gsblacio@utpl.edu.ec

Marcelo Armando Costa Cevallos

Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador.

<https://orcid.org/0000-0002-6960-2910>

macosta@utpl.edu.ec

María Gabriela Espinosa Quezada

Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador.

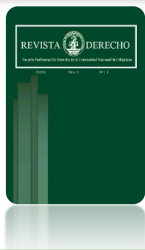
<https://orcid.org/0000-0003-1603-5083>

mgespinosa@utpl.edu.ec

Recibido / Received: 2024/10/07 Aceptado / Accepted: 2024/11/07 Publicado / Published: 2024/11/24

Resumen:

En el presente trabajo se analiza la figura legal de la adopción en el sistema jurídico ecuatoriano, enfocándose en los conflictos normativos y éticos que surgen al confrontar los derechos constitucionales de los menores con la normativa ecuatoriana. Un punto clave es la colisión existente entre el reconocimiento constitucional de la familia en sus diversas formas y la prohibición explícita de adopción para parejas del mismo sexo. En Ecuador existen dos fases para el proceso de adopción, una administrativa y otra judicial, destacando las barreras burocráticas y los vacíos jurídicos que complican la protección efectiva del interés superior del menor. El análisis incluye una evaluación crítica sobre si las parejas del mismo sexo pueden proporcionar un entorno familiar adecuado para el desarrollo integral y emocional de los menores, en comparación con las parejas heterosexuales. Asimismo, se examinan los prejuicios culturales, legales presentes en la normativa ecuatoriana que influyen en esta prohibición. Esta investigación plantea la necesidad de revalorar estas normativas a la luz de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, y de garantizar que el interés superior del menor sea el



fundamento central en el proceso de adopción, sin distinciones basadas en las orientaciones sexuales de los adoptantes.

Palabras claves: Familia, matrimonio, adopción, unión de hecho, derechos.

Abstract:

In this work, the legal figure of adoption in the Ecuadorian legal system is analyzed, focusing on the normative and ethical conflicts that arise when confronting the constitutional rights of minors with Ecuadorian regulations. A key point is the collision between the constitutional recognition of the family in its various forms and the explicit prohibition of adoption for same-sex couples. In Ecuador there are two phases for the adoption process, one administrative and the other judicial, highlighting the bureaucratic barriers and legal gaps that complicate the effective protection of the best interests of the minor. The analysis includes a critical evaluation of whether same-sex couples can provide an adequate family environment for the comprehensive and emotional development of minors, compared to heterosexual couples. Likewise, the cultural and legal prejudices present in Ecuadorian regulations that influence this prohibition are examined. This research raises the need to reevaluate these regulations in light of the constitutional principles of equality and non-discrimination, and to guarantee that the best interests of the minor are the central foundation in the adoption process, without distinctions based on the sexual orientations of the children. adopters.

Keywords: Family, marriage, adoption, facto union, rights.

I. Introducción

La adopción es un mecanismo que busca garantizar el derecho de los menores a tener una familia que les proporcione un entorno adecuado para su desarrollo integral. En Ecuador, este proceso enfrenta múltiples desafíos tanto desde un enfoque normativo como práctico. A pesar de que la Constitución de 2008 ha avanzado en el reconocimiento de una amplia gama de derechos, la legislación sobre adopción sigue mostrando inconsistencias, especialmente en lo relacionado con las parejas del mismo sexo. Este artículo analiza el conflicto entre los derechos de los menores y las limitaciones impuestas por el sistema legal ecuatoriano, que, aunque reconoce a las familias en sus diversas formas, restringe la adopción solo a parejas heterosexuales, lo que genera debates sobre el verdadero alcance del interés superior del menor y la igualdad de derechos. Este artículo realiza un análisis crítico de la legislación ecuatoriana sobre adopciones y los derechos de los menores en situaciones donde hay conflicto de intereses, especialmente en el contexto de las parejas adoptantes heterosexuales y homosexuales. Se examina la evolución del sistema legal en Ecuador desde la Constitución de 2008, que introdujo reformas significativas en el reconocimiento de derechos fundamentales, incluidos los de niños, niñas y adolescentes.



II. Desarrollo

1. Protección y garantía de derechos en el Ecuador

La Constitución de 2008 introdujo cambios significativos en el sistema de derechos en Ecuador, como se discutirá más adelante. Además, alteró la esfera de acción para garantizar la aplicación de los derechos, así como la jerarquía que se debe otorgar a sus disposiciones.

