PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

"Efectos jurídicos de la Unión de Hecho entre parejas del mismo sexo en el Escenario de Adopción del Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano"

AUTOR
MARCOS POLO RUANO LIMA

DIRECTOR: DR. EFRÉN GUERRERO

QUITO, 2018.

Pontificia Universidad
Católica del Ecuador
Nombre de la Dirección o Facultad
Nombre de la Coordinación o Escuela

Quito, 5 de febrero de 2018

Señor Doctor
Gonzalo Vaca Dueñas
SECRETARIO ABOGADO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Presente.

De mis consideraciones:

En respuesta a su oficio N.188-SJG-2018 de fecha 25 de enero del presente año, presento el informe solicitado en calidad de Profesora Informante de la Disertación de Abogacía titulada "EFECTOS JURÍDICOS DE LA UNIÓN DE HECHO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXIO EN EL ESCENARIO DE ADOPCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO" presentado por el señor MARCOS POLO RUANO LIMA, previo a la obtención del título de abogada.

El tema se desarrolla en tres capítulos organizados en su orden de la siguiente manera y en donde brevemente se enuncian algunas observaciones de carácter general: En el primero, presenta la evolución de la familia como núcleo fundamental del estado ecuatoriano, las familias homoparentales y la unión de hecho en el ordenamiento jurídico nacional, en donde suelen presentarse proposiciones no demostradas; en el capítulo segundo, sobre los alcances jurídicos sobre el reconocimiento de derechos de familias diversas en el cual se propone el análisis jurídico de los tipos de familia, el interés superior del niño y el matrimonio y unión de hecho; capítulo en el que hubiere sido importante profundizar en el contenido y alcance del interés superior del niño. El capítulo tercero aplica los principios constitucionales para las uniones monoparentales y homoparentales y merece reconocimiento la aplicación de métodos de argumentación jurídica. No obstante, se constata deficiencia en la compresión y análisis del enfoque específico de niñez y adolescencia. La disertación concluye con conclusiones.

La disertación cuenta con bibliografía suficiente y específica sobre el tema; y se realiza un adecuado desarrollo de la misma en la disertación.

El texto cumple con los requisitos de fondo y de forma requeridos por la Universidad para el desarrollo de trabajos de disertación.

No obstante, cabe indicar que la hipótesis de la disertación contenida en el título y referida a los efectos de la unión de hecho entre parejas del mismo sexo respecto a la adopción de niñas, niños y adolescentes, en el desarrollo de la disertación se amplía en

Dirección Física del Campus
Apartado postal 17-01-2184
Telf.: (+593) 0 000 0000 ext. 0000
Ciudad – País www.puce.edu.ec

12 FEB 2018

ocasiones para comprender al matrimonio y sustentar la insuficiencia de la unión de hecho para el reconocimiento de los derechos de las personas GLBTI.

Por las consideraciones expuestas, se considera la nota que corresponde a la Disertación titulada "EFECTOS JURÍDICOS DE LA UNIÓN DE HECHO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXIO EN EL ESCENARIO DE ADOPCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO" es la de OCHO sobre DIEZ.

Muy atentamente,

Dra. Adriana Monesterolo Lencioni
Profesora Agregada PUCE

Dr. Gonzalo Vaca
Secretario de la Facultad de Jurisprudencia de la Puce
De mi consideración:

Anvi: for favor agregar a mi carpeta del estudiante. Gracias. GV. 2018-02-27

Quito, 23 de febrero de 2018

En atención al Oficio N.º 189-SJG-2018 de 25 de enero de 2018, en calidad de Profesor Informante, remito el siguiente informe de la disertación del alumno Marcos Polo Ruano Lima titulada "Efectos Jurídicos de la unión de hecho entre parejas del mismo sexo en el escenario de la adopción del ordenamiento jurídico ecuatoriano".

En la disertación el alumno expone que dentro de la evolución del concepto de familia, actualmente en Ecuador por una parte se reconoce la unión de hecho de parejas del mismo sexo, lo que implica un avance (Art. 68 primer inciso), no obstante a su criterio es aparente, ya que por otra parte se impide el matrimonio y se imposibilita la adopción para estas parejas, esto tanto a nivel constitucional como legal. Se plantea una contradicción normativa entre disposiciones de la propia Constitución, que reconocen la igualdad, el desarrollo de la personalidad , la libertad de orientación sexual para formar un tipo de familia (Art. 11 No. 2, Art. 66 Nros. 4, 5, 10 y Art. 67 primer inciso primera parte) pero prohíbe el matrimonio y adopción para las parejas del mismo sexo (Art. 67 inciso segundo y Art. 68 segundo inciso) , lo que a su criterio configura una discriminación, un trato desigual injustificado.

En todo el primer capitulo de la disertación se expone esta antinomia de disposiciones constitucionales en abstracto (p. 11-20), se evidencia los 4 modelos del tratamiento de las diferencias planteadas por Luigi Ferrajoli (p. 27-28),y los 2 criterios para resolver asimetrías de Robert Alexy (p. 29), para delinear que existe a su criterio una "discriminación de jure", directa en el propio texto constitucional (p. 30).

En los cuadros comparativos sobre el reconocimiento de la unión de hecho, matrimonio y adopción para las parejas del mismo sexo constan las referencias a nivel legal de Holanda, España, Argentina, Uruguay, Colombia y México (p. 42-45). En este punto considero que el alumno debió efectuar un análisis de las Constituciones de estos países, porque es fundamental analizar si sus textos son tan explícitos y expresos como los contenidos en los segundos incisos de los artículos 67 y 68 de la Constitución ecuatoriana.

En específico en el caso colombiano si bien se exponen las distintas sentencias sobre el tema, no consta la última emitida por la Corte Constitucional colombiana No. SU 214-2016 de 28 de abril de 2016 en la que apreció que el contenido del artículo 42 de la Constitución colombiana no es prohibitivo ya que determina que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad que se constituye por vínculos naturales o jurídicos por decisión libre de un hombre u una mujer de contraer matrimonio, es decir no define la institución matrimonial, lo ejemplifica en una de sus formas de constituirlo, sin excluir otras.

En el mismo sentido ocurre en los EEUU. de América, cuya Constitución Federal no define al matrimonio, sino la Ley de Defensa de Matrimonio de 2006, que ha sido aplicada en unos Estados y en otros no, por ello en la Sentencia de la Corte Suprema norteamericana de 26 de junio de 2015 lo que hizo es unificar el tratamiento entre los 36 Estados que reconocían el matrimonio entre parejas del mismo sexo con los 14 Estados que no lo hacían, sobre la base de la enmienda 14 sobre las facultades del derecho a la libertad.

Es decir se deduce que los países que reconocen la unión de hecho, el matrimonio y la adopción para parejas del mismo sexo, es porque sus textos constitucionales no definen al matrimonio como exclusivamente entre hombre y mujer ni prohíben la adopción para parejas del mismo sexo como pasa en la Constitución ecuatoriana.

En el segundo capítulo de la disertación se expone que esta antinomia debe dar paso a una interpretación integral y a una optimización de las disposiciones (p. 50). Es decir se afronta el problema desde la hermenéutica citando al Art. 427 de la Constitución que dispone: "Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional".

El artículo 427 de la Constitución se compone de 4 formas de interpretar la Constitución, la primera el método exegético dado por la literalidad del texto; la segunda el método sitemático- teleológico dado por la voluntad del constituyente entendida en su integralidad; la tercera el método de la ponderación cuando se trate de priorizar derechos en caso de duda, es decir de conflicto; y, la cuarta la optimización, proporcionalidad y razonabilidad como otros criterios hermenéuticos. En la la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional LOGJCC se determina el ámbito de cada uno de estos métodos, así: el Art. 2 No. 2 contempla a la optimización; el Art. 3 en el No. 2 establece a la proporcionalidad, en el No. 3 a la ponderación, en los Nros 5 y 6 al método sistemático-teleológico, en el No. 7 a la interpretación literal y en el No. 8 a otros métodos de interpretación constitucional.

En este punto el inciso segundo del artículo 67 de la Constitución ecuatoriana define al matrimonio como la unión entre hombre y mujer, y el segundo inciso del artículo 68 establece la adopción para parejas de distinto sexo de forma explícita. Su contenido es claro, expreso y taxativo, su tenor literal deriva de la voluntad del constituyente entendida en su integralidad, el pueblo ecuatoriano se pronunció sobre este asunto que fue uno de los más controvertidos del proceso constituyente y ratificó el texto constitucional en referéndum. Es decir la lectura literal y sistemática- teleológica de estas disposiciones no daría paso a otra interpretación y su modificación únicamente podría darse por uno de los mecanismos establecidos en la propia Constitución.

En la disertación consta que "en ningún momento se trata de incidir a que la Constitución ecuatoriana cambie de paradigma con respecto al matrimonio, unión de hecho, adopción" (p. 55), cuando como se aprecia este asunto implicaba indefectiblemente analizar el mecanismo de modificación constitucional que atañe la cuestión, a través del procedimiento pertinente, esto es una enmienda constitucional que no debe alterar la estructura estatal ni restringir derechos, puede ser aprobada en referéndum popular o por vía parlamentaria (Art. 441); reforma constitucional que no debe restringir derechos pero si puede alterar la institucionalidad, se tramita en vía parlamentaria y pasa al referéndum popular (Art. 442); o cambio constitucional que transforma todo lo anterior a través de una Asamblea Constituyente que redacta el nuevo texto constitucional y se somete a referéndum popular (Art. 444).

En tal virtud la aplicación del test de proporcionalidad al que se refiere el alumno citando a Carlos Bernal Pulido (p. 62) como ejercicio hermenéutico no podía obviar el procedimiento de modificación constitucional procedente, como en la disertación se reconoce cuando se afirma la posibilidad de "reformar dichos artículos" (p.65); siendo así el análisis histórico y de los requisitos de la adopción en el Código Civil y en el Código Orgánico de la Niñez, que no hacen sino desarrollar lo que actualmente la Constitución establece, es decir que a priori no contrarían las disposiciones constitucionales no pueden dar paso a un "test de igualdad" (p. 85), por lo que debía trascenderse al análisis de la necesidad de esta modificación constitucional.

En este punto se debe anotar que el propio Carlos Bernal Pulido denuncia la imposibilidad de efectuar una "sustitución de la Constitución", esto es que se evita modificar la Constitución a través de una interpretación , es lo que en términos de Karl Loewenstein configura una "mutación constitucional", en la que cambia el alcance y efectos de la disposición sin modificar su contenido en el texto, lo que está proscrito, en virtud de la rigidez constitucional que prevé procedimientos agravados para su modificación a través de una enmienda, reforma y cambio constitucional establecidos en los artículos 441 a 444 de la Constitución.

En el tercer capítulo de la disertación se afirma que los artículos 67 y 68 de la Constitución contienen "una norma vigente y válida no obstante va en contra de principio de igualdad y no discriminación" (p. 89) , no obstante no se aprecia que toda esta regulación se encuentra en disposiciones constitucionales no en rango constitucional unas y legal otras, todas están en la Constitución, siendo preceptos que cuentan con igual jerarquía, y por lo tanto la relación entre los principios que supeditan a las reglas como expone Gustavo Zagrebelsky comparando la Constitución y la ley no es factible.

Es decir todas estas disposiciones constan en el texto constitucional, por ello no prima una sobre la otra en abstracto, como en la propia disertación se reconoce al indicar que los derechos no pueden considerarse como "absolutos" (p. 100), sino que su contenido axiológico se confronta en los casos concretos a través de un ejercicio hermenéutico de ponderación.

En cuanto a la ponderación se debe precisar que el autor citado Ricardo Guastini, es un critico de su aplicación, y cuando afirma que ella sirve para "establecer una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto" (p. 102) , no lo hace para adherirse a ella sino para criticarla, porque a su criterio permite la discrecionalidad. Es por ello que para que opere la ponderación debe existir un caso concreto, ya que por la igualdad de los derechos constitucionales no puede operar una ponderación en abstracto como tal parece constar en la disertación (p. 104), ya que la ponderación opera ante un "choque o colisión entre derechos o principios" (Ver Diego Mogrovejo, Los presupuestos de la acción extraordinaria de protección: el control del rol del juez en el neocontitucionalismo garantista, UASB, Quito, 2014, p. 32)

Es decir se debía incluir los casos concretos que se han presentado sobre el tema, así: la acción de protección N.º 0584-2012 en el Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Pichincha planteada en 2012 por Helen Bicknell y Nicola Rothon ante la negativa de la inscripción de que la hija biológica de una de ellas, Satya, a fin de que cuente con dos madres, con resoluciones denegatorias de primera y segunda instancia. En particular debía analizarse la sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha en la causa N.º0223-2012 en la que consta que "En efecto, el oficio impugnado no niega la inscripción de la menor Satya Amani como hija de Nicola Susan Rothon, ni impugna el derecho de maternidad de quien es la madre biológica (esta maternidad no ha sido controvertida tampoco durante el proceso), sino que se abstiene de considerar a Helen Bicknell como una segunda madre. De esta manera, no se puede decir que se ha conculcado el derecho a la familia, a la vida familiar o a la intimidad personal y familiar de la señoras Rothon y Bicknell" (http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf). Este causa encuentra en la Corte Constitucional con el N.º de caso 1692-12-EP (http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php)

En igual modo debía analizarse la acción de protección N.º 20843-2013 planteada en la Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer , Niñez y Adolescencia de Pichincha por Pamela Karina Troya y Gabriela Jannine Correa en 2013 ante la negativa de la inscripción de su matrimonio como pareja del mismo sexo, negada en primera instancia y en segunda instancia por la Corte Provincial de Justicia de Pichincha en la causa N.º 1602-2014 en cuya sentencia consta: " La Constitución en la forma como se encuentra redactada, fue objeto de un Referéndum Aprobatorio, y en la misma se consagran los derechos de igualdad y no discriminación y en forma expresa reserva la institución del matrimonio exclusivamente a las parejas heterosexuales". Este causa encuentra en la Corte Constitucional con el caso N° 1035-14-EP.

En tal virtud existiendo casos concretos en los que se ha discutido el asunto, no procedía la aplicación del test de proporcionalidad en abstracto (p. 105 a 112) , sino se convertiría en una especie de salida forzada para evitar la la ponderación, cuando estos métodos son distintos y tienen su propio ámbito de aplicación, en la proporcionalidad las normas y en la ponderación los principios (La LOGJCC distingue a la proporcionalidad -Art. 3 No. 2- de la ponderación -Art. 3 No. 3- y también la Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador N° 048-13-SCN-CC que determinó que la proporcionalidad en abstracto incluso y la ponderación en concreto).

En específico no se evidencia en la disertación la aplicación de la "fórmula de peso" expuesta por Rober Alexy, ya sea la fórmula diferencial a través de la resta entre los valores obtenidos en la escala triádica de valoración: leve:1, media:2 y grave:4, es decir Pc: P1-P2, Pc: afectación-importancia, o la fórmula extendida mediante la comparación de los valores obtenidos en la división de los principios con dos escalas: la indicada escala triádica de importancia leve:1, media:2 y grave:4 multiplicada por la escala de seguridad de la afectación: improbable ¼ , plausible ½ y seguro 1, dividida para el valor del principio contrario, es decir comparar el valor del P1: importancia x seguridad de la afectación de P1 dividida para el valor de importancia x seguridad de afectación de P2, con el valor del P2: importancia x seguridad de la afectación de P2 dividida para valor de importancia x seguridad de afectación de P1 (Ver Robert Alexy, La fórmula del peso, traducción de Carlos Bernal Pulido, en Miguel Carbonell, ed, El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional, N.º 6 de la Serie Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia, Quito, 2008, p. 30 y 40, Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador N° 002-09-SAN-CC publicada en RO S 566 de 09 de abril de 2009)

En cuanto a los efectos de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º OC 24/17 para garantizar a las parejas del mismo sexo todos los derechos sin discriminación frente a las heterosexuales como una "interpretación auténtica del derecho internacional" (p. 113) , se debe anotar que acorde al Art. 436 No. 1 de la Constitución ecuatoriana la Corte Constitucional es la máxima instancia de interpretación de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En este sentido el tema de estudio debía contemplar indefectiblemente el análisis del mecanismo de modificación constitucional a través del procedimiento dictaminado por la Corte Constitucional conforme al Art. 443 de la Constitución, el mismo que no se ha efectuado, aunque se reconoce en la propia disertación que "la opción más viable es una reforma constitucional" (p. 115).

En razón de estas puntualizaciones asigno a la presente disertación la nota de 8/10.

Atentamente,

Msc. PhD (c) Diego F. Mogrovejo J.
Profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA PUCE
RECIBIDO
Fecha 26/Nov/18 Hora 17:21
No de Hojas Por

DEDICATORIA

En primer lugar agradecer a Dios quien es mi fortaleza para no desmayar en los momentos difíciles que se debe afrontar a lo largo de la vida.

A mis Padres, Marcos Polo Ruano Cañas y Rosario Nieves Lima quienes han sido mi guía y mi apoyo incondicional desde el inicio de mi Carrera, pero por sobre todas las cosas han sido las personas que me han inculcado valores los cuales son el mayor regalo que una persona puede tener. Los amo con todo mi corazón.

A mis hermanos, por sus consejos y su apoyo en todas las etapas de mi vida

A mi familia en general.

AGRADECIMIENTOS

La vida está llena de personas capaces de ayudar a crecer tanto humana como profesionalmente, y en este sentido, he tenido a mi lado personas únicas quienes me han ayudado en mi realización personal.

A mis amigos de toda la vida, y los que tuve el agrado de conocer dentro las aulas universitarias, ya que cada momento es un recuerdo irrepetible en la vida de la persona.

Dr. Efrén Guerrero, usted que ha dedicado parte de su vida a la cátedra y a la investigación.

ABSTRACT

The present dissertation aims determine what are the limits imposed by the Ecuadorian State to homoparental couples, as for marriage, fact union and adoption. From the Montecristi Constitution have been attributed more rights to GLBTI groups, to such a point of allowing same-sex couples access to the fact union institution. Therefore, throw the principles established in the Constitution and International Deals is going to determine if the treatment grants the Ecuadorian State to this minority group turn around equality and non-discrimination, or, there are contradictions between norms and principles into the same legal body.

This analysis is based in articles 67 and 68 of the Republic Constitution, in contrast to the article 11.2, which establishes that there will be no discrimination by sexual orientation of the people.

RESUMEN

La presente disertación tiene como finalidad determinar cuáles son los límites que impone el Estado ecuatoriano a las parejas homoparentales, en cuanto al tema de matrimonio, unión de hecho y adopción. Desde la Constitución de Montecristi se han atribuido más derechos a los grupos GLBTI, a tal punto, de permitir a parejas del mismo sexo acceder a la Institución de la Unión de Hecho. Por consiguiente, a través de los principios establecidos en la Constitución y en Tratados Internacionales se va a determinar si el tratamiento que otorga el Estado a este grupo minoritario gira en torno a la igualdad y no discriminación, o a su vez, existe contradicciones entre normas y principios dentro del mismo cuerpo legal.

Este análisis se basa en los artículos 67 y 68 de la Constitución de la República en contraste con el artículo 11.2 el cual establece que no habrá discriminación, entre otros, por temas relacionados con la sexualidad de las personas.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN i

CAPÍTULO 1. LA EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA COMO NÚCLEO FUNDAMENTAL DEL ESTADO ECUATORIANO, LAS FAMILIAS HOMOPARENTALES Y LA UNION DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ECUATORIANO. 1

1.1. Definición de familia. 1

1.1.1. Evolución de la Familia como institución jurídica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. 5

1.1.2. Desarrollo de la institución de la unión de hecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. 12

1.1.3. La familia conformada por personas del mismo sexo o familias homoparentales..... 19

1.1.4. Principio de igualdad y no discriminación. 24

1.1.5. Derecho comparado referente a las Uniones Homoafectivas y Adopción. ... 31

CAPÍTULO 2. ALCANCES JURÍDICOS EN BASE A LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS A LA DIVERSIDAD DE FAMILIAS. 48

2.1. Análisis jurídico de los tipos de familia según los artículos 67 y 68 de la Constitución de la República del Ecuador. 49

2.2. El interés superior del niño como eje fundamental para la Adopción. 56

2.3. Matrimonio y Unión de hecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano respecto a las familias homoparentales. 60

CAPÍTULO 3. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL CASO DE UNIONES MONOPARENTALES Y HOMOPARENTALES..... 67

3.1. Adopción en el ordenamiento jurídico ecuatoriano..... 69

3.1.1. Definición 75

3.1.2. Características referentes a la Adopción en el Ecuador 77

3.1.3. Evolución histórica referente a la Adopción. 78

3.1.4. Requisitos referentes a la Adopción en el Ecuador. 81

3.1.5. Adopción para parejas constituidas mediante unión de hecho en Ecuador. .. 84

3.1.6. Límites del Estado ecuatoriano frente a los derechos..... 87
3.1.7. Libertad y Libre desarrollo de la Personalidad..... 90
3.1.8. Principios establecidos en la Constitución en aplicación a las parejas del mismo sexo..... 94
3.1.9. Ponderación de Derechos 102
3.1.10. Test de proporcionalidad. 105
3.1.11. Análisis proporcional de las limitaciones en el ordenamiento jurídico ecuatoriano referente a familias monoparentales y homoparentales..... 108
3.1.12. Efectos Jurídicos de la Opinión Consultiva OC 24/ 17 112

CAPÍTULO 4. CONCLUSIONES 114

LISTA DE TABLAS

Tabla No. 1 Análisis de las tres últimas Constituciones con respecto a la Familia, Matrimonio y Unión de Hecho……...16

Tabla No. 2 Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana en referencia a Parejas del Mismo Sexo……38

Tabla No. 3. Cuadro comparativo con respecto a las instituciones de unión de hecho, matrimonio y Adopción en la legislación internacional y en Ecuador…….....…..42

INTRODUCCIÓN

Las transformaciones socioculturales han permitido el desarrollo normativo de la institución familiar a través de un enfoque de diversidad sexual, permitiendo a parejas homoparentales ejercer sus derechos de matrimonio, unión de hecho y adopción, las cuáles han sido legalizadas en varios países (*23 países a nivel mundial aceptan el matrimonio, mientras que 11 incluido el Ecuador aceptan la unión de hecho*) (BBC noticias, 2017). No obstante, el Estado ecuatoriano permite únicamente la unión de hecho para parejas del mismo sexo, marcando la Constitución vigente un punto de partida en la reivindicación del respeto e igualdad constitucional de los derechos de las personas GLBTI; es así que, "*el reconocimiento de las parejas y familias homoparentales ofrece nuevas posibilidades para pensar la diversidad en la conformación social contemporánea y crear espacios de aprendizaje del respeto y la inclusión*" (Castelar, 2010, pág. 47). Es por ello que, bajo un enfoque de principios constitucionales y derechos humanos, la presente disertación pretende analizar la situación de grupos GLBTI, en base a su reconocimiento normativo dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por consiguiente, como lo establece Vaggione:

> Tras décadas de activismo se ha logrado que la legislación y la jurisprudencia internacional comiencen a cambiar, a abrir un espacio para la legalidad y la legitimidad de definiciones de familia que van más allá de la heteronormatividad. Los sistemas legales que regulan las relaciones familiares están produciendo cambios importantes en diferentes países del mundo. Acompañando la creciente legitimidad de la diversidad sexual, a las personas LGBTQ se les está reconociendo una mayor legalidad como parte de las relaciones familiares; así, las formas en las que la familia es legalmente constituida empiezan a redefinirse. (Vaggione J. , 2008, pág. 17)

En consecuencia, los cambios en la estructura familiar (en épocas anteriores no se hubiera permitido a parejas homosexuales adquirir derechos constitucionales) han permitido alterar el enfoque de lo que anteriormente se entendía por familia, permitiendo la inclusión de parejas del mismo sexo dentro de esta institución (Vaggione J. M., 2008). Por este motivo, dentro de la Constitución de la República del Ecuador, se han realizado avances significativos en materia de derechos para parejas homosexuales, permitiendo desde el 2008

la diversidad de familias[1] y la unión de hecho a personas del mismo sexo[2], de esta manera, se podrá analizar el limite constitucional de los derechos de estas personas frente a las familias heterosexuales, a las cuales se les reconoce los derechos de matrimonio y adopción, instituciones las cuáles son objeto de la presente disertación..

Lo que ha formado el país, en materia de derechos para las personas GLBTI es histórico, ya por el solo hecho de ser una Constitución garantista, permite el vínculo entre personas de la misma orientación sexual, lo que antes era impensado dentro de una sociedad que se ha caracterizado por ser tradicionalista la cual *"suele ligar la sexualidad, la procreación y la convivencia a una unidad fundada a partir del matrimonio monogámico"* (Salgado Álvarez, 2014, pág. 18). Y cuando se generan cambios normativos, estos resultan ser controversiales. Aún más cuando se encuentra dentro del enfoque de género en materia de familia, así la doctrina señala que:

> (…) la concepción tradicional de familia es heteronormativa: la heterosexualidad se constituye en la norma desde la cual se regulan las barreras morales y legales. Sólo las parejas heterosexuales constituyen un arreglo afectivo posible de ser reconocido por el Estado y la sociedad como núcleo legítimo de las familias contemporáneas (Vaggione J. , 2008, pág. 16).

