

**UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO**

FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO

# TÍTULO: LA DISCRIMINACIÓN EN LOS PROCESOS DE ADOPCIÓN PARA PAREJAS DEL MISMO SEXO EN ECUADOR

**TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO PREVIO A OPTAR EL GRADO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA**

**NOMBRE DEL ESTUDIANTE:**

PAOLA ALEXANDRA CEVALLOS ROMO

**NOMBRE DEL TUTOR:**

MSc. JOSE CRISTHIAN CASTRO VELASTEGUI

**SAMBORONDON, MAYO, 2025**

## APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de tutor de **PAOLA ALEXANDRA CEVALLOS ROMO,** estudiante de la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo,

## CERTIFICO

Que, una vez analizado el trabajo de titulación titulado **"LA DISCRIMINACIÓN EN LOS PROCESOS DE ADOPCIÓN PARA PAREJAS DEL MISMO SEXO EN ECUADOR",** presentado como requisito previo a obtener el grado de Abogado, el mismo cumple con los requisitos y méritos académicos, razón por la cual, lo **APRUEBO** en su totalidad.

MSc. JOSE CRISTHIAN CASTRO VELASTEGUI

**TUTOR**

## INFORMACIÓN DEL AUTOR

Nombres y Apellidos: PAOLA ALEXANDRA CEVALLOS ROMO

Título Académico más alto: Tecnólogo en Asistencia Jurídica

Universidad de Especialidades Espíritu Santo

Correo Institucional: paola.cevallos@uees.edu.ec

Dirección de Correspondencia: Facultad de Derecho Edificio P,

Universidad Espíritu Santo, Km. 2.5 Vía Puntilla Samborondón

# DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo en primer lugar a Dios que ha sido la guía de mis pasos en este proceso de desarrollo personal y profesional, en segundo lugar y, no por ello menos importante, a mi familia, especialmente a mi esposo que es la luz de mis ojos, el horcón donde sostengo todo el peso de mis lamentos, dudas y de dónde recibo siempre la fortaleza que necesito para continuar. A todas las personas que de un modo u otro han contribuido a que mi pensamiento progresista profesional se haga realidad, pese a las dificultades, a los desvelos y a los distintos obstáculos que han entorpecido el camino. Quiero dedicar este trabajo también, a mí misma, porque sé que merezco un reconocimiento por mis esfuerzos, mi empeño en alcanzar la meta que me he trasado desde hace varios años y que finalmente, al parecer, ha llegado a su fin.

"*El título universitario puede abrir puertas, pero lo que haces con lo que sabes, es lo que define tu camino*."

Stephen R. Covey.

## AGRADECIMIENTO

Quiero expresar mi más profundo agradecimiento a Dios, quien ha sido la guía de mis pasos por este arduo pero interesante camino, regalándome la oportunidad de superarme con salud para mí y para mi querida familia. Asimismo, mi más sincero agradecimiento a la Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES), especialmente a la, Facultad de Derecho, Política y Desarrollo y a su carrera de Derecho, quienes concedieron la oportunidad de adquirir una nueva y prestigiosa profesión que es la de ser abogado, a todo el personal académico y administrativo de la institución por su apoyo en el proceso y por mantenerse altamente capacitados, demostrando competencia, eficiencia y total profesionalismo al momento de impartir las clases y brindar el servicio de la educación para convertirme en abogada de los tribunales de la república del Ecuador.

## RESUMEN

El estudio realizado se centró en el análisis del enfrentamiento normativo entre determinados preceptos constitucionales y legales que persisten en el Ecuador relativos a la adopción, los cuales son manifiestamente discriminatorios y limitan el derecho a la igualdad de oportunidades para las personas casadas o unidas de hecho del mismo sexo que pretenden tener descendencia por adopción en el Estado ecuatoriano. Se argumenta cómo jurídicamente la Constitución de la República del Ecuador y el Código de la Niñez y la Adolescencia resultan discriminatorios en este sentido y contradicen otros derechos que también son fundamentales y están, en principio, garantizados por el mismo instrumento, como lo es el derecho a la familia y el interés superior del niño. Se demuestra que existe vasta experiencia en el estudio de familias homoparentales desde el ámbito sociológico y psicológico de lo que ha resultado que los niños y niñas que en este seno se han desarrollado, manifiestan equiparables índices de bienestar al compararlos con una familia tradicional o heterosexual y, a su vez, como este requisito discriminatorio resulta paradójico al permitírsele a una persona sola la posibilidad de adoptar, cuando luego de ello, perfectamente puede concertar un matrimonio homosexual o unirse de hecho sin romper ninguna regla legal.

Palabras clave: Igualdad, discriminación, matrimonio homosexual, adopción homoparental.

## ABSTRACT

The study focused on the analysis of the normative confrontation between certain constitutional and legal precepts that persist in Ecuador regarding adoption, which are manifestly discriminatory and limit the right to equal opportunities for married or de facto persons of the same sex who intend to have children by adoption in the Ecuadorian State. It is argued that the Constitution of the Republic of Ecuador and the Code of Children and Adolescents are legally discriminatory in this sense and contradict other rights that are also fundamental and are, in principle, guaranteed by the same instrument, such as the right to the family and the best interests of the child. It is shown that there is vast experience in the study of homoparental families from the sociological and psychological field, which has resulted in the fact that the children who have developed in this bosom manifest comparable indices of well-being when compared to a traditional or heterosexual family and, in turn, how this discriminatory requirement is paradoxical in allowing a single person the possibility of adopting, when after that, he can perfectly arrange a homosexual marriage or join de facto without breaking any legal rules.


Keywords: Equality, discrimination, homosexual marriage, same-sex adoption.

# ÍNDICE

**APROBACIÓN DEL TUTOR** ..... **1**

**INFORMACIÓN DEL AUTOR** ..... **2**

**DEDICATORIA** ..... **3**

**AGRADECIMIENTO** ..... **4**

**RESUMEN** ..... **5**

**ABSTRACT** ..... **6**

**Introducción** ..... **8**

**1. La adopción** ..... **14**

1.1. La adopción y su regulación histórico jurídica ..... 14

1.3. Requerimientos a tener en cuenta para poder ser candidato o candidatos en el proceso de adopción según la legislación nacional ..... 22

**2. El derecho a la igualdad y el principio de no discriminación** ..... **23**

2.1. Razones de discriminación formal respecto a los adoptados en el sistema legislativo nacional ..... 29

2.2. La familia homoparental y los criterios de sostenibilidad de su legitimación ..... 31

**Conclusiones** ..... **35**

**Recomendaciones** ..... **37**

**Bibliografía** ..... **39**

## Introducción

La discriminación es uno de los fenómenos más complejos de superar por las sociedades presentes y las antiguas. Actualmente persiste un problema que es una constante a resolver en la legislación del Ecuador y es, precisamente, la razón de discriminación descrita en el artículo 68 segundo apartado de la Constitución de la República del Ecuador[1] y a su vez, descrita en el artículo 159 numeral 6 del Código de la Niñez y la Adolescencia[2] referente a la imposibilidad de adoptar para parejas del mismo sexo[3].

El matrimonio igualitario, hoy es legalmente reconocido en la sociedad ecuatoriana a partir de un criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional del Ecuador, sin embargo, continúa siendo mal visto por la opinión pública solo por los rezagos del pasado y el pensamiento retrógrado de muchas personas que están en simple y llano desacuerdo, sin ningún argumento para ello. Los mismos criterios infundados son los que se utilizan para impedir la igualdad a personas, que solo por el hecho de haber decidido formar una familia homosexual, puedan adoptar.

La norma constitucional del año 2008, entre los tantos beneficios sociales que trajo consigo, incluyó una serie de derechos, principios dirigidos, específicamente a enfrentar la inequidad y violencia de género, así como la discriminación. Entre las instituciones públicas encargadas de llevar a cabo y

[1] Constitución de la República del Ecuador (Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008) (CRE).