Los derechos fundamentales, constan principalmente en el Título II de la Primera Parte de la Constitución, en donde se establece que todas las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares de los derechos consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, tal como prescribe el Art. 10.

Es a partir de estas premisas, cuando la Constitución procede a enumerar los derechos, huyendo de las tradicionales clasificaciones doctrinales, adoptando un sistema de derechos interdependientes, donde estos derechos forman una unidad integral y universal. No se permite el desconocimiento de algunos derechos bajo el pretexto de proteger otros, ya que se reconoce que la verdadera protección de la dignidad humana implica no solo garantizar áreas de acción libres de interferencia externa, como defendía la filosofía liberal, sino también proporcionar oportunidades de participación en la toma de decisiones colectivas de la sociedad en la que uno es miembro, siguiendo los principios de la filosofía democrática. Además, se debe asegurar condiciones materiales mínimas para la existencia, en línea con las filosofías políticas de orientación social. En resumen, los derechos humanos conforman una unidad compleja.

En términos generales:

la Constitución ha multiplicado ampliamente el número de derechos, mediante una declaración de derechos muy extensa. Además de las tradicionales libertades negativas, propias de la autonomía de la persona, ha recogido una declaración de derechos amplia y muy minuciosa que incluye derechos de la personalidad, económicos, sociales, culturales, de cuarta generación... Muchos de estos derechos comparten una característica común: son, en realidad, carencias de ciertos bienes que se consideran necesarios para la conservación de la vida humana, o para su mejora. Son, hablando con propiedad y rigor, necesidades que, por el ferviente deseo de que sean satisfechas, calificamos erróneamente de derechos fundamentales. (Blacio y Quiroz, 2016, p.17)

En un enfoque sistémico de los derechos y su clasificación en categorías generacionales, se ha abordado académicamente el desarrollo del pensamiento crítico en el campo del derecho constitucional y su influencia en la formulación de teorías y



doctrinas que buscan asegurar la efectiva protección de las prerrogativas subjetivas del ser humano.

En muchas ocasiones, las constituciones incorporan extensos catálogos de derechos, incluso cuando las sociedades en las que se aplican no estén completamente preparadas para reconocerlos o adaptarlos a sus códigos morales de convivencia. Esto se ha observado con frecuencia en la adopción de sistemas jurídicos en contextos europeos y americanos.

En resumen, el análisis sistémico de los derechos y su clasificación generacional ha sido un campo académico importante para fomentar el pensamiento crítico en el ámbito del derecho constitucional y para comprender cómo las constituciones pueden incorporar derechos que, aunque fundamentales, a veces requieren tiempo y esfuerzo para su implementación efectiva en la sociedad.

2. Los derechos y su evolución

En algunos países, los fallos constitucionales han dado lugar al reconocimiento de nuevas categorías de derechos, como la maternidad subrogada, el matrimonio homosexual, la opción de género no binario, el aborto y la muerte asistida, por nombrar algunos ejemplos. Este proceso, que se basa en el principio de reconocimiento progresivo de los derechos, no sigue un protocolo o patrón uniforme, ya que los sistemas normativos varían de un estado a otro. Como resultado, esta evolución puede llevar a confrontaciones ideológicas sin restricciones sobre las posibles repercusiones violentas.

Por tanto, es fundamental cuestionar si los estados que promueven y protegen los derechos están preparados para abordar y regular internamente todas las complejidades que surgen con el reconocimiento de nuevos derechos.

Ecuador inauguró desde el año 2008 un sistema de control, interpretación y administración de justicia constitucional ejercido por un ente independiente de la función jurisdiccional, miramos desde el foro académico y jurídico con desorientación y escepticismo una de las últimas sentencias pronunciadas con el carácter de vinculante por la Corte Constitucional en relación a los alcances y límites de la posibilidad de intervención de los padres, madres o personas a cuyo cuidado se encuentra el niño, niña y adolescente, respecto a sus derechos sexuales y reproductivos; en su parte pertinente dice la resolución:

La intervención de los padres, madres o la persona a cuyo cuidado se encuentran, sobre los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes, debe encaminarse a dotarles de la guía y las herramientas necesarias y suficientes que les permitan adoptar decisiones libres, informadas y responsables. Por lo tanto, corresponde únicamente a la o el adolescente decidir sobre su vida y salud sexual y reproductiva, fundamentando sus decisiones en las herramientas