En cuanto a parejas homosexuales, la orientación sexual sigue siendo una barrera discriminatoria, en el caso del matrimonio y la adopción, y a pesar que varios países han eliminado esta construcción social[3], todavía se aprecian rasgos sociales y culturales que impiden en algunos países, como el caso ecuatoriano, incluir normativamente los derechos de manera igualitaria.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, estableció lo siguiente:

---

[1] Constitución de la República del Ecuador: Art. 67: *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*. http://www.lexis.com.ec/website/recursos/leyes/LeyesReglamentos.aspx. Acceso: 15/03/2017.

[2]Constitución de la República del Ecuador: 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.* http://www.lexis.com.ec/website/recursos/leyes/LeyesReglamentos.aspx. Acceso: 15/03/2017.

[3] Véase capítulo II de la presente disertación

> 8. De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228 (Corte Interamericana de Derechos Humanos: Idetidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo., 2017).

Por este motivo, la presente disertación tiene como objetivo analizar las instituciones de matrimonio, unión de hecho y adopción dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en lo relativo a parejas del mismo sexo, y sus alcances respecto a derechos reconocidos en la Constitución de la República.

El primer capítulo contendrá un análisis sobre las instituciones de familia y su evolución en el caso ecuatoriano, y en la legislación comparada, lo cual va a permitir ampliar el campo normativo y determinar cuáles han sido las decisiones que han tenido los diferentes países en los que se acepta no solo la unión de hecho, sino también el matrimonio y la adopción para estas personas. Se estudiará también el principio de igualdad y no discriminación en cuanto a la orientación sexual, revisando los argumentos doctrinarios y para finalizar, se realizará un análisis comparativo con el fin de establecer las diferencias entre la legislación ecuatoriana y aquellas legislaciones que llevan años aplicando normativa progresista permitiendo la igualdad de derechos de este grupo minoritario.

En el segundo capítulo, se analizará la regulación de derechos de los grupos GLBTI respecto a los artículos 67 y 68 de la Constitución, los cuales son el motivo para la realización de la presente disertación, debido a que, han surgido discrepancias dentro de un sector de la sociedad, que aclama por el matrimonio igualitario, y precisamente estos dos artículos constitucionales son los que originan dudas acerca de si hay una verdadera igualdad para todas las personas, en este sentido, el análisis de estos artículos resulta obligatorio para poder tener claro la posición del Estado al limitar a estas parejas los derechos que les han sido reconocidos de manera igualitaria.

Posteriormente, se analizará el principio del interés superior del niño, los cuáles como grupo en situación de vulnerabilidad, tienen protección del Estado y frente a esto cabe hacerse la pregunta: si para el Estado es más importante el limitar a personas del mismo sexo, el poder adoptar u otorgarle una familia a un niño, que por alguna circunstancia se encuentra

desprotegido, este análisis es de fundamental importancia, por el hecho de que se debe primar la protección de los niños/as y adolescentes por sobre cualquier norma que atente contra su correcto desarrollo dentro de la sociedad, En este sentido, el Estado debe velar por la protección de los derechos de los niños, independientemente de las personas.

Finalmente, el tercer capítulo, contendrá un análisis normativo, referente a las limitaciones de parte del Estado ecuatoriano para las parejas homoparentales, ya que en Ecuador la legislación hace una distinción entre las personas que gozan de todos los derechos reconocidos constitucionalmente: “parejas de distinto sexo” y las personas que se les impide o se les limita ejercer el derecho al matrimonio y la adopción: “parejas del mismo sexo”.

CAPÍTULO 1. LA EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA COMO NÚCLEO FUNDAMENTAL DEL ESTADO ECUATORIANO, LAS FAMILIAS HOMOPARENTALES Y LA UNION DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ECUATORIANO.

> La familia y matrimonio son instituciones sociales en permanente evolución; su regulación legal tiene que adecuarse a la exigencia social y a la garantía de los derechos. El Estado debe reconocer en igualdad y no discriminación las nuevas formas y cambios de la familia y matrimonio, a fin de permitir el libre desarrollo de las personas en sociedades democráticas (Barahona A. , 2015, pág. 91).

Dentro del campo de estudio del primer capítulo, se abordará la evolución de la familia y unión de hecho en la legislación ecuatoriana, basándose en ordenamientos jurídicos extranjeros, los cuáles ayudarán a tener una visión general de las reformas legislativas que se han desarrollado para la protección de la familia actual y cuáles han sido los mayores logros alcanzados. En cuanto al principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual, si bien la hermenéutica jurídica condena actos que atenten contra la dignidad y los principios constitucionales, cabe ahondar en este tema, ya que los derechos de las personas GLBTI se pueden ver menoscabados al limitar ciertas instituciones del derecho de familia (Matrimonio y Adopción), los cuáles según los tratados internacionales son derechos de todo ser humano *Art. 23 Núm. 1.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado ; Núm. 2.-Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.* (Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos); A continuación, se analizará el capítulo primero:

1.1. Definición de familia.

> Al hablar de familia se refiere a una diversidad de aspectos de orden histórico, social, político y jurídico, que dan cuenta como a través del tiempo dicha institución ha evolucionado, y a su vez, conserva determinados elementos constituyentes. Es indudable que la familia es el grupo primario de pertenencia de los individuos, que en cuanto entidad viva, permite el

> establecimiento de relaciones dinámicas de sus miembros entre sí y para con otros, dando paso a la conformación de la sociedad y el Estado (Barahona A. , 2015, pág. 70).

EL Dr. Juan Larrea Holguín, en su libro: "Manual Elemental de Derecho Civil" manifiesta que la familia según Planiol y Ripert es "*el conjunto de personas que se hallen vinculadas por el matrimonio, por la filiación o por la adopción*". Asimismo, manifiesta que: "*la familia trae consigo una consecuencia de suma importancia: que ningún poder humano puede restringir arbitrariamente sus derechos, modificar su estructura esencial o privarle del ámbito de libertad y de los medios adecuados para su cabal desenvolvimiento*" (Larrea Holguin, 2008, págs. 2-3).

Por su parte, el tratadista Arturo Valencia Zea la define como: "*grupo social de padres e hijo que forman la comunidad doméstica, pero en sentido más amplio se dice que la familia es el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje*" (Valencia Zea, 1962, pág. 3).

Cabe indicar que la definición de Valencia Zea, está en desuso en los actuales momentos, debido a que, en la actualidad nuestro país ya no concibe la manera tradicional de "padre madre e hijos", ampliando las posibilidades e incluyendo en la nueva Constitución un nuevo tipo que es la unión de hecho para parejas homoparentales[4], lo cual ha sido un logro para este grupo minoritario adecuando la normativa a las perspectivas actuales, permitiendo que sus derechos se encuentren reconocidos constitucionalmente. En el Derecho comparado la Corte Constitucional Colombiana advierte que la familia ya no comprende únicamente un enfoque de sexo y de consanguineidad, sino que va mucho más allá, manifestando que en la actualidad, ya no es requisito para la conformación de familias.

> La heterosexualidad no es, entonces, característica predicable de todo tipo de familia y tampoco lo es la consanguinidad, como lo demuestra la familia de crianza, de manera que otro ha de ser el denominador común de la institución familiar en sus diversas manifestaciones y aun cuando las causas individuales para conformar una familia son múltiples, para indagar cuál es el rasgo compartido por las distintas clases de familia y determinar si está presente en las uniones homosexuales, cabe recordar que a familias tales como la surgida del matrimonio o de la unión marital de hecho, jurídicamente se les atribuyen

[4] Constitución de la República del Ecuador: 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". http://www.lexis.com.ec/website/recursos/leyes/LeyesReglamentos.aspx. Acceso: 30/03/2017.

> unos efectos patrimoniales y otros de índole personal (Corte Constitucional Colombiana, demanda de inconstitucionalidad , 2011).

El Dr. García Falconi, por su parte hace una explicación de familia, manifestando que:

> Es la célula fundamental de la sociedad y el medio natural y necesario para la protección de los derechos y el desarrollo integral de sus miembros; por esta razón la familia debe recibir el apoyo y protección del Estado ecuatoriano, para que cada uno de sus integrantes, pueda ejercitar plenamente sus derechos y asumir sus obligaciones.[5]

En la legislación ecuatoriana, la familia tiene una connotación importante, ya que como manifiesta Valencia Zea "*La familia es, pues, un verdadero organismo social que se interpone como entidad autónoma entre el individuo y el Estado. Es el organismo social más importante, pues constituye el fundamento de la existencia de las naciones civilizadas*" (Valencia Zea, 1962, pág. 2). Por lo cual, el Estado ecuatoriano permite la diversidad de familias, posibilitando así a las parejas del mismo sexo unirse de manera legal, lógicamente si cumplen con los requisitos establecidos tanto en la Constitución como en normas secundarias.

En cuanto al ordenamiento jurídico ecuatoriano, vale decir que no hay una definición de familia; pese a esto, la Constitución de la República en su artículo 67, la reconoce como parte fundamental de la sociedad, por otra parte el Código Civil afirma: "*no define la familia, (Salvo para el derecho de habitación) pero se refiere numerosas veces a ella y en unas veces se da un alcance mayor y en otros uno menor a la institución familiar*" (Larrea Holguin, 2008, pág. 6), no obstante, como manifiesta el mismo jurista: "*el matrimonio es la base de la familia*" y en base a esto el Código Civil nos da una definición de matrimonio dentro de nuestro sistema jurídico que reza: Art. 81.- *"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).

Como ya se estableció, pese a que en nuestro ordenamiento jurídico no hay definición alguna, el artículo 829 del Código Civil, establece las limitaciones de las personas y brevemente explica quienes contemplan una familia, por consiguiente, el artículo mencionado señala lo siguiente:

---

[5] José García Falconí, Diversos tipos de familia reconocidos en la Constitución. Internet. http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechodefamilia/2010/09/14/diversostipos-de-familia-reconocidos-en-la-constitucion. Acceso: 09/04/2017.

> Art. 829.- El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador. La familia comprende la mujer y los hijos, tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después; y esto, aun cuando el usuario o habitador no estén casados, ni hayan reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución. (Código Civil, 2005).

Queda decir entonces que, la familia es una institución que ha evolucionado con el paso del tiempo (*No se habla ya de la familia, sino de familias en plural, debido a sus diferentes maneras de constitución y desarrollo*) (Barahona A. , 2015, pág. 72), tal es así, que ha habido cambios notorios desde la Constitución de 1998 hasta la actualidad en donde al tener un nuevo modelo de Estado "Garantista" los derechos de las personas están sobre las instituciones del Estado y nadie los puede menoscabar (Constitución de la República del Ecuador, Art. 1), por tal motivo, la estructura familiar actual ya no comprende solo a familias heterosexuales, sino que la normativa ha insertado a parejas del mismo sexo.

El artículo constitucional menciona lo siguiente:

> 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 Art.68).

Por ende, se generó posibilidades para que los grupos GLBTI[6], logren: "*representar sus intereses dentro del texto constitucional, y, que el propio Estado Social de Derecho busca la igualdad de condiciones entre todos sus miembros y el respeto de los derechos fundamentales*". (Centeno Rodríguez, 2007, pág. 187).

[6] Se usa la sigla LGBT o LGBTQ para nombrar a los individuos o grupos que se autodefinen en disidencia frente a la norma. L por lesbianas, G por hombres gay, B por bisexuales, T por trans —travestis, transexuales y personas transgénero—. Aunque como toda sigla reduce la multiplicidad de identificaciones, ésta ha sido históricamente incluyente y por eso tiene variaciones. La sigla LGBT se usa cuando se citan fuentes u organizaciones que así se definen; a ésta los autores le agregan la letra Q cuando se incluye a las personas *queer*. El término *queer*, original del inglés, no ha tenido una traducción apropiada al español. Vaggione, Juan. https://programaddssrr.files.wordpress.com/2013/05/la-mirada-de-los-jueces-las-familias-mc3a1s-allc3a1-de-la-heteronormatividad.pdf. Fecha de Acceso: 25/04/2017.

Por consiguiente, luego de haber expuesto algunas definiciones de los autores citados anteriormente, queda manifestar que la familia ha sido y es de cuidado primordial para el Estado, debido a que se considera como el núcleo fundamental de una sociedad, y al ser una unidad social básica, el respeto de los derechos constitucionales no debe quedar en tela de duda bajo ningún parámetro. Con esto se hace referencia a que las familias monoparentales[7] también deben ser incluidas de manera igualitaria, permitiendo que estas gocen de todos los beneficios contemplados en la ley.

En conclusión, queda manifestar que dentro de la sociedad la familia se ha extendido y ya no hay que considerar como único modelo al tradicional de padre, madre e hijos. Por consiguiente, las instituciones y la normativa se deben acoplar a los retos de diversidad que exige una colectividad, cabe mencionar que todavía existen sesgos enraizados que determinan la heterosexualidad como modelo de vida tradicional (Barahona A. , 2015, pág. 87), sin embargo, la doctrina moderna ha establecido claros parámetros en donde las parejas homosexuales gozan de una manera amplia los derechos relativos a la constitución familiar, y en base a eso, el Estado debe guiar su ordenamiento jurídico.

1.1.1. Evolución de la Familia como institución jurídica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La estructura familiar, en cuanto a la conformación de familias en este país, ha tenido constantes variaciones con el paso del tiempo, por el mismo hecho de haber cambiado el modelo de Estado al actual Estado constitucional de derechos y justicia, en el cuál las decisiones judiciales deben adecuarse a la correcta aplicación de los derechos reconocidos en la Constitución (Ávila Santamaría R. , 2008, pág. 22), no obstante, hasta antes de la Constitución vigente, había una hegemonía de tipo heterosexual, con esto me refiero a que para acceder a los derechos de familia, la pareja debía estar conformada por hombre y mujer, sin embargo, actualmente la orientación sexual no es motivo para discriminación alguna, incluyendo así, a todas las personas sin excepción a un reconocimiento basado en la

[7] El término se refiere a la posibilidad legal de que dos personas del mismo sexo puedan constituir un núcleo familiar formal con capacidad para apoyarse solidariamente, engendrar, educar y convivir con hijos reconocidos como tales y gozar de reconocimiento pleno ante el Estado y la sociedad. Castellar, Andrés. Familia y Homoparentalidad una Revisión al Tema. http://www.scielo.org.co/pdf/recs/n5/n5a03.pdf Fecha de Acceso: 25/04/2017.

igualdad; en este contexto, el respeto a la dignidad humana y a la libertad sexual se ve atesorada por una constitución que desde sus cimientos se sabe que es material y rígida.

> Respecto del carácter material de la Constitución, Ramiro Ávila, nos dice que la Constitución ecuatoriana del 2008 es material, porque contiene normativamente un conjunto de principios, valores y derechos, que definen normativamente los fines del Estado. La Constitución es rígida porque para su reforma se requiere de un procedimiento agravado, establecido en el Capítulo Tercero, del Título IX de la Constitución, lo cual significa que no puede ser reformado o transformado por los mecanismos y procedimientos parlamentarios ordinarios (Ávila Santamaría R. , 2008, pág. 38)

Por tanto, los derechos constitucionales de los grupos GLBTI han sido reconocidos, debido a que:

> (…) en las últimas décadas los movimientos feministas y de personas GLBTI han luchado para que se produzca un cambio cultural y se entienda que la identidad de género y orientación sexual no implica siempre la dicotomía hombre/ mujer en el marco de la heterosexualidad, sino una diversidad de formas de concebir el cuerpo y la sexualidad (Barahona A. , 2015, pág. 72).

La legislación ecuatoriana permite la igualdad de derechos a todas las personas, sin embargo, una cosa es lo que permite la Constitución, y otra muy distinta lo que en realidad afrontan estas personas frente a la sociedad, siendo todavía la orientación sexual motivo de discriminación.

En cuanto a nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución de 1929 fue primera en incluir dentro de las garantías fundamentales, la protección de la familia, tutelando por primera vez, en una Constitución ecuatoriana el derecho de las personas al matrimonio y por consiguiente a una familia: Artículo 151.- "*La Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador, principalmente, los siguientes derechos: 19. La protección del matrimonio, la de la familia y la del haber familiar"* (Constitución del Ecuador , 1929).

En la Constitución de 1945, el Estado continúa protegiendo a la familia mediante el matrimonio, figura jurídica que permanece siendo la única que el Estado ecuatoriano reconoce y protege hasta ese momento; lo importante de esta norma, es que proclama la igualdad entre los cónyuges:

> Artículo 142.- El Estado protege a la familia, al matrimonio y a la Maternidad. El matrimonio se fundamenta en el principio de igualdad de derechos de ambos cónyuges. Podrá disolverse

> por mutuo consentimiento o a petición de uno de ellos, por las causas y en la forma que la ley determine (Constitución del Ecuador , 1945).

En la Constitución de 1967, se estableció por primera vez que la familia es la célula fundamental de la sociedad: por tanto, era deber del Estado ecuatoriano el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las personas constituidas mediante matrimonio. Al igual que en su precedente anterior, todavía no incluye a la unión de hecho como estado civil; así el artículo señalaba en su parte pertinente lo siguiente:

> Art. 29.- Protección del matrimonio y la familia. - El Estado reconoce la familia como célula fundamental de la sociedad, y la protege igual que al matrimonio y a la maternidad. El matrimonio se funda en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad especial de los cónyuges (Constitución del Ecuador, 1967).

La Constitución del Ecuador de 1979, incluyó por primera vez a la unión de hecho como figura jurídica, la cual dio lugar a la sociedad de bienes entre la pareja. Con todo, se tenía todavía limitantes en cuanto al género, ya que el requisito principal para la unión era que sea entre hombre y mujer, empero, se dio paso a esta figura jurídica como un procedimiento formal de unión entre dos personas, estableciendo la norma constitucional lo siguiente:

> Art. 22.- El Estado protege a la familia como célula fundamental de la sociedad. Le asegura condiciones morales, culturales y económicas que favorezcan la consecución de sus fines. Protege igualmente el matrimonio, la maternidad y el haber familiar. El matrimonio se funda en el libre consentimiento de los contrayentes y en el principio de la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de ambos cónyuges (Constitución Política del Ecuador, 1979).
>
> Art. 25.- La unión estable y monogamia 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 señale la ley, da lugar a una sociedad de bienes, que se sujeta a las regulaciones de la sociedad conyugal, en cuanto fueren aplicables, salvo que hubieren estipulado otro régimen económico o constituido en beneficio de sus hijos comunes patrimonio familiar (Constitución Política del Ecuador, 1979).

En 1998, se expidió la última Constitución del siglo pasado, aprobada por una Asamblea Nacional, que fue "*hegemonizada por los intereses y conceptos de las élites del poder*" (Ayala Mora, pág. 38). También en 1998, Ávila Santamaría afirma que hubo:

> (…) avances en materia de derechos, tales como el reconocimiento de los derechos de los indígenas, de los niños y niñas, de las mujeres, de las personas con discapacidad, entre otros,

> determinó que el Estado es social de derecho, estableció un Tribunal Constitucional, instituyó el amparo como garantía judicial y continuó un sistema de reforma constitucional rígido (la institución se la conoció como candado constitucional), por lo que podría considerarse un primer Estado Constitucional de derecho de la historia del país (Ávila Santamaría R. , 2012).

> Art. 37.- El Estado reconocerá y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Esta se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basará en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. Protegerá el matrimonio, la maternidad y el haber familiar. Igualmente apoyará a las mujeres jefas de hogar. El matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998).

La Constitución Política de 1998, equiparó por primera vez, al matrimonio con la unión de hecho, en cuanto al reconocimiento de derechos. Pese a esto, se estableció claramente que esta figura jurídica, correspondía únicamente a parejas de distinto sexo. En este sentido, no había criterios divididos en cuanto a la interpretación de dicha norma, ya que el género de las personas quienes querían establecerse mediante esta institución se encontraba definido "Hombre y Mujer", como se verá más adelante el artículo sobre la unión de hecho en la presente Constitución genera suspicacias por el hecho de no ser una norma clara.

> Art. 38.- 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 señale la ley, 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 (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998).

Finalmente, en la Constitución de la República Vigente, se contempla un cambio de paradigma con respecto a la conformación de familias. Por primera vez en la historia de nuestro país, el Estado ecuatoriano permite a las parejas del mismo sexo poder unirse legalmente mediante la unión de hecho, en este sentido y como se verá más adelante en el capítulo de la igualdad, como lo establece Alexy *al no existir una razón suficiente o justificada para que las parejas homoparentales no gocen de los mismos derechos que las parejas heterosexuales, se debería dar el trato similar para todas las personas* (Alexy, 2007,

pág. 379) incluyendo a este grupo minoritario. Sin embargo, no hay motivo para restringir los derechos a estas personas, así la teoría antes mencionada comprende lo siguiente:

> Son dos los derechos de igualdad definitivos abstractos: el derecho la igualdad de trato, cuando no existe razón suficiente para permitir un trato desigual, y el derecho a ser tratado desigualmente cuando existe una razón suficiente para que este ordenado un trato desigual. A estos dos derechos corresponden las normas de trato igual y desigual. (Alexy, 2014, pág. 379)

Por consiguiente, el artículo que genera controversia dentro del ámbito jurídico por su falta de concreción establece lo siguiente:

> Art. 67.- 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, Art. 67).

Como se mencionó en líneas anteriores, las actas de la asamblea son necesarias para para analizar cuáles fueron los argumentos sobre el reconocimiento de la diversidad de familias, cuáles fueron las motivaciones para que en la Constitución se vea reflejada el derecho de las personas a constituirse como mejor les convenga; En este sentido, la asambleísta Soledad Vela en su intervención expresó lo siguiente:

> El mismo fenómeno migratorio nos ha obligado a vivir nuevas realidades y debe reflejarse en la Constitución. Por este motivo se reconoce a la familia en su diversidad, no solo a la familia nuclear o elemental, sino que ahora el Estado reconocerá los diversos tipos de familia que existen, la familia extensa, la familia monoparental, la familia de madre soltera, la familia de padres separados, las familias que nacen del proceso migratorio, las familias que se van conformando en la cotidianidad. De esta forma, la norma rige nuestra realidad, para una sociedad en constante evolución, protegiendo desde la Constitución y el Estado la diversidad de familias[8].

[8] Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, Acta 86, (Año 2008), 24.

La posición de la asambleísta Alexandra Ocles, también se centra en el desarrollo estructural de la familia, la misma aduce que cabe hacer una integración de los diversos tipos de familia que existen en la actualidad.

> En cuanto se refiere al tema de familias, creo que es importante insistir en la necesidad de hablar de familias, precisamente, porque hay diversos tipos, por tanto, no se puede centralizar el tema o pretender unificar en una familia aquel modelo de mamá, papá, hijos, ya no es el único y la familia sigue siendo un sistema complejo que hay que entenderlo y que el Estado tiene que garantizar la estabilidad y desarrollo de esa familia[9].

En cuanto al Asambleísta Mario Játiva desde el inicio advirtió que se generarían problemas al utilizar un lenguaje impreciso, lo que esto tendría como resultado una laguna jurídica al momento de la interpretación de este artículo.

> En el artículo uno, donde el Estado Reconoce a la familia en sus diversos tipos, da origen, a varias interpretaciones por lo tanto, mi propuesta es que quede exclusivamente que el Estado reconoce y protege a la familia , al mencionar en sus diversos tipos, como está planteado en el informe de la mayoría, deja un vacío legal, inclusive imposible de interpretar, pues esto permite confusiones, en todo caso si alguien se le ocurre considerar en sus diversos tipos a la familia, sería lo correcto clasificarlo o señalarlo, cosa que sería imposible, pues la familia es una sola, no tiene diferentes tipos, ya que la familia está compuesta por un solo tipo, esto es por un hombre y una mujer y fruto de eso los hijos. De tal manera que es necesario que utilicemos la redacción correcta, para no caer en equívocos y por consiguiente, malas interpretaciones que darían lugar a que se pueda considerar que también puedan formar una familia con la unión de dos hombre o dos mujeres[10].

Por lo tanto, el artículo 67, demuestra que es confuso, por un lado establece que se reconoce a la familia en sus diversos tipos, y por otro lado establece que el matrimonio solo corresponde a parejas de distinto sexo, al no haber una especificación clara, de cuáles son los diversos tipos de familia, pues se entiende que también estarían incluidas las parejas homoparentales. Sin embargo, se reconoce a parejas del mismo sexo poder establecerse mediante unión de hecho según el artículo 68 de la Constitución de la República Vigente, por lo que el Estado ecuatoriano ha dejado de lado la familia entendida tradicionalmente, y se ha abierto paso a un nuevo modelo respecto a los desafíos que se tiene en la actualidad, así la norma en mención manifiesta lo siguiente:

[9] Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, Acta 86, (Año 2008), 64.
[10] Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, Acta 86, (Año 2008), 68.

> 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 (Constitución de la República del Ecuador, Art. 68).

Es importante destacar, que el artículo citado con anterioridad a pesar de tener una connotación progresista, por el hecho de dar cabida a parejas homosexuales poder establecerse mediante unión de hecho, también cabe precisar que el Asambleísta Mario Játiva advirtió desde un principio el problema que podría ocasionar esta norma al tener un lenguaje impreciso, dando como resultado confusiones que se tienen hasta el día de hoy con respecto a este tema. Sin embargo, la Constitución se la debe interpretar en su integralidad y en base a eso, las parejas del mismo sexo deberían tener los mismos derechos que las parejas de distinto sexo en cuanto al matrimonio y adopción.