[2] Código de la Niñez y la Adolescencia (Registro Oficial No. 737 de fecha 3 de enero de 2003) (CONA)

[3] GARCÍA RUIZ, Antonio Luis y JIMÉNEZ LÓPEZ, José Antonio, "Los principios de cambio-continuidad: base para la comprensión de los hechos históricos y sociales. Su aplicación en el aula" en *Revista Educación y Futuro Digital*, numero 8, 2014, p. 16.

garantizar la implementación de políticas y estrategias de enfrentamiento contra la discriminación por sexo, orientación sexual, género, edad, cultura, creencias, entre otros, es la Defensoría del Pueblo. Por medio de ella, se procura lograr una sociedad que integre el enfoque de igualdad de género y de derechos humanos, usando herramientas y espacios que faciliten la eliminación de los tabúes que imposibilitan la igualdad entre todos los miembros de la sociedad y su aporte individual a la misma.

La adopción es una institución de derecho civil y de familia que permite jurídicamente establecer una relación de filiación sin base biológica, o sea, no consanguínea, pero con sus mismos efectos jurídicos ante la sociedad. Se trata de una ficción legal en virtud de la cual se recibe como hijo al que no lo es por naturaleza, o sea, la filiación no se constituye debido a una relación biológica sino que se construye a partir de una decisión social, ello en virtud de lo determinado en el Código de la Niñez y la Adolescencia [4], se trata de una relación parento filial derivada de un acto jurídico de aceptación de la condición de padre y/o madre, *"Este acto jurídico establece un parentesco entre dos personas, los adoptantes y el adoptado[5]"*.

El Art. 314 del Código Civil define la adopción de la siguiente manera *"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*

[4] Código de la Niñez y la Adolescencia (Registro Oficial No. 737 de fecha 3 de enero de 2003) (CONA)

[5] AMORÓS, A *Una alternativa para el menor abandono: La adopción* https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2531104.pdf consultado el 8/4/2025

*este Título, respecto de un menor de edad que se llama adoptado"*[6]. El establecimiento de tal parentesco elimina, a su vez, la relación de parentesco anterior del adoptado, o sea, los derechos y obligaciones derivadas de la relación biológica originaria del adoptado con su familia sin que ello implique inobservar los impedimentos legalmente establecidos al respecto, esto es, las prohibiciones matrimoniales con sus progenitores y otros familiares biológicos según lo establecido en el artículo 152 del Código de la Niñez y la Adolescencia [7].

La finalidad de la adopción es, por tanto, garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados. El problema jurídico que se pretende resolver en este trabajo es el enunciado que, desde el orden constitucional en el Ecuador, constituye una regla de discriminación formal y, es que, el artículo 68 de la Constitución de la República del Ecuador, al decir: *"La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo"* [8], todo lo cual resulta contradictorio con otros

[6] Código Civil (Registro Oficial No. 46 de fecha 24 de junio de 2005) (CC)

[7] El artículo 152 del Código de la Niñez y la Adolescencia hace referencia al alcance de la adopción, o sea, a los derechos que por este concepto alcanzan recíprocamente adoptados y adoptantes, en y tal sentido la legislación nacional dice: Adopción plena. - La ley admite solamente la adopción plena, en virtud de la cual se establecen entre el o los adoptantes y el adoptado todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parento filial. En consecuencia, jurídicamente el hijo adoptivo se asimila en todo al hijo consanguíneo.

[8] Los artículos 67 y 68 de la Constitución de la República del Ecuador hacen referencia al reconocimiento de la familia en sus diversos tipos, pese que continúa escrito en ella que: "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", desde hace algunos años esto quedó modificado por una sentencia que marcó un antes y un después en la institución de matrimonio en el país, esta es la Sentencia No. 10-18-CN/19 (Matrimonio entre personas del mismo sexo) de la Corte Constitucional del Ecuador, siendo su Juez ponente: Alí Lozada Prado. A partir de este momento, se le reconoce a los ecuatorianos la posibilidad de contraer matrimonio en parejas del mismo sexo y, con ello, se garantizó el derecho a la igualdad en este sentido, sin embargo, en el apartado segundo del artículo 68 quedó establecida la imposibilidad de estos para adoptar, lo que en esencia es una forma de discriminación que ha de ser resuelta. Constitución de la República del Ecuador (Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008) (CRE).

derechos de las personas, principalmente con el derecho a la igualdad y no discriminación [9].

Resulta sumamente curioso que las personas en Ecuador tengan la posibilidad real de adoptar, incluso, no estando casados con otra persona o dentro de una unión de hecho formalizada, sin embargo, si están casados con otra persona del mismo sexo, no tienen la posibilidad de adoptar, razón de imposibilidad esta, determinada desde el orden constitucional. Ello no es más que una clara forma de discriminación y una limitación al derecho de igualdad ciudadana y, a su vez, una manifiesta vulneración de los derechos humanos establecidos en diferentes instrumentos internacionales, cuestión que ha de ser resuelta a la mayor brevedad posible. Otro asunto debatible como forma de discriminación formal es el enunciado del artículo 318 del Código Civil, donde se determina que: *"Los célibes y los que se hallaren en actual estado de viudez o divorcio no podrán adoptar sino a personas del mismo sexo que el del adoptante"*[10] pero este punto, que también es aparentemente discriminatorio, debe ser objeto de análisis de otra investigación.

Es muy importante destacar la sentencia número 10-18-CN19 de fecha 12 de junio de 2019[11], la cual, sin lugar a dudas, representó un hito histórico en la jurisprudencia ecuatoriana y es que, en virtud de ella se reconoció el derecho de las personas del mismo sexo para contraer matrimonio. La situación problémica que se

[9] CASTRO NÚÑEZ, Wilson Eduardo *et al*., señalan que el Estado ecuatoriano se preocupa por el bienestar de los niños y en especial lo que no tienen un hogar estable, por lo tanto, desde su normativa establece los mecanismos necesarios para canalizar el proceso de adopción. CASTRO NÚÑEZ, Wilson Eduardo *et al.*, "La adopción de menores en el marco jurídico ecuatoriano" en *Iustitia Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas*, Vol. 5, No. 1, 2021, p. 44.

[10] Arts. 318 CC.

[11] Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador [SCC], 12 de junio de 2019 (10-18-CN/19 Juez ponente: Alí Lozada Prado).

resolvió mediante esta sentencia derivó de una consulta de norma que se realiza a partir de la presentación de una acción de protección, incoada por dos personas homosexuales que pretendían casarse en el Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador y no se les permitió debido a los requerimientos del matrimonio definidos en los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles[12].

Esta institución del matrimonio, según estaba definida en estos preceptos normativos, no era más que una forma de discriminación formal también para el alcance efectivo de los derechos a la igualdad que le asisten a las personas en Ecuador, con independencia de su orientación sexual o de género, asimismo, limitaba los derechos reconocidos a los diversos tipos de familia por el orden constitucional del Estado ecuatoriano.

[12] El artículo 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles (Segundo Registro Oficial Suplemento No. 684 del 4 de febrero de 2016) antes de la modificación por determinación de la referida sentencia planteaba que:

> Autoridad ante quien se celebra e inscribe el matrimonio. El matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer y se celebra e inscribe ante la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación. Fuera del territorio ecuatoriano, se celebra e inscribe ante el agente diplomático o consular, si al menos uno de los contrayentes es ecuatoriano. La autoridad competente, antes de la celebración de un matrimonio, deberá verificar el registro personal único de los contrayentes y que estos estén legalmente habilitados para contraer matrimonio civil, de lo cual se dejará constancia en el acta respectiva. La falta de esta solemnidad ocasionará la sanción administrativa, civil y penal de la autoridad que celebró el matrimonio, sin perjuicio de la nulidad del matrimonio a la que pueda haber lugar, de conformidad con la Ley.

Lo cual estaba en concordancia con lo determinado en el artículo 81 del Código Civil, que planteaba lo siguiente: "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". Todo lo cual fue cuestionado en relación a los derechos de igualdad que aclama el orden constitucional y su concordancia con el artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador el cual hace referencia, precisamente al reconocimiento de los diversos tipos de familia por parte del Estado ecuatoriano.