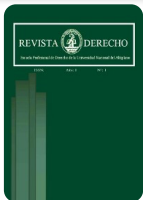
otorgadas por la familia y el Estado, para la adopción de decisiones libres, informadas y responsables. (Sentencia 003-18-PJO-CC, 2018, p.23)

Hay que identificar que en la legislación ecuatoriana “niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, p.1); por lo que se infiere al tenor del fallo, que los niños y niñas a partir de los doce años tienen plena facultad para tomar decisiones sobre su vida sexual y reproductiva; incluso en la misma sentencia se faculta al estado para que intervenga en los términos de la sentencia¹ como “salvador externo” en caso de que la familia, entiéndase padre, madre o persona bajo cuidado de quien se encuentre el menor, no reconozca o garantice estos derechos. Tenemos entonces un estado extremadamente garante en teoría de este tipo de derechos de niños, niñas y adolescentes, pero con un sistema institucional deficiente, carente de políticas públicas en esta área, que no ha respondido a las exigencias mínimas que aseguren el desarrollo armónico de estos grupos vulnerables.

La Corte Constitucional por medio de la Sentencia Nro. 8-09-IC/21 señala:

[...] estima pertinente señalar que el Estado, la sociedad y la familia tienen la obligación de tutelar el derecho de todo NNA a vivir en el seno de su familia nuclear o ampliada. Esto genera obligaciones para el Estado, de brindar todo el apoyo a la familia que posibilite la reinserción familiar del NNA. Asimismo, se observa que se preferirá siempre el acogimiento familiar por sobre el acogimiento institucional. Si no fuese posible la reinserción familiar, entonces se recurrirá a la adopción. En ese sentido, siempre se preferirá la adopción a la institucionalización del NNA (si es a largo plazo), por los efectos nocivos que puede causar en su desarrollo y bienestar. (Sentencia 8-09-IC/21, 2021, p.7)

¹ “La Corte Constitucional, conforme a estas consideraciones emite con carácter erga omnes, la siguiente regla jurisprudencial: La autoridad tuitiva de los padres, madres o de cualquier persona encargada del cuidado de niñas, niños y adolescentes, cesa el momento en el que el ejercicio de la obligación de cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, vulnera su derecho a la información, a la educación y a la salud sexual y reproductiva, transgrediendo los principios constitucionales de su interés superior, su derecho a ser consultados en los asuntos que les afecten, y su calidad de sujetos de derechos, activando la intervención del Estado como un "salvador externo" que imponga medidas que operen a favor del efectivo ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes” Sentencia Nro. 003-18-P.JO-CC, Caso Nro. 0775-11-JPde 27 de junio de 2018.



Con estas líneas introductorias, buscamos aclarar que los sistemas normativos se configuran de acuerdo con su entorno, territorio, población y la práctica real de ciertos derechos, más allá de su reconocimiento formal. La aceptación de estos derechos y su ambiente circundante tiende a ser menos hostil y más tolerante cuando las ideologías, religiones, culturas y programas educativos están dispuestos a ceder espacio y permitir su inclusión gradual. Sin embargo, es importante destacar que este proceso suele ser complejo y enfrenta una resistencia significativa en sociedades fuertemente arraigadas en ideologías particulares.

3. Familia, adopción y la paradoja jurídica en Ecuador: Un análisis crítico

El autor Medina señala que:

la familia de la sociedad antigua, además de ser un núcleo organizado que permitía la continuidad de la especie, también era la principal célula de producción económica... era el sistema que permitía mantener y transmitir el conocimiento y la cultura de grupo. (Medina, 2014; p. 38)

Así mismo, el tratadista García manifiesta que: “La familia es la única institución social que ha estado y está presente en todas las civilizaciones, grandes o pequeñas, que han existido o existen, cumpliendo una importante función como agente socializador de sus miembros” (García, 2016, p. 19)

Desde tiempos ancestrales, la institución de la adopción ha sido una parte fundamental del sistema jurídico. Este concepto se encuentra arraigado en algunas de las leyes más antiguas conocidas, como el Código de Hammurabi.