> (…) el artículo 67 hace una distinción entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo, siendo la orientación sexual la condición que los separa. El tratamiento que se da al acceso al matrimonio constituye una prerrogativa exclusiva de las parejas heterosexuales, siendo que las parejas del mismo sexo poseen iguales condiciones legales y fácticas para lograrlo (Aguirre, 2014, pág. 79).

Cabe preguntarse entonces, si el Estado ecuatoriano protege de manera total los derechos de los grupos GLBTI, o a su vez, hay una limitación en la cual solo las parejas heterosexuales tienen todos los beneficios establecidos en la ley en cuanto a la conformación de familias:

> En este sentido la distinción no termina de enfatizar la razón por la cual solo las parejas heterosexuales pueden acceder al matrimonio a pesar de que se reconoce en el mismo artículo a la familia diversa. Este tratamiento distinto entre iguales resalta a la orientación sexual como el factor determinante para acceder al goce y ejercicio del derecho, entonces, esta medida resulta ser la más gravosa existente para la consecución de la familia diversa, porque infringe directamente a la prohibición expresa de no discriminar por orientación sexual contemplada en el art. 11, numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador (Aguirre, 2014).

Para finalizar con el tema de familia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, las normas secundarias como el Código Civil han procurado reformar el texto legal que contiene la unión de hecho, puesto que antes había una contradicción con respecto a la Constitución, ya que el código establecía las palabras “Hombre y Mujer”; con la reforma queda claro que es

entre dos personas libres de vínculo matrimonial, eliminando el sexo y añadiendo la palabra "personas", a continuación el artículo pertinente del Código Civil :

> Art. 222.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, que formen un hogar de hecho, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio y da origen a una sociedad de bienes. La unión de hecho podrá formalizarse ante la autoridad competente en cualquier tiempo (Código Civil, 2005).

En conclusión, resta decir que:

> (…) la concepción tradicional de familia es heteronormativa: la heterosexualidad se constituye en la norma desde la cual se regulan las barreras morales y legales. Sólo las parejas heterosexuales constituyen un arreglo afectivo posible de ser reconocido por el Estado y la sociedad como núcleo legítimo de las familias contemporáneas. A las personas LBGTQ se las ubica en los márgenes de la definición de familia, y son "toleradas" siempre y cuando mantengan sus vínculos familiares en la invisibilidad e ilegalidad (Vaggione J. , 2008, pág. 16)

Cabe aclarar antes de continuar con el siguiente subcapítulo que, la posición para la realización de la presente disertación no es ni a favor ni en contra de la aprobación de unión de hecho y adopción para parejas homoparentales; simplemente es un análisis objetivo de la realidad concerniente a este tema, y en base a esto, ha habido decisiones de parte del Estado que han restringido a este grupo minoritario acceder a estas instituciones. Analizando el nuevo modelo de Estado garantista, los límites del Estado son los derechos de las personas, y la intromisión del Estado hacia los derechos fundamentales como el de igualdad y no discriminación, han permitido observar que hay situaciones negativas hacia estas personas.
En el siguiente subcapítulo se abordará el tema de la unión de hecho y su evolución en nuestro sistema jurídico.

1.1.2. Desarrollo de la institución de la unión de hecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La unión de hecho en Ecuador o también llamado concubinato[11], es considerada como una institución del Derecho de Familia que regula las relaciones familiares al igual que el

[11] La palabra *concubinato* se deriva del Lat. *Concubinatus*, término con que se designaba en el derecho romano la unión entre personas de distinto sexo, para hacer la vida común, pero con el *affectio maritalis*. En el antiguo derecho español se empleó el término *barraganía* y la concubina

matrimonio, únicamente variando en aspectos formales. Pese a esto, los fines de las dos instituciones por lo general son similar*es: "procreación de hijos, sustentación de estos, fidelidad de la mujer al hombre, etc."* (Valencia Zea, 1962, pág. 329), en síntesis, se podría decir que la unión de hecho, es la convivencia entre dos personas sin estar casadas, diferencia característica entre ambas instituciones.

Como se estableció, la primera Constitución que se refirió a la Unión de Hecho fue la de 1978, en donde ya se permitía que dos personas sin estar casadas puedan convivir de manera legal.

> La Constitución Política de 1978, por primera vez en nuestra historia, se refirió expresamente a la unión estable y monogámica entre un hombre y una mujer, no ligados por vínculo matrimonial, y dispuso que la ley regulara los efectos económico-civiles, en forma análoga a como lo hace respecto del matrimonio (Larrea Holguin, 2008, pág. 242).

Pese a esto, las uniones de hecho se regularon por primera vez en 1982 mediante la ley 115[12], posteriormente, la legislación ecuatoriana la reconoció tanto en nuestro civil como en la Constitución de la República, y en la actualidad Ecuador reconoce la unión marital de hecho para personas del mismo sexo. De este modo, como menciona Castelar, una solución temporal al problema de desigualdad de derechos para parejas homoparentales es:

> (…) la legalización de sociedades del tipo: "unión de parejas del mismo sexo"; un acuerdo civil celebrado con el propósito de compartir espacios y derechos similares a los conyugales, con el propósito de crear una figura jurídica similar al matrimonio. Desde una perspectiva jurídica progresista, esta decisión es adecuada en la medida en que el Estado daría cobijo a sectores que no estaban cubiertos por esta posibilidad (personas homosexuales que no podían establecer estos vínculos) y, además, abriría la posibilidad de la responsabilidad de supervisarlas y regularlas en términos fiscales y judiciales (tal como ocurre con el matrimonio hetero parental): a la larga, esta modalidad incidiría positivamente en la transformación de prácticas excluyentes (Castelar, 2010, pág. 52).

En cuanto a lo citado anteriormente, ésta es la postura jurídica que ha tomado Ecuador con respecto al reconocimiento de derechos de las personas del mismo sexo, debido a que, se les otorga la posibilidad de poder formar un vínculo afectivo (unión de hecho) de manera legal. Sin embargo, en cuanto a las instituciones de matrimonio y adopción el Estado niega esta

recibió el nombre de *barragana* (cfr. Diccionario de derecho privado, voz Barragana, y Ruiz, ob. Cit., cap. II).

[12] Ley 115. Decreto N° 2636, RO N° 621 del 4 de julio de 1978 (Codificada CC,).

posibilidad, imponiendo como requisito la heterosexualidad; por tanto, el artículo constitucional de la unión de hecho establece lo siguiente:

> 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 (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La normativa constitucional, sin precedente alguno excluye la condición esencial de heterosexualidad que se mantenía en todas las constituciones hasta 1998, y no contempla para que exista unión de hecho el requisito de "hombre y una mujer". Por lo cual, la Carta Magna deja abierta la posibilidad para que parejas del mismo sexo puedan constituirse mediante esta figura jurídica.

En normas secundarias como el Código Civil, también se hicieron reformas con respecto a la unión de hecho, debido al cambio que se produjo dentro de la Constitución del Ecuador en materia de familia, las cuáles se efectivizan principalmente en los Arts. 222, 223, 230, 233 y 332, así como el art. 26 de la Ley de Registro Civil[13].

> Art. 222.- la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, que formen un hogar de hecho, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las mismas familias constituidas mediante matrimonio y da origen a una sociedad de bienes. La unión de hecho podrá formalizarse ante autoridad competente en cualquier tiempo (Código Civil, 2005).

Como se aprecia, la reforma ya no establece el género como condición principal para la atribución de este derecho, debido a que se cambia las palabras de "hombre y mujer", por la palabra "personas" permitiendo un reconocimiento igualitario sin importar la condición ni orientación sexual de la persona. Por lo tanto, Ecuador como Estado Constitucional de derechos, no debe permitir que haya contradicciones con respecto a la Constitución y normas de jerarquía inferior, se debe dar una verdadera unificación normativa, para que no haya dudas con respecto a la aplicación de la norma, igualmente, se tenga seguridad jurídica en el caso de aplicar las normas correspondientes.

[13] Ley Reformatoria al Código Civil, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial 526, de 19 de junio del 2015.

En cuanto a los requisitos de la unión de hecho en la sentencia No. 586-99, dictada por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Ex – Corte Suprema de Justicia del Ecuador, y publicada en el Registro Oficial No. 286 de 28 de noviembre de 1999, estableció que:

> Son elementos o presupuestos esenciales de la unión de hecho: 'a) una unión estable y monogámica, b) que esta unión sea entre hombre y mujer, c) que tenga una duración de más de dos años; d) que tanto el hombre como la mujer sean libres de vínculo matrimonial; e) que esta unión tenga como finalidad vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente; f) que entre hombre y mujer exista publicidad de la unión, es decir, que el trato como marido y mujer sea público y notorio; y, g) que exista vocación de legalidad, esto es, igual capacidad legal para contraer matrimonio, es decir, que no existan impedimentos dirimentes o impedientes, ya que por analogía y disposición legal se asimila a la unión de hecho, el mismo régimen que para el matrimonio (Ex – Corte Suprema de Justicia del Ecuador, 1999).

Resta decir, que antes de la Constitución vigente era un requisito la diferencia de sexos, pero como se acaba de citar anteriormente, el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha hecho modificaciones constitucionales con respecto al sexo de las personas, y tanto en la Carta Magna como en el Código Civil, ya no contemplan como condición que la unión se haga entre "hombre y mujer".

> En cuanto a los elementos constitutivos éstos son: a) El carácter puramente fáctico de la relación: Es decir es una relación de hecho, no institucionalizada como matrimonio. b) Cohabitación, comunidad de vida y lecho: Por tanto, no constituyen concubinato, las uniones sexuales esporádicas o aun habituales, cuando no hay cohabitación. Para la configuración de esta situación, es menester que medie una comunidad de vida de hecho, esto es, que se proyecte, aunque sea fictamente una posesión de estado aparente. Es decir, que frente a terceros se presenten como dos personas de diferente sexo que, no obstante, no estar casadas, pasan por tales. c) Permanencia o una relativa tendencia a la estabilidad: El concubinato lleva implícita la prolongación en el tiempo de esa unión irregular y la posesión de estado aparente que va a generar. d) Publicidad: La unión para ser considerada tal debe exteriorizarse sin ocultamientos. e) Fidelidad: La unión de hecho supone, en tanto y en cuanto aparenta un estado conyugal, un mínimo de fidelidad. No es de extrañar que, en muchos casos, la misma no sea absoluta, pudiendo existir relaciones fugaces con terceros (Perrino, 2012, pág. 254).

A continuación, se analizará las tres últimas Constituciones del Ecuador mediante un cuadro comparativo, el cual contendrá la normativa constitucional con respecto al matrimonio, unión de hecho y familia, por tal motivo, el propósito del mismo será de establecer las variaciones constitucionales de las instituciones ya mencionadas con el paso del tiempo, y cuales han

sido los avances constitucionales del Estado con respecto a los grupos minoritarios "GLBTI".

Tabla No. 1

Análisis de las tres últimas Constituciones con respecto a la Familia, Matrimonio y Unión de Hecho

Constitución de 1978	**Constitución de 1998**	**Constitución Vigente**
SECCION II De la familia Art. 22.- (Matrimonio): El matrimonio se funda en el libre consentimiento de los contrayentes y en el principio de la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de ambos cónyuges (Constitución Política del Ecuador, 1979).	**Sección III. De la familia Artículo 37.- (Matrimonio):** El matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998).	**Art. 67.- (Matrimonio):** 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).
Art. 25.- (Unión de Hecho): 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 señale la ley, da lugar a una sociedad de bienes, que se sujeta a las regulaciones de la	**Artículo 38.- (Unión de Hecho):** 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 señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias	**Art. 68.- (Unión de Hecho):** 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

sociedad conyugal, en cuanto fueren aplicables, salvo que hubieren estipulado otro régimen económico o constituido en beneficio de sus hijos comunes patrimonio familiar (Constitución Política del Ecuador, 1979).	constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998).	matrimonio (Constitución de la República del Ecuador, 2008).
Art. 22.- (Familia): El Estado protege a la familia como célula fundamental de la sociedad. Le asegura condiciones morales, culturales y económicas que favorezcan la consecución de sus fines (Constitución Política del Ecuador, 1979).	**Artículo 37.- (Familia):** El Estado reconocerá y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Esta se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basará en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998).	**Art. 67.- (Familia):** 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 (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Fuente: Elaboración propia a partir de las Constituciones de 1978, 1998 y vigente

El cuadro comparativo tiene como propósito observar cuales han sido los cambios que se han realizado en las últimas Constituciones al respecto de Familia, Unión de Hecho y Matrimonio. Por tal motivo, como se ha podido apreciar los derechos y garantías de los grupos GLBTI han tomado fuerza desde 1998 en donde ya se respetaban sus condiciones de

género, y la Constitución vigente ha incluido esos derechos dentro del ordenamiento jurídico.

a) En cuanto al matrimonio, las Constituciones de 1978 y 1998, no establecen una marcada diferencia con respecto a su contenido. Es más, la estructura gramatical es muy similar entre ambas, empero, en la Constitución vigente nota que el matrimonio es entre "Hombre y Mujer", dejando claro que esta institución corresponde únicamente a parejas de distinto sexo.
b) En cuanto a la unión de hecho, en 1978 todavía no era equiparable al matrimonio en cuanto a los derechos, cuestión, que si lo fue por primera vez en 1998 y en la Constitución vigente que manifiesta que la institución generará los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio; Otro de los aspectos y el más importante del presente análisis es sobre el sexo de las personas, debido a que, antes de la Constitución vigente este derecho solo correspondía a "Hombre y Mujer". Pese a esto, en la Constitución actual hubo un cambio de paradigma permitiendo a todas las parejas incluyendo a las homoparentales poder adquirir este derecho, es más, actualmente según la norma constitucional todas las personas somos iguales, y no hay discriminación para ninguna persona entre los diferentes motivos se encuentra el "sexo" (Constitución de la República del Ecuador, Art. 11 Num. 2). Por lo tanto, la figura jurídica de la unión de hecho es permitida también para parejas del mismo sexo, las cuales deberán cumplir con los requisitos legales que dispone el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

c) Finalmente, en el tema de Familia no hay variaciones radicales con respecto a estas tres Constituciones, a pesar de ello, cabe manifestar que en la Constitución vigente reconoce a la familia en sus diversos tipos, razón por la cual hay interrogantes con respecto al contenido de esta norma, ya que si establece y reconoce la diversidad de familias, se debería incluir a las homoparentales por el hecho de que se establece la diversidad de familias; y esto hace pensar que se encuentran incluidas las del mismo sexo. Sin embargo, estas parejas tienen limitaciones con respecto a los derechos de matrimonio y unión de hecho, instituciones que se abordarán con mayor profundidad en capítulos posteriores.

1.1.3. La familia conformada por personas del mismo sexo o familias homoparentales.

Como se ha señalado, existe en la actualidad varias formas de conformación de familias (Barahona A. , 2015, pág. 72), cada una de las cuales son o van en camino a ser reconocidas en los distintos ordenamientos jurídicos, una de las más controvertidas es la unión entre personas del mismo sexo, ya sea mediante matrimonio o unión de hecho (depende del ordenamiento jurídico de cada Estado). Sin embargo independientemente del Estado lo que debe primar son los principios y derechos fundamentales de las personas, y en este sentido, el principio de igualdad y no discriminación esta sobre cualquier norma jurídica *(La igualdad o no discriminación es una de las normas declaradas con mayor frecuencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos)* (Bayefsky, 1990, pág. 2). En el caso de nuestro país la Constitución señala que no habrá discriminación por orientación sexual, y en base a eso es el análisis de la presente disertación ya que artículos de la misma Carta Magna comprometen las garantías de los derechos a las personas.

Doctrinariamente hay posiciones a favor y en contra sobre este tema, es por ello por lo que dentro del presente subcapítulo se analizará las posiciones desde una posición objetiva.

> La familia no se ve afectada negativamente por la inclusión de personas y parejas homosexuales en el campo de la formalidad jurídica, a pesar de las reservas y preocupaciones que genera la legalización de este tipo de uniones y de las inquietudes que ha despertado en las ciencias sociales. Por el contrario, el reconocimiento de las parejas y familias homoparentales ofrece nuevas posibilidades para pensar la diversidad en la conformación social contemporánea y crear espacios de aprendizaje del respeto y la inclusión (Castelar, 2010, pág. 47).

"*La conceptualización de la homosexualidad está sujeta a múltiples acepciones que complejizan su aproximación semántica*" (Ceballos Fernández, 2014, pág. 644). "*Por un lado, es concretada como una orientación del deseo sexual estable acorde con la salud psicofísica del sujeto a desear afectiva y sexualmente a personas de su mismo sexo"* (López, 2006); y por otro lado la llamada familia homoparental, "*formada por una pareja del mismo sexo, ya sean dos mujeres o dos hombres, reclama cada vez más, su lugar en la sociedad y el espacio para el cumplimiento de sus funciones como familia"* (Fernández Olazábal, 2007, pág. 34),

De acuerdo con Andrea Ángulo, José Granados y M-Mar González:

> Las familias homoparentales son aquellas cuyas figuras parentales están conformadas por personas del mismo sexo. Se refieren a las personas gays y lesbianas que, como pareja, acceden a la maternidad o paternidad, como a las familias constituidas por un pareja gay o lesbiana que educa y vive con los hijos de alguno de sus miembros, producto de una relación heterosexual previa (Ángulo, Granados, y M-Mar, 2014, pág. 212).

Otra de las definiciones que contempla la familia homoparental es:

> La relación estable de hecho o matrimonial entre dos personas del mismo sexo, que tienen hijos por intercambios de uno o ambos miembros de la pareja, por adopción y/o procreación asistida. Reivindica una sexualidad no procreadora entre la pareja. A diferencia de las demás configuraciones familiares, sus relaciones no son de reproducción, pero no excluye su capacidad o disponibilidad para ejercer la parentalidad (Rondón García, 2011, pág. 84).

Cabe indicar que actualmente, con el desarrollo de la institución de familia en el ámbito jurídico: "*las personas de orientación homosexual han pasado de ser discriminadas por leyes que las criminalizaban a convertirse en actores sociales, que reclaman su condición dentro de la sociedad con los mismos derechos y oportunidades*" (Dominguez de la Rosa y Montalbán, 2016, pág. 249). Es así como en nuestro país la discriminación para los grupos GLBTI todavía se encontraba normada en el ordenamiento jurídico, tal es así, que hasta 1997 la homosexualidad en el Ecuador era considerada un delito[14]; posteriormente se declaró la inconstitucionalidad parcial de este artículo del Código Penal[15], razón que en la actualidad no tiene validez alguna, ya que la orientación sexual de una persona no es motivo para discriminación: "*estos cambios legislativos se han logrado, en gran parte, gracias a la reivindicación constante de movimientos sociales LGTB, que han apostado por la defensa de la integración social e igualdad de derechos de los colectivos con diversidad sexual*" (Dominguez de la Rosa y Montalbán, 2016, pág. 249).

Por lo dicho anteriormente, la transformación social y las luchas de los grupos GLBTI han permitido un desarrollo legislativo, la Constitución vigente ampara y reconoce a la

[14] Hasta 1997 el arto 516 inciso primero del Código Penal del Ecuador tipificaba como delito la homosexualidad en los siguientes términos: "En los casos de homosexualismo, que no constituyan violación, los dos correos serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años". http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1609/1/RF-03-AV-Salgado.pdf. Acceso: 25/05/2017.

[15] En noviembre del mismo año el TC resuelve aceptar parcialmente la demanda formulada y declarar la inconstitucionalidad del inciso primero del arto 516 del Código Penal, y suspender totalmente sus efectos. De otra parte, el TC no consideró inconstitucionales a los incisos segundo y tercero de dicha norma. http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1609/1/RF-03-AV-Salgado.pdf. Fecha de Acceso: 25/05/2017.

diversidad de familias, incluyendo y permitiendo a las parejas del mismo sexo ser reconocidas con igualdad de derechos, por tal motivo, "*gran parte de las personas LGBTQ necesitan que el derecho reconozca y proteja sus arreglos familiares en pie de igualdad con las uniones heterosexuales*" (Vaggione J. , 2008, pág. 21). La norma constitucional que legítima a parejas homoparentales poder establecerse mediante unión de hecho es el artículo 68 de la Constitución y aunque, no exprese textualmente el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, se entiende que al introducir la palabra "entre dos personas", está incluyendo también a este grupo minoritario:

> 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 (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

De igual manera, se reformó el artículo 222 del Código Civil; por ende, actualmente este artículo se encuentra en armonía con la Constitución, ya que establece que: para que se configure la unión de hecho debe ser entre "dos personas", eliminando la palabra "hombre y mujer":

> Art. 222.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, que formen un hogar de hecho, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio y da origen a una sociedad de bienes. La unión de hecho podrá formalizarse ante la autoridad competente en cualquier tiempo (Código Civil, 2005).

"*La familia muestra ser un entorno dinámico y cambiante*" (Rodríguez Pascual y Menéndez Álvarez, 2003, pág. 22). "*El paso de un modelo único de vida en familia al pluralismo familiar se produce progresivamente a medida que aumenta la presencia social de modelos familiares cada vez más distantes del concepto de familia tradicional nuclear*" (Dominguez de la Rosa y Montalbán, 2016, pág. 250).

> Este pluralismo se refleja en una notable diversificación de formas de convivencia, con una alteración importante de los tiempos vitales de desarrollo familiar, y una democratización creciente de las actitudes sociales hacia la institución familiar y el tipo de relaciones que en ella se dan cita (Rodríguez Pascual y Menéndez Álvarez, 2003, pág. 22).

En definitiva, los grupos GLBTI gracias a las reivindicaciones sociales, han adquirido mayores derechos con respecto a la Constitución anterior, cabe recordar que hasta 1997 el homosexualismo era considerado un delito (Salgado, 2004, pág. 1).

> La situación de la familia de hoy no es una crisis aguda sino un proceso de cambio, pues más que ser un espacio de socialización, goza de un aval jurídico que poco a poco cambia de forma sin que las personas del común noten las implicaciones de la misma" (Castelar, 2010, pág. 67).

También es importante dentro de la presente disertación incluir los argumentos críticos sobre este tema, ya que de la misma manera hay personas quienes no comparten la idea de que los homosexuales puedan unirse y peor aún adoptar a un menor. "*Es por ello, que los argumentos centrales son: el matrimonio es sagrado, basado en la procreación, y la homosexualidad es un pecado o enfermedad que perjudica a la sociedad"* (Gonzalez, 2009, pág. 14). Sin embargo, y a pesar de que todas las posiciones son respetables, el argumento de más peso es el de la religión, que sostiene que el matrimonio debe ser entre "hombre y mujer", aunque las nuevas tendencias sociales hacen que tanto parejas heterosexuales y homosexuales coexistan sin miramientos discriminatorios.

Uno de los argumentos más sólidos de quienes están en contra de estas uniones, se basa en que los homosexuales no pueden procrear, el cuál es un atributo único y propio de la naturaleza heterosexual, y en base a esto, las personas del mismo sexo no pueden conformar una familia.

> La imposibilidad de generar hijos impediría que las uniones homosexuales tuvieran el mismo estatus de las relaciones heterosexuales. Se sugiere que ellas no tienen la capacidad de formar núcleos morales en los que los miembros de una familia pueden formarse y desarrollarse (Cardoso, 2013, pág. 217).

Sin embargo, si bien es cierto que las leyes del Ecuador mantienen la postura de la procreación, analizando los hechos hay casos en que parejas por distintas circunstancias no pueden tener hijos, y, por lo tanto, la solución es la adopción o a su vez las técnicas de reproducción asistida. Así que la procreación no debería ser un requisito esencial para formar una familia, cuando se sabe que hay parejas que no pueden tener hijos, y sin embargo se unen con el fin de unir lazos afectivos. En otras palabras, este caso sería invalidado con la pregunta ¿Si una pareja heterosexual es estéril también se le debería limitar este derecho?

Otro de los argumentos críticos sobre estas uniones, tiene que ver con los niños y su bienestar, si bien es de fundamental importancia para el Estado la protección de los menores, el principio de interés superior del niño debería ser visto en la manera de darle una familia a un niño y no de forma contraria.

> El derecho reclamado por los homosexuales a adoptar niños responde al deseo de ser padres y no a las necesidades de los menores de tener las figuras de padre y madre que ayuden en su desarrollo psicosexual. El niño que es adoptado ya viene con problemas. Si lo damos en adopción a un papá y un papá, no le doy derecho a una mamá. La ley protege al matrimonio entre un hombre y una mujer, lo resguarda por su fin social de procreación. Defender al matrimonio y mantenerlo como institución no quiere decir que se esté discriminando (Hotton, 2010).

Como se verá más adelante según estudios científicos comprobados, han determinado que los niños crecen de la misma manera como si estuvieran con una familia heterosexual (Bull y García, Año 2004., pág. 89), y en cuanto a la discriminación que estos puedan sufrir por su tipo de familia, es la misma discriminación que sufren los niños de padres de color, niños refugiados, etc. No podemos dar un tratamiento diferente a cuestiones que en su integralidad pertenecen a la misma problemática social.

Por último, los argumentos de mayor peso son los relacionados con la Religión y la Moral.

> La noción de matrimonio como exclusivamente heterosexual, defendida a partir de argumentos religiosos y jurídicos, se inscribe como parte nodal de un orden social a preservar del paso del tiempo y de las acciones legislativas. Este orden resulta dador de sentido de la jerarquización de las relaciones sociales (en este caso, dejando en un lugar subalterno a las personas homosexuales) y de la esencialización de roles familiares, así como de la asignación o denegación de derechos (Carbonell y Jones, 2012, pág. 228).