Básicamente, del análisis casuístico resultó que, la Corte Constitucional del Ecuador consideró que la interpretación literal y aislada que se le realizaba a los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles era restrictiva y discriminatoria, por tanto, determinó que era pertinente realizar en su lugar una interpretación sistemática y evolutiva, con la que se permitiría a su vez, armonizar los principios de igualdad y no discriminación. En base a estos mismos argumentos se presenta la problemática jurídica de este trabajo de investigación.

En tal sentido, se presenta entonces el siguiente problema jurídico y e s que, este estudio busca argumentar cómo es posible que la sociedad ecuatoriana actual y, concretamente en su sistema legislativo, sea posible que se sostenga una prohibición tan manifiestamente discriminatoria, lo cual, además, va en contra de otros postulados expresos que son sumamente revolucionarios en temas de garantismo de la igualdad.

Adicional a ello, se pretende evidenciar la importancia que tiene el respeto por las libertades de los individuos, haciendo especial referencia al derecho de igualdad de oportunidades que debe ser garantizado a las personas, no solo en el orden constitucional sino legislativo. A partir de esta situación problémica se ha planteado como pregunta de investigación la siguiente: ¿Constituye una forma de discriminación formal el enunciado segundo de la Constitución de la República del Ecuador para el alcance de los derechos de las parejas del mismo sexo casadas en Ecuador?

Como objetivos de la investigación se han planteado los siguientes: Objetivo general

Demostrar que la prohibición de adoptar para las parejas del mismo sexo casadas en Ecuador constituye una forma de discriminación formal y una vulneración al derecho a la igualdad.

Objetivos específicos:

Sistematizar las disposiciones jurídicas que regulan el derecho a la igualdad y no discriminación.

Demostrar que, jurídicamente, el enunciado constitucional que prohíbe la adopción para las parejas del mismo sexo constituye una forma de discriminación formal que se contrapone con el derecho a la igualdad de la ciudadanía en Ecuador.

Realizar una propuesta de modificación a la prohibición de adoptar para las parejas del mismo sexo establecido en el artículo 68 de la Constitución de la República del Ecuador.

El hecho de que persistan tales disposiciones en el orden constitucional compone una contradicción para el entendimiento de otras instituciones del Derecho en el Ecuador que resultan sumamente avanzadas en la sociedad actual, ellas no son más que un manifiesto rezago para la ciudadanía y para el alcance de otras oportunidades como lo es, la adopción.

## 1. La adopción

### 1.1. La adopción y su regulación histórico jurídica

Existen diversos instrumentos jurídicos en el ámbito internacional que han prestado especial atención a los procedimientos de adopción, sobre todo con el propósito de resolver procesos de adopción donde varios países se ven implicados en su desarrollo. No obstante, se hará referencia puntual a aquellos instrumentos en

los que Ecuador ha sido suscriptor o ratificador de sus postulados y, por tanto, obligado al cumplimiento de las determinaciones.

El primero de estos instrumentos es la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores[13], el cual fue adoptado en el año 1984 en Bolivia y fue ratificado por el Ecuador en el año 1987. Este instrumento jurídico internacional estableció las reglas básicas para la resolución de los conflictos de normas nacionales en los procesos de adopción internacional entre países americanos, en tal sentido, como regla de derecho internacional dispuso que, en caso de conflictos, deberá aplicarse la regla del país de residencia habitual del menor en condiciones de adoptabilidad para poder determinar si pude ser adoptado o no; ello implica que, en caso de ciudadanos extranjeros que pretenden adoptar a un ecuatoriano o a un menor residente en Ecuador, deberá regirse el proceso por las reglas que al respecto se establecen en el país.

No obstante, las reglas de los requerimientos para los adoptantes se rigen por las del país de origen del adoptante, no por la de los menores en condiciones de adoptabilidad. Entre otras cuestiones sumamente relevantes dispuestas en este instrumento está que, garantiza el reconocimiento de la adopción válidamente realizada entre países suscriptores del convenio y, a su vez, protege el secreto de la adopción salvo que exista alguna cuestión medica que sugiera lo contrario. El instrumento reconoció las distintas complejidades que supone para la institución la

[13] Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores (de 21 de agosto de 1987), URL https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_Interamericana_sobre_Conflictos_de_Leyes_en_materia_de_Adopcion.pdf consultado 12/04/2025.

trasnacionalidad y encontró soluciones para armonizar el tratamiento legal y procedimental en la región.

Otro instrumento internacional de especial relevancia en cuanto a los procedimientos de adopción lo ha sido la Convención sobre los Derechos del Niño[14], adoptada por la Organización de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado ecuatoriano desde el 23 de marzo de 1990. Este instrumento, entre otras cuestiones, estableció el interés superior del niño como un principio obligatorio y orientativo en toda decisión judicial o administrativa relacionada con sus derechos y su vida, asimismo, se les reconoció a los niños el derecho a tener una familia, con independencia de si esta es adoptiva o biológica. Respecto a la adopción, dispuso que esta solo podría disponerse por una autoridad competente y luego del cumplimiento de los trámites legales para ese fin garantizando, en todo caso, que no exista contraprestación o ganancia económica indebida por este concepto.

La Convención sobre los Derechos del Niño, tuvo una especial relevancia para el mundo jurídico y representó una transformación alrededor del reconocimiento de sus derechos y del pensamiento que preexistía sobre ellos, pues, a partir de su adopción, los niños se convirtieron en sujetos de sus propios derechos y, en cuanto a los procesos de adopción, esto dejó de

[14] Convención sobre los Derechos del Niño (de 20 de noviembre de 1989), URL https://www.ohchr.org/sites/default/files/crc_SP.pdf consultado 12/04/2025.

constituir un acto de caridad para convertirse en una institución que vela por la protección y la restitución de derechos del menor [15].

En el año 1993 se adoptó el Convenio de La Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional[16], específicamente el 29 de mayo, el cual fue ratificado por el Ecuador en el 2003. Este convenio tiene especial relevancia en los procesos de adopción pues el mismo, determina los mecanismos de cooperación internacional para garantizar la legalidad y transparencia en los procedimientos de adopción internacional. En igual sentido, determina las autoridades centrales del Estado que deben intervenir en los procesos de control relativos a la adopción; dispone que los procesos de adopción internacional han de ser subsidiarios, o sea, siempre que resulte posible conceder la adopción nacional no deberá realizarse una de carácter internacional y por último, obliga a los estados miembros a tener en

[15] Según el MINISTERIO DE INCLUSIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL, "Informe sobre Gestión de Adopciones" 2021, URL https://www.inclusion.gob.ec/wp-content/uploads/2018/10/Informe-Adopciones-Julio-2021-final_compressed.pdf consultado 12/04/2025 la:

> Adopción Internacional, es una medida de protección definitiva y de restitución de derechos, mediante la cual una niña/o y adolescente privado permanentemente de su medio familiar, que cuenta con la declaratoria de adoptabilidad y se encuentra en aptitud psicosocial para ser adoptado se integra en calidad de hija/o a una familia idónea cualquiera sea su nacionalidad y que tiene(n) su domicilio habitual en otro Estado; así como por aquellas familias extranjeras idóneas, domiciliadas en el Ecuador por un tiempo inferior a tres años.

[16] El Convenio de La Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional (de 29 de mayo de 1993) URL https://www.oas.org/dil/esp/Convenio_Haya_Proteccion_del_Nino_Cooperacion_en_Materia_Adopcion_Internacional_Espana.pdf consultado 12/04/2025 es el instrumento jurídico internacional más detallado hasta la actualidad en materia de adopción internacional, velando por que los procedimientos llevados a cabo por los Estados que lo han ratificado, sean éticos y garanticen que en ningún caso los niños puedan ser víctimas de trata de persona, esclavitud, traslado forzoso, tráfico de personas o cualquier otro delito.

cuenta el interés superior de los niños y su criterio en el proceso de adopción, en correspondencia con la madurez y edad del menor.