En el derecho Justiniano, el padre natural solicitaba al magistrado la declaración de la adopción (la *datio in adoptio*), se contaba con la presencia del adoptante y el consentimiento del adoptado, cuyo efecto era mantener bajo la patria potestad al adoptado.

Es así como Justiniano determinó dos tipos de adopción:

- *Adoptio plena*, el adoptado pasaba a formar parte como miembro de la familia con derechos y obligaciones bajo la patria potestad del jefe,
- La *adoptio minus plena*, en la cual no se desvincula al adoptado de su familia de origen, ni se quita la patria potestad del *pater familias*, esta adopción se daba con fines patrimoniales cuyos efectos se limitaban al derecho de heredar al *pater familias* adoptante. (Castán-Vásquez, 1960, p.676)



En Roma la adopción tenía diferentes propósitos y no siempre se orientaba a favor del adoptado². Se consideraban dos formas de adopción, la *arrogatio*, en la cual solamente los hombres libres podían ser adoptados y las personas que se encontraban en algún tipo de privación de un derecho civil no podían ser adoptados, la otra forma de adopción es la *adoptio* la misma que podía desarrollarse en todos los lugares en que tuviera un magistrado romano con plena jurisdicción, en la cual una persona deja de formar parte de su familia biológica para formar parte de una familia adoptiva.

Según el Código de Napoleón (1804) la adopción se regula con grandes limitaciones, mientras que en el Código Civil Francés se determina que se pueden adoptar solamente los menores de edad y deja subsistente el vínculo de parentesco natural (Galindo- Garfias, 1985, p.39).

Cabrera al respecto señala:

la adopción es una institución jurídica del derecho de familia que obedece al derecho privado, se origina en la voluntad individual y espontánea de los adoptantes quienes prestan su consentimiento para iniciar la acción, pero, es el Estado quien por medio de las normas impuestas por el derecho público, determina si es o no procedente dicha acción, de tal forma que, cuando las partes prestan su conformidad en el procedimiento, en aras de lograr una sentencia favorable, ya no son libres para actuar espontáneamente dentro del trámite, sino que lo deben hacer en la órbita rigurosa, de la norma que el derecho positivo imponga (Cabrera, 2008, p.39)

La Corte Constitucional considera: oportuno recordar que los procesos de adopción tienen como finalidad principal la realización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes previstos en los artículos 44 y 45 de la Constitución, que consagran como uno de sus derechos el de gozar de un entorno familiar para su desarrollo integral, el de tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria. Estos artículos reconocen a la familia como una institución pilar para el aseguramiento, tanto del desarrollo integral como del ejercicio pleno de los derechos de niños, niñas y adolescentes. (Sentencia 8-09-IC/21, 2021, p.14)

Para el tratadista Castán Tobeñas (1958) al referirse a la adopción señala que es el:

el acto jurídico que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil del que derivan relaciones análogas, aunque (no idénticas) a las que resultan de la paternidad y filiación natural. Los procesos de adopción han sido cambiando a lo largo de la

² El adoptado perdía su autonomía y se convertía en *Aliens juris*.



REVISTA DE DERECHO

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN: 2313-6944 ; ISSN-e: 2707-9651

2024 - Vol. 9(2), DOI: <https://doi.org/10.47712/rd.2024.v7i2.293>

Journal homepage: <http://revistas.unap.edu.pe/rd/>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



historia, dentro de este proceso el Estado tiene una doble función, por un lado, las instituciones que manejan estos procesos deben encargarse del proceso de investigación de los menores que van a ser adoptados, y también deben verificar la idoneidad de los padres adoptivos (p.196).

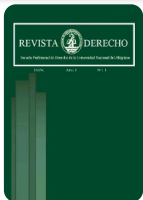
Al respecto, la Constitución en su artículo 11 numeral 2 establece la igualdad y no discriminación con base en la etnia, edad, condición socioeconómica, estado de salud, discapacidad, diferencia física, entre otros, como principio de aplicación de los derechos de las personas, marco bajo el cual, todos los niños, niñas y adolescentes (NNA) deben poder acceder a procesos de adopción para garantizar su derecho a la protección familiar, entre otros. En tal sentido, el artículo 44 *ibidem* reconoce que el Estado deberá promover, de forma prioritaria el desarrollo integral de las NNA atendiendo el principio de su interés superior y velando por que sus derechos prevalezcan sobre los de las demás personas.

