

Roxanna Johanna Escudero-Giler; Génesis Karolina Robles-Zambrano; Cinthia Mariela Cajas-Párraga

[tps://doi.org/10.35381/racji.v8i1.2501](https://doi.org/10.35381/racji.v8i1.2501)

Derechos de las parejas homoparentales a la adopción frente al derecho comparado en el Ecuador

Adoption rights of same-sex couples under comparative law in Ecuador

Roxanna Johanna Escudero-Giler

dq.roxannajeg49@uniandes.edu.ec

Universidad Regional Autónoma de los Andes, Quevedo, Los Ríos
Ecuador

<https://orcid.org/0009-0002-2856-2016>.

Génesis Karolina Robles-Zambrano

uq.genesisrobles@uniandes.edu.ec

Universidad Regional Autónoma de los Andes, Quevedo, Los Ríos
Ecuador

<https://orcid.org/0000-0002-2965-2091>

Cinthia Mariela Cajas-Párraga

uq.cinhiacajas@uniandes.edu.ec

Universidad Regional Autónoma de los Andes, Quevedo, Los Ríos
Ecuador

<https://orcid.org/0000-0003-2644-0074>

Recibido: 20 de octubre 2022

Revisado: 10 de diciembre 2022

Aprobado: 01 de febrero 2023

Publicado: 15 de febrero 2023

Roxanna Johanna Escudero-Giler; Génesis Karolina Robles-Zambrano; Cinthia Mariela Cajas-Párraga

RESUMEN

El objetivo general de la investigación fue analizar jurídicamente los derechos de las parejas homoparentales a la adopción frente al derecho comparado en el Ecuador. Los investigadores se plantearon como método para el desarrollo del trabajo de investigación el enfoque cuantitativo, mediante la exploración, recolección y análisis crítico mediante una tipología documental, apoyada con el diseño bibliográfico que busca la reflexión y análisis, construyendo métodos relacionados al juicio del fenómeno y así evaluar o discurrir nuevos argumentos. Al respecto, se examinaron y analizaron fuentes documentales a nivel teórico, tesis, norma, leyes y trabajos arbitrados vinculadas con los aspectos centrales del trabajo. Se concluye que, una pareja homoparental, en el Ecuador, no tiene derecho a adoptar, es una violación a los derechos de igualdad, y por ende también viola el derecho fundamental de la familia, y lo que Ecuador logra con la rigidez en cómo determina la adopción es controvertido.

Descriptor: Derecho comparado; adopción; familia. (Tesauro UNESCO).

ABSTRACT

The general objective of the research was to legally analyze the rights of homoparental couples to adoption in comparison with comparative law in Ecuador. The researchers proposed as a method for the development of the research work the quantitative approach, through the exploration, collection and critical analysis by means of a documentary typology, supported by the bibliographic design that seeks reflection and analysis, building methods related to the judgment of the phenomenon and thus evaluate or discuss new arguments. In this regard, documentary sources were examined and analyzed at the theoretical level, theses, norms, laws and refereed works related to the central aspects of the work. It is concluded that a homoparental couple, in Ecuador, does not have the right to adopt, it is a violation of the rights of equality, and therefore also violates the fundamental right of the family, and what Ecuador achieves with the rigidity in how it determines the adoption is controversial.

Descriptors: Comparative law; adoption; family. (UNESCO thesaurus).

Roxanna Johanna Escudero-Giler; Génesis Karolina Robles-Zambrano; Cinthia Mariela Cajas-Párraga

INTRODUCCIÓN

Considerando que la familia es la unidad fundamental de la sociedad y el ambiente natural adecuado para el desarrollo integro de cada uno de sus integrantes. A los efectos del desarrollo armónico y completo de su personalidad, el menor debe crecer en el seno de la familia, en un clima de alegría, amor y comprensión. Una de las principales tareas de los padres es ayudar a sus hijos a comprender sus propios derechos y los derechos de los demás, utilizando métodos adecuados a su nivel de comprensión. La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en su artículo 19, también reconoce los derechos fundamentales de los menores en el ámbito familiar, es decir, el derecho a expresar su individualidad, a ser protegidos contra toda violencia, a ser escuchados cuando expresan sus opiniones y a ser respetados en su dignidad.