De estos instrumentos y de su contenido concreto supra analizado, se puede colegir que, en primera instancia, el propósito se centraba en resolver los conflictos de normas que se suscitaban entre los distintos países que intervenían en un proceso de adopción, pero sin que ello implicara analizar con profundidad los derechos de los niños que intervienen en el proceso. La adopción se concentraba en un mecanismo de protección pero que en realidad no se refería a la necesidad de protección del menor sino de garantizar el acceso a la posibilidad de los adultos que pretendían adoptar, sin darle tanta importancia al menor y su necesidad de una familia.

Luego, la legislación internacional madura un poco en este sentido y centra sus esfuerzos en los derechos de los niños que se encuentran en situación de adoptabilidad. La suscripción de la Convención de los Derechos del Niño en el año 1989, es una clara muestra de ello, pues reconoce y obliga a la observancia de su interés superior, le concede la condición de sujeto de derecho y a su vez, le reconoce su derecho de participación en todas las decisiones que de un modo u otro pudieran afectarle, se estableció un paradigma de derechos humanos donde el niño pasa a convertirse en el protagonista de todo el proceso dejando de lado los intereses expresos o tácitos de los adoptantes. Desde este momento, la adopción se convierte en un medio para garantizar los derechos del niño a vivir y tener una familia.

Finalmente, el Convenio de La Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1993, consolidó este proceso evolutivo en el proceso de adopción internacional y fijó los mecanismos de control, de cooperación internacional en estos procesos y las reglas éticas fundamentales, destacando el principio de subsidiariedad que evitaría el traslado trasnacional de menores cuando exista una posibilidad dentro de su Estado y bajo la cultura originaria para el menor.

En el caso del Ecuador podría decirse que existe suficiencia legislativa alrededor de la adopción, entendida esta como una razón de parentesco que une a los adoptantes con el adoptado y, de este último, con los parientes de los adoptantes, ya sean, por consanguinidad o por afinidad. A su vez, a partir de la constitución de la situación jurídica de adopción, en principio, deja de existir la relación de parentesco entre el adoptado y sus progenitores biológicos y las demás relaciones parentales derivadas de la relación congénita, todo ello derivado de lo establecido en el artículo 152 del Código de la Niñez y la Adolescencia[17] y el artículo 314 del Código Civil[18] anteriormente comentados.

Según el artículo 151[19] del Código de la Niñez y la Adolescencia, con la adopción se pretende garantizar el derecho a vivir en familia, o sea, garantizar al menor una familia que resulte idónea, permanente y definitiva. Estos últimos adjetivos hacen referencia a efectos jurídicos como la imposibilidad de retrotraer o

[17] Art. 152 CONA.

[18] Art. 314 CC.

[19] Art. 151 CONA señala 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".

negar al menor la situación de adoptabilidad ya adquirida. Asimismo, es importante hacer referencia a varios principios de la adopción que resultan de suma importancia por su coherencia con los instrumentos jurídicos internacionales citados con anterioridad, estos están descritos en el artículo 153 del CONA y son los siguientes:

- Es una medida extraordinaria de última instancia, o sea, se recurrirá a la adopción cuando se hubieren agotado todas las medidas de apoyo a la familia y de reinserción familiar al menor;

- La adopción nacional es prioritaria ante la internacional, pues según lo determinado en el artículo 180 del propio instrumento jurídico (CONA) esta última tendrá carácter excepcional.

- Prioridad a parejas heterosexuales sobre una sola persona. Lo que implica que es preferible garantizar al menos una pareja para su adopción, como regla general, pero, a su vez, también supone que una sola persona puede perfectamente adoptar, sin distinguir si este ha de ser heterosexual u homosexual o mantener cualquier otra cuestión de género[20].

- Se prefiere como adoptantes a los parientes de origen del menor hasta el cuarto grado de consanguinidad, por lo tanto, si el adoptante o adoptantes son familiares del menor en estos grados tendrán mejor derechos que los postulantes ajenos al menor.

[20] Una cuestión sumamente relevante y que es objeto de análisis muy concreto en esta investigación es, precisamente que, según este principio establecido en el artículo 153 numeral 3 del Código de la Niñez y la Adolescencia las personas solas, no casadas o unidas de hecho, pueden adoptar en Ecuador, con independencia de que se conceda prioridad a las parejas heterosexuales.

- Se debe escuchar y valorar la opinión de los niños adoptivos antes de la concesión de adopción y es obligatorio el consentimiento del adolescente; esto como consecuencia de su condición de sujeto de derecho y a su vez, su derecho de participación establecido desde la Convención sobre los Derechos del Niño.

- El adoptado tiene derecho a saber que lo es, a conocer su historia y su familia originaria salvo que exista prohibición expresa al respecto; lo que quiere decir que, en principio, todo adoptado debe saber sobre esta condición, es su derecho, asimismo, debe saber quiénes son sus padres biológicos y la historia familiar que le antecede, una razón muy simple es la genética, pues ello, en no pocas ocasiones puede influir considerablemente en su salud.

- Los adoptantes deben ser idóneos y deben ser capacitados previamente para la adopción, ello según lo determinado en los numerales 7 y 8 del artículo 153 del CONA, lo que supone que las personas que van a adquirir la responsabilidad de cuidado deben poder hacerlo objetivamente, contar con las condiciones mínimas para ello y estar conscientes de lo que hacen y estar debidamente preparados para asumir este encargo.

- Cuando se disponga la adoptabilidad de un menor que pertenezca a un pueblo, nacionalidades indígenas o afro-ecuatorianas, se preferirá a adoptantes de su propia cultura, este último principio procura garantizar que la cultura de las personas no se pierda con motivo de la adopción, pues ciertamente existe una condición en el desarrollo humano que es el medio que lo circunda y si este medio cambia a temprana edad puede suceder que la cultura y los valores que son aprendidos difieran definitivamente de los originarios del menor.

### 1.3. Requerimientos a tener en cuenta para poder ser candidato o candidatos en el proceso de adopción según la legislación nacional

Al hablar de los requerimientos para ser adoptante en Ecuador es necesario dejar claro que estos van a ser los requerimientos mínimos que la legislación nacional dispone que se deben cumplir para poder acceder a un proceso de adopción, el solo hecho de contar con ellos no implicaría que automáticamente el solicitante pueda adquirir el derecho de adoptar, sino que una vez los cumpla, podrá acceder a las capacitaciones y realizar los demás actos encaminados a conseguir la adopción [21]. Estos requisitos son:

Tener domicilio en Ecuador o en un Estado con el cual Ecuador tenga convenio de adopción. Tener capacidad legal según lo determinado en el Código Civil, estar en el goce del ejercicio de los derechos políticos, tener más de 25 años de edad, mantener una diferencia de edad que no sea inferior a los 14 años ni mayor a 45 años en relación con la persona en condición social de adoptabilidad, se

[21] Según LAMIÑA PAGUAY, Brayan Franklin, para convertirse en familia idónea para adoptar se debe pasar un proceso y ciertos requisitos para poderlo hacer en nuestro país Ecuador, como por ejemplo de manera escueta repasaré, como más importante es estar domiciliado en el ecuador tres años ininterrumpidos, esto asegura que el menor crezca en un ambiente habitual que ya está acostumbrado como lo es el de su país, como otro requisito del adoptante para poder postular al proceso con su pareja deben ser mayores de 25 años y no tener una diferencia de edad menor de 14 ni mayor de 45 años con el adoptado, la salud del solicitante es importante para poder acceder a estos procesos de adopción puesto que el adoptante debe necesariamente gozar de salud física y mental que le permita ejercer la paternidad o maternidad, los niños niñas y adolescentes que se encuentran en centros de adopción esperando que su interés superior de tener una familia, en la mayoría de situaciones se han visto involucrados en la carencia de recursos económicos por lo que la ley expresa exige que el adoptante debe disponer de los recursos económicos necesarios para satisfacer las necesidades básicas del adoptado, por otro lado y aún más relevante es que las personas que están en proceso de adopción en referencia al adoptante no debe registrar ningún antecedente penal, porque siempre va a prevalecer el bienestar del menor. LAMIÑA PAGUAY, Brayan Franklin, "Análisis jurídico en el proceso de adopción de niños, niñas y adolescentes, e interés superior del menor" en *Proyecto de Investigación de Abogado (a) de los Tribunales de la República*, 2023, Universidad UNIANDES, URL https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/17077/1/UR-DER-PDI-025-2023.pdf consultado 12/04/2025.

requiere que la pareja de adoptantes sea heterosexual y debe mantener una relación formalizada por un periodo superior a los tres años, sea en virtud de un matrimonio o en unión de hecho reconocida.