Como se citó, los fundamentos de más peso se encuentran en la iglesia católica y en los legisladores quienes no aceptan todavía la inclusión de este grupo minoritario en la Constitución, no obstante, cabe recordar que en los inicios de la República era impensado que las mujeres puedan votar, mucho menos que puedan tener oportunidades laborales, incluso yéndose al pasado era impensado que la esclavitud se acabara y mediante reivindicaciones sociales se lo pudo conseguir, cada caso es distinto, sin embargo, de a poco se está dando una inserción de estas personas dentro de la sociedad, independientemente de

argumentos a favor y en contra lo que debe primar es la dignidad de las personas y la garantía de sus derechos.

1.1.4. Principio de igualdad y no discriminación.

El presente subcapítulo, tiene como propósito realizar un análisis del principio de igualdad y no discriminación, por orientación sexual en nuestro país, amparándonos en la legislación nacional que protege este principio. A continuación, se propondrá la normativa aplicable al caso presentado:

> Son <<derechos fundamentales>> todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <<todos>> los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por <<derecho subjetivo>> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por <<status>> la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o actos que son ejercicios de éstas" (Ferrajoli L. , 2010, pág. 37).

El principio de igualdad y no discriminación será de fundamental importancia en la aplicación del presente análisis, la doctrina señala que *"los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes"* (Alexy, 2014, pág. 67). Por consiguiente, dentro de nuestro ordenamiento jurídico los principios se encuentran previstos en el artículo 11 el cuál manifiesta lo siguiente:

> Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.
>
> 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, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En cuanto al artículo 66, el principio de igualdad, en la Constitución del 2008, tiene algunas interesantes variaciones. "*Se reconoce (1) la igualdad formal, (2) la igualdad material y (3) la prohibición de discriminación*" (Ávila Santamaría R. , 2008). Art. 66.- *"Se reconoce y garantizará a las personas: 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación"* (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

a) La igualdad formal significa que, ante el sistema jurídico y no exclusivamente ante la ley, todas las personas deben ser tratadas de igual manera. En la versión clásica, que se sintetiza en la doctrina *equal but separate*, hay que tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes, esto significaba que cabía trato diferenciado si es que la ley lo establecía (Ávila Santamaría R. , 2008, pág. 49).
b) La igualdad material, en cambio, se introduce un análisis sustancial que pasa del sistema jurídico a la realidad de la persona; en este sentido, la fórmula de Santos contribuye a aclarar las consecuencias del trato igualitario con relación a la constatación de la diferencia: todos tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia oprime, y derecho a ser diferentes cuando la igualdad descaracteriza[16]. La igualdad jurídica implica que hay que proteger las diferencias personales y excluir las diferencias sociales. Cada persona es, al mismo tiempo, diferente a los demás, en cuanto a su identidad, y es una persona como todas las demás, en cuanto a la igualdad social. Se tutelan las diferencias, en el primer caso, y se combaten las desigualdades, en el segundo[17] (Ávila Santamaría R. , 2008, pág. 49).
c) En cuanto a la discriminación la Constitución recoge todos los elementos reconocidos a nivel internacional para distinguir el trato igualitario del discriminatorio: enumera los criterios por los que se pueden discriminar y los prohíbe expresamente, en tanto la finalidad o consecuencia del trato distinto, menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos (Ávila Santamaría R. , 2008, pág. 50).

Del mismo modo que el autor citado anteriormente, Roberto Saba coincide en que *"es posible tratar de modo diferente a las personas siempre y cuando se lo haga en forma homogénea, uniforme y no arbitraria"* (Saba, 2012, pág. 62). Sin embargo, al vulnerar los derechos de cierto grupo de personas, ya no es un trato diferenciado sino trato discriminatorio. Como se mencionó, el cambio de modelo de Estado de Derecho a un Estado Constitucional de derechos y justicia, tal cual lo establece la Constitución de la República

[16] Santos Boaventura de Sousa, La caída del angelus novus: ensayos para una nueva teoría social, Bogotá, ILSA, 2003, p. 164.
[17] Luigi Ferrajoli, Derecho y razón, teoría del garantismo penal, Séptima edición, Madrid, Trotta, 2005, p 907.

(Constitución de la República del Ecuador, Art. 1) tiene como consecuencia establecer "*que los derechos de las personas aparecen como límites impuestos al accionar de la autoridad y se convierten en el objeto de protección primordial del conjunto de instituciones estatales"* (Benavides, 2012, pág. 201). En este sentido, Ávila Santamaría define a este modelo de la siguiente manera:

> Los derechos, que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al Estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente; en este último caso, diríamos que la parte dogmática tiene una relación de importancia superior a la orgánica, y que incluso prima en importancia en el texto jurídico al establecer el fin y al instrumentalizar para su efectivo cumplimiento a los órganos estatales" (Ávila Santamaría R. , 2008, pág. 29).

Al respecto la Corte Constitucional, para el período de transición, en sentencia N." 001-10-PJO-CC señala lo siguiente:

> Tres son los efectos esenciales que trae consigo el Estado Constitucional: a) El reconocimiento de la Constitución como norma vinculante; b) El tránsito de un juez mecánico aplicador de reglas a un juez garante de la democracia y de los contenidos axiológicos de la Constitución; y, c) la existencia de garantías jurisdiccionales vinculantes, adecuadas y eficaces para la protección de todos los derechos constitucionales (Corte Constitucional del Ecuador: Precedente Jurisprudencial Obligatorio, 2010).
>
> Los avances más notables e importante que refleja la Constitución de 2008 con la de 1998 es el tránsito de garantías constitucionales formales a garantías jurisdiccionales de conocimiento libres de formalidades, protectoras y reparadoras de los derechos constitucionales (Corte Constitucional del Ecuador: Precedente Jurisprudencial Obligatorio, 2010).

Como lo establece la Corte Constitucional en el precedente jurisprudencial, los jueces mediante una interpretación correcta de la Constitución deben garantizar a los ciudadanos una protección integral de sus derechos, permitiéndoles tener igualdad jurídica, sin menoscabar su dignidad. Con lo cual, se puede colegir que hay una norma que restringe a parejas homosexuales poder establecer una familia, cuando en la misma Carta Magna establece que no habrá discriminación por orientación sexual, aquella norma deberá ser puesta en análisis por la Corte constitucional encargada de la aplicación e interpretación de la Constitución.

Al respecto de la igualdad jurídica doctrinariamente se la define, como: "*la relación que unifica a una clase de sujetos en la titularidad de aquellos derechos que- en cuanto*

reconocidos y garantizados a todos y en igual medida- son llamados universales" (Ferrajoli L. , 2010, págs. 80-81) .

> La "igualdad jurídica" es, entonces, un principio normativo sobre la forma universal de los derechos que se ha convertido sean fundamentales: del derecho a la vida, a los derechos de libertad, de los derechos políticos a los sociales, hasta ese metaderecho que es el derecho a la igualdad, es decir, al tratamiento igual ante la ley. Decir que un derecho es fundamental quiere decir que "todos" son igualmente titulares del mismo. De donde se derivan dos consecuencias: una relativa a las dimensiones de la igualdad jurídica, la otra a la distinción entre diferencias, desigualdades y discriminaciones (Ferrajoli L. , 2010, pág. 81).

El autor citado anteriormente plantea cuatro modelos de configuración jurídica de las diferencias y, a partir de ellos de la igualdad y de la diferencia.

"*El primer modelo "indiferencia jurídica de las diferencias" Según él, las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Simplemente, se las ignora*" (Ferrajoli L. , 2010, pág. 157), este modelo se basa en que las diferencias se solventan con la fuerza; es decir, no habría un ente público, capaz de regular de manera efectiva las desigualdades de ciertos grupos minoritarios que existen dentro de la sociedad. Poniendo un ejemplo correspondiente al análisis, este modelo solo reconocería el matrimonio y unión de hecho únicamente para las parejas heterosexuales, quedando sin reconocimiento alguno los derechos de parejas del mismo sexo. Esta conclusión se basa en que en este modelo priman quienes tienen mayor fuerza y poder; y como el Estado tiene una intervención casi nula las situaciones solo van a favorecer a un grupo en específico, lógicamente en la actualidad este modelo no tendría cabida en nuestro país ya que los derechos fundamentales están sobre cualquier norma jurídica que vaya en contra de la igualdad entre las personas.

"El segundo modelo "diferenciación jurídica de las diferencias" que se expresa en la valoración de algunas identidades y en la desvalorización de otras, y, por tanto, en la jerarquización de las diferentes identidades" (Ferrajoli L. , 2010, pág. 157), dentro de este modelo se presume otorgarle a las personas ciertos derechos, pese a esto, al contrario del primer modelo, aquí si se realiza diferencias pensadas y sancionadas como desigualdades. Un claro ejemplo, que sitúa el autor fue la discriminación de derechos políticos y civiles que limitaban a las mujeres a tener participación dentro de las esferas estatales, es decir, si bien

se les otorgaba derechos por ejemplo el de ciudadanía, habían otros que solo eran exclusivos para los hombres.

En la actualidad, un ejemplo correspondiente a la presente disertación es sobre las parejas homosexuales que han luchado para que sus derechos sean reconocidos, lo cual ciertamente se ha logrado de manera parcial. Debido a que, si bien se les reconoce una parte, hay limitaciones con respecto a su orientación sexual que les impide la posibilidad de conformar una familia; "*Es claro que las diferencias —a comenzar por la sexual— se encuentran en este modelo pensadas y sancionadas como desigualdades, es decir, como privilegios y discriminaciones, poco importa si cubiertas con el manto de un falso universalismo"* (Ferrajoli L. , 2010, pág. 158).

El tercer modelo:

> (…) "homologación jurídica de las diferencias" las diferencias, empezando por la de sexo, son también en este caso valorizadas y negadas; pero no porque algunas sean concebidas como valores y las otras como desvalores, sino porque todas resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad (Ferrajoli L. , 2010, pág. 158).

Las mujeres tienen los mismos derechos que los varones, en cuanto son consideradas (o se finge que son) como los del varón y se asimilan a ellos, en los estilos de vida y en los modelos de comportamiento. Pero, precisamente porque desconocida de derecho, aquélla resulta penalizada de hecho —lo mismo para las mujeres que se asimilan que para las que no se asimilan— por los amplios márgenes de inefectividad de la proclamada igualdad. Pero existe también un cuarto modelo.

El cuarto y último modelo: "*igual valoración jurídica de las diferencias" basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales —políticos, civiles, de libertad y sociales— y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad*" (Ferrajoli L. , 2010, pág. 159).

En el caso ecuatoriano este último modelo sería el de aplicabilidad normativa en la actualidad. Como lo establece la doctrina: *"garantiza a todos su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales"* (Ferrajoli L. , 2010, pág. 159). En este sentido, independientemente de la condición de las personas, este modelo se ajusta en la estructura de nuestro Estado, al ser verdadero garante de los derechos de los ciudadanos, Así mismo, jurisprudencialmente la Corte Constitucional del Ecuador ha

establecido garantías jurisdiccionales con el único objetivo de proteger los derechos establecidos en la Constitución, lo cual quiere decir que el juez pasó a ser un simple aplicador de normas a un verdadero interpretador de la Carta Magna (Corte Constitucional del Ecuador: Precedente Jurisprudencial Obligatorio, 2010).

Por consiguiente, en nuestro país no cave ningún tipo de diferenciación en cuanto a los derechos fundamentales de las personas, específicamente en el tema de los grupos GLBTI, tienen igual reconocimiento constitucional como cualquier persona, sin embargo, sus derechos familiares quedan limitados al no tener la posibilidad de poder establecerse mediante matrimonio, ni mucho menos poder adoptar, por lo que el autor hace la reflexión en cuanto a lo dicho anteriormente y manifiesta que este modelo:

> (…) es una norma, destinada como todas las normas a ser violada en algún grado y medida. De ello se sigue que las diferentes identidades pueden ser reconocidas y valorizadas en la misma medida en que, partiendo no de la proclamación de su abstracta igualdad, sino del hecho de que pesan en las relaciones sociales como factores de desigualdad en violación de la norma sobre la igualdad, se piensen y elaboren no sólo las formulaciones normativas de los derechos sino también sus garantías de efectividad (Ferrajoli L. , 2010, pág. 160).

Según Luis Prieto Sanchís:

> (…) la igualdad presenta una doble faceta (tratar igual lo que es igual y desigual lo que es desigual), por lo que en buena lógica parece que necesitarían el mismo grado de justificación tanto las normas que establecen diferenciaciones como las regulaciones uniformes u homogeneizadoras (Prieto Sanchís, 2001).

Robert Alexy concreta esa asimetría en las dos reglas siguientes: "*si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual*" (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 2001, pág. 395). Esta regla o asimetría que se explica es de importancia en la presente disertación, debido a que se está analizando la diversidad de familias en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en la cual a las parejas del mismo sexo se les ha permitido establecerse mediante unión de hecho. No obstante, la Constitución restringe el matrimonio y la adopción, por lo que cabe precisar si hay razones motivadas para limitar a estas personas acceder a las instituciones ya mencionadas. La otra asimetría señala que: "*si no hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento igual, entonces está ordenado un tratamiento desigual*" (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 2001, pág. 395).

> Al restringir a las personas el goce y acceso a instituciones jurídicas basados en su orientación sexual e identidad de género, estamos frente a una discriminación de jure de forma directa, de allí se colige que cuando no se permite el acceso al contrato matrimonial a personas homosexuales o a la constitución de una familia estamos frente a una discriminación (Barahona A. , 2015, pág. 79).

Lo dicho anteriormente, va a permitir analizar situaciones que no quedan del todo claras con respecto a la igualdad y no discriminación, y verificar si el tratamiento es similar para todos, además, de moldear una idea razonable la cual consienta valorar normativamente, si en la Constitución existe o no, contradicciones con respecto a este tema.

En cuanto a tratados internacionales, la CIDH mediante opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, decidió de manera unánime que los Estados sean parte o no tienen el deber y la obligación de garantizar los derechos fundamentales de sus ciudadanos, entre otros puntos importantes a continuación descritos.

> 1. Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.
>
> 2. Que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.
>
> 3. Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.
>
> 4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del ius cogens.
>
> 5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares (Corte Interamericana de Derechos Humanos: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. , 2003).

Estas normas del Derecho Internacional se aplicarán de manera directa en nuestro país, de acuerdo al artículo 424 de la Constitución que manifiesta lo siguiente: "*Art. 424.- La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público"* (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Para finalizar el tema, queda decir que este principio es de imperativo cumplimiento para los Estados, es por ello, que se debe cerciorar que ninguna norma atente contra la sexualidad de las personas directa o indirectamente, ya que si alguna ley transgrede la dignidad de las personas el Estado está en el deber de eliminar una norma que implique la prohibición de acceder de manera igualitaria a los derechos.

1.1.5. Derecho comparado referente a las Uniones Homoafectivas y Adopción.

A continuación, se establecerá algunos de los países que han reconocido las uniones entre parejas del mismo sexo, ya sea mediante matrimonio o unión de hecho, cabe destacar que los pioneros en esta clase de desarrollo normativo fueron los países Europeos, los cuales mantienen una tendencia de este tipo de casos, en el caso de América también ya hay países como el caso de Argentina y Colombia, así como también Ecuador que desde el año 2008 permite la unión de hecho para todas aquellas personas quienes cumplan con los requisitos dispuestos por la Constitución y normas secundarias.

Con respecto a estos grupos minoritarios, la siguiente cita indica que a pesar de que habla concretamente de mujeres, es perfectamente aplicable y criticable desde la postura GLBTT, ya que al igual que las mujeres fueron discriminadas en épocas pasadas, esta situación se vuelve a repetir con los grupos GLBTI en los actuales momentos; "*Basta con cambiar la palabra mujer por la abreviatura GLBTT para que se vuelva totalmente aplicable a este caso en particular"* (Centeno Rodríguez, 2009, pág. 40).

> Los problemas legales que tenemos las mujeres no se deben solamente a que los y las funcionarias judiciales y políticas nos discriminan a la hora de aplicar las leyes genéricas; se debe también a las leyes que no existen, a todas las instituciones que no se han creado y a la falta de una doctrina jurídica desde la perspectiva de la mujer como género subordinado.

> Pero sobre todo, se debe a que esas leyes genéricas, en su realidad si tienen género y ese género es el masculino (Facio, 1999, pág. 108).
>
> El país pionero en legalizar este tipo de uniones fue Holanda. La Ley de apertura del Matrimonio entró en vigor el 1 de abril de 2001, al igual que la ley de adopción por personas del mismo sexo. Desde entonces, varios países han seguido sus pasos al permitir las uniones entre personas del mismo sexo y, aún más, han abierto la posibilidad de adopción por parte de personas homosexuales (Torres, 2014, pág. 77).
>
> La primera ley de uniones civiles homosexuales que se aprobó en el mundo fue la Ley danesa de Parejas registradas de 1989. La unión civil homosexual, aunque se trata de una figura cercana al matrimonio civil, no es totalmente equiparable al mismo en cuanto a efectos, derechos y obligaciones. Tal y como ha sido regulada en Dinamarca y posteriormente en otros países, se trata de una figura diseñada exclusivamente para la regulación de las parejas afectivas de personas del mismo sexo. A diferencia de las leyes de pareja de hecho, estas uniones civiles no son de ámbito universal, pudiendo acceder a ellas exclusivamente las parejas homosexuales. Algunos países que en la actualidad cuentan con este tipo de figura legal con diverso grado de reconocimiento de derechos y obligaciones entre los contrayentes son: Alemania, Andorra, Austria, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Francia, Hungría, Israel, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Reino Unido, República Checa y Suiza (Soriano, 2011, pág. 207).

A continuación, se presenta algunos países, los cuales han permitido dentro de su normativa el acceso a parejas del mismo sexo constituirse mediante Matrimonio o Unión de Hecho

1.1.5.1. Holanda

Holanda fue el primer país en permitir el matrimonio y conjuntamente la adopción de niños, con la característica de que estos se encuentren en territorio holandés. *"En diciembre de 2002, el Senado aprobó una ley autorizando el matrimonio civil homosexual y el derecho de las parejas del mismo sexo a adoptar niños, a condición de que sean de nacionalidad holandesa"* (Centeno Rodríguez, 2009, pág. 41)

> La normativa prevé que las parejas del mismo sexo que hayan cohabitado por más de tres años podrán adoptar bajos las mismas condiciones que las parejas heterosexuales. Para hacerlo no es necesario que la pareja se encuentre casada o registrada. La premisa que guio a este precepto reza que un menor no puede tener más de dos padres oficiales, por esto, si un niño es adoptado por la pareja mujer de su madre, el menor ya no podría ser reconocido por

> su padre natural. Asimismo, la paternidad ya no puede determinarse judicialmente. (Medina, 2001, págs. 278-279).

Por consiguiente, a pesar que es una norma progresista en cuanto a la protección de derechos de los niños, se sigue generando problemas e inquietudes, ya que independientemente de la nacionalidad, los niños necesitan de una familia, lo cual, el Estado holandés es muy tajante limitando estos derechos a menores quienes no pertenecen a este país. Por lo tanto, incurriría en una discriminación, en el sentido de que no hay el mismo tratamiento para todos.

1.1.5.2. España

Las cortes españolas mediante la ley 13/2005 aprobaron la unión de personas del mismo sexo, y en este sentido, decidieron eliminar el matrimonio únicamente para parejas heterosexuales. La motivación, surgió en consecuencia de que todas las personas tenemos el derecho del libre desarrollo de la personalidad; y en base a esto, la elección sexual es intrínseca en el ser humano, por lo que no se ´puede obligar a una persona a elegir su orientación sexual. Es así, que en las disposiciones de la ley expresaron lo siguiente:

> La Historia evidencia una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que el legislador ha decidido remover. El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta[18].

La ley en mención fue vetada en primera instancia por el congreso español, sin embargo, el veto fue levantado y la ley se aprobó por mayoría de los senadores en el año del 2005.

> (…) reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio entró en vigor el 3 de julio de 2005. El Congreso de los Diputados aprobó la ley en una primera votación por 183 votos a favor contra 136. A su paso por el Senado la ley fue vetada por 131 votos contra 119. De vuelta al Congreso el veto fue levantado y la ley finalmente aprobada por 187 votos a 147 (Soriano, 2011, pág. 209).

[18] Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Disposiciones Generales https://www.boe.es/boe/dias/2005/07/02/pdfs/A23632-23634.pdf. Fecha de Acceso: 18/06/2017.

La redacción normativa de esta ley hace notar que los legisladores han eliminado los estereotipos de discriminación basados en orientación sexual, permitiendo desde la entrada en vigor de esta norma, la igualdad de derechos de todas las personas sin miramientos en la sexualidad de aquellas personas, permitiendo así, el libre desarrollo de la personalidad (Barahona A. , 2015, pág. 77), y así, elegir de manera voluntaria la opción sexual que se sientan identificados. Este texto permite ver el desarrollo normativo en cuanto a la institución de familia, haciendo notar que en la actualidad los estereotipos heterosexistas no tienen cabida en los nuevos modelos que se basan en el afecto y respeto de los convivientes, sin importar su condición sexual.

Al igual que el matrimonio, la ley 13/2005 permitió la adopción conjunta para parejas del mismo sexo

> La adopción conjunta de menores por parejas homosexuales está permitida hoy en día en el Derecho español en virtud de la reciente aprobación de la Ley 13/2005, del 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo los matrimonios homosexuales, incluyendo, por lo tanto, esta capacidad de adopción conjunta en el sentido del artículo 175.4 de Código Civil español. Habiendo sido modificado en virtud de la ley 13/2005, su actual redacción es la siguiente (Nofal, Adopción homoparental: derechos LGT1 a la Adopción , 2010, pág. 12).
>
> Artículo 175. Núm. 4.- Nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Esta previsión será también de aplicación a las parejas que se constituyan con posterioridad. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, será posible una nueva adopción del adoptado.[19]
>
> La regla general en el Derecho español es la adopción efectuada por una sola persona, regla que aparece en el actual artículo 175.4 del Código Civil y que ya aparecía en la redacción anterior a la Ley 13/2005. Asimismo, se indica la posibilidad en el artículo 175.4 de "la adopción individual sucesiva" cuando se produzca la muerte del adoptante o cuando éste sufra la exclusión de sus funciones tuitivas y derechos sobre el adoptado en el sentido del artículo 179 del mismo Código. De esta manera se venía permitiendo la adopción individual sin hacer referencia a la orientación sexual del adoptante. A título individual no existía, y no

[19] Código Civil Español (Ultima modificación 6 de octubre de 2015)

> existe, en España impedimento alguno para que personas homosexuales puedan adoptar (Nofal, 2010, pág. 12).

Por tal motivo, los legisladores de España han tenido argumentaciones motivadas, reconociendo que actualmente ya no se puede valorar solo a una familia como representación de la sociedad, sino que han surgido nuevas formas, que han permitido un cambio en el reconocimiento de derechos de manera igualitaria para cada miembro de la sociedad, sin miramientos en la orientación sexual.

> La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada, dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el Derecho[20].

Es así, que el derecho español se ha convertido en uno de los más desarrollados al momento de reconocer de manera igualitaria los derechos de parejas heterosexuales como homosexuales, llegando incluso a incluir los derechos de adopción conjunta dentro de su ordenamiento jurídico.

1.1.5.3. Argentina

Argentina fue uno de los primeros países en el reconocimiento de la unión de hecho a parejas del mismo sexo. Es así que, *desde mayo de 2003, el gobierno de la ciudad de Buenos Aires, autorizó las uniones civiles de parejas homosexuales* (Rodríguez E. , 2011, pág. 216), *convirtiéndose en la primera ciudad de América Latina que iguala los derechos entre parejas GLBTT y parejas heterosexuales"* (Centeno Rodríguez, 2009, pág. 51), sin embargo, *"el 15 de julio de 2010 el Senado de la Nación de la República Argentina aprobó, por 33 votos a favor y 27 en contra, la ley conocida popularmente como "matrimonio igualitario""* (Biglieri, 2013, pág. 46).

[20] Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Disposiciones Generales https://www.boe.es/boe/dias/2005/07/02/pdfs/A23632-23634.pdf. Fecha de Acceso: 28/06/2017.

> Antes de la ley 26.618 la diversidad de sexo era una condición de existencia del matrimonio y la ausencia de este elemento estructural tornaba a la unión inexistente. Frente a la presencia de vínculos conformados por personas del mismo sexo que reclamaban el mismo trato que el concedido a las uniones de distinto sexo, se pudo avanzar a nivel local en el diseño de leyes que reconocieran limitados efectos a las uniones homosexuales (Krasnow, 2012).

Por tanto, la ley aprobada en Argentina que equipara los derechos de parejas homosexuales fue un precedente para que otras legislaciones de América Latina, debatan sobre los cambios normativos que faculten a estas parejas decidir sobre su sexualidad, permitiendo el libre desarrollo de su personalidad, tal como ya lo han hecho varios países del continente, incluyendo Ecuador.

Luego de aprobada la ley 26.628, la unión heterosexual ya no era requisito para la conformación de parejas. Es por ello por lo que el primer matrimonio entre personas del mismo sexo se dio en el año 2009. *Alex Freyre y José María Di Bello lograron (…) el 13 de noviembre que un tribunal de la Ciudad de Buenos Aires les diera un permiso de contraer matrimonio* (Feldstein de Cárdenas y Scotti, 2011, pág. 70).