La Constitución de la República del Ecuador. (2008), en el artículo 68, inciso 2, establece que la figura jurídica de la adopción procederá únicamente para parejas de distinto sexo, si bien la Constitución de 2008 se basa en la protección de derechos, algunos de los cuales son la igualdad, la libertad y sobre todo la no discriminación. Históricamente y aún hoy el derecho a la adopción es un derecho restringido que otorga acceso exclusivo a las parejas heterosexuales en base a la creencia en el modelo de familia tradicional, basado en diversas consideraciones conservadoras, el mismo que vulnera directamente los derechos de las parejas homoparentales.

En este sentido, las parejas homoparentales, que en la mayoría de los casos no pueden tener sus propios hijos, siempre desean adoptar a sus propios hijos para compartir su amor; sin embargo, hay muchas personas que creen que las personas homoparentales son una mala influencia para los niños, tienen dudas sobre el derecho de las parejas homoparentales a adoptar y están obligando a muchas sociedades a limitar el privilegio de adoptar de las personas homoparentales. (Bowen, 2019, p.4). Aunque la Carta Magna ecuatoriana, en su artículo 11 numeral 2, establece que todos los hombres son creados iguales y deben tener los mismos derechos, las personas homoparentales, aún después de haberse aprobado el matrimonio igualitario, son discriminadas y la población directa o indirectamente está en contra de que puedan

Roxanna Johanna Escudero-Giler; Génesis Karolina Robles-Zambrano; Cinthia Mariela Cajas-Párraga

adoptar a los niños que necesitan familia inmediata y padres. (Bowen, 2019). Sus opciones suelen estar limitadas por la adopción de un solo individuo y la convivencia con su pareja, en esta situación, aunque es el método más simple para adoptar a un niño, puede volverse problemático ya que solo una parte de la pareja puede tener derecho para decidir un asunto de un niño o adoptar en el extranjero (lo cual es muy complicado y una pérdida de tiempo). El problema que se presenta en la posible adopción de niños por parte de parejas homoparentales, de acuerdo con Malla y Vásquez (2021), se presenta en los llamados discurso social que lucha a favor de la posibilidad de adopción de niños por parejas homoparentales. El derecho a adoptar niños, es una ley exigida por los homoparentales y de hecho por los políticos y activistas sociales que actúan en su nombre y negada por una sociedad intolerante. Por tanto, negar a alguien el derecho a tener hijos en adopción, se trata como una violación de los derechos humanos fundamentales.

Por otro lado, la legalidad de la adopción por parte de los mismos padres y de los matrimonios entre personas del mismo sexo es una realidad en Argentina desde el 15 de julio de 2010, cuando entró en base a la Ley 26.618, modificando algunos artículos del anterior Código Civil. La ley de reforma fue finalmente aprobada en el parlamento argentino por 33 votos a favor, con 27, en contra y 3 que fueron abstenciones. Esta ley modificó un total de tres disposiciones: el Código Civil, el cual fue reformando 27 artículos (Díaz, 2010); la Ley 18.2486 con cinco artículos y finalmente la Ley 26.413 que modificó el inciso c del artículo 36.

El tema de las adopciones homoparentales en el Ecuador, ha sido objeto de un debate político particularmente después de la respuesta social al reconocimiento del matrimonio homoparental, por lo cual, Ecuador ha legitimado el matrimonio entre personas del mismo sexo desde el año 2019, en el cual la Corte Constitucional de Ecuador emitió la sentencia No. 11-18-CN-CC. debido a su legislación que excluye a priori del acceso a la adopción sólo a las parejas de un mismo género, admitiendo en cambio a las parejas heterosexuales, aunque no estén casadas. La Constitución ecuatoriana del 2008, en cambio, contiene prohibición de adopción por personas del mismo sexo y disposiciones no constitucionales, ya que en el Ecuador no está

Roxanna Johanna Escudero-Giler; Génesis Karolina Robles-Zambrano; Cinthia Mariela Cajas-Párraga

reconocido este derecho porque inclusive sigue restringida la adopción a parejas homoparentales.