Asimismo, el artículo 45 de la Constitución reconoce a los niños, niñas y adolescentes (NNA) el derecho a tener una familia y a disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria. Por otro lado, el numeral 6 del artículo 69 de norma citada establece que “Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 53).

Es innegable que la adopción y la familia están estrechamente relacionadas, y las características de este vínculo están delimitadas por las disposiciones de los sistemas legales. En el contexto normativo de Ecuador, la regulación de estas dos instituciones plantea ciertas perspectivas y, al mismo tiempo, suscita interrogantes debido a las contradicciones y vacíos legales evidentes al revisar las disposiciones contenidas en los artículos 67 de la Constitución de la República del Ecuador, que se refieren a estas dos instituciones.

Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 53)



REVISTA DE DERECHO

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN: 2313-6944 ; ISSN-e: 2707-9651

2024 - Vol. 9(2), DOI: <https://doi.org/10.47712/rd.2024.v7i2.293>

Journal homepage: <http://revistas.unap.edu.pe/rd/>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Es importante acotar que, en Ecuador, la unión de hecho formada entre parejas heterosexuales y homosexuales que han cumplido los presupuestos normativos exigidos se encuentra reconocida, esto se verifica con lo dispuesto en el art. 68 de nuestra Constitución que señala:

La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 53)

Observemos en primer término la ratificación del concepto de familia “como elemento natural y fundamental de la sociedad” (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, p.5), y su reconocimiento en sus diferentes tipos y la permisividad de que ésta pueda constituirse mediante vínculos jurídicos como el matrimonio o mediante unión de hecho, se encuentra tutelada jurídicamente en el Ecuador, el matrimonio sin embargo precisa la norma, se consuma legalmente entre heterosexuales (hombre y mujer); es necesario en este punto remarcar una vez más el desfasado concepto de matrimonio que nuestro código civil aún mantiene: “matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente” (Código Civil, 2005, p.6).

Así mismo, estimamos necesario señalar que el término familia a la luz de los procesos de diversificación de las formas familiares está siendo reconocido en el Ecuador sin ningún límite moral o jurídico en cuanto a la naturaleza de su conformación, entonces desde esta óptica pueden conformarse “familias nucleares, en cohabitación, hogares unipersonales, familias monoparentales, familias reconstituidas” (Estévez López et al, 2016, p.16), además de las que sin tener una denominación específica por el momento también se han constituido y funcionan como células sociales en algunos países dentro de las cuales se identifican las conformadas por parejas homosexuales reconocidas jurídicamente por el matrimonio y en algunas legislaciones como la ecuatoriana por la unión de hecho.

Tengamos presente que la evolución de la composición de la familia se ha dinamizado al ritmo de los cambios en las relaciones culturales, económicas y religiosas principalmente, considerando con las evidentes distancias entre oriente y occidente, que ha predominado la familia nuclear; “en toda sociedad han coexistido formas mayoritarias y minoritarias de familia, y se ha constatado que la familia nuclear o conyugal ha sido una predominante constante que ha dado tanto en los pueblos primitivos como en las sociedades más contemporáneas” (Estévez López et al, 2011, p.16).



Las distinciones sobre la unión de hecho tienen que hacerse en función de las regulaciones legales y de los precedentes jurisprudenciales que han sentado los jueces; en Ecuador la unión de hecho que ha cumplido los condicionantes legales definidos por el Código Civil, goza de igual tutela que el matrimonio;

La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala este Código, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal. La unión de hecho estable y monogámica de más de dos años entre un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes. (Código Civil, 2005, 14)

La Corte Constitucional ecuatoriana ha emitido una declaración categórica acerca de la compatibilidad entre el matrimonio y la unión de hecho en lo que respecta a sus efectos jurídicos para el ejercicio de derechos y el cumplimiento de obligaciones. Asimismo, ha abordado la integralidad del concepto de familia en sus pronunciamientos.

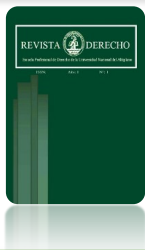
La incongruencia de las normas contenidas en los artículos 67 y 68 de la Constitución Ecuatoriana es notoria, una vez que explícitamente se reconoce a la familia indistintamente de su forma de constitución, porque se ha priorizado en la existencia del vínculo afectivo como factor determinante y no en la condición biológica de sus miembros.