> Todas estas modificaciones están encaminadas a adaptar la legislación vigente al reconocimiento del matrimonio entre personas de igual sexo. En este sentido, el artículo 2º es la piedra angular de la reforma, ya que a través del mismo fue sustituido el texto del artículo 172 del Código Civil , que establecía que el matrimonio solo podía celebrarse entre un hombre y una mujer por el siguiente (Feldstein de Cárdenas y Scotti, 2011, pág. 70):

Por tal motivo, la Ley argentina legalizó el matrimonio igualitario entre personas del mismo sexo, realizando en su marco de legalidad las reformas correspondientes al Código Civil, desde su artículo 172 en el cual los requisitos son los mismos para las personas del mismo o de diferente sexo[21].

Es de esta manera, que las reformas incluyen no solo derechos para los contrayentes, sino también derechos a hijos biológicos de personas del mismo sexo que contrajeran matrimonio: el derecho a la adopción, el derecho a un apellido y, en general, a todos los derechos derivados del matrimonio, derechos anteriormente reconocidos solamente para uniones matrimoniales entre hombre y mujer.[22]

[21] Código Civil Art Reformado 172: El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.
[22] Ley 26.618, promulgadas el 21 de Julio de 2010.

1.1.5.4. Uruguay

En cuanto a la República Oriental del Uruguay, esta nación se convirtió en la primera en aprobar la unión de hecho entre personas del mismo sexo en el año 2007. De este modo se establece que la unión será entre dos personas "cualquiera sea su sexo", lo que permite establecer la claridad que los legisladores tuvieron para la adecuación de esta norma conforme a la sociedad moderna.

> Uruguay se constituyó en el primer país en América Latina en aprobar una legislación favorable a la unión entre personas del mismo sexo. En diciembre del año 2007, el Congreso de este país con la sanción del presidente Tabaré Vázquez promulgó la Ley 18.246, la cual autorizaba la unión civil entre personas del mismo sexo. Mediante tal ley se declara un período de cinco años de convivencia de los peticionarios para que se declare su unión concubinaria (Montes, 2010, pág. 179)**.**

En cuanto a la unión concubinaria, la misma se refiere que una pareja de cualquier sexo, identidad u orientación sexual que convive por el plazo de mínimo de cinco años consecutivos genera derechos y obligaciones. Esta ley detalla además que la unión concubinaria, es la situación de hecho que deriva de la vida dos personas, que establecen una relación afectiva, exclusiva, estable y que no están unidas entre sí por el matrimonio, así la ley establece lo siguiente:

> Artículo 2º. (Caracteres).- A los efectos de esta ley se considera unión concubinaria a la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas -cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual- que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí y que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1º, 2º, 4º y 5º del Artículo 91 del Código Civil [23].

La norma citada anteriormente genera igualdad de condiciones para cualquier pareja sin importar su orientación sexual, además de tener derechos similares a parejas que se han constituido mediante matrimonio, es decir pretende equiparar derechos independientemente de la orientación sexual de la persona, evitando cualquier forma de discriminación en cuanto a la sexualidad. Además de proteger a la familia como base fundamental de la sociedad.

[23] Artículo 2o., de la Ley núm. 18.246, Unión Concubinaria

La segunda ley implementada es la N. 18.590, la cual modifica disposiciones relativas en cuanto a la adopción y permite a las personas que se encuentran en concubinato poder adoptar niños, incluyendo también a parejas homoparentales, tal cual, lo establece la ley antes mencionada permitiendo a nivel legal que a estas personas les sean reconocidos sus derechos de poder conformar una familia, y en cuanto a los niños de poder tener un hogar, así Uruguay se convierte en otro país de América en reconocer los derechos a todas las parejas sin importar su orientación sexual.

1.1.5.5. Colombia

El caso colombiano a diferencia de los expuestos anteriormente tuvo una base jurisprudencial, la cual permitió de a poco el acceso pleno de derechos a este grupo minoritario. Mediante análisis jurisprudenciales la Corte Constitucional Colombiana ha permitido a parejas homosexuales acceder a los derechos de Unión de Hecho, Matrimonio y Adopción, dejando abierta la posibilidad de decidir libremente si se quieren casar o únicamente vivir en unión de hecho, lo cual genera seguridad al momento de constituir una familia, respetando el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

> En una decisión histórica para este país y con 6 votos a favor y 2 en contra, la Corte Constitucional aprobó que las parejas del mismo sexo puedan aplicar al proceso de adopción. La Corte Constitucional, ha emitido una serie de sentencias que avivan el precedente jurisprudencial, como una forma de concretar los derechos de los homosexuales en Colombia. Así, se tienen las siguientes sentencias (Urrego Trujillo, 2015, pág. 101).

La siguiente tabla contendrá los precedentes jurisprudenciales sobre las uniones homoafectivas, luego de varios años la Corte Constitucional de aquel país reconoció el matrimonio para estas personas.

Tabla No. 2

Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana en referencia a Parejas del Mismo Sexo

Número de Sentencia	Resumen

Sentencia C-75 de 2007	Se reconoce a las parejas homosexuales los mismos derechos patrimoniales de las uniones heterosexuales.
Sentencia C-283 de 2011	Se declara la exequibilidad de las normas demandas del Código Civil , condicionando la interpretación de las normas demandadas, indicando que estas se ajustan a la Constitución "[…] siempre y cuando se entienda que a la porción conyugal en ellos regulada, también tienen derecho el compañero o compañera permanente y la pareja del mismo sexo" y "[…] exhortar al Congreso para que legisle de manera sistemática y ordenada sobre las materias relacionadas con las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo" (Urrego Trujillo, 2015, pág. 102).
Sentencia C-577 de 2011	Se mantiene la definición de matrimonio vigente desde 1887, pero se reconoce que la unión habida entre personas del mismo sexo como pareja estable, es un modelo de familia y ordena al Congreso legislar antes de julio del 2013 sobre este asunto, a fin de dar garantías a la existencia de la familia homosexual.
Sentencia T-499 de 2003	Sentencia de tutela que les garantizó a las uniones homosexuales el derecho a la visita conyugal.
Sentencia T-717 de 2011	Sentencia de tutela que ratifica otros medios de prueba para demostrar la existencia de la unión marital de hecho, diferentes al acta de conciliación o escritura pública.
Sentencia T-909 de 2011	Sentencia de tutela que permite las expresiones de afecto de las parejas homosexuales en espacios públicos.
Sentencia T-276 de 2012	Sentencia de tutela que permite la adopción individual a personas de condición homosexual (Urrego Trujillo, 2015, pág. 102).

Sentencia C-577/11, del 26 de julio	Histórica decisión de la, la Corte acogió en parte la demanda de declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 113 c.c. colombiano, que define el matrimonio como unión heterosexual. La decisión establece que la categoría de la orientación sexual es un criterio sospechoso de discriminación, que la Constitución protege todo tipo de familia, y que la heterosexualidad (como la consanguinidad) no es un atributo necesario de la institución familiar (De Felice, 2016, pág. 402)

Fuente: Urrego Trujillo 2015, De Felice 2016

La Corte Constitucional Colombiana consideró que la adopción de hijos por parte de parejas del mismo sexo no pone en peligro el interés superior del menor ni compromete su salud física o mental ni su desarrollo armónico integral, como se desprende de la amplia etapa de investigación realizada y del examen efectuado del derecho comparado. La exclusión del universo de adoptantes impuesta a las parejas del mismo sexo genera un déficit de protección de los niños y niñas y adolescentes en estado de abandono, lesionando el interés superior del menor, que tiene valor constitucional, y el derecho a tener una familia, el complejo normativo examinado resultó, según la Corte, violatorio del artículo 44 de la Constitución (De Felice, 2016, págs. 402-403).

1.1.5.6. México

En las reformas presentadas para el Distrito Federal de México se suprimió las limitaciones de género. El texto normativo anterior a la reforma se refería a matrimonio entre "hombre y mujer", lo cual fue sustituido por la palabra "personas", lo cual faculta a que matrimonios entre parejas homoparentales se realice sin ninguna limitación legal.

> El pasado 29 de diciembre de 2009 se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código Civil de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en el que se aprueban la celebración de los matrimonios homosexuales (Rodríguez Martínez, 2010, pág. 943).

La Suprema Corte de Justicia de México, procuró realizar cambios normativos, conforme al desarrollo de la familia en la actualidad, en la cual concluyó que las parejas del mismo sexo tienen iguales derechos que una pareja hetero parental, por tal motivo, sentó una posición de

que: "*la preferencia u orientación sexual de un ser humano no puede ser el elemento utilizado, a priori, para establecer la negativa a la adopción, pues ello, sin duda alguna, se constituiría en una discriminación por orientación sexual"* (Montes, 2010, pág. 181).

A. Matrimonio entre personas del mismo sexo.

Las situaciones de parejas homosexuales en base al artículo 146, son similares a las de cualquier matrimonio conformado por parejas de distinto sexo. Es decir, los derechos y obligaciones son iguales para todos sin miramientos en la orientación sexual.

> Reconocido por el artículo 146 del Código Civil, el matrimonio homosexual goza de todos los derechos y obligaciones que tradicionalmente tenía el matrimonio heterosexual. Al hacer extensiva la regulación del matrimonio "heterosexual" a este tipo de uniones homosexuales, se otorga una protección jurídica completa a los cónyuges homosexuales (Rodríguez Martínez, 2010, pág. 953).

B. El concubinato homosexual

El artículo 391 reformado del Código Civil amplía la figura del concubinato, que al igual que el matrimonio era tradicionalmente entendido como la unión de un hombre con una mujer a las uniones homosexuales*: "Es de sumo sabido que, el concubinato, como unión de hecho, ha sido poco a poco equiparado al matrimonio, unión de derecho por excelencia; sin perjuicio de las limitaciones que la propia ley"* (Rodríguez Martínez, 2010, pág. 954).

> Artículo 391. Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de los cónyuges o concubinos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años cuando menos.

C. La sociedad de convivencia homosexual

Comparando la sociedad de convivencia con el concubinato, encontramos que el concubinato tiene la ventaja comparativa de que brinda mayor protección que la sociedad de convivencia, pero ésta tiene la ventaja comparativa de otorgar mayor certeza jurídica al exigírsele el requisito del registro correspondiente para su celebración (artículo 6o. de la Ley de Sociedad de Convivencia); *"De esta manera, tenemos la figura del matrimonio y de la sociedad de convivencia para las uniones homosexuales registradas (uniones de derecho), y el concubinato para las uniones homosexuales no registradas (uniones de hecho)"* (Rodríguez Martínez, 2010, pág. 955).

El siguiente cuadro comparativo tiene como finalidad, destacar países los cuales han tenido reconocimiento legal entre parejas de distinto sexo, lógicamente no se encuentran todos, sin embargo, están los que se han tomado en cuenta en la presente disertación, incluyendo el caso ecuatoriano. En la mayoría de países han tenido fundamento legislativo, en el caso colombiano ha sido un reconocimiento judicial y en nuestro caso ha surgido la aprobación de la unión de hecho mediante normas constitucionales.

Tabla 3.

Cuadro comparativo con respecto a las instituciones de unión de hecho, matrimonio y Adopción en la legislación internacional y en Ecuador.

PAÍS	RECONOCIMIENTO LEGAL	UNIÓN DE HECHO	MATRIMONIO	ADOPCIÓN
Holanda	1998: Unión de Hecho. 2002: Matrimonio Igualitario y Adopción.	Holanda reconoció las uniones civiles de personas del mismo sexo en 1998, posteriormente se hizo reformas para incluir a estas personas al matrimonio.	El Senado aprobó una ley autorizando el matrimonio civil homosexual en el año 2002.	La ley de "convivencia registrada", a partir de la reforma del 2001, autoriza la adopción sobre los hijos del otro conviviente y la adopción conjunta de la pareja homosexual (Talavera, 2007).
España	2005: Matrimonio Igualitario	Antes del matrimonio igualitario,	Se reconoce el derecho de las parejas del	La adopción conjunta de menores por

		España ya contemplaba la unión de hecho para parejas del mismo sexo.	mismo sexo a contraer matrimonio según la ley 13/2005.	parejas homosexuales está permitida hoy en día en el Derecho español en virtud de la Ley 13/2005.
Argentina	2003: Unión de Hecho. 2010: Matrimonio Igualitario.	Mayo de 2003, el gobierno de la ciudad de Buenos Aires autorizó las uniones civiles de parejas homosexuales.	15 de julio de 2010 el Senado de la Nación de la República Argentina aprobó la ley conocida popularmente como "matrimonio igualitario".	No manifiesta específicamente que los homosexuales puedan adoptar, sin embargo, los requisitos no establecen la orientación sexual por lo que la Ley de Matrimonio Igualitario a nivel nacional, incluye la Herencia y Adopción (Sangalli, 2014, pág. 223).
Uruguay	2007: Unión de Hecho. 2013: Matrimonio Igualitario.	La Ley 18.246, autoriza la unión civil	Uruguay aprobó la ley Nº 19.075, el 3 de mayo del año 2013	La ley n° 18.590, modifica disposiciones

		entre personas del mismo sexo.	llamada de matrimonio igualitario, en la cual se reformaron varios artículos del Código Civil.	relativas a la adopción, y permite a las personas adoptar niños, incluyendo también a parejas homoparentales.
Colombia	2007: Unión de hecho. 2011: Matrimonio Igualitario.	Mediante sentencia C-075/07 la Corte reconoció el derecho a la unión marital de hecho a las parejas homosexuales, así como el efecto civil que produce la misma en relación con la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes (Restrepo,	Desde el 20 de junio de 2013 las parejas del mismo sexo pueden formalizar su vínculo marital ante un notario o juez de la República, según lo decidió la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011 (Páez, 2013, pág. 232).	La sentencia SU – 617 de 2014 permite la adopción del hijo biológico de un compañero o compañera permanente, por parte de su pareja lesbiana o gay, pues la orientación sexual, per se, no es constitutiva de criterio descalificación para postularse como adoptante (Moreno, 2014, pág. 126).

		2008, pág. 426).		
México	2009	El artículo 391 reformado del Código Civil amplía la figura del concubinato, a las uniones homosexuales.	El matrimonio homosexual goza de todos los derechos y obligaciones que tradicionalmente tenía el matrimonio heterosexual.	No manifiesta explícitamente que la adopción corresponde solo a parejas de distinto sexo, por tal motivo se entiende que si se reformó el artículo 146 va ligado también el derecho de adopción contemplado en el artículo 391.
Ecuador	2008	En nuestro país se reconoció por primera vez la unión de hecho para parejas del mismo sexo en la Constitución de la República Vigente.	Ecuador no reconoce el matrimonio para parejas del mismo sexo, ya que el artículo constitucional menciona que el matrimonio corresponderá a personas de distinto sexo.	Al igual que el matrimonio, la Constitución también prohíbe la adopción para parejas homoparentales, limitando su ejercicio.

Fuente: Elaboración propia a partir de Talavera, 2007, Restrepo, 2008, Páez 2013, Moreno 2014, Sangalli 2014

> El ser humano contemporáneo ha perdido su arraigo a las formas tradicionales de relacionarse en sociedad. Las flexibles formas de asociación familiar acordes con su esencia mutable, hacen de las preferencias sexuales, construcciones culturales identitarias, que en lógica de la diversa y la racionalidad merecen respeto legal y deben ser incluidas en el amparo y protección estatal. Negar el derecho al matrimonio o la adopción para las familias LGBTI es resultado de la tradición y la costumbre, mas no dé la razón y mucho menos de pensar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de los derechos fundamentales al amor y a tener una familia que los arrope en el calor fraterno de su seno (Moreno, 2014, pág. 127).

La lucha en cuanto al reconocimiento de derechos de las personas homosexuales ha sido constante, en las esferas legislativas y judiciales los distintos países han permitido la inclusión de parejas del mismo sexo, para que puedan insertarse en la sociedad con derechos que hasta antes de las reformas se hubieran podido considerar utópicos, sin embargo, la evolución familiar, y el cambio de pensamiento de las sociedades y los Estados han permitido crear y adaptar leyes conforme ha evolucionado la estructura familiar, no solo favoreciendo únicamente a un grupo en específico, sino basándose en las necesidades actuales.

La costumbre sigue siendo un elemento característico de nuestra sociedad, que evade las transformaciones que están pasando en la realidad del país. Sin embargo, cabe destacar que todos o la mayoría de países que permiten el matrimonio y adopción, también reconocieron en primera instancia únicamente la unión de hecho, permitiendo con esto la adaptación social de un cambio estructural en las familias modernas.

Igualmente, hay que aclarar que el reconocimiento total no se va a lograr en un instante, sino que es una lucha continua en pro de los derechos de los grupos GLBTI. Lo que va a generar varios debates y opiniones dentro de la sociedad aceptando de a poco la inclusión legal de estas personas en el campo familiar, empero, las discrepancias son de valor fundamental en este tema, ya que si todos estuvieran de acuerdo en una decisión no habría contrapeso para el debate y la crítica, que tanta falta hace en asuntos importantes como el de la presente disertación, por lo que es necesario un cambio pero a su vez respetando procesos legislativos, para que las transformaciones se den paulatinamente, permitiendo a la sociedad acoplarse a una nueva estructura social y familiar.

En conclusión, se puede decir que los países citados anteriormente han tenido un largo proceso para incluir a estas parejas dentro de su marco normativo, ya en los actuales momentos no se puede considerar que se restringa derechos a quienes tienen una orientación diferente, y en base a esto, las decisiones tanto constitucionales, legislativas y judiciales, han tenido una visión proteccionista con respecto a los derechos de las personas.

CAPÍTULO 2. ALCANCES JURÍDICOS EN BASE A LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS A LA DIVERSIDAD DE FAMILIAS.

El presente capítulo abordará temas sobre la actual estructura familiar en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y el reconocimiento que se ha implementado desde la Constitución vigente. Es importante destacar que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos[24], lo cual quiere decir que los poderes están sometidos a los derechos de los ciudadanos (Corte Constitucional del Ecuador: Acción Extraordinaria de Protección, 2009).

Es así como el Dr. Ávila Santamaría, hace una división de la evolución del Estado, en tres modelos:

> El Estado sobre el derecho (Estado absoluto), el Estado de derecho, el Estado de derechos. En el estado absoluto, el derecho está sometido al poder; en el Estado de derecho, el poder está sometido al derecho bajo dos modalidades. En la una, el derecho es en - tendido exclusivamente como la ley; en la otra, el derecho tiene una concepción más amplia y se la podría entender como el sistema jurídico formal o como el sometimiento a la Constitución, que es lo que Luigi Ferrajoli llamaría "estricta legalidad". En el Estado de derechos, finalmente, todo poder, público y privado, está sometido a los derechos (Ávila Santamaría R. , 2011, págs. 121-122).

De tal manera, se puede decir que el Estado Constitucional de derechos es un concepto que ha evolucionado con respecto al Derecho absoluto y al Estado de derecho y lo primordial, es que se da una ponderación de los derechos sobre la ley. *"Indica que el Estado justifica su existencia en razón de la protección, tutela o garantía de los derechos, convertidos en normas jurídicas plenamente eficaces"* (Montaña, 2012, pág. 103); es decir, que los derechos fundamentales de las personas no están supeditados a ninguna norma estatal, al contrario, el Estado por estar sometido a los derechos, los debe garantizar de tal forma que las personas puedan beneficiarse.

> En el Estado de derechos, los derechos, que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al Estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al

[24] Art. 1 CRE

> constituyente; en este último caso, diríamos que la parte dogmática tiene una relación de importancia superior a la orgánica, y que incluso prima en importancia en el texto jurídico al establecer el fin y al instrumentalizar para su efectivo cumplimiento a los órganos estatales (Ávila Santamaría R. , 2011, pág. 122).

En consecuencia, se establece que el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, garantiza el respeto de los derechos de las personas, permitiendo tener en mayor medida conciencia sobre la violación de derechos, y a su vez, impidiendo que ninguna autoridad o poder estatal, puedan violentarlos.

> La Constitución del Ecuador es fuertemente materializada, emana de una Asamblea Constituyente, se reconoce a los derechos como límites y vínculos, y establece una Corte Constitucional que resuelve, en última instancia, los conflictos que se generan por violación de los preceptos constitucionales. En este sentido, la Constitución de Ecuador se enmarca dentro del paradigma actual del derecho constitucional (Ávila Santamaría R. , 2008, pág. 23).

Partiendo de lo anterior, se realizará un análisis acorde al modelo de Estado que presenta la Constitución del Ecuador vigente, ya que por su naturaleza garantista, se debe primar los derechos de las personas, antes que la ley, por lo que desde un inicio el Estado pretende proteger los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y en cuanto a las parejas homoparentales, está demás decir, que sus derechos deben ser reconocidos en igualdad de condiciones, por lo que a continuación se analizará los puntos del capítulo ya mencionado.

2.1. Análisis jurídico de los tipos de familia según los artículos 67 y 68 de la Constitución de la República del Ecuador.

La Constitución en esencia al ser garantista, impediría de manera clara que se limiten y menoscaben derechos de grupos minoritarios, hablando específicamente de los GLBTI, sin embargo, la dinámica de la familia homoparental se ve limitada en cuanto al género de las personas. Los artículos que se analizarán a continuación conforme a los artículos 67 y 68 de la Carta Magna tienen una carga restrictiva con respecto a la orientación sexual de las personas; con respecto a este tema la jurisprudencia internacional ha señalado lo siguiente:

> Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribe la discriminación, en

> general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención (Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, 2012).

En base a lo citado anteriormente se puede colegir que la sexualidad y la orientación sexual de las personas no son de por sí argumentos válidos, para la restricción de derechos; la misma consideración tuvo la Corte Constitucional de Colombia la cual determino que tanto parejas heterosexuales como homosexuales tienen los mismos derechos de formar un proyecto de vida común.

> No existen Razones jurídicamente atendibles para sostener que entre los miembros de la pareja homosexual no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo (Sentencia C-577 de 2011 Matrimonio Igualitario en Colombia, 2011).

Tomando en cuenta lo citado anteriormente, el artículo 427 de la Carta Magna establece que las normas se deben aplicar e interpretar acorde a la integralidad de la Constitución.

> Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En este sentido, los artículos que comprende la Constitución se basan en no discriminación por orientación sexual, es el caso del artículo 11 el cual manifiesta que no habrá discriminación por este motivo, al igual que el 66 numeral 4 el cual nos indica que toda persona tiene derecho a la igualdad formal, material y no discriminación. Por consiguiente, *"la optimización del art. 67 bajo la aplicación de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación permiten identificar que este excluye a las parejas del mismo sexo a ejercer su decisión de unir sus vidas bajo la institución jurídica denominada matrimonio"* (Paula Aguirre, 2014, pág. 75).

En cuanto a la integralidad que se refería el párrafo anterior, la Constitución reconoce a las personas el libre desarrollo de la personalidad (Constitución de la República del Ecuador, Art. 66 Num. 5), es decir, es decisión de cada persona elegir libremente su proyecto de vida.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la libertad de las personas argumentando lo siguiente:

> Entendemos que el proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino. Así lo ha conceptualizado correctamente la Corte en la presente Sentencia[25], al advertir que "difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte" (Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Loayza Tamayo Vs Perú (Reparaciones), 1998)[26].

Por consiguiente, y de acuerdo al artículo 67 de la Constitución de la Republica vigente, se deduce que, al delimitar el matrimonio únicamente para parejas de distinto sexo, el Estado está negando la posibilidad a parejas homosexuales de elegir libre y voluntariamente su proyecto de vida, lo cual estaría yendo en contra del principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual (Constitución de la República del Ecuador, Art. 11 Num. 2), además del libre desarrollo de la personalidad (Constitución de la República del Ecuador, Art. 66 Num. 5).

> (…) consecuencia de esta exclusión se niega el acceso al derecho basado en la orientación sexual, motivo por el cual parejas de gays y lesbianas son excluidos en el goce y ejercicio de un derecho constitucional reconocido a los y las heterosexuales. Con respecto al segundo factor, la acción estatal identificable es el debate y aprobación del art. 67 en el Pleno de la Asamblea Constituyente, bajo una matriz heteronormada que otorga el derecho al matrimonio solo a la parte heterosexual de la población. En este orden de ideas, se puede evidenciar que desde un simple análisis comparativo existe una situación clara de discriminación en perjuicio de las parejas del mismos sexo en el acceso al matrimonio, que surge del propio texto constitucional (Paula Aguirre, 2014, págs. 76-77).

---

[25]. La Corte ha advertido en la presente Sentencia que el daño al proyecto de vida atenta en contra del propio desarrollo personal, por factores ajenos a la persona, y a ella "impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses" (párrafo 149).

[26]. Párrafo 147.

Por lo que, en sentido estricto, la Constitución no establece una razón motivada al hecho que sólo las parejas heterosexuales, puedan acceder a los derechos de matrimonio y adopción, si se especifica claramente, que se dará lugar a la familia diversa.

> Este tratamiento distinto entre iguales resalta a la orientación sexual como el factor determinante para acceder al goce y ejercicio del derecho, entonces, esta medida resulta ser la más gravosa existente para la consecución de la familia diversa porque infringe directamente a la prohibición expresa de no discriminar por orientación sexual contemplada en el art. 11, numeral 2 de la CRE (Paula Aguirre, 2014, pág. 79).