En este sentido, Ruiz y Pinos. (2020), expresan que:

La exclusión debe aplicarse a aquellas instituciones que discriminan y transgreden el derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo, incluyendo incluso la vulneración de los derechos de los niños que viven en las familias de acogida. Estas instituciones niegan el derecho a formar una familia y disfrutar de todos los beneficios asociados, tales como el derecho a la identidad, la herencia y la alimentación. (p.6)

Ante lo detallado anteriormente, es necesario determinar que las parejas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero, intersexuales y con orientación sexual, identidad, expresión de género y características sexuales diversas (más adelante solo referida como LGBTIQ+) no deben ser discriminadas por la ley estatal o las agencias de adopción, ya que su aparición está científicamente justificada y las investigaciones muestran que los hogares homoparentales pueden proporcionar un entorno de apoyo para los niños al igual que los hogares heterosexuales.

En 2020, la Oficina del Censo de los Estados Unidos determinó que las parejas del mismo sexo (3,1 %) tienen cuatro veces más probabilidades de tener hijos adoptados que las parejas del sexo opuesto (1,1 %). Los datos de 2019 revelaron que el 43,3% de los hijos de parejas del mismo sexo eran adoptados y/o hijastros sin problemas de adaptación. Aproximadamente el 20,9% de las parejas del mismo sexo tenían hijos adoptivos en comparación con el 2,9% de los niños del sexo opuesto que también tenían hijos adoptivos, presentando problemas de adaptación. (Taylor, 2020). Según el Instituto Williams, a partir de 2009, "unas 20.000 parejas del mismo sexo están criando a casi 30.000 niños adoptados". A partir de 2011, alrededor de dos millones de niños en los EE. UU. fueron criados por padres LGBTIQ+ pero no pudieron establecer una relación legal con ambos padres. De ahí que, reconocimiento de este tipo de adopción dentro de nuestro país, garantizaría el derecho de igualdad, eliminando actos discriminatorios. Teniendo un sustento científico, normativo y doctrinal, con base en el Derecho Comparado, estudiando el impacto social y normativo que ha tenido el reconocimiento de este tipo de adopción en países como

Roxanna Johanna Escudero-Giler; Génesis Karolina Robles-Zambrano; Cinthia Mariela Cajas-Párraga

España y Argentina, construyendo criterios válidos y significativos que permitan la aplicación del derecho de igualdad en el acceso a la adopción, reconociendo la adopción homoparental.

Por su parte Centeno (2007), indica que:

El principio de igualdad implica la aceptación de la diversidad y la garantía de que todas las personas puedan coexistir en una misma sociedad sin diferentes restricciones en el ejercicio de sus derechos. La verdadera igualdad es aquella que acepta el cambio, la realidad y la equidad. (p. 2)

El objetivo general de la investigación es analizar jurídicamente los derechos de las parejas homoparentales a la adopción frente al derecho comparado en el Ecuador.

MÉTODO

Los investigadores se plantearon como método para el desarrollo del trabajo de investigación el enfoque cuantitativo, mediante la exploración, recolección y análisis crítico mediante una tipología documental, apoyada con el diseño bibliográfico que busca la reflexión y análisis, construyendo métodos relacionados al juicio del fenómeno y así evaluar o discurrir nuevos argumentos. Al respecto, se examinaron y analizaron fuentes documentales a nivel teórico, tesis, norma, leyes y trabajos arbitrados vinculadas con los aspectos centrales del trabajo.

RESULTADOS

El Código de la Niñez y Adolescencia, al responder a las garantías del interés superior de los menores, tiene de acuerdo al Art. 151, el cual establece que el objeto de la adopción es asegurar a los niños, niñas o adolescentes que se encuentren en condiciones sociales y legales aptas para ser adoptados, una familia adecuada, duradera y definitiva, en concordancia con lo establecido en el artículo 314 del Código Civil Ecuatoriano.