También deben gozar de salud física y mental que se corresponda con la posibilidad real de ocuparse de las responsabilidades derivadas de las relaciones paterno filiales y, por tanto, parentales. Deben disponer de recursos económicos que le permitan garantizar el sostenimiento indispensable del adoptado, de modo que, con ello, estos demuestren que pueden satisfacer las necesidades básicas del menor, por último y no menos importante, plantea la ley que no podrán registrar antecedentes penales por delitos sancionados a más de 5 años de privación de libertad, lo cual es otra razón de discriminación formal que también debe ser objeto de estudio de ulteriores investigaciones[22].

## 2. El derecho a la igualdad y el principio de no discriminación

Uno de los temas más complejos en el sistema jurídico actual ha sido garantizar una verdadera igualdad para los usuarios del derecho. Las sociedades latinoamericanas contemporáneas, en las últimas décadas, han avanzado de un modo exponencial en su sistema legislativo y de reconocimiento de derechos, sin embargo, no basta con que los derechos sean reconocidos si no pueden ser efectivamente garantizados y es ahí, donde surge el verdadero problema respecto al derecho a la igualdad.

El derecho a la igualdad es un derecho natural que está internacionalmente reconocido en múltiples instrumentos jurídicos internacionales e implica un

[22] Art. 159 CONA.

conjunto de aristas amplísimas. Este derecho es el resultado de los más importantes reclamos sociales que se han ido suscitando a través de la historia y hoy es considerado como una necesidad esencial en los sistemas democráticos y sociales de derecho. Pese a que todos los hombres nacen libres y esto es una máxima del derecho desde hace siglos, no fue hasta el periodo de la ilustración que este derecho de la libertad fue reconocido legislativamente en un instrumento internacional, específicamente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos[23].

La Declaración Universal de los Derechos Humanos consagró en su artículo 1 que todos los hombres son iguales en dignidad y en derechos, asimismo, dejó claramente establecido que todos los seres humanos nacen libres, con independencia de la situación jurídica o social que tengan sus progenitores. Este reconocimiento del derecho a la igualdad con este alcance, es resultado del pensamiento racionalista y liberal de la Revolución Francesa y de los procesos de liberación de varias colonias en el continente americano, asimismo, de las vivencias espantosas que sufrió la humanidad tras el paso de la Segunda Guerra Mundial[24].

[23] La Declaración Universal de los Derechos Humanos, consagra que: "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos" Declaración Universal de los Derechos Humanos, (de 10 de diciembre de 1948) URL https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/2740/1/DECLARACIÓN%20UNIVERSAL%20DE%20LOS%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf consultado 14/04/2025

[24] La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, fue el resultado de la experiencia de la Segunda Guerra Mundial. Después de la Segunda Guerra Mundial y la creación de las Naciones Unidas, la comunidad internacional se comprometió a no permitir nunca más atrocidades como las sucedidas en ese conflicto. Los líderes del mundo decidieron complementar la Carta de las Naciones Unidas con una hoja de ruta para garantizar los derechos de todas las personas en cualquier lugar y en todo momento. El documento que consideraban, y que más tarde se convertirá en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, fue examinado en la primera sesión de la Asamblea General en 1946. Naciones Unidas, "Paz dignidad e igualdad en un planeta sano, Historia de la Declaración", URL https://www.un.org/es/about-us/udhr/history-of-the-declaration consultado 15/04/2025.

El derecho a la igualdad ha ido evolucionando también con relación a los infantes, teniendo en cuenta otras dimensiones del concepto como es la vulnerabilidad a la que estos están sometidos. Manifestación de ello ha sido, por ejemplo, la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños del año 1929[25], con el protagonismo de Eglantyne Jebb, activista británica y fundadora de la Organización No Gubernamental (ONG) Save The Children, (Salvar a los niños), lo cual constituyó el primer documento en la historia que reconoció expresamente derechos específicos para los niños y el primero que resaltó la participación de los adultos en la garantía de su bienestar[26].

Otro ejemplo es la Declaración de los Derechos del Niño, pero del año 1959[27], adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, lo cual solamente vino a ampliar un poco más los principios que y habían sido establecidos por la declaración de 1924 y concretando 10 principios esenciales que serían tomados en cuenta para el desarrollo de la infancia. Por último, en el año 1989, se firmó un tratado internacional que, hasta ahora, es uno de las más ratificados de la historia y es la Convención sobre los Derechos del Niño[28].

[25] Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, (de 1924) URL https://www.ciprodeni.org/wp-content/uploads/2018/08/Declaracion-de-Ginebra-1924.pdf consultado 16.04.2025.

[26] Save the Children, "Hasta el último niño. Los niños que el mundo ha decidido olvidar", 2016, URL https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/hasta_el_ultimo_nino_every-last-child.pdf consultado 16/04/2025.

[27] Naciones Unidas, "Declaración de los Derechos del Niño" (de 1959), URL https://www.oas.org/dil/esp/Declaración%20de%20los%20Derechos%20del%20Niño%20Republica%20Dominicana.pdf consultado 14.04.2025.

[28] Naciones Unidas, "Convención sobre los Derechos del Niño" (de 5 de diciembre de 1989), URL https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/11/convencion_derechos_nino.pdf consultado 14/04/2025.

En ella, se establece el principio de interés superior del niño como una regla *sine qua non* en relación a la determinación de los derechos de los niños. Entendiéndose el principio de acuerdo a la Sentencia 2691-18-EP/21[29], se establece el derecho de igualdad de todos los niños del mundo y la prohibición de que alguno de ello sea discriminado por alguna razón. Se establece que estos son sujetos de sus propios derechos y, por tanto, su opinión siempre ha de ser tenida en cuenta, sobre todo, cuando se determina sobre sus derechos y, finalmente, se responsabiliza al Estado y a la familia no solo con el reconocimiento formal de estos derechos sino también con la obligación material de garantizarlos.

La igualdad que se proclama hoy en día a nivel global, implica que todos los seres humanos merecen igual trato, deben tener acceso al reclamo de iguales derechos y deben poder ejercitar, en igualdad de condiciones sus propios derechos. Desafortunadamente, por tradición, la igualdad se ha limitado a su regulación jurídica. Al principio, el reconocimiento del derecho se manifestó como un simple derecho de igualdad ante la aplicación de la ley, pero aplicar la ley de manera igualitaria a todas las personas, incluidos los desiguales, genera una cuota de desigualdad.

Por eso, el tema de la igualdad no puede tratarse sólo desde el punto de vista formal, sino que exige además un enfoque sociológico respecto a las posibilidades de realización de los derechos y facultades, a la existencia de un conjunto de condiciones objetivas, provenientes del medio que aseguren el ejercicio de derechos

[29] Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia No. 2691-18-EP/21" (de 10 de marzo de 2021) URL https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOicxYWYyNmZjNi02MDU4LTQ0ODEtYThjZC1iOGY0YWFiZjhlYzkucGRmJ30= consultada 15/05/2025.

y facultades y que, a su vez, permitan la defensa de los mismos en caso de amenaza o violación.

El principio de igualdad ha recibido una tutela legislativa como derecho humano, tanto en el ámbito internacional como nacional del Ecuador, especialmente en el ámbito constitucional. Ejemplo de ello lo es el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, donde se determina que todas las personas serán iguales en el Estado ecuatoriano y serán titulares de los mismos, derechos y oportunidades, no obstante, también tendrán los mismos deberes sociales[30].