Lo que se deduce del artículo 67 de la Constitución vigente, es que no existe un tratamiento igualitario, con respecto a los derechos de matrimonio y adopción para parejas del mismo sexo, las personas privilegiadas de estos derechos son las heterosexuales a quienes se les permite gozar de estos derechos, mientras que para el otro grupo familiar "homoparentales", estos derechos quedan limitados únicamente a la figura de la unión de hecho, yendo en contra de los principios de igualdad y libre desarrollo de la personalidad.

En cuanto a tratados internacionales, no son numerosos los casos resueltos por la en la Corte Interamericana de Derechos Humanos de acuerdo con el presente tema. Sin embargo, la Convención Americana, señala en su articulado que los Estados parte deben garantizar el libre ejercicio de sus ciudadanos sin discriminación alguna.

> La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma[27].

Así mismo, la Corte ha establecido que ningún Estado puede realizar acciones discriminatorias que atenten contra los grupos de mayor vulnerabilidad, en este caso los grupos GLBTI, los cuales tienen todo el respaldo de acuerdo con los tratados internacionales y normativa nacional vigente.

[27] Cfr. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 53 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 268.

> Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto[28]. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias[29].

Precedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana han resuelto que los grupos GLBTI han sido históricamente discriminados por los Estados (Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012) de acuerdo a los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

> La Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido (Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012).

En este sentido, y de acuerdo con los Tratados Internacionales, se puede concluir que el artículo 67 de la Carta Magna crea una distinción discriminatoria, al establecer que el matrimonio corresponde únicamente a "Hombre y Mujer", cuando la integralidad de la Constitución protege los derechos a este grupo minoritario, esto hace pensar que los estereotipos históricos de género siguen presentes dentro de la sociedad. Lo cual en la cita anterior manifiesta que no es motivo válido para restringir derechos que se les ha sido reconocido por las reivindicaciones y luchas constantes del último tiempo. Por lo tanto, el Estado al irse en contra de estas dos normas internacionales crea una limitación que vulnera los derechos reconocidos como la dignidad, personalidad y no discriminación y por ende estas normas resultarían invalidas frente a los tratados internacionales.

Continuando con el artículo 68, establece y reconoce la unión de hecho para parejas del "mismo sexo", lo cual es un avance significativo dentro del desarrollo familiar ya que está permitiendo la igualdad sin discriminación por orientación sexual tal cual lo establece la

[28] Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, supra nota 85, párr. 103 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, supra nota 83, párr. 271.
[29] Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, supra nota 85, párr. 104; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, supra nota 83, párr. 271, y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 6.

Constitución; Sin embargo, dentro del mismo, en su inciso final manifiesta que la adopción corresponderá únicamente a personas de "distinto sexo". Tratamiento similar, respecto al matrimonio en donde el Estado hace la misma distinción de género.

El Ecuador es el primer país que por rango constitucional ha permitido la unión de hecho entre parejas del mismo sexo (Constitución de la República del Ecuador, 2008), en otros países como Argentina se lo ha hecho mediante el poder legislativo, y en Colombia a su vez mediante sentencias de la Corte Constitucional de aquel país. Por consiguiente, no existe una limitante de parte del Estado ecuatoriano para que las parejas de sexo similar puedan constituir una familia.

En este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador en sentencia N.° 006-14-SIN-CC del 24 de septiembre del 2014, ha establecido el concepto de discriminación, y cuáles son los argumentos para determinar si una situación caería en una desigualdad. Al respecto la Corte señala lo siguiente:

> El trato discriminatorio consiste en colocar a una persona en una situación distinta al resto del conglomerado sin ninguna causa justificable; es decir, comporta que bajo unos mismos supuestos fácticos se restrinjan derechos a las personas por una determinada circunstancia específica (Corte Constitucional del Ecuador: Acción Extraordinaria de Protección, 2014).
>
> La Corte Interamericana de Derechos Humanos así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación al artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ha señalado que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación; que "la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe precisarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida"; es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable. En suma, se produce una discriminación cuando una distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable (Corte Constitucional del Ecuador: Acción Extraordinaria de Protección, 2014).

En cuanto a la Constitución de la República, los principios han establecido que no hay discriminación por orientación sexual, además de la libertad de elegir libremente la sexualidad de las personas. Sin embargo, las normas contempladas en los artículos 67 y 68 hacen una distinción y ponen como requisitos que las parejas sean "Hombre y Mujer", tanto para el matrimonio como para la adopción. Lo cual no es una justificación objetiva y

razonable cuando estas normas van en contra de los principios establecidos en la Constitución y en Tratados Internacionales de Derechos Humanos de tratar a todas las personas en igualdad, sin importar la condición de los mismos.

Así mismo la CIDH en la Opinión Consultiva OC-24/17 DE 24 de noviembre de 2017 ha establecido que:

> 78. la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género (Corte Interamericana de Derechos Humanos: Idetidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo., 2017).

En cuanto a la orientación sexual de las personas, no se han establecido pruebas que las estructuras familiares modernas de padres y/o madres del mismo sexo (Bull y García, Año 2004.), resulten perniciosas o lesivas al menor, mucho menos a la sociedad, ya que medicamente se ha procurado establecer que la homosexualidad no es una enfermedad[30], simplemente es una condición física de la persona, en base a esto, si bien la hegemonía hetero-patriarcal continúa siendo una relación de poder en la sociedad, lentamente se ha ido insertado en nuestra sociedad reformas legales que conciben y aceptan nuevos núcleos familiares destinados a ser protegidos por el Estado mediante normas que permiten la inclusión a grupos minoritarios "GLBTI".

Para concluir el presente subcapítulo, cabe precisar que en ningún momento se intenta incidir a que la Constitución ecuatoriana cambie de paradigma con respecto al matrimonio unión de hecho y adopción, lo único que se pretende es ensalzar que las parejas homoparentales tienen los mismos derechos constitucionales como cualquier persona, tal cual lo dispone la Carta Magna en su artículo 11, es así que si en Ecuador se permite el reconocimiento de las familias diversas, no tendrían que tener limitante alguna las parejas de orientación sexual diferente,

[30]Tanta homosexualidad como heterosexualidad se configuraron como categorías médicas y después como categorías sociales en un período que abarca desde la segunda mitad del siglo XIX hasta finales del XX. En 1970 la APA comienza a desmedicalizar la categoría de 'homosexual' y en 1990 la OMS declara que no es una patología.

ya que el propósito de estas también es poder conformar una familia y tener el reconocimiento en iguales condiciones que se les da a las familias heterosexuales.

2.2. El interés superior del niño como eje fundamental para la Adopción.

El presente subcapítulo, abordará el tema del interés superior del niño por parte de parejas homosexuales. Si bien el ordenamiento jurídico ecuatoriano no permite esta figura legal a parejas del mismo sexo, resulta imperioso rescatar normas internacionales que han incluido dentro de su ordenamiento jurídico la adopción de parejas del mismo sexo, independientemente del género de los padres, lo importante será la protección el normal desarrollo que puedan brindarles tanto el Estado como la Familia.

> La Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el "interés superior del niño" un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona (Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, 2012).

Por consiguiente, no se puede restringir a una pareja poder adoptar por el simple hecho de tener una orientación sexual diferente, ya que como lo ha expresado la CIDH no es una razón válida cuando hablamos de igualdad y no discriminación (Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012). En este sentido, como se señala en la cita siguiente, no se ha demostrado medicamente que haya un deterioro mental en niños que crecen en familias homoparentales, es más, se ha demostrado que su desarrollo es similar a cualquier niño criado por parejas de distinto sexo.

> Un cuerpo creciente de literatura científica demuestra que los niños que crecen con 1 o 2 padres gay y/o lesbianas son iguales en funcionamiento cognitivo, social y sexual que los niños cuyos padres son heterosexuales. El desarrollo óptimo de los niños parece ser influido más por la naturaleza de las relaciones e interacciones dentro de la unidad familiar que por la forma estructural particular que toma (Ellen C. Perrin, 2002).

Centrándose dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, tanto la Constitución como el Código de la Niñez y Adolescencia, hacen alusión al interés superior del niño, y lo importante que es para el Estado la protección de este grupo vulnerable.

Es así como, la legislación ecuatoriana define a este principio como:

> Un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento (Código de la niñez y adolescencia, Art. 11).

Mientras que en la Constitución el artículo 44 manifiesta que:

> El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas (Constitución de la República del Ecuador Art. 44).

Por su parte la Corte Constitucional del Ecuador referente a este tema menciona que:

> El interés superior del niño constituye la obligación, por parte de todas las funciones que conforman el Estado, de adoptar las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole, encaminadas a privilegiar prioritariamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en procura de alcanzar su desarrollo integral y la evolución del libre desarrollo de su personalidad. Así pues, este grupo vulnerable de la sociedad goza de todos los derechos y garantías que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos a su edad, motivo por el que, para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia de este principio, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño proclamó que la "infancia tiene derecho a cuidados especiales", en razón de su evidente estado de debilidad e · experiencia, de acuerdo a las situaciones particulares en las que se encuentre (Corte Constitucional del Ecuador: Acción Extraordinaria de Protección, 2015).

Por lo tanto, el Estado ecuatoriano a través de sus instituciones reguladoras, está en la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias, para que los derechos de los niños, niñas y adolescentes sean garantizados de manera eficaz, permitiendo que gocen de todos los derechos que se les ha sido reconocido. Las decisiones estatales deben ser encaminadas a procurar la libertad en su desarrollo y proyecto de vida, tomando en consideración que cualquier acto intromisivo de parte del Estado genera limitantes a sus derechos y su dignidad humana.

En cuanto a Tratados Internacionales se refiere, el interés superior del niño está consagrado en la declaración los derechos del niño del año 1959.

> Principio 2 El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño (Declaración de los Derechos del Niño, 1959).

Así mismo, este principio se encuentra consagrado en el artículo 3 inciso primero de la Convención sobre los derechos del Niño.

> Artículo 3 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989).

En consideración al presente análisis, de la adopción homoparental y el interés superior del niño, la Corte IDH establece que no se puede considerar un argumento válido la condición y orientación sexual de los padres para determinar el desarrollo del niño, en este sentido establece que:

> Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños (Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012).

De acuerdo a los argumentos presentados por la Corte IDH, cuando del interés superior del niño se trata no hay justificación jurídica, más que la de garantizar y proteger el desarrollo y bienestar de este grupo vulnerable independientemente de la orientación sexual de los padres, en este sentido, a más que se les está privando a cierto grupo de personas poder adoptar (GLBTI), se les está privando a los niños de poder tener una familia, lo cual va en contra de los derechos de *tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual* (Constitución de la República del Ecuador, 2008 Art. 66 Num.9), pero sobre todo va contra el derecho de los niños a tener una familia.

En este sentido, el Estado debe ver a los niños como verdaderos sujetos de derechos, tal cual, lo señala la Corte IDH *"no basta afirmar que el niño es sujeto de derecho, importa que él lo sepa, inclusive para el desarrollo de su responsabilidad"* (Corte Interamericana de Derechos Humanos: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 2002). Lo cuál va a garantizar que el menor tenga un desarrollo adecuado dentro del seno de una familia que lo acoja mediante el procedimiento de adopción, generando así un desarrollo pleno e integral. Al respecto la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-577/2011, con respecto a la adopción y el interés superior del niño, señala lo siguiente:

> La adopción tiene, "una especial relevancia constitucional y legal, pues además de contribuir al desarrollo pleno e integral del menor en el seno de una familia, hace efectivos los principios del interés superior del niño, de protección y prevalencia de sus derechos, tal como lo ordena el artículo 44 del estatuto supremo", en el cual halla fundamento, así como en los artículos 42 y 45 superiores que "establecen la protección especial del niño y los derechos del mismo a tener una familia y a no ser separado de ella, a recibir protección contra toda forma de abandono, violencia física o moral, explotación laboral o económica, maltrato y abuso sexual, a recibir el cuidado y el amor necesarios para lograr un desarrollo armónico y una formación integral" (Corte Constitucional Colombiana, demanda de inconstitucionalidad , 2011).

En cuanto a nuestro país, la obligación del Estado ecuatoriano es insoslayable, en cuanto a la protección de menores se refiere, las decisiones deben ser encaminadas a proteger el interés superior del niño, dejando a un lado estereotipos basados en la orientación sexual de una persona, ya que como bien lo señala la Corte, no son argumentos admisibles. En cuanto a los estudios de la Asociación Americana de Pediatría se relevaron diversas variables: "*observándose de manera sintética las siguientes consideraciones: a) perfiles personales de niños y jóvenes sanos y ajustados; b) capacidades educativas adecuadas; c) dinámica familiar saludable; d) vida cotidiana estable y rica en experiencias, y e) apoyo social suficiente"* (Herrera, 2010, pág. 191).

Como ha demostrado la Corte IDH, no se ha comprobado que la orientación sexual de las personas vaya en contra del interés superior del niño, las decisiones estatales deben promover una normativa moldeable acorde a los tiempos modernos. En el caso ecuatoriano si bien la adopción es prohibida de jure para las parejas del mismo sexo, es conveniente analizar cada caso en particular, ya que jurisprudencia internacional ha determinado que los dictámenes judiciales basados en estereotipos de sexo constituyen una discriminación, lo

cual vulnera tanto los derechos de las parejas como los derechos de los niños quienes como verdaderos sujetos de derechos se les debe reconocer constitucionalmente.

> 146. Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad (…) y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión (…), por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala. Por tanto, la Corte declara que el Estado vulneró el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1. De la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo. (Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012).

Con lo cual, se puede argüir que la condición física de una persona que es homosexual, no está ligado al desarrollo de los niños, ya que se ha establecido mediante pruebas, que su crecimiento es acorde al de cualquier niño que se encuentre bajo la protección de una pareja heterosexual.

> En definitiva, el principio del interés superior del niño o del bienestar del niño o del mejor interés del niño, niña o adolescente es un principio compuesto por múltiples factores que se traducen en criterios relevantes que deben ser necesariamente tomados en cuenta por los obligados por el principio, los padres, la sociedad y el Estado. Los elementos que considera el principio del interés superior del niño son diversos, a saber, la dignidad del ser humano; las características propias de los niños o ponderar las características particulares de la situación en la que se halla el niño; la necesidad de propiciar el desarrollo de los niños, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades; y la consideración de que este principio es la base para la efectiva realización de todos los derechos humanos de los niños (Aguilar Cavallo, 2008, págs. 245-246).

2.3. Matrimonio y Unión de hecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano respecto a las familias homoparentales.

La Constitución de la República vigente ha determinado un cambio con respecto a los sucesos recientes de estructura familiar, "*el matrimonio resulta imprescindible en la lucha*

reivindicatoria de la dignidad, igualdad y no discriminación, con el objetivo de transformar sociedades injustas e inequitativas" (Barahona A. , 2015, pág. 75). Como se verá en capítulos posteriores la restricción del matrimonio y adopción se encuentra intrínsecamente ligado con la vulneración de derechos del libre desarrollo de la personalidad e igualdad y no discriminación, en este sentido, *"excluir a las parejas homosexuales de la posibilidad de contraer matrimonio, se vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como se perpetúa la visión que las relaciones entre personas del mismo sexo son menos dignas de reconocimiento que la relación entre personas de distinto sexo"*. (Barahona A. , 2015, pág. 77). Por consiguiente, si bien no hay equiparación entre el matrimonio y la Unión de hecho para estas personas, si han surgido particularidades como es el caso de la aprobación por rango constitucional de las uniones maritales de hecho, por tal motivo, la Constitución del Ecuador facultó a las parejas de orientación sexual diversa a poder constituirse mediante unión de hecho (Constitución de la República del Ecuador Art. 67), no obstante, de acuerdo con la misma Constitución, se limitó el derecho de estas personas en cuanto al matrimonio y la adopción (Constitución de la República del Ecuador Art. 68), quedando en duda si en realidad los grupos GLBTI, gozan de los principios fundamentales que expresa la Carta Magna, en específico el derecho a la igualdad y no discriminación para personas de orientación sexual diversa.

Si bien el artículo 67 de la Constitución, establece claramente la prohibición de jure. La cual Judith Salgado la define como: *"estamos frente a una discriminación directa cuando las leyes, políticas, prácticas, discriminan de manera explícita a una persona o grupo de personas"* (Salgado, Manual de formación en género y derechos humanos, 2013, pág. 132). En este sentido, lo citado anteriormente implica una vulneración a los derechos de estas personas al no poder tener la libertad sexual que expresa la Constitución en su artículo 66 *"El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual"* (Constitución de la República del Ecuador, 2008). En este sentido, debe haber una motivación de parte del Estado para restringir estos derechos, como lo manifiesta el constitucionalista argentino Roberto Gargarella *"si el Estado insiste en negar determinados derechos a un grupo de la población, necesariamente debe explicitar el porqué de tal negación y dar manifiesta cuenta de sus razones. De lo contrario, la discriminación es puramente arbitraria"* (Fígari, 2010, pág. 21).

En cuanto al matrimonio, la jurisprudencia extranjera ha hecho extensivo las motivaciones por las cuales esta institución debe ser un derecho de todos, en este sentido, el Tribunal español argumenta lo siguiente.

> El reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno. Ello no afecta al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse (Tribunal Constitucional Español "Recurso de inconstitucionalidad 6864-2005"., 2012).

Con lo mencionado anteriormente, se establece que la orientación sexual de las personas no afecta de ninguna manera a la sociedad. Y, por tanto, al excluir a estas personas del derecho al matrimonio, se está permitiendo una inseguridad jurídica, ya que nuestra Constitución al ser garantista se supone que los derechos son el límite del Estado. Sin embargo, las normas resultan ser discriminatorias al ser intromisivas en el proyecto de vida y libertad de cierto grupo.

En estos casos como lo señala la Doctrina, es necesario realizar un Test de proporcionalidad, o también llamado escrutinio estricto con el fin de determinar si hay una discriminación real de parte del Estado, en este sentido se señala que:

> En los casos de escrutinio estricto, para que el trato diferenciado de un destinatario o de un grupo esté justificado, "debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso". Esto quiere decir que el escrutinio estricto también somete la constitucionalidad de las medidas que establecen tratos diferenciados, al cumplimiento de dos exigencias: (1) que la medida persiga, ya no sólo un objetivo no prohibido, sino un objetivo constitucionalmente imperioso o un objetivo imperioso para la sociedad y para el Estado (un compelling interest), y (2) que la medida sea necesaria o indispensable para alcanzarlo. En lo que concierne a esta última exigencia, la medida no debe ser sólo potencialmente adecuada, sino necesaria para alcanzar el fin: la única o la más idónea (Bernal Pulido C. , 2002, pág. 465).

Este Test de proporcionalidad citado anteriormente, se lo realizará en el último capítulo. No obstante, con respecto al matrimonio, no se puede establecer que es un fin legítimo, ya que no está protegiendo a la sociedad, lo que se está haciendo es restringir derechos personales

que no interfieren de ninguna manera con los derechos colectivos, y tampoco se puede considerar una medida necesaria ya que hay otros medios alternativos eficaces que podían proteger a la familia, al contrario sería el método más dañino ya que la limitación constitucional de matrimonio a estas parejas ha ocasionado divergencias de parte de este grupo de personas. En conclusión, el Test de proporcionalidad ha determinado que las decisiones impuestas por el Estado no fueron las más idóneas con respecto a garantizar de manera plena los derechos y dignidad de los grupos GLBTI.

La Corte Constitucional del Ecuador, y los tratados internacionales, han señalado que toda desigualdad no siempre constituye discriminación (Corte Constitucional del Ecuador; Acción extraordinaria de protección., 2013). Sin embargo, como se analizó en el párrafo anterior, no hubo una justificación objetiva y razonable para desproveer de derechos individuales a este grupo minoritario, ya que el medio (limitar derechos) y el fin (proteger a la sociedad) no constituyen en sí una razón suficiente para aquello, es así como la Corte Constitucional del Ecuador manifiesta lo siguiente:

> La Corte Interamericana de Derechos Humanos así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación al artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ha señalado que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación; que "la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe precisarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida"; es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable. En suma, se produce una discriminación cuando una distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable (Corte Constitucional del Ecuador; Acción extraordinaria de protección., 2013).

En consecuencia, limitar el matrimonio de personas del mismo sexo origina una discriminación dentro de un modelo de Estado garantista, ya que está restringiendo a las personas su desarrollo personal y elección libre y voluntaria de su proyecto de vida. En este sentido, si bien la Constitución da un enfoque heteronormativo al matrimonio, en el contexto internacional la igualdad y no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad y la protección de los derechos fundamentales van a prevalecer sobre esta norma que implica un rechazo hacia la orientación sexual de las personas, en este sentido la Constitución establece que:

> Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En conclusión al tema del matrimonio, según la misma Constitución y los Tratados Internacionales, esta norma se constituye como discriminatoria, ya que va en contra de los principios fundamentales, de acuerdo con el artículo 424 de la Constitución vamos a encontrar que el Estado debería reformar esta norma en donde la heterosexualidad es el elemento condicionante.

En cuanto a la Unión de Hecho, el tratamiento normativo es diferente al del matrimonio, particularmente porque al establecer la palabra "personas", se está incluyendo a las parejas homoparentales de acceder a esta institución en condiciones de igualdad ante la ley. Es así, que la Constitución 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"* (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Este artículo al incluir la palabra "personas", deja de lado el enfoque heteronormativo, conforme lo establece el artículo 11 numeral segundo de la Carta Magna. Es decir, está acorde a los preceptos constitucionales y de tratados internacionales en cuanto al respeto de la dignidad y libertad de las personas de elegir libremente su proyecto de vida.

La Unión de Hecho, en nuestra Legislación ya tiene una base de reconocimiento constitucional para parejas del mismo sexo, lo que ha permitido dejar de lado las condiciones jurídicas heterosexuales que se tenían antes del 2008, con esto me refiero a desechar la palabra "Hombre y Mujer". Las condiciones para acceder a esta figura jurídica son óptimas, ya que deja de lado la orientación sexual como elemento determinante, y simplemente se basa en preceptos garantistas de igualdad, tal cual lo señala la Constitución en su artículo 427, el cual manifiesta que la Constitución se interpretará en su integralidad (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En términos de igualdad, la Corte Constitucional del Ecuador se ha referido en los siguientes términos:

> ... la igualdad en su dimensión formal, tradicionalmente denominada "igualdad ante la ley". De acuerdo con este rol de la igualdad, las normas jurídicas deben ser aplicadas a todas las personas, sin distinción de ninguna clase. Así, los privilegios y cargas que otorga el derecho objetivo deben ser universalmente repartidos entre los sujetos de derechos constitucionales o lo que es lo mismo, los sujetos que se hallen en determinada situación jurídicamente relevante deben recibir el mismo tratamiento (Tribunal Constitucional del Ecuador; Acción Extraordinaria de Protección, 2014).

En este sentido, el reconocimiento constitucional de esta institución trajo de cierta manera un menor distanciamiento entre la sociedad en general y los grupos vulnerables en específico. Si bien es cierto surgen incógnitas al no ser normas que reconozcan ampliamente la igualdad y no discriminación, el Estado se ha visto expuesto a generar normativa que eliminen barreras de trato discriminatorio, y dar paso a las garantías constitucionales de sus ciudadanos tal como responde el modelo de Estado actual.

No se genera dudas que "*la Constitución de 2008 es un texto normativo más igualitario que los anteriores, en especial en lo referente al género y visión intercultural, esto lo podemos verificar sobre todo en el catálogo de derechos"* (Caicedo y Porras, 2010, pág. 557). Sin embargo, el lenguaje normativo sigue categorizando a la familia en un eje heterosexual, dejando siempre una posibilidad de reformar dichos artículos. A pesar de ser una Constitución basada en principios y derechos de igualdad, se siguen generando deficiencias y vacíos legales con respecto a las personas de orientación sexual diversa.

En conclusión y en base a lo citado anteriormente, si la homosexualidad no es un delito, ni una enfermedad, ni una anormalidad, ni una afectación contra los derechos de la colectividad en general, no hay motivación justificada de parte del Estado para que, los derechos individuales de este grupo minoritario sean limitados. La Constitución y los tratados internacionales cumplen con una normativa proteccionista de igualdad y no discriminación para ninguna persona.

Respecto a estas dos figuras jurídicas ya mencionadas (Matrimonio y Adopción), compete argüir la premisa de Robert Alexy en base a la igualdad que manifiesta lo siguiente: "*si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual*" (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 2001, pág. 395), en el tema de familia se diría que el Estado reconoce en igualdad de condiciones a todo tipo de familia al manifestar que "*se reconoce a la familia en sus diversos tipos*" (Constitución de la República del Ecuador Art. 67), sin embargo, la legislación ecuatoriana limita el matrimonio unicamente a parejas de distinto sexo, por lo que teórica y

doctrinariamente según Alexy en este punto estaría surgiendo un "tratamiento desigual", debido a que circunscribe quienes pueden tener este derecho y quienes no, por lo que se genera la duda si es que existe una "razón suficiente" para que se suscite este tipo de distinción, o a su vez no hubo razones jurídicamente motivadas al establecer esta norma restrictiva, partiendo de la idea de que la familia se funda en lazos emocionales que unen a las personas; cabe destacar que la igualdad se encuentra vigente en la Constitución en la sección de principios en la cual consta que ninguna persona podrá ser discriminada por su orientación sexual, con lo cual se concluye que teóricamente las disposiciones conctitucionales incluirian de forma favorable a las parejas del mismo sexo.