Hay muchos niños esperando ser adoptados, pero su estado restringe parcialmente no solo el derecho del colectivo LGBTIQ+ a adoptar, sino el derecho de los huérfanos a tener su propia familia, debido al prejuicio estereotipado contra las parejas de un

Roxanna Johanna Escudero-Giler; Génesis Karolina Robles-Zambrano; Cinthia Mariela Cajas-Párraga

mismo sexo. Con base en los resultados, según el análisis a realizar en el Derecho Comparado con países como España y Argentina, se puede justificar científicamente que los hogares homoparentales pueden proporcionar un entorno de apoyo para los niños como los hogares heterosexuales. Su análisis dentro de la perspectiva ecuatoriana configura el génesis para su aplicación en la norma y la materialización socio jurídica de familias diversas sin ningún tipo de discriminación que perpetúe violencia sistemática hacia los niños, niñas y adolescentes quienes son los sujetos de derecho en la adopción, y en los que forma parte el desarrollo íntegro de los mismos junto a una familia en corresponsabilidad con el Estado y la sociedad.

DISCUSIÓN

Luego de la respuesta social al reconocimiento del matrimonio homoparental, por lo cual, Ecuador ha legitimado el matrimonio entre personas del mismo sexo desde el año 2019, en el cual la Corte Constitucional de Ecuador emitió la sentencia No. 11-18-CN-CC, que aplicó el control contractual de la opinión consultiva OC 24/17 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como el control constitucional de derechos según la Constitución de la República del Ecuador. Por lo que se discriminó a las personas que querían casarse con otra persona del mismo sexo, y se vulneraron sus derechos por no tener acceso a innumerables derechos que supuestamente el Estado está obligado a garantizar, tales como: la libertad de elegir con quién casarse y formar una familia, de desarrollar libremente una personalidad en torno a sus emociones y sentimientos, de amar, de formar una familia.

Existen normas en el ordenamiento jurídico incompatibles con este principio, donde se ha limitado el ejercicio de derechos a este grupo de personas denominadas LGBTIQ+ al privarlas de la posibilidad de realizar trámites administrativos y judiciales para la adopción de un niño, la moralidad y no sobre los derechos, por lo que debe plantearse una acción de inconstitucionalidad.

En este contexto, el art. 159 numeral 6 del Código de la Niñez y la Adolescencia y el Art. 46 de la Ley Orgánica de Identidad y Manejo de Datos Civiles, se encuentran en contradicción con el Art. 11, numeral 2, de la Constitución de la República de Ecuador,

Roxanna Johanna Escudero-Giler; Génesis Karolina Robles-Zambrano; Cinthia Mariela Cajas-Párraga

por lo que de forma breve debe verificarse su conformidad con el texto constitucional vigente, para lo cual urge presentar una demanda de declaración de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, el órgano supremo del poder judicial constitucional, que cuenta con esta potestad, de conformidad con los poderes previstos en el Art. 436, numeral 2 de la Carta Magna. Lo señalado, se basa precisamente en el deber del Estado de adecuar su normativa interna a los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de los que forma parte, para de esta forma garantizar el desarrollo normativo y políticas públicas no discriminatorias.

En 2019, un cambio de gran calado en la legislación nacional se originó cuando la Corte Constitucional, finalmente reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo al matrimonio civil, y por consiguiente institucionaliza el reconocimiento de la familia del mismo padre. Sin embargo, aun cuando se haya institucionalizado el acceso al matrimonio civil igualitario y de todas sus ramificaciones legales vinculadas a la materia, ninguna de estas sentencias refiere sobre la adopción por los mismos padres. La consideración de este problema debe partir del hecho de que el Art. 67 de la Constitución reconoce a la familia en sus diversas formas, reconociéndola como la unidad básica de la sociedad. Por tanto, es deber del Estado garantizar las condiciones que sean plenamente conducentes al logro establecido Constitución del Ecuador, (2008).