Asimismo, plantea que ninguna persona podrá ser discriminada por ser diferente a la mayoría y, taxativamente, hace referencia a históricas razones de discriminación, como lo es el género, la raza, la etnia, el lugar de nacimiento, la orientación sexual, el pasado judicial entre otros. Al final del referido precepto dispone que la ley sancionará toda forma de discriminación y que el Estado será responsable de adoptar todas las medidas pertinentes para promover la igualdad material de los derechos en favor de los titulares que se encuentren en una situación real de desigualdad.

Pero, ¿qué es discriminación? ¿qué implicaciones tiene para una persona?

Para los efectos de un mejor entendimiento del tema, es importante definir qué se entiende por discriminación. Según la Comisión Nacional de los Derechos

[30] Art. 11 numeral 2 de la CRE.

Humano[31] la discriminación es un fenómeno que se suscita dentro de la sociedad y que vulnera otros derechos como lo es la igualdad, la libertad individual y la dignidad, calificados estos como derechos humanos. Este fenómeno se puede generar, bien dentro de las prácticas sociales privadas como públicas, o sea, entre los ciudadanos y su interacción con el Estado.

La discriminación implica una selección, una exclusión de unos sobre otros, generalmente permeado de un alto contenido de desprecio y proporcionando un trato de inferioridad a personas o a grupos de personas y motivado por alguna causa en específico, como lo es el color de la piel, el país de origen, la nacionalidad o cultura, el sexo, la orientación sexual o el género, las opiniones políticas sociales o económicas, la enfermedad o discapacidad entre otras múltiples. Cada una de ellas, constituyen los criterios históricos de discriminación, pero no por eso son los únicos que se pueden estar suscitando dentro de la sociedad actual.

Concretamente, se discrimina cuando, con base en alguna razón distintiva injustificada, se realiza algún acto de desprecio que niega la persona a alcanzar lo que otros si pueden, o sea, cuando se le niega el derecho a la igualdad de derechos, trato u oportunidades, produciendo con ello un daño que puede traducirse en anulación o restricción en el disfrute de los derechos. Discriminar es diferenciar, tratar distinto a otro infundadamente, sobre todo, cuando las personas gozan exactamente de los mismos derechos, el tratamiento diferenciado, genera para el

[31] Comisión Nacional de los Derechos Humano, "La discriminación y del derecho a la no discriminación" 2012, URL https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/43-discriminacion-dh.pdf consultado 17/04/2025.

discriminado una desventaja, una falta de oportunidad para alcanzar lo que otro en su lugar si puede, en definitiva, una restricción a su derecho.

El artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador no hace referencia expresa a la discriminación que se puede suscitar respecto a los hijos adoptados o a los hijos que históricamente han sido mal llamados: ilegítimos, sin embargo, si se realiza un análisis sistemático de la propia norma y de esta en su relación con otras normas del ordenamiento jurídico nacional, son perceptibles un grupo importante de razones de discriminación formalizadas en la propia ley.

### 2.1. Razones de discriminación formal respecto a los adoptados en el sistema legislativo nacional

Empezando por el orden constitucional, el artículo 6 de la Constitución de la República del Ecuador determina los derechos relativos a la ciudadanía y las formas de adquirir la nacionalidad en Ecuador. El artículo 7 de la misma norma dispone que serán considerados como ecuatorianos por nacimiento las personas que han nacido en el Ecuador, o sea, en el marco de su territorio y, en el artículo 8 numeral dos plantea que serán ecuatorianos por naturalización, las personas extranjeras menores de edad que hayan sido adoptados por personas ecuatorianas, ello, simple y llanamente constituye una forma de discriminación y trato diferenciado entre hijos adoptivos e hijos nacidos en el Estado ecuatoriano, vulnera el principio de igualdad y el régimen de adopción plena[32].

[32] ANDRADE PAZMIÑO, María Montserrat, "Diferenciación en la Constitución del Ecuador respecto a la nacionalidad de los niños biológicos y niños adoptados respectivamente", 2011, URL https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/664/1/99887.pdf consultado 17/04/2025.

En el año 2012, hubo un caso emblemático en el Ecuador que resulta ser un ejemplo de discriminación por razón de género y que tuvo un resultado inesperado luego del análisis de la Corte Constitucional del Ecuador, muy relacionado además con el tema que se desarrolla en el presente trabajo y es que, dos mujeres inglesas que residían de manera permanente en Ecuador acudieron a inscribir a su hija en el Registro Civil, Identificación y Cedulación con los apellidos de ambas madres y, les fue negado este derecho con el argumento de que los padres, en todo caso, debían ser un hombre y una mujer.

Se trata del caso denominado Satya y que inició a partir de una Acción Extraordinaria de Protección con número de caso 1692-12-EP, presentado por las legitimadas activas y con la asesoría del entonces Defensor del Pueblo, la directora nacional de Protección de Derechos Humanos y de la Naturaleza y el Coordinador Nacional de Protección Prioritaria. Este caso fue y es un ejemplo de reconocimiento jurisprudencial de la filiación en familias homoparentales en Ecuador.

Mediante esta sentencia, marcada con el número 184-18-SEP-CC de fecha 29 de mayo de 2018, se declararon vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, a la garantía de motivación, el derecho a la identidad en su relación con la obtención de la nacionalidad, el derecho a la igualdad y no discriminación y al reconocimiento de la familia en sus diversos tipos, finalmente al principio de interés superior del niño [33].

[33] Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 184-18-SEP-CC" (de 29 de mayo de 2018) URL https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/eyJjYXJwZXRhIjoidHJhbWl0ZTIwMjMiLCJ1dWlkIjoiYmRhM2VkZTYtYmRmNS00ZDI5LTk0OWMtMGM5M2ZhNjg3NjEwLnBkZiJ9 consultada 17/04/2025.

Por último, las restricciones expresas respecto a la adopción para parejas del mismo sexo, y es que, tanto la legislación ordinaria como la constitucional describen claramente que las parejas homosexuales no pueden adoptar en Ecuador. En tal sentido el Código de la Niñez y la Adolescencia, en su artículo 159 numeral 6 plantea como un requisito de las parejas para poder adoptar, que esta sea heterosexual[34], sin embargo, si pretendes adoptar como una persona sola, no se exige ser heterosexual; lo cual, además de discriminatorio implica una contradicción manifiesta.

Por otro lado, aunque ya ha sido explicado anteriormente, el orden constitucional del Ecuador plantea que está prohibida la adopción para las parejas del mismo sexo en su artículo 68, pese a que reconoció el matrimonio igualitario, también, gracias a un acertado criterio de la jurisprudencia constitucional nacional. En este caso se trata de una razón de discriminación formal constitucional, o sea, ni siquiera es legal, sino que la norma fundamental, que, por un lado, es garantista del derecho a la igualdad y protege contra cualquier acto o conducta discriminatoria, por otro, pretende legitimar una razón expresa de discriminación.

## 2.2. La familia homoparental y los criterios de sostenibilidad de su legitimación

Con el nuevo siglo, vino aparejado el desarrollo en el pensamiento inclusivo de personas que mantenían una vida en común sin ser heterosexuales, las mismas que durante siglos, habían sufrido la exclusión del derecho por simples razones de discriminación. Entre los criterios jurídicos más destacados se pueden citar el caso de los Países Bajos, donde se legaliza el matrimonio igualitario en el año 2001 y a

[34] Art. 159 numeral 6 CONA.

su vez, también resultó posible la adopción para parejas del mismo sexo[35]. Luego de este revolucionario criterio de inclusión social y reconocimiento de otros derechos relacionados con la igualdad de oportunidades y no discriminación, un grupo de países se han unido al reconocimiento del matrimonio igualitario y de la adopción homoparental, tales como: Suecia, España, Bélgica, Noruega, Reino Unido, Francia, Irlanda, Portugal, Austria, Alemania, Finlandia, Eslovenia, Suiza, Grecia Estonia, Estados Unidos, aunque este lo regula de manera distinta en dependencia del Estado de que se trate.

En la región latinoamericana, ya existe también un número considerable de países que ha regulado el matrimonio igualitario como un derecho cívico y han aceptado la adopción como una solución viable para las familias y para conceder este derecho a muchos niños en situación de adoptabilidad. Entre estos se pueden señalar países como Argentina, Bolivia, Chile, Brasil, Colombia, Costa Rica, Uruguay, Cuba y México, donde algunos Estados permiten la adopción homoparental[36].