Finalmente, el artículo 69 numeral 4 de la Constitución señala: “Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa. (2008, p. 54)

4. Divergencias de intereses personales en el proceso de adopción

Antes de analizar las divergencias de intereses personales en el proceso de adopción, es importante conocer que en Ecuador a través del Ministerio de Inclusión Económica y Estatal se puede realizar el proceso de adopción por medio de la fase administrativa que realiza el ministerio competente a través de la Unidades Técnicas ubicadas en el territorio nacional de forma desconcentrada con el propósito de declarar la idoneidad de los menores como las familias solicitantes, así también, se encuentra la fase judicial cuyo proceso se efectúa por el Consejo de la Judicatura (Ministerio de Inclusión Económica y Social, 2021).



La primera fase (Administrativa)

Esta fase tiene como objetivo el estudio de los padres adoptivos y la declaración de la familia idónea.

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su art. 159 establece los requisitos mismos que son los siguientes:

1. Estar domiciliados en el Ecuador o en uno de los estados con los cuales el Ecuador haya suscrito convenios de adopción;
2. Ser legalmente capaces;
3. Estar en pleno ejercicio de los derechos políticos;
4. Ser mayores de veinticinco años;
5. Tener una diferencia de edad no menor de catorce ni mayor de cuarenta y cinco años con el adoptado. La diferencia mínima se reducirá a diez años cuando se trate de adoptar al hijo del cónyuge o conviviente, en los casos de unión de hecho que cumpla con los requisitos legales. Estas limitaciones de edad no se aplicarán a los casos de adopciones entre parientes. Tratándose de parejas, los límites de edad se aplicarán al cónyuge, o conviviente más joven;
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;
7. Gozar de salud física y mental adecuada para cumplir con las responsabilidades parentales;
8. Disponer de recursos económicos indispensables para garantizar al adoptado la satisfacción de sus necesidades básicas; y,
9. No registrar antecedentes penales por delitos sancionados con penas de reclusión (2003, p.145-146)

A primera vista, la adopción puede parecer un proceso simple, pero en realidad, la fase administrativa suele convertirse en un camino tedioso y angustiante para los futuros padres adoptivos. Todo comienza con la formación de los padres adoptivos, y el certificado que reciben tiene una validez de solo un mes. Durante este tiempo, los solicitantes deben recopilar todos los demás documentos requeridos, lo que puede resultar en una carrera contra el reloj.

Uno de los desafíos más destacados es el exhaustivo examen médico, que incluye la evaluación del pronóstico de vida de los solicitantes. Además, el estudio psicológico es un proceso complejo que se desarrolla en múltiples etapas y con distintas entidades, como el Ministerio de Salud Pública (MSP) y el Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES), e incluso a veces con psicólogos independientes. Este análisis puede generar discrepancias entre los informes de



diferentes instituciones, lo que a menudo resulta en la recomendación de terapias psicológicas sin ofrecer detalles sobre los resultados obtenidos.

Tras completar estas evaluaciones, se realiza el estudio familiar, que examina la percepción de la familia sobre el proceso de adopción. Sin embargo, en algunos casos, estos estudios pueden resultar subjetivos y estar sujetos a la interpretación de los evaluadores.

Una vez emitida la Declaración de Idoneidad de las Familias, se espera que el proceso de adopción avance hacia el anhelado objetivo. Sin embargo, surge un nuevo desafío: la escasez de niños en estado de adoptabilidad. La declaración de adoptabilidad de los niños depende en gran medida de los procedimientos en los albergues, que a menudo requieren verificar la falta de familiares dispuestos a hacerse cargo de ellos. Esta práctica puede llevar a la suspensión del proceso de declaración de adoptabilidad, incluso cuando existen familiares, pero estos no pueden o no quieren cuidar al niño. Como resultado, muchos niños pueden pasar años en diferentes albergues, cambiando de hogar de acogida debido a la edad, y algunos nunca encuentran una familia adoptiva debido a las deficiencias en los procesos administrativos y judiciales.

La segunda fase. (Judicial)

El art. 175 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia: “el juicio de adopción se iniciará una vez concluida la fase administrativa; y se ajustará al procedimiento señalado en el Capítulo IV, del Título X, del Libro III de este Código” (p. 49). Indiscutiblemente, en el proceso de adopción, el principal sujeto de derechos es el menor, es decir, el niño o la niña. Su derecho inherente a ser parte de una familia se encuentra intrínsecamente ligado a su dignidad como ser humano, lo que engloba derechos conexos como la filiación, la vivienda, la salud, la educación y la recreación.