La otra premisa de Alexy radica en que: "*si no hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento igual, entonces está ordenado un tratamiento desigual*" (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 2001, pág. 395); con lo cual existe la premisa que siempre debe existir una "razón suficiente", la cual tenga cargas argumentativas motivadas, sin embargo, tal como consta en la Constitución de la República vigente el matrimonio corresponde a "hombre y mujer", lo cual hace percatar que hay una restricción normativa frente a un grupo de la sociedad que no se le ha permitido integrar esos derechos y esto pese a que en la Constitución se hable de familias diversas, por lo tanto, es imperativo el cuestionamiento hacia esta norma en el caso del matrimonio, ya que esta sugiere una aplicación heteronormativa, en tanto que restringe a una parte de la sociedad, , y aquí es donde vale hacer la crítica de si hay una "razón suficiente" para ello, o simplemente los prejuicios y las limitaciones siguen surgiendo por el hecho de la orientación sexual de las personas.

CAPÍTULO 3. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL CASO DE UNIONES MONOPARENTALES Y HOMOPARENTALES.

Las nuevas Constituciones tienen como característica fundamental un amplio catálogo de principios destinados a proteger y garantizar los derechos de las personas. En este sentido se dice que *"las Constituciones del neoconstitucionalismo son textos considerablemente más amplios que las que se habían expedido con anterioridad, y además, están plagadas de normas redactadas en formas de principios, lo que significa que tienen un amplio grado de generalidad y vaguedad".* (Pesantez, 2015, pág. 503). Por consiguiente, se establece que los principios *"son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, es decir son mandatos de optimización"* (Alexy, 2007, pág. 68). La diferencia de los principios con las normas es que estas 'ultimas tienen carácter coercitivo, es decir mandan, prohíben o permiten, mientras que los primeros tienen como principal característica la adecuación e interpretación que más favorezca a los derechos de las personas.

Como se establece en la doctrina, *"los principios son el eje para la garantía de los derechos fundamentales"* (Valadés, 2015, pág. 29), el presente capítulo contendrá el análisis de los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en este sentido se dice que *"Los derechos fundamentales no son creación de las constituciones. Los textos constitucionales se limitan a consagrarlos y su no reconocimiento no condiciona la existencia de aquellos ni impide su existencia dentro de un Estado de Derecho"* (Oyarte, Derecho Constitucional ecuatoriano y Comparado, 2014, pág. 677). Es decir, que independientemente si un texto constitucional contenga o no los principios y derechos fundamentales de las personas, estos ya son reconocidos por ser inherentes y anteriores al Estado. Por consiguiente, *"no pueden ser eliminados o privar de su goce a todas o algunas personas o grupos de personas, pues ello iría contra las finalidades del constitucionalismo y afectaría el fin último del Estado que consiste en servir a la persona humana y promover el bien común"* (Oyarte, Derecho Constitucional ecuatoriano y Comparado, 2014, págs. 267-268).

Con respecto a los tratados internacionales, cabe tener en claro que estos tienen fuerza coercitiva, es así que *"los instrumentos internacionales son normas de Derecho positivo y que lo único que ha hecho el constituyente es eliminar la exclusividad del derecho nacional al momento de reconocer los derechos fundamentales"* (Oyarte, 2016, pág. 447). Es decir, las normas de tratados internacionales, tienen carácter obligatorio dentro de los Estados suscritos, en caso de duda se aplicará el artículo 424 de la Carta Magna, el cual establece claramente el tratamiento en el supuesto de que los derechos de las personas esté siendo vulnerado *"La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público"* (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En cuanto a los principios, la Corte Constitucional del Ecuador, ha establecido que se debe garantizar los derechos consagrados en la Constitución sin ningún tipo de discriminación, en este sentido manifiesta que:

> PRIMERO.- La acción extraordinaria de protección en el Ecuador, consagrada en los artículos 94 y 437 de la Constitución, es una garantía constitucional que responde al principio fundamental de la Carta Política aprobada en el 2008, de que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, que tiene como su deber primordial garantizar, sin ningún tipo de discriminación, el goce efectivo de los derechos establecidos en la Constitución y en instrumentos internacionales, por tanto, su más alto deber consiste en respetar y hacer respetar los derechos fundamentales que son de aplicación directa e inmediata, sin que deban exigirse para su ejercicio condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución, o falta de norma para justificar su violación, los cuales además son plenamente justiciables por mandato del artículo 11, numeral 3. Asimismo, cabe precisar que el Estado es responsable de error judicial, violación a la tutela judicial efectiva y violación de los principios y reglas del debido proceso, según el artículo 11,numeral 9, siendo el sistema procesal un medio para la realización de la justicia, que consagra los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y hará efectivas las garantías del debido proceso, sin que se pueda sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades, tal como lo determina el artículo 169 ibidem (CORTE CONSTITUCIONAL para el período de transición, Acción extraordinaria de protección, 2010).

En base a lo citado anteriormente, el nuevo modelo estatal, tiene como principal característica limitar al Estado cuando hay una intromisión a los derechos fundamentales de las personas, en base a esto,

los Titulares son los verdaderos protagonistas de este modelo ya que toda decisión judicial va a tener como base el respeto y protección de los derechos y garantías de los ciudadanos. En cuanto al tema del presente análisis, se ha precisado que la limitación o restricción de derechos por motivos de orientación sexual constituye una discriminación que atenta contra los grupos de mayor vulnerabilidad, el sexo no constituye motivación justificada para impedir el acceso a todos los derechos reconocidos en la Constitución.

> Los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación en razón de su condición de tales. El hecho de que su conducta sexual no sea la misma que adopta la mayoría de la población, no justifica tratamiento desigual. Los homosexuales tienen su interés jurídicamente protegido, siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otras personas ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia. Un trato justo, hacia los homosexuales, tiene que basarse en el respeto, la consideración y la tolerancia, por tratarse de seres humanos titulares de los mismos derechos fundamentales de los demás, en condiciones de plena igualdad, así no sean idénticos en su modo de ser a los demás. Si los homosexuales adoptan una conducta diferente a la de los heterosexuales, no por ello jurídicamente carecen de legitimidad. En aras del principio de igualdad, consagrado en la Carta como derecho constitucional fundamental de toda persona humana, no hay título jurídico que permita discriminar a un homosexual (Corte Constitucional Colombiana: Derechos Fundamentales de los Homosexuales, 1994).

En base a esto, se comenzará el análisis del presente capítulo, dedicado a la adopción en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y la limitación de esta institución frente a parejas del mismo sexo. Por este motivo, el presente y último capítulo de la presente disertación, tratará específicamente de adopción por parejas del mismo sexo, que nace como base fundamental de la protección del interés superior del niño, legitimando los intereses tanto de las familias, como de los niños quienes muchas veces carecen de una protección. La situación normativa actual, con respecto a la adopción es compleja, en el sentido, que no deja claro los criterios por los cuáles se han excluido a parejas del mismo sexo, no obstante, en este capítulo se abordará más detalladamente sobre la adopción en nuestro país.

3.1. Adopción en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Como ya se mencionó en el capítulo anterior, la niñez tiene una relevancia importante dentro de nuestra legislación, así como también, en tratados internacionales ya que contribuye con la realización y el desarrollo pleno de este grupo vulnerable (Constitución de la República del Ecuador Art.35). Por tal motivo, el Estado debe adoptar las medidas idóneas para que sus derechos no sean menoscabados por ninguna persona o autoridad, permitiendo así el pleno ejercicio de sus derechos y respetando el principio del interés superior del niño (Constitución de la República del Ecuador Art. 44). En este sentido, el texto constitucional manifiesta que:

> (…) Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria…" (Constitución de la República del Ecuador Art. 45)

La protección de los derechos de los niños tambien se encuentra materializada en los instrumentos internacionales, y con respecto a la familia, la Corte interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto del 2002 establece lo siguiente:

> El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia (Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño , 2002).

En cuanto al tema de análisis de la presente disertación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, manifiesta que se debe analizar los riesgos reales en cuanto a las conductas de los padres, mas no riesgos basados en estereotipos en base a la orientación sexual (Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012), lo cual no resulta definitivo al momento de dictar una sentencia, es así que la CIDH manifiesta que:

> 109. Igualmente, la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia (Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, 2012).
>
> 111. Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños (Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, 2012).

En este sentido, según la CIDH es discriminatorio concluir que la orientación sexual de los padres causa daño real a un niño, los estereotipos infundados causan una intromisión a los derechos sexuales de cada persona, por lo que se debe tener certeza sobre el riesgo real y evitar tener decisiones que limiten el ejercicio de derechos a este grupo minoritario.

En cuanto a la Corte Constitucional del Ecuador también se ha manifestado con respecto a los derechos de los niños a tener una familia, por consiguiente, ha expresado lo siguiente:

> Se les reconoce el derecho que tienen a tener una familia, mismo que se traduce estar bajo el cuidado prioritariamente del padre y la madre en una convivencia familiar, y el derecho a una vida digna, que les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral. De esta forma, este derecho "incluye prestaciones que aseguren una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente, recreación y juego, acceso a los servicios de salud, a educación de calidad, vestuario adecuado, vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos (Corte Constitucional del Ecuador, Acción Extraordinaria de Protección, 2015).

Ya centrándose en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el Código de la niñez y adolescencia, contempla 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…"* (Código de la niñez y adolescencia Art. 151), cabe

indicar que este concepto trae consigo divergencias en cuanto a la "idoneidad", ya que este requisito también lo puede tener una pareja del mismo sexo, y sin embargo, la aplicación normativa no es la misma, y por tanto, se estaría atentando contra la dignidad de las personas, al establecer normas que incapacitan el libre desarrollo de la personalidad, dando como resultado una discriminación por orientación sexual, lo cual, es inconstitucional. Con lo dicho anteriormente no se está infiriendo en razón personal, simplemente es una conclusión derivada de un resultado fáctico, resaltando que la idoneidad también la poseen parejas homosexuales y sin embargo, el tratamiento normativo no es el mismo.

El Código de la niñez y Adolescencia establece que sólo se permite única y exlusivamente la adopción plena, por lo que el artículo pertinente señala lo siguiente:

> Art. 152.- 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. La adopción extingue el parentesco entre el adoptado y los miembros de su familia de origen. No obstante, quedarán subsistentes los impedimentos matrimoniales que afectaban al adoptado por causa de las relaciones de parentesco extinguidas (Código de la niñez y adolescencia Art. 152).

Así mismo, el Código de la niñez y adolescencia instaura los principios para la adopción y en su articulado señala lo siguiente: *"…Se priorizará la adopción por parte de parejas heterosexuales constituidas legalmente, sobre la adopción por parte de personas solas;…"* (Código de la niñez y adolescencia Art. 153), de lo citado anteriormente se puede vislumbrar que tanto la Constitución de la República y normas secundarias, permiten únicamente a parejas heterosexuales poder adoptar, pese a esto, las normas son cuestionables debido a que la principal finalidad de la adopción es brindarle una familia idónea a una persona, por lo que, no se estaría reflejando la igualdad que la Constitución propone, en cuanto a la diversidad de familias, permitiendo sólo a los heterosexuales poder comprometerse, con la responsabilidad de cuidar de un niño.

Precisamente, frente a este tema de los países que adoptan la heteronormatividad, como sistema de dominación para impedir que las parejas homoparentales puedan adoptar Vaggione establece que:

> las personas LGBTQ no son aptas, pues en su definición de adopción se contempla exclusivamente la heterosexualidad. Con el objetivo de romper esta construcción, el movimiento por la diversidad sexual ha incluido entre sus demandas el derecho de las personas LGBTQ a adoptar. La cuestión de la adopción se ha transformado, para algunos, en un límite que el proceso de reconocimiento de derechos a este grupo no puede traspasar. La idoneidad moral es, precisamente, el requisito que se utiliza para denegarles ese derecho. Esta postura asume que sólo los heterosexuales están en condiciones de ser padres o madres adoptivos. Frente al paulatino reconocimiento de derechos en diversas áreas, éste, el de la adopción para las personas LGBTQ, es el que más resistencia encuentra. (Vaggione J. M., 2008, pág. 48)

En tanto el Código Civil define a la Adopción de la siguiente manera:

> Art. 314.- La adopción es una institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre, señalados en este Título, respecto de un menor de edad que se llama adoptado. Sólo para los efectos de la adopción se tendrá como menor de edad al que no cumple 21 años". (Código Civil Art. 314)

El Código Civil también contiene requisitos en materia de adopción, adicionalmente cabe señalar, que a diferencia del Código de la niñez y adolescencia citado anteriormente, aquí no establece la orientación sexual de los adoptantes, empero, la conjetura es igual, ya que las normas inferiores obedecen a la estructura normativa jerarquica y por tanto, la Constitución al ser la norma superior por excelencia, es la guía de las leyes secundarias, y los requisitos según el Código Civil son los siguientes:

> Art. 316.- Para que una persona adopte a un menor, se requieren las siguientes condiciones: que el adoptante sea legalmente capaz; disponer de recursos económicos indispensables para garantizar al adoptado la satisfacción de sus necesidades básicas; que sea mayor de treinta años, y tenga, por los menos, catorce años más que el menor adoptado. (Código Civil, 2005)

Naturalmente, para que una persona pueda adoptar, es necesario cumplir una serie de requisitos exigidos por la ley, está demás decir, que la adopción es un vínculo jurídico, igualmente, se la debe ver como un vínculo afectivo y sentimental, que debe existir entre el adoptante y el adoptado, generando así relaciones sentimentales recíprocas, procurando el bienestar del niño.

El artículo 68 de la Constitución de la República vigente, es el artículo por el cual se genera interrogantes frente a los derechos adquiridos por las parejas homoparentales, ya que, si bien establece que la adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo, cabe cuestionarse,

si las razones son jurídicamente sostenibles, al no permitir a todos optar por este derecho o a su vez, como lo establece Vaggione "*la heteronormatividad, sin duda alguna, continúa siendo una construcción central al momento de decidir si las personas LGBTQ están o no en condiciones de adoptar menores*". (Vaggione J. M., 2008, pág. 52), si bien jurídicamente no habría razones para contrariar a la Constitución, en materia de derechos humanos se estaría menoscabando la dignidad de las personas, al impedir de forma arbitraria la inclusión de este derecho a los grupos GLBTI.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante estudios cientificos y peritajes ha establecido que la crianza de un niño bajo la figura de padres homosexuales es similar que la crianza entre parejas heterosexuales, es decir, que no depende de la condición sexual de los padres, lo que prevalece es la enseñanza, la protección y el cuidado que estos tengan para con sus hijos, por consiguiente la CIDH expresa lo siguiente:

> 128. la convivencia de menores de edad con padres homosexuales no afecta per se su desarrollo emocional y psicológico. Dichos estudios concuerdan en que: i) las aptitudes de madres o padres homosexuales son equivalentes a las de madres o padres heterosexuales; ii) el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de los niños o niñas criados por padres gays o madres lesbianas son comparables a los de las niñas o los niños criados por padres heterosexuales; iii) la orientación sexual es irrelevante para la formación de vínculos afectivos de los niños o las niñas con sus padres; iv) la orientación sexual de la madre o el padre no afecta el desarrollo de los niños en materia de género respecto a su sentido de sí mismos como hombres o mujeres, su comportamiento de rol de género y/o su orientación sexual, y v) los niños y las niñas de padres homosexuales no son más afectados por el estigma social que otros niños (Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, 2012).

En conclusión, si bien el Estado ecuatoriano restringe de manera expresa la adopción a parejas homosexuales, la jurisprudencia ha permitido establecer que el desarrollo y el bienestar de un niño no depende de la condición sexual de los padres, ya que hay familias heterosexuales que no tienen la capacidad de cuidar a un niño y sin embargo están en total derecho de hacerlo por su condición de parejas de distinto sexo, lo que debe prevalecer es la capacidad y la injerencia que los padres tengan en el desarrollo de los niños, mas no la orientación sexual de los padres, ya que esto produciría una discriminación en razón del sexo de las parejas. En cuanto al principio de interés superior del niño, el Estado debe garantizar su protección y su bienestar, específicamente en el tema en análisis, independientemente de

la sexualidad de los padres, lo primordial sería darle una familia a un niño, lo cual produciría un verdadero respeto a este grupo vulnerable.

3.1.1. Definición

Tal como se mencionó en el subcapítulo anterior, el Código de la Niñez y Adolescencia acoge una definición de lo que significa la institución de adopción en nuestro país, no obstante, doctrinarios en el ámbito de familia, han expuesto sus propios criterios para definir a esta institución, por lo que resulta claro establecer que el derecho de adopción les corresponde a los menores, es decir lo que se intenta es dar una familia a un niño y no un niño a una familia, por tanto, con lo ya visto se puede decir que la aptitud de los padres no debe basarse en presupuestos discriminatorios, sino más bien en la aptitud que éstos tengan para tener la responsabilidad de cuidar a un niño.

> Las definiciones doctrinarias generalmente destacan los siguientes elementos: a) es un acto jurídico especial, propio del derecho de familia; b) crea obligaciones, que normalmente se circunscriben a las personas del adoptante y el adoptado; c) las relaciones que nacen de ella, son iguales o similares a las que existen entre padres e hijos. Otros elementos ya pertenecen más bien a las peculiaridades de tal o cual sistema jurídico, o al enfoque doctrinario de algún autor (Larrea Holguín, 2009, pág. 268).

Por su parte Valverde y Velarde dice: "*Es el acto jurídico que se crea entre dos personas, una relación análoga a la que resulta de la paternidad y filiación legitima*" (Larrea Holguín, 2009, pág. 268); José Ferri manifiesta que es:

> (…) institución solemne y de orden público, por la que se crean entre dos personas que pueden ser extrañas la una de la otra, con la intervención judicial, vínculos semejantes a aquellos que existen entre el padre o la madre y sus hijos" (Larrea Holguín, 2009, pág. 269).

Por su parte el autor argentino Eduardo Zannoni afirma:

> (…) la filiación, como categoría jurídica, descansa en el presupuesto biológico de la procreación. Sin embargo, la ausencia de ese presupuesto no impide que pueda establecerse entre dos personas un vínculo jurídico análogo al que la procreación determina entre padre e hijo, tal es el fin que cumple la filiación adoptiva, o adopción. (Zannoni, 2002, pág. 561).
>
> En la actualidad es una institución que tiene primordialmente en miras el beneficio de la niñez carente de un medio familiar apto para su desarrollo físico y espiritual (adopción de

amparo), aunque no es forzoso que ello ocurra. Hay casos en que la adopción integra al hijo del conyugue (adopción de integración) (Zannoni, 2002, pág. 561).

Para los tratadistas, Planiol y Ripert:

> La adopción es un contrato solemne, sometido a la aprobación judicial, que crea entre dos personas, relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima. Sin embargo, el parentesco ficticio que resulta de la adopción sólo de manera imperfecta imita al verdadero parentesco. Sus efectos son menos extensos y numerosos, y su único resultado serio es dar un heredero, con todos los derechos de los hijos a las personas que carecen de éstos. La adopción no destruye las relaciones de filiación que el adoptado recibe de su nacimiento; el parentesco ficticio que crea se sobrepone a estas relaciones sin sustituirse a ellas (Cabrera Vélez, 2008, pág. 16).

En definitiva, como lo expresa el Dr. Juan Larrea Holguín:

> La adopción cumple un papel profundamente caritativo: dar una familia a quienes no la tienen, o no pueden permanecer en ella por razones de índole moral o económico y permitir que quienes disponen de medios los utilicen en la protección, amparo y educación de menores desvalidos, abandonados o en situaciones peligrosas para su normal desarrollo. Evidentemente que puede abusarse de esta institución y a través de ella se puede llegar a perjudicar a las personas de la propia familia; pero el abuso del derecho no excusa el desconocimiento del mismo o la supresión de unas normas que bien utilizadas, redundarían sin duda en gran beneficio social. (Larrea Holguín, 2009, pág. 266).

Finalmente, la Corte Constitucional Colombiana en sentencia C-477/99 expresa lo siguiente:

> El propósito principal de la adopción, cuya finalidad se enmarca dentro del principio universal del interés superior del niño, como ya se anotó, es el de dar protección al menor garantizándole un hogar adecuado y estable en el que pueda desarrollarse de manera armónica e integral, no sólo en su aspecto físico e intelectual sino también emocional, espiritual y social. El fin de la adopción, como lo ha sostenido la Corte, no es solamente la transmisión del apellido y del patrimonio, sino el establecimiento de una verdadera familia, como la que existe entre los unidos por lazos de sangre, con todos los derechos y deberes que ello comporta. En virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en un ambiente de bienestar, afecto y solidaridad (Corte Constitucional Colombiana: Demanda de Inconstitucionalidad, 1999).

En conclusión, la adopción es una institución que genera derechos y obligaciones recíprocas entre adoptante y adoptado según las leyes de nuestro país. En este sentido, no se puede hablar que solo representa vínculos jurídicos, sino que también una parte fundamental son los vínculos afectivos que se generan dentro de un entorno estable de vida familiar, no obstante, y pese a que la Constitución manifiesta que se respetara la diversidad de familias, hay restricciones puntuales a las parejas homosexuales hacia el matrimonio y la adopción, lo cual va en contra de los principios consagrados en la Carta Magna. Cuando de un niño se trata, se debe garantizar las condiciones necesarias para que este tenga bienestar y un desarrollo acorde a sus expectativas, independientemente de sus padres adoptivos lo que va a prevalecer por encima de todo es su seguridad y el respeto de sus derechos. Por consiguiente, limitar a una parte de la población a poder adoptar generaría un límite no solo a esas personas, sino también se estaría coartando el derecho de los niños a tener una familia.

3.1.2. Características referentes a la Adopción en el Ecuador

Algunas son las características en cuanto a la adopción en el derecho ecuatoriano:

a) **Adopción como contrato:** *"En la legislación ecuatoriana se reconoce a la adopción como un contrato, puesto que en la naturaleza de esta figura, existen semejanzas muy pertinentes, con relación a la corriente contractualista"* (Cabrera Vélez, 2008, pág. 33), bajo este enfoque en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se estable a la adopción como un vínculo jurídico que crea derechos y obligaciones entre el adoptado y el adoptante.

   Así lo ha determinado el departamento de desarrollo y codificación del derecho internacional, subsecretaría de asuntos jurídicos, secretaria general de la OEA, en reunión de expertos sobre adopción de menores, Instituto interamericano del niño quienes manifestaron que:

   > La concepción contractualista, que contiene el acuerdo de voluntades y la posibilidad del distracto, ha sido la clásica en materia adoptiva, resumiéndose en que constituía un contrato de derecho de familia, destinado a crear entre adoptante y adoptado ciertos derechos y obligaciones, determinados por la ley, similares a aquellos que existen entre padres e hijos legítimos (Cabrera Vélez, 2008, pág. 33).

b) **Irrevocabilidad:** En Ecuador la única adopción permitida es la plena en 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*". (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003 Art. 152); así mismo se establece que: *"…La adopción no puede ser sujeta a modalidades y, una vez perfeccionada, es irrevocable. …"* (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003 Art. 154) es decir, que en lo posterior no puede existir mutaciones o variables de ninguna manera.

c) **Obligaciones recíprocas: "***Tienen legalmente los mismos derechos y obligaciones entre sí, derechos que están establecidos por su nueva condición y que se los redacta a lo largo de todas las normas referentes a familia"* (Cabrera Vélez, 2008, pág. 47). Entre el adoptante y el adoptado, tenemos que admitir que en general se crean todos los vínculos de obligaciones y derechos propios de padres e hijos. Por esto, el menor adoptado que desea contraer matrimonio, requiere sin duda, el permiso o asentamiento del adoptante, en caso de demencia del adoptante, el adoptivo mayor de edad estaría obligado a promover la interdicción y pedir el nombramiento para el curador, etc. (Larrea Holguín, 2009, pág. 293).

3.1.3. Evolución histórica referente a la Adopción.

La adopción se ha encontrado presente a lo largo de la historia de la humanidad, pese a esto, "*se dice que esta institución nació en la India, y tuvo como objetivo principal el de asegurar los ritos funerarios a favor del adoptante que careciera de hijos varones*." (Larrea Holguín, 2009, pág. 263). En la época romana esta institución tuvo un largo proceso de evolución, pero la idea dominante fue que "imite la naturaleza" de obtener lo más parecido posible a la filiación natural:

> Algo muy típico del derecho Romano fue no solo adoptar en calidad de hijo (adopción propiamente dicha), sino también en calidad de nieto o bisnieto. *La adrogatio* consistía, consistía en la adopción de un *Paterfamilias*, y si tenía hijos o nietos, estos entraban a la familia del *adrogante*, en calidad de nietos o bisnietos (Larrea Holguín, 2009, pág. 264).

En el Derecho romano hubo dos instituciones fundamentales sobre la adopción, la Arrogación y la Adopción; la primera, tenía lugar cuando la persona prohijada no estaba bajo

el poder de otra y la segunda, cuando permanecía bajo la potestad del legítimo padre (Córdova, 1956, pág. 133).