Es importante destacar que las familias homoparentales adoptantes son el resultado de las luchas históricas de los grupos de Lesbianas, Gay, Bisexuales, Transgéneros, Transexuales, Travestis, Intersexuales y otras diversidades sexogenéricas, en forma abreviada, LGBTI. Estos grupos, que durante siglos habían sido excluidos e incluso, rechazados por la sociedad patriarcal conservadora, han

[35] SWI, Swissinfo.ch, "La adopción homoparental es legal en un puñado de países" en *The Swiss voice in the world since 1935*, 2024.

[36] ACOSTA DAMAS, Maribel; COSTALES PÉREZ, Zenaida; ROSALES VICENTE, Beatriz, "Familia homoparental en Cuba: una realidad no contada", en *Chasqui. Revista Latinoamericana de Comunicación*, núm. 135, 2017, pp. 89-104.

alcanzado por medio de su combate histórico su derecho de autodeterminación sexual y de género[37].

En cuanto a estos conceptos también es importante hacer una breve distinción para su mejor entendimiento y es que, "sexo": es una categoría que se refiere al sexo biológico o fisiológico y está determinado por los cromosomas que en el orden genético dan lugar a los genitales con los que se nace, comúnmente uno; hombre o mujer. Esta categoría define, en principio, la sexualidad de la persona, aunque no necesariamente ello va a determinar su orientación sexual.

Debido a ello, muchos países del mundo en el acta de inscripción de nacimiento declaran una sexualidad de facto, la cual está definida por el órgano genital con que se nace, eso no significa, necesariamente, que luego la persona desarrolle o se determine por otro tipo de sexualidad y, en consecuencia, con esta posibilidad, algunos países han determinado eliminar esta etiqueta de definir como mujer o como hombre a las personas en las inscripciones de nacimiento, como un acto declarativo que debe tener lugar desde el inicio de la personalidad y que está predeterminada por la sexualidad.

[37] MAFFÍA, Diana, en Sexualidades migrantes. Género y transgénero, manifiesta que: Pero además del sexo anatómico, se supone que el sexo cromosómico también es dicotómico (XX o XY) ajustándose a la genitalidad. Nuevamente, cuando eso no ocurre, el dogma no se revisa. Las hormonas completan este menú biológico. El feminismo, al incorporar la categoría de género de la sexología, en muchas de sus expresiones todavía supone que este sexo biológico es el sostén 5 Introducciónnatural de una asignación cultural de género. Si así fuera, no se medicalizarían los casos que escapan a esta descripción. La ideología dicotómica de género es anterior y más fuerte que el sexo biológico. No sólo lo "lee" como un signo al que interpreta, sino que lo escribe y lo corrige cuando su caligrafía no es perfecta. En síntesis, el mismo sexo biológico es producto de una lectura cultural MAFFÍA, Diana, en "Sexualidades migrantes. Género y transgénero" URL https://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/electivas/816_rol_psicologo/material/unidad4/complementaria/sexualidades_migrantes.pdf cosultado 25/04/2025.

Por otra parte, "género": es un concepto sociológico, determinado por las expectativas que se esperan socialmente de una persona de uno u otro sexo, asignado con el nacimiento; o sea, referido a la idea de cómo se espera por parte de la sociedad que se comporte un hombre o una mujer respecto a su sexo. De ello, nace la imposición social de lucir una forma de vestir, de expresarse o de comportarse a partir de actividades que pueden realizar los hombres o las mujeres.

Entre los criterios más desarrollados por los distintos Estados para el reconocimiento legal, tanto del matrimonio igualitario como de la adopción están: el derecho al matrimonio o el derecho al reconocimiento de la unión civil de hecho, ambas instituciones que han servido para que se produzcan los efectos necesarios que históricamente han derivado del matrimonio. El derecho de adopción para las personas del mismo sexo, ya sea, la adopción por integración, que es aquella que se refiere a la persona que adopta al hijo biológico de su pareja o la coadopción, que es la que se produce como resultado del proceso de adopción donde ninguno de los adoptantes es biológicamente pariente del adoptado[38].

Otro criterio recurrente por la mayoría de los países que han reconocido el matrimonio igualitario y la adopción ha sido el principio de interés superior del niño, al considerar que nada tiene que ver la orientación sexual de los padres con el derecho a una familia y al bienestar que ello le puede proporcionar a los menores, más bien, deben centrase los esfuerzos en verificar las garantías de estabilidad,

[38] TOAPANTA GUILCAMAIGUA, Diana Carolina, "El Derecho de los niños y niñas a formar parte de una familia en relación a la adopción homoparental" en *Proyecto de investigación previo a la obtención del título de Abogada*, 2022, URL https://repositorio.puce.edu.ec/server/api/core/bitstreams/80356438-7587-479d-8370-87f2d508d293/content consultado 25/04/2025.

cuidado y amor para el desarrollo integral del menor. Pese al pensamiento de muchas personas, según las ciencias sociales, tales como la psicología y la sociología, se ha podido comprobar que muchos hijos de familias homoparentales, tienen niveles de bienestar que resultan equiparables a los de familias heterosexuales, por lo que los prejuicios culturales y sociales no les deberían impedir ni a niños ni a aspirantes su derecho a la adopción[39].

Los criterios de igualdad y no discriminación, desarrollados en acápites anteriores son los que mayor preponderancia han mantenido en los análisis que al respecto, se han mantenido en el desarrollo de tesis, legislaciones o sentencias que han marcado el antes y el después sobre el matrimonio igualitario y el derecho a la adopción homoparental, lo cual, por otro lado, también guarda coherencia con diferentes instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos ya comentados con anterioridad. Por último, determinante han sido las presiones y el consenso social respecto a la necesidad de reconocimiento de la diversidad sexual y de género, así como las influencias internacionales respecto a la premura en el reconocimiento de estos derechos por los efectos que en su favor han de producirse.

## Conclusiones

En la legislación nacional aún persisten diversos criterios discriminatorios, respecto a los cuales se han breves referencias en este trabajo, pero uno de los más inconcebibles es el que se analiza con profundidad y es el hecho de las personas del mismo sexo no pueden adoptar en Ecuador por mandato expreso e injustificado, de

[39] MARTÍNEZ ZULUAGA, *et al.*, "Efectos de adopción y crianza homoparental" en *Archivos de Medicina*, Vol. 19, No. 2, 2019, pp. 396-406.

la propia norma constitucional y el Código de la Niñez y la Adolescencia. Ambas normas hacen referencia a la igualdad y al interés superior del niño como una máxima de su aplicación legal y como derechos fundamentales, inquebrantables, irrenunciables y humanos; sin embargo, les limitan el derecho a ser adoptados y a tener una familia idónea solo porque los pretendientes adoptantes no son heterosexuales.

Una persona sin pareja en Ecuador puede adoptar, o sea, sin estar casado o unido de hecho y, sobre la cual, no recae la limitación de la heterosexualidad, ello quiere decir que, siendo homosexual puede perfectamente adoptar, sin embargo, si mantiene una relación de hecho reconocida formalmente o se casa con alguien del mismo sexo biológico, no puede acceder a la adopción en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales. Ello es discriminatorio y contradictorio a la vez, pues si la persona se lo propone puede hacer trampa y la trampa ha de ser legal, teniendo en cuenta que estando soltera o divorciada puede adoptar y luego puede casarse o unirse de hecho con una persona de su mismo sexo y, esta última, puede realizar o, intentar realizar, un reconocimiento voluntario del hijo de su esposo o esposa.

Las limitaciones constitucionales y legales respeto a la adopción para las parejas del mismo sexo en Ecuador restringen la igualdad de oportunidad respecto a la institución, impide a personas acceder a un derecho y a su vez, impide a niños niñas y adolescentes en situación de adoptabilidad el acceso a una familia que puede ser la idónea para su cuidado y protección. Ello es discriminación y no solo discriminación real, sustancial o material y perceptible para las personas, sino también, una forma de discriminación formal e ilegítima.