Sin embargo, en Ecuador, el nudo crítico de la cuestión se ha centrado en la dificultad de determinar, a través del ejercicio de la interpretación y ponderación de las normas jurídicas, qué tipos de familias tienen el derecho de adoptar y cuáles no lo tienen. Reformulando la pregunta, no hay parámetros legales que justifiquen esta imposibilidad, la naturaleza del vínculo familiar no está restringida constitucionalmente como lo hemos anotado, la patria potestad no se afecta si los adoptantes se allanan al cumplimiento de sus deberes y obligaciones y si tienen la capacidad de proveer condiciones que garanticen el desarrollo integral del menor. La educación, principios y valores en una familia formada por una pareja heterosexual no puede ser objeto de discriminación ni retaliación, la orientación sexual de las personas unidas por vínculo de hecho o de derecho no arriesga en ninguna medida la calidad de la educación y la formación del adoptado.

Comprendemos que existe un espacio de conflicto entre lo que es jurídicamente factible y lo que es éticamente apropiado, y este espacio de resistencia se vuelve crucial para garantizar el pleno ejercicio de los derechos en un contexto de igualdad, tanto en



REVISTA DE DERECHO

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN: 2313-6944 ; ISSN-e: 2707-9651

2024 - Vol. 9(2), DOI: <https://doi.org/10.47712/rd.2024.v7i2.293>

Journal homepage: <http://revistas.unap.edu.pe/rd/>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



términos formales como sustantivos. Durante décadas, las sociedades tradicionalistas han impuesto restricciones jurídicas que hoy en día no concuerdan con el enfoque progresista del neopositivismo.

En este orden de ideas, la prohibición de la adopción para parejas del mismo sexo en el Ecuador es un interesante problema jurídico que permite identificar en forma crítica antinomias y lagunas normativas en la Constitución, que delatan los prejuicios ideológicos y culturales enraizados en nuestras leyes y que se han tratado de ocultar entre normas, principios y demás enunciados declarativos que alardean en la promoción de los derechos.

No es coherente que en la Constitución ecuatoriana se reconozca la familia en sus diferentes tipos (art. 67), pero que jurídicamente solo se encuentre legitimado el vínculo matrimonial heterosexual.

Evidente es la disparidad del constituyente que en su discurso normativo dictamina que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades y que nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual (art. 11, numeral 2 CRE, 2008), pero sin embargo prohíbe la adopción para los homosexuales que han constituido una familia mediante unión de hecho, conforme se indica taxativamente en la norma (art. 68 CRE): la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

Es relevante destacar que, en la legislación comparada, la adopción puede ser de dos tipos: unipersonal y bipersonal. La adopción unipersonal se produce cuando una persona, sin estar casada o en una unión de hecho, adopta a un niño, niña o adolescente, cumpliendo con los requisitos establecidos por la ley. No obstante, es importante señalar que uno de estos requisitos es que el adoptado debe ser del mismo sexo que el adoptante. Sin embargo, la ley también establece expresamente que se dará preferencia a la adopción por parte de parejas heterosexuales en lugar de individuos solos, con el propósito de asegurar al menor una figura paterna y materna.

Por otro lado, la adopción bipersonal siempre es permitida para personas casadas o que tengan una unión de hecho legalmente reconocida. Es relevante recordar que actualmente no se requiere de un período de dos años de estabilidad para formalizar una unión de hecho, sino que basta con acudir a un notario para validarla, quien posteriormente enviará la documentación al Registro Civil para su debida inscripción.



En el Ecuador el artículo 68 de la Carta Magna señala: “[...] La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.54), es decir, claramente determina que la adopción es solamente para parejas heterosexuales y no está permitida la adopción para parejas del mismo sexo. Con esta premisa es viable el análisis de la colisión de derechos ante la ausencia de precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y la inercia legislativa que también ha incurrido en inacción en nivel de inconstitucionalidad por omisión, al no desarrollar normativa conexas que permita operativizar el ejercicio de derechos expresamente reconocidos en el texto constitucional y ante una sociedad que se encuentra en constante dinamismo.