CONCLUSIONES

El reconocimiento de la normativa legal de la adopción homoparental, continúa con políticas y creencias pertenecientes a países en subdesarrollo, aun de que este reconocido y a pesar de contar con garantías de cumplimiento y no discriminación para el colectivo, aún prevalecen prejuicios y pensamientos conservadores que impiden su pleno aval, para quienes no permite dar un paso en el reconocimiento universal de los derechos humanos. Aunque se concluyó, que existe una sentencia de la Corte Constitucional, de Ecuador, en la que abre el camino para formar una familia sin restricciones y de manera abierta, en el caso de la adopción en el colectivo homoparental, aún falta que esta figura, se considere como parte de la misma. Esta

Roxanna Johanna Escudero-Giler; Génesis Karolina Robles-Zambrano; Cinthia Mariela Cajas-Párraga

aceptación y normalización, pueden contribuir al desarrollo de los niños que estén en los programas de adopción, como objetivo de alcanzar la calidez y el amor de un hogar, independientemente de su origen de género.

Por lo tanto, decir que una pareja homoparental, en el Ecuador, no tiene derecho a adoptar, es una violación a los derechos de igualdad, y por ende también viola el derecho fundamental de la familia, y lo que Ecuador logra con la rigidez en cómo determina la adopción es controvertido en la promulgación de su constitución y lo que aparentemente la garantiza.

FINANCIAMIENTO

No monetario.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Regional Autónoma de Los Andes, Quevedo por apoyar el desarrollo de esta investigación.

REFERENCIAS CONSULTADAS

- Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, (2008). Constitución de la República del Ecuador. [Constitution of the Republic of Ecuador]. Montecristi. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008. Recuperado de <https://n9.cl/sia>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2005). Código Civil.[Civil Code]. Codificación 10 Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005 Última modificación: 08-jul.-2019 Estado: Reformado. Recuperado de: <https://n9.cl/qks2i>
- Bowen, C. (2019). Una cosa es tener derechos y otra muy distinto poder. [It is one thing to have rights and quite another to be able to].Recuperado de: <https://n9.cl/b5yts>
- Centeno Rodríguez, R. (2007). Uniones homo-afectivas y Constitución en el Ecuador. [Homo-affective unions and the Constitution in Ecuador]. *Foro: revista de derecho*. 7;187-201.Recuperado de: <https://n9.cl/r5c84>
- Congreso Nacional. (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. [Childhood and Adolescence Code]. Ley No. 2002-100.Recuperado de: <https://n9.cl/fokqg>

Roxanna Johanna Escudero-Giler; Génesis Karolina Robles-Zambrano; Cinthia Mariela Cajas-Párraga

- Corte Constitucional del Ecuador. (2019). Sentencia Nro. 11-18-CN/19. [Ruling No. 11-18-CN/19]. Recuperado de: <https://n9.cl/umf7i>
- Díaz, C. (2010). Matrimonio civil. La Ley 26.618. [Civil Marriage. Law 26.618]. Recuperado de: <https://n9.cl/iovck>
- Malla-Patiño, F., y Vázquez-Calle, J. (2021). La adopción homoparental en el Ecuador. [Homoparental adoption in Ecuador]. *FIPCAEC*, 6(1); 557-582. Recuperado de: <https://n9.cl/c4bdr>
- Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. [Universal Declaration of Human Rights]. Recuperado de <https://url2.cl/d9qxa>
- Ruiz-Jaramillo, P., y Pinos-Jaén, C. (2020). Parejas homosexuales y el derecho de adopción en el Ecuador. [Same-sex couples and the right to adoption in Ecuador]. *FIPCAEC*, 5(3); 96-145. Recuperado de: <https://n9.cl/yx8fwl>
- Taylor, D. (2020). Las parejas del mismo sexo son más propensas a adoptar o acoger niños. [Same-sex couples more likely to adopt or foster children]. Recuperado de: <https://n9.cl/gh0cz>