## Recomendaciones

1. Impulsar en la Asamblea Nacional una enmienda al segundo párrafo del artículo 68 de la Constitución de la República, eliminando la expresión "*solo a parejas de distinto sexo*", teniendo en cuenta que esta cláusula contraviene el principio de igualdad y no discriminación consagrada en el artículo 11 de la propia Constitución de la República del Ecuador, al excluir de un derecho a un grupo de personas por su orientación sexual, el cual debería quedar de la siguiente manera:

*"Art. 68.- 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 a familias idóneas, que demuestren capacidad de garantizar el desarrollo integral del menor"*[40].

2. Que ante un caso concreto en el que una pareja del mismo sexo enfrente obstáculos en un proceso de adopción por motivos relacionados con su orientación sexual, el juez competente eleve una consulta de norma a la Corte Constitucional. Esta medida permitiría que el alto tribunal analice la compatibilidad de dicha restricción con los principios de igualdad, no discriminación y el interés superior del niño reconocidos en la Constitución ecuatoriana, promoviendo así una interpretación garantista de los derechos de las familias diversas.

[40] Art. 68 CRE

3. Que se modifique el Código de la Niñez y la Adolescencia en el sentido de que sea suprimido el numeral 6 del artículo 159, que reserva la adopción únicamente a parejas heterosexuales, reemplazándolo por un criterio de idoneidad del hogar, o sea, que simplemente el proceso de adopción centre sus esfuerzos en garantizar que la familia adoptante, sea la adecuada para el desarrollo de todas las necesidades y capacidades del menor, sin que se realice ninguna distinción discriminatoria basándose en cuestiones de género u orientación sexual, el cual debería quedar de la siguiente manera:

> *"Art. 159.- Requisitos de los adoptantes. - Los candidatos a adoptantes deben cumplir los siguientes requisitos:*
>
> *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, 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"*[41].

4. Que el Consejo de la Judicatura y la Escuela de la Función Judicial incluyan en su Plan Nacional de Formación, un módulo sobre adopción inclusiva basándose en los principios determinados en el artículo 15 del Código de la Niñez y la Adolescencia de idoneidad y capacitación previa, teniendo en cuenta que jueces y juezas de familia requieren herramientas concretas para aplicar una interpretación sistemática y evolutiva de la ley.

## Bibliografía

AMORÓS, A. "Una alternativa para el menor abandono: La adopción" https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2531104.pdf consultado el 8/4/2025.

ACOSTA DAMAS, M.; *et al.* "Familia homoparental en Cuba: una realidad no contada", en *Chasqui. Revista Latinoamericana de Comunicación*, núm. 135, 2017, pp. 89-104.

[41] Art. 159 CONA

ANDRADE PAZMIÑO, M.M., "Diferenciación en la Constitución del Ecuador respecto a la nacionalidad de los niños biológicos y niños adoptados respectivamente", 2011, URL https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/664/1/99887.pdf consultado 17/04/2025.

CASTRO NÚÑEZ, W.E. *et al*., "La adopción de menores en el marco jurídico ecuatoriano" en *Iustitia Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas*, Vol. 5, No. 1, 2021, p. 44.

GARCÍA RUIZ, A.L. y JIMÉNEZ LÓPEZ, J.A., "Los principios de cambio-continuidad: base para la comprensión de los hechos históricos y sociales. Su aplicación en el aula" en Revista Educación y Futuro Digital, numero 8, 2014, p. 16.

LAMIÑA PAGUAY, B.F., "Análisis jurídico en el proceso de adopción de niños, niñas y adolescentes, e interés superior del menor" en Proyecto de Investigación de Abogado (a) de los Tribunales de la República, 2023, Universidad UNIANDES, URL https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/17077/1/UR-DER-PDI-025-2023.pdf consultado 12/04/2025.

MARTÍNEZ ZULUAGA, et al., "Efectos de adopción y crianza homoparental" en *Archivos de Medicina*, Vol. 19, No. 2, 2019, pp. 396-406.

MAFFÍA, D., en "Sexualidades migrantes. Género y transgénero" URL https://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/electivas/816_rol_psicologo/material/unidad4/complementaria/sexualidades_migrantes.pdf cosultado 25/04/2025

TOAPANTA GUILCAMAIGUA, D.C., "El Derecho de los niños y niñas a formar parte de una familia en relación a la adopción homoparental" en *Proyecto de investigación previo a la obtención del título de Abogada*, 2022, URL https://repositorio.puce.edu.ec/server/api/core/bitstreams/80356438-7587-479d-8370-87f2d508d293/content consultado 25/04/2025.

Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia No. 10-18-CN/19 (Matrimonio entre personas del mismo sexo)" (de 12 de junio de 2019) URL https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/eyJjYXJwZXRhIjoidHJhbWl0ZTIwMjMiLCJ1dWlkIjoiOTMxZjRkMjgtNGI1NC00ZjI1LWJmOTMtYWRiYWIxMDAwM2RmLnBkZiJ9 consultada 12/04/2025.

Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia No. 184-18-SEP-CC" (de 29 de mayo de 2018) URL https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/eyJjYXJwZXRhIjoidHJhbWl0ZTIwMjMiLCJ1dWlkIjoiYmRhM2VkZTYtYmRmNS00ZDI5LTk0OWMtMGM5M2ZhNjg3NjEwLnBkZiJ9 consultada 17/05/2025.

Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores (de 21 de agosto de 1987), URL https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_Interamericana_sobre_Conflictos_de_Leyes_en_materia_de_Adopcion.pdf consultado 12/04/2025.

Convención sobre los Derechos del Niño (de 20 de noviembre de 1989), URL https://www.ohchr.org/sites/default/files/crc_SP.pdf consultado 12/04/2025.

El Convenio de La Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional (de 29 de mayo de 1993) URL https://www.oas.org/dil/esp/Convenio_Haya_Proteccion_del_Nino_Cooperacion_en_Materia_Adopcion_Internacional_Espana.pdf consultado 12/04/2025.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, (10 de diciembre de 1948) URL https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/2740/1/DECLARACIÓN%20UNIVERSAL%20DE%20LOS%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf consultado 14/04/2025

Naciones Unidas, "Paz dignidad e igualdad en un planeta sano, Historia de la Declaración", URL https://www.un.org/es/about-us/udhr/history-of-the-declaration consultado 15/04/2025.

Naciones Unidas, "Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño", (de 1924) URL https://www.ciprodeni.org/wp-content/uploads/2018/08/Declaracion-de-Ginebra-1924.pdf consultado 16.04.2025.

Naciones Unidas, "Declaración de los Derechos del Niño" (de 1959), URL https://www.oas.org/dil/esp/Declaración%20de%20los%20Derechos%20del%20Niño%20Republica%20Dominicana.pdf consultado 14.04.2025.

Save The Children, "Hasta el último niño. Los niños que el mundo ha decidido olvidar", 2016, URL

https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/hasta_el_ultimo_nino_every-last-child.pdf consultado 16/04/2025.

SWI, Swissinfo.ch, "La adopción homoparental es legal en un puñado de países" en *The Swiss voice in the world since 1935*, 2024, URL https://www.swissinfo.ch/spa/la-adopci%C3%B3n-homoparental-es-legal-en-un-pu%C3%B1ado-de-pa%C3%ADses/72634473, consultado, 25/04/2025.

MINISTERIO DE INCLUSIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL, "Informe sobre Gestión de Adopciones" 2021, URL https://www.inclusion.gob.ec/wp-content/uploads/2018/10/Informe-Adopciones-Julio-2021-final_compressed.pdf consultado 12/04/2025.

NORMATIVA

Constitución de la República del Ecuador (Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008) (CRE).

Código Civil (Registro Oficial No. 46 de fecha 24 de junio de 2005) (CC)

Código de la Niñez y la Adolescencia (Registro Oficial No. 737 de fecha 3 de enero de 2003) (CONA).

Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles (Segundo Registro Oficial Suplemento No. 684 del 4 de febrero de 2016).