La cuestión central radica en si un niño adoptado tiene el derecho a contar con la presencia de una figura paterna y materna, y si esta necesidad puede ser construida culturalmente. Además, se plantea si existen diferencias significativas en la crianza de un menor entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo.

III. Conclusiones

La colisión de derechos en la Constitución ecuatoriana se manifiesta cuando se observa la restricción legal que afecta a las parejas homosexuales en su capacidad para adoptar. Esto ocurre a pesar de que la Constitución reconoce explícitamente diversas tipologías de familias y les otorga el estatus de núcleo fundamental en la sociedad. La limitación de esta prerrogativa, que es inherente a la dignidad humana sin importar la orientación sexual, sigue siendo un problema. La habilidad de crear un entorno familiar en el que un niño o niña pueda beneficiarse de condiciones afectivas que aseguren su desarrollo integral no se garantiza mediante el exclusivo ejercicio de la patria potestad por parte de parejas heterosexuales.

La Constitución ecuatoriana prohíbe la adopción por parte de parejas del mismo sexo. Sin embargo, es esencial destacar que se basa en el principio constitucional que busca la protección de los niños. Es innegable que la adopción por parte de parejas del mismo sexo genera reacciones diversas y opiniones tanto a favor como en contra, motivadas por diversas razones, y plantea preocupaciones sobre la posible discriminación hacia los menores.

La resistencia de sociedades inflexibles y resistentes a la apertura de sistemas y modelos que incorporan nuevas necesidades individuales y colectivas traducidas en exigir derechos de igualdad en su concepto más puro e ideal resulta una amenaza en algunos regímenes seudo democráticos con constituciones teóricamente garantistas, pero con prácticas restrictivas y regresivas.

La Corte Constitucional ecuatoriana al igual que otros entes de similar naturaleza en Sur América enfrentan colapsos ideológicos derivados de las demandas colectivas que pretenden en esta jurisdicción el reconocimiento de derechos subjetivos que en nuestros entornos sociales y territoriales son concebidos como nuevos y que han sido



REVISTA DE DERECHO

de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno

ISSN: 2313-6944 ; ISSN-e: 2707-9651

2024 - Vol. 9(2), DOI: <https://doi.org/10.47712/rd.2024.v9i2.293>

Journal homepage: <http://revistas.unap.edu.pe/rd/>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



resultado no solamente de la exteriorización de carencias y sentimientos reprimidos, sino también de la globalización de los derechos.

Referencias

Blacio, G. (2016): *La Protección Jurisdiccional de los Derechos Constitucionales*. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Blacio, G., y Quiroz, D. (2016), *Hábeas Corpus en la Legislación Ecuatoriana*. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Castán, J. (1960), *La Patria Potestad*. Editorial de Derecho Reunidas SA.

Cabrera, J. (2008), *Adopción; Legislación, Doctrina y Practica*. Editorial Cevallos.

Castan Tobeñas, J. (1958), *Derecho Civil Español, común y foral*. Editorial Reus.

Código de la Niñez y la Adolescencia. (2003, 3 de enero). Congreso Nacional. Registro Oficial No. 737. <https://n9.cl/i3x89g>

Codificación del Código Civil (2005, 24 de junio). Congreso Nacional. Registro Oficial No. 46. <https://n9.cl/4nl8s>

Constitución de la República del Ecuador, (2008, 20 de octubre). Asamblea Nacional Constituyente. Registro Oficial No. 49. <https://n9.cl/p733c>

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre, 1948, <https://n9.cl/6k4t>

Estévez, E., Jiménez, T., y Musitu, G. (2007): *Relaciones entre padres e hijos adolescentes*. (Nau Llibres)

Galindo, I. (1985): *Derecho Civil*. Editorial Porrúa.

García, L. (2006), *Mediación en Conflictos Familiares. Una construcción desde el Derecho de Familia*. Editorial Reus.

Medina, J. (2014), *Derecho Civil Derecho de Familia*. Editorial Universidad del Rosario.

Sentencia Nro. 003-18-P.JO-CC. (2018, 27 de junio). Corte Constitucional del Ecuador. <https://n9.cl/v9tpo>

Sentencia Nro. 8-09-IC/21. (2021, 18 de agosto). Corte Constitucional del Ecuador. (Teresa Nuques). <https://n9.cl/yylpa>