1) La "Adrogatio". – Esta figura tenía como principal característica que el menor no estaba sujeto o condicionado a la patria potestad del jefe de familia, esta clase de adopción estaba sometida a toda clase de formalidades ya que se considera "*un acto grave que hacía pasar un ciudadano sui juris, acaso jefe de familia, bajo autoridad de otro jefe*". Inicialmente participaban tanto autoridades civiles como autoridades religiosas (Guzmán Brito, 1997, pág. 361). Los principales efectos de la adrogación son que el adrogado pasa a la autoridad paterna del adrogante, éste entra como agnado en la familia civil, siguiendo la misma suerte los familiares que estaban bajo su autoridad, el patrimonio del abrogado pasa al del abrogante, pero Justiniano modificó esto dejando exclusivamente el usufructo de esos bienes (Petit, 1999, pág. 133).

2) La "*Adoptio*". - "Consistía en que un *filius familias*, ingresaba en calidad de hijo a la familia agnaticia del *pater*. Originalmente, teniendo en cuenta las funciones que cumplía la adopción, solo se admitió respecto a los ciudadanos varones y púberes. En cuanto a las mujeres, sujetas a tutela perpetua, no podrían ser adoptadas porque ellas eran *caput et finis familiae suce* que, no obstante, varió en tiempos de la República. Por la adopción, el adoptado estaba sometido a la potestad del adoptante adquiriendo la situación del hijo nacido de justas nupcias con el vínculo de agnación y los derechos de sucesión y tutela" (Zannoni, 2002, págs. 562-563).

3) La "Tutela Oficiosa". - Esta figura surgió tiempo después en la época napeleónica, como una institución protectora de menores, por tanto, el artículo 361 del Código Civil francés establecía que:

> "Todo individuo de más de cincuenta años sin hijos no descendientes legítimos, que quisiere durante la menor edad de un individuo atraérselo con un título legal, podrá constituirse su tutor oficioso obteniendo el consentimiento del padre y de la madre del hijo, o del que sobreviviere de los dos, o, en su defecto de un consejo de familia, o en fin si el pupilo no tuviere padres conocidos, obteniendo el consentimiento de los administradores del hospicio donde hubiere sido recogido, o de la municipalidad del lugar de su residencia" (Córdova, 1956, pág. 142).

> La tutela oficiosa constituyó, así, una solución de transacción que evoca al alumnato y la crianza del derecho español, de por sí poco frecuente, siguió la suerte de la adopción, tal como se la concibiera a principios del siglo XIX y finalmente, quedó abolida cuando aquella última fue reformada como institución de protección y asistencia (Zannoni, 2002, pág. 572).

Esta institución luego de mucho tiempo de no ser aplicada normativamente reaparece nuevamente en Francia con la Revolución, incluyéndola en su legislación, pero tiene poco "prestigio" en otras legislaciones en las que existe resistencia a incorporarla. En el siglo XIX la adopción es considerada un "pacto de familia de acceso restringido", limitando especialmente a los mayores de edad, y a los menores de edad por vía testamentaria o la "adopción remuneratoria", en caso de que el adoptado hubiera salvado la vida del adoptante (Corral Talciani, 2002, pág. 18).

> En el Ecuador, de igual forma la adopción ha sufrido varias reformas. El Código de Menores anteriormente vigente, fue reemplazado por una nueva codificación promulgada en RO 320 del 3-Dic-1969 y ésta contenía reformas tácitas, que se tomaron en cuenta en la Codificación del Código Civil aprobado por la Comisión Legislativa en 1970. En 1976 se promulgó un nuevo código, que a su vez fue reemplazado por el publicado en el RO S. 995 del 7-ago-1992, reformando en materia de adopción la Ley 98-06 PCL del 19-Ago-1998. En tanto, que el código de menores promulgado mediante L.170. PCL. RO-S 995: 17-Ago-1992, fue derogado por el código de la niñez y adolescencia, promulgado mediante L2002-100. RO.737: 3-Ene-2003 (Larrea Holguín, 2009, pág. 267).

Las primeras reformas que sobre la adopción se dictan en el Ecuador datan del 15 de Diciembre de 1948, esta reforma aparece ya integrada en el Código Civil de 1950: "*La institución de Derecho Civil por la cual un menor entra a formar parte de una familia extraña a la suya, con obligaciones y derechos señalados en este título*", en el año 1975 se dicta el "*primer código de menores adoptados en el extranjero*" (Simón, 2009, pág. 586).

En 1978, se reforma tanto el Código Civil, como el Código de menores para fijar los 21 años como edad máxima para la adopción. El 1 de Julio de 1981 se suspenden las adopciones de extranjeros no residentes, dos meses después se emite el "*Reglamento para la adopción de menores por extranjeros no residentes*" (Simón, 2009, pág. 586).

> En el Código de Menores de 1992 se da un nuevo tratamiento a la adopción que deroga de manera tácita las normas del Código Civil en la materia. Esta reforma prohíbe las adopciones independientes (es decir ya no se puede adoptar directamente a un niño, niña o adolescente,

> debiéndose canalizar las solicitudes por medio del Departamento Técnico de Adopciones del antiguo ministerio de bienestar social) (Simón, 2009, pág. 587).

Finalmente, en el año 2003, entra en vigor el Código de la Niñez y adolescencia, cuerpo normativo que hasta la actualidad se lo usa como norma especial para resolver casos que tengan que ver con conflicto de intereses en donde estén involucrados los niños, niñas y adolescentes.

> En cuanto a leyes secundarias, en el Ecuador hubo 5 códigos de menores antes del hasta ahora definitivo Código de la Niñez y Adolescencia; el primero expedido en Acuerdo No.123, de 13 de diciembre de 1937, publicado en el Registro Oficial 50, de 23 de diciembre del mismo año, creando una comisión para que redacte el proyecto de Código de Menores y formule las bases para el establecimiento de tribunales de menores el segundo Expedido. Por Decreto No. 721, de 9 de agosto de 1944, publicado en el Registro Oficial No.65, de 18 de los citados mes y año, el señor Doctor José María Velasco Ibarra expide el segundo Código de Menores, el tercero expedido Mediante Ley No.187 CLP, de 30 de junio de 1969, promulgada en el Registro Oficial No.320, de 3 de diciembre de 1969, se expide el tercer Código de Menores, el cuarto expedido Por Decreto No.421, de 2 de junio de 1976, publicado en el Registro Oficial No.107, de 14 de junio del mismo año, el Consejo Supremo de Gobierno expide el cuarto Código de Menores, y el último expedido en El Plenario de las Comisiones Legislativas, con fecha 16 de julio de 1992, expide la Ley No.170, publicada en el Registro Oficial No.995, de 7 de agosto de 1992, contentiva del Código de Menores (Durán Mera, 2014).

3.1.4. Requisitos referentes a la Adopción en el Ecuador.

El Estado como ente regulador de las instituciones, debe velar por la protección de sus ciudadanos, por tal motivo, es importante establecer ciertos requisitos legales, con el único afán de que las personas interesadas sean idóneas y capaces de tener una carga de responsabilidad en la cual se desempeñen de manera eficaz, en el caso de la adopción, no se puede negar que tanto en la Constitución como en las normas secundarias (Código Civil, Código de la Niñez y Adolescencia), guardan relación con respecto a quienes pueden adoptar, bajo este parámetro, quienes tienen este derecho son únicamente las parejas de distinto sexo, pese a esto, la sensación que deja a estos grupos sociales es de inconformidad, y se ve reflejado en las últimas marchas que ha volcado a las calles a grupos feministas y

grupos GLBTI. A continuación, los requisitos de los adoptantes, los cuales se encuentran tanto en el Código Civil como en el Código de la Niñez y Adolescencia:

> Art. 316.- Para que una persona adopte a un menor, se requieren las siguientes condiciones: que el adoptante sea legalmente capaz; disponer de recursos económicos indispensables para garantizar al adoptado la satisfacción de sus necesidades básicas; que sea mayor de treinta años, y tenga, por los menos, catorce años más que el menor adoptado (Código Civil, 2005).
>
> 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, 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 (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

Por tanto, queda claro que tanto la Constitución de la República, como también las normas secundarias, enfatizan que sólo las parejas de distinto sexo pueden adoptar un menor, sin embargo, cabe clarificar que la idoneidad y la capacidad no están relacionados con la heterosexualidad, sin duda, de los análisis que se ha hecho de parejas homoparentales que han adoptado a un niño en aspectos como desarrollo emocional y social no atribuyen ninguna anomalía por el hecho de ser criados por parejas del mismo sexo:

> (…) las investigaciones adecuadamente diseñadas observaron que el crecimiento y el desarrollo positivos de niños, niñas y adolescentes guarda una asociación directa con las características de las relaciones y el ambiente en el contexto familiar y que la orientación sexual de los padres ejerce un efecto mínimo e insignificante estadísticamente en la calidad de vida de los hijos. Niños, niñas y adolescentes educados por padres del mismo sexo presentan logros académicos y psicosociales similares a los de los criados en el contexto

tradicional hegemónico de parejas de distinto sexo" (Campo-Arias & Herazo Acevedo, 2015, pág. 75).

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante la opinión Consultiva OC-24/17 DE 24 de noviembre de 2017 solicitada por la república de costa rica, ha establecido que los estados deben adecuarse al desarrollo de la sociedad en materia de familia, ya que hay varias parejas homosexuales que han intentado formar una familia, pero las normas rígidas han limitado el acceso al matrimonio y la adopción, en este sentido la CIDH ha manifestado que:

> **Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna** (Corte Interamericana de Derechos Humanos: Idetidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo., 2017)**.**

Por consiguiente, la normativa del Estado según la CIDH debe estar encaminada a cambiar los formalismos hetero-sexistas que se requiere para conformar una familia. Los artículos 67 y 68 de la Constitución de la República son artículos discriminatorios, ya que limitan la a la persona de elegir libremente su proyecto de vida, lo cual ha generado una intromisión de parte del Estado en decisiones exclusivamente personales. Según la última opinión consultiva de la Corte establece que todos los Estados suscritos deben adoptar las medidas necesarias para el reconocimiento de todas las figuras concernientes a familia (Unión de hecho, Matrimonio y Adopción).

3.1.5. Adopción para parejas constituidas mediante unión de hecho en Ecuador.

Al hablar de adopción homoparental, se es consciente de que se trata de un tema controversial dentro de nuestra sociedad, ya que primero se establece que el nuevo concepto de familia propone diversidad en cuanto a conformación de familias, pero, por otro lado, contiene un leguaje hetero-sexista, en el cuál, para acceder a este derecho, las parejas deben tener la diferencia sexual "hombre y mujer" al respecto la doctrina manifiesta que:

> (…) la heteronormatividad, en el fondo, es un esquema de dominación (moral, legal, cultural y simbólico) donde las personas y familias que se encuadran en el modelo tradicional heterosexual son privilegiadas y reconocidas por el derecho y el Estado, y las que no, son excluidas. A la heteronormatividad le incomoda la diversidad porque cuestiona la heterosexualidad como requisito indispensable para la formación de parejas y la procreación y, por ello, discrimina y margina a las personas con orientación sexual diferente (Beltrán, 2012, pág. 263)

La diferenciación se da por motivos de orientación sexual, la institución al ser la misma (Unión de Hecho) debe tener los mismos efectos legales para todas las personas, por otra parte, hay un trato diferenciado, poniendo limites injustificados a los derechos que se les debe reconocer, quedando en evidencia las contradicciones normativas con los principios constitucionales del artículo 11 de la Carta Magna, los cuales establecen que no habrá discriminación por orientación sexual, además de la intromisión del Estado en el libre desarrollo de la personalidad de las personas, coartando la libertad de elegir su proyecto de vida, lo cual origina una violación a los principios fundamentales de dignidad humana, en conclusión se diría que esta exclusión se basa en convencionalismos sociales, que se traducen en ideas antagónicas, las cuáles señalan que el único esquema por el cual una sociedad se debe guiar es el dominación heterosexual.

Cabe aclarar, como lo establece la CIDH no todo trato diferenciado se puede considerar discriminatorio, ya que en cada caso se debe analizar si hay motivos objetivos y razonables para tal diferenciación, en tal sentido la corte manifiesta que:

> 66. Ahora bien, la Corte recuerda que no toda diferencia de trato será reputada discriminatoria, sino sólo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin

> perseguido. Asimismo, en casos de tratos diferentes desfavorables, cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad (Corte Interamericana de Derechos Humanos: Idetidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo., 2017).

Consecuentemente, cuando hay una discriminación en razón del sexo basados en prejuicios y estereotipos se denominan "categorías sospechosas" *estas categorías se refieren a un grupo vulnerable o desaventajado, en tanto encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, en razón de circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, o bien en razón de su edad, género, estado físico o mental* (Treacy, 2011, pág. 199). Constituyen criterios utilizados para establecer una diferencia constitucionalmente injustificable, o cuya justificación es tan débil que no soporta un análisis sobre su razonabilidad o proporcionalidad (Corte Constitucional del Ecuador: Acción Extraordinaria de Protección, 2014). *La igualdad ante la ley implica entonces que cuando la ley realiza clasificaciones entre personas, éstas deben evitar la arbitrariedad, por tanto, deben ser "objetivas y razonables"* (Gonzáles Marianne, 2008, pág. 130).

> Para determinar ello, se debe seguir un test de igualdad en el que se analice si la medida: i) es idónea para alcanzar un fin constitucional o convencionalmente aceptable, ii) si es necesaria, esto es, que no exista otro medio alternativo menos lesivo, y iii) si es proporcional en sentido estricto, lo cual exige ponderar entre aquello que se logra a través de la restricción y la afectación al derecho a la igualdad en el caso concreto: debe alcanzarse un mayor beneficio de derechos sin afectar excesivamente el derecho restringido (Gonzáles Marianne, 2008, pág. 130).

Es decir, cuando hay un trato diferente que interfiera en la orientación sexual de las personas se debe realizar un escrutinio estricto "test de proporcionalidad, con el fin de proteger los derechos fundamentales, en este sentido, los artículos 67 y 68 de la Constitución no tienen una justificación motivada con respecto a las restricciones que imponen a las parejas del mismo sexo, ya que se están yendo en contra de los principios fundamentales (Constitución de la República del Ecuador, Art. 11), están coartando la libertad de elección de las personas

(Constitución de la República del Ecuador, Art. 66 num. 9), no respeta la integralidad de las normas contenidas en la Constitución (Constitución de la República del Ecuador, Art. 427), va en contra del principio de igualdad y no discriminación (Constitución de la República del Ecuador, Art. 11. Num. 2), los efectos jurídicos de la unión de hecho son distintos para parejas (homosexuales y heterosexuales) y, por último, no se respeta el Estado Constitucional de derechos y Justicia en donde el límite del Estado son los derechos de sus ciudadanos (Constitución de la República del Ecuador, Art. 1).

Por lo dicho anteriormente, la Constitución prohíbe de manera expresa la adopción a parejas del mismo sexo; no obstante, se establece que no hay razones jurídicamente motivadas, para sostener que el Estado está actuando acorde a los principios fundamentales de derechos humanos (Corte Constitucional Colombiana, demanda de inconstitucionalidad , 2011), mucho menos sostener que hay razones para prohibir de manera deliberada el acceso igualitario a los derechos de familia. Por lo tanto, el inciso segundo del artículo 68 es discriminatorio, ya que como se ha visto dentro de las nuevas tendencias familiares la doctrina ha establecido que no hay motivación alguna para apartar a homosexuales, pero principalmente al interés superior del niño de acceder a este derecho.

Al respecto de los sustentos legales en base a la adopción homoparental, la Corte Constitucional Colombiana ha señalado que:

> **(…) no existe evidencia de que la adopción por parejas del mismo sexo genere riesgo para la salud física o mental de los menores".** Explica que "la literatura relevante sobre la materia indica que no existen riesgos para la salud o el bienestar de los menores de edad derivados de la adopción por parte de parejas del mismo sexo. Por el contrario, la orientación sexual de los padres es, en general, indiferente para el desarrollo cognitivo y social de los menores. Adicionalmente, en muchos casos –como en la adopción de menores de alto riesgo- puede contribuir a su bienestar (Corte Constitucional de Colombia: Demanda de Inconstitucionalidad en materia de Adopción por Parejas del mismo sexo., 2015).

Dentro de las situaciones, que se deben considerar en una adopción, se encuentra primordialmente el derecho fundamental de los niños a tener una familia (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 45). Es por ello, que de forma razonable el Estado mediante sus instituciones debe tomas decisiones pertinentes en pro del bienestar de este grupo vulnerable, independientemente de la conformación de la familia, lo importante es la protección del menor y bajo esta premisa, las decisiones deben estar encaminadas en

decisiones motivadas, cuya piedra angular sea dar garantías necesarias al menor. Al respecto de la adopción la Corte Constitucional Colombiana expone lo siguiente:

> En un proceso de adopción se encuentran involucrados no sólo el derecho fundamental del menor a tener una familia, sino un conjunto mucho más amplio de derechos fundamentales constitucionales cuyo titular no es únicamente el niño sujeto de la eventual adopción. En efecto, el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella tiende a garantizar todo el plexo constitucional de los derechos del niño, así como derechos fundamentales de otros miembros de la familia. En consecuencia, todas las decisiones que se tomen en el curso de un proceso de adopción deben estar plenamente justificadas en la aplicación de normas claras, unívocas, públicas y sometidas a los valores, principios y derechos constitucionales que tienden a garantizar la adecuada formación de los menores y su desarrollo libre y armónico (Corte Constitucional de Colombia: Acción de Tutela Transitoria., 1998).

3.1.6. Límites del Estado ecuatoriano frente a los derechos.

La Constitución de la Republica ha establecido el modelo de Estado actual manifestando que: *Art. 1 El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia* (Constitución de la República del Ecuador, 2008). En este sentido, la Corte Constitucional establece lo siguiente:

> La nueva carta política ecuatoriana, por primera vez, consagra a nuestro País como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, manifestación que va a la par del nuevo paradigma constitucionalista del derecho en donde se pretende implementar una "democracia sustancial", donde los derechos, garantías y libertades de los habitantes del país estén por sobre los formalismos legales, a pretexto de los cuales se han sacrificado muchos derechos, desvirtuándose de esta forma quizá el mayor anhelo que toda civilización organizada posee, como es, una verdadera justicia (Corte Constitucional del Ecuador: Acción Extraordinaria de Protección, 2009).

Parte esencial de lo que se ha expuesto en la presente disertación, equivale al modelo de Estado en que se encuentra actualmente nuestro país, tal como se ha mencionado, el Ecuador paso a ser un Estado legalista, es decir, en donde todas las instituciones estaban supeditadas al ministerio de la ley, pasar a ser un Estado Constitucional de derechos y justicia, lo que quiere decir que:

> Los derechos de las personas son límites del poder y vínculos. Límites porque ningún poder los puede violentar, aún si proviene de mayorías parlamentarias, y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos; y vínculos porque los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos, y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos (Ávila Santamaría R. , 2011, pág. 111)

Otro de los factores a favor que tiene este nuevo modelo de Estado, se traduce en que estas constituciones se caracterizan por ser rígidas, es decir, que si en algún momento se quiere modificar o reformar, no se lo puede hacer por procedimientos simples u ordinarios, como lo establece Ferrajoli: "*para que una norma sea válida además de vigente no basta que haya sido emanada con las formas predispuestas para su producción, sino que es también necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales*" (Ferrajoli L. , 2010, pág. 66). En cuanto al órgano judicial, la Corte Constitucional, en última instancia es la encargada de analizar casos en que los derechos de las personas hayan sido vulnerados por alguna persona o autoridad, es así, que el trabajo de los jueces ya no se limita solamente a la aplicación de la norma, sino que ahora se la debe interpretar de tal manera que los principios constitucionales sean protegidos en cualquier situación de vulnerabilidad. En el caso del presente análisis, los jueces deben dar una motivación objetiva y razonable, cuando se presente casos en que parejas del mismo sexo deseen formar una familia.

Sin embargo, para Rafael Oyarte, no hay ningún elemento nuevo o novedoso que no contenga cualquier Estado de Derecho ya que las condiciones y características que tiene el nuevo modelo de Estado son las mismas que cualquier otro, el autor citado anteriormente señala que *"El Estado Constitucional de los Derechos y Justicia, es a su vez, una forma particular de expresión del Estado de Derecho, caracteriza por la existencia de una Constitución material y rígida, el carácter normativo y vinculante de la misma; y, el control judicial de constitucionalidad en cabeza de un órgano especializado, que tiene la potestad de interpretar, , en última instancia, la Constitución"* (Oyarte, 2014, pág. 67).

Mientras que la Corte Constitucional ha manifestado con respecto a este tema que:

> En Ecuador, la tradición jurídica francesa fue dominante hasta la promulgación de la actual Constitución. Efectivamente, la nueva Constitución establece por primera vez en la historia constitucional ecuatoriana una nueva forma de Estado, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que tiene como rasgos básicos los siguientes: a) la existencia de una Constitución no modificable por medio de la ley; b) el carácter normativo y la fuerza vinculante de toda

> la Constitución; c) el control judicial de la constitucionalidad a través de la existencia de garantías jurisdiccionales que permiten vigilar la conformidad de las normas infra constitucionales respecto de la Constitución: d) la directa aplicación de la Constitución para resolver todos los conflictos que se representan en la sociedad; y, e) la facultad de interpretar todo el ordenamiento a la luz de la Constitución, a través de un órgano especializado del poder público denominado Tribunal o Corte Constitucional (Corte Constitucional del Ecuador, Interpretación Constitucional, 2008).

Los derechos de las personas siempre van a primar por sobre cualquier norma, sin embargo, en la práctica las situaciones se han vuelto complejas, ya que la norma constitucional referente a las minorías sexuales, no ha permitido que estas gocen de los derechos reconocidos en la Constitución sería fácil la aplicación de una norma cuando ésta tenga relación con los principios reconocidos en la Constitución, en el caso de las parejas del mismo sexo cualquier norma que guarde relación con el principio de igualdad y no discriminación hubiera sido optima, sin embargo, la situación legal genera dudas a e pesar que de manera literal conste que el matrimonio y la adopción corresponden a parejas de distinto sexo.

Al respecto de las normas y el principio de igualdad Ferrajoli establece que: "*Si una ley viola el principio constitucional de igualdad, por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una norma sustancial sobre su producción*" (Ferrajoli L. , 2010, pág. 21). Este criterio que establece Ferrajoli resulta taxativo si lo analizamos con los artículos 67 y 68 de la Constitución, pese a ser una norma vigente y válida dentro del ordenamiento jurídico, no obstante, va en contra del principio de igualdad y no discriminación, y por tanto, se encasillaría en una norma excluyente para este grupo minoritario.

Se ha establecido que los derechos son límites del poder, por tanto, en una democracia sustancial no debería haber normas excluyentes que generen inconformidad a las personas, claramente se ha demostrado que la no inclusión de parejas homoparentales dentro del esquema legal de adopción y matrimonio, ha generado críticas sobre el contenido de la Constitución, en el sentido que las normas 67 y 68 suscitan controversias y contradicciones dentro del ordenamiento jurídico, al no ser del todo claras.

De tal manera, como se ha visto y se verá más adelante los principios y derechos fundamentales no pueden ser vulnerados por ninguna norma. En el Estado de derechos:

> (…) los derechos, que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al Estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente; en este último caso, diríamos que la parte dogmática tiene una relación de importancia superior a la orgánica, y que incluso prima en importancia en el texto jurídico al establecer el fin y al instrumentalizar para su efectivo cumplimiento a los órganos estatales (Ávila Santamaría R. , 2008, pág. 29).

En conclusión, si se aplicaría lo citado anteriormente, no se tendría restricciones para las parejas del mismo sexo en cuanto a conceder los derechos de Familia que se encuentran en la Constitución, sin embargo, constitucionalmente la norma transgrede los principios y por tanto se genera vulneración de los derechos de las minorías sexuales.

3.1.7. Libertad y Libre desarrollo de la Personalidad.

El Pleno de la Asamblea Constituyente, instalado en Montecristi mantuvo criterios divididos cuando se debatía sobre la familia y los principios fundamentales, se reconocía que: "*no se puede pretender unificar en una familia aquel modelo de mama, papa, hijos, ya no es el único, y la familia es un sistema complejo que hay que entenderlo y que necesariamente el Estado tiene que garantizar la estabilidad y desarrollo de la familia*"[31], estableciendo de este modo que los criterios se fueron puliendo con el fin de reconocer que la familia evoluciona conforme la sociedad se va desarrollando, así mismo se contempló que; "*estudios históricos sobre la familia no han dejado nunca de demostrar que es una institución en continuo cambio, un conjunto de procesos de cada época, son producto de fuerzas sociales, económicas y culturales*"[32], además, el artículo de familia fue sometido nuevamente a reconsideración de parte de la asamblea constituyente, hasta llegar al que tenemos actualmente en la Constitución, en el cuál se incorporó las palabras "hombre y mujer" en el caso del matrimonio y la adopción, lo que trajo consigo la exclusión a parejas homosexuales y desaprobación de una parte del Pleno, ya que en la primera votación se garantizaba la familia de manera amplia a estas personas.

Ya dentro de la Constitución de la República, la libertad por orientación sexual se encuentra protegida en el artículo 66. Núm. 9:

[31] Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, Acta 86, (Año 2008), 64.
[32] Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, Acta 86, (Año 2008), 99.

> Se reconoce y garantizará a las personas: El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Por tal motivo, todo ser humano está en su libre derecho de auto determinarse conforme al estilo de vida que más le favorezca, y ninguna autoridad puede actuar de manera intromisiva o arbitraria, de igual manera el numeral 5 del mismo artículo manifiesta el derecho de las persona a: "*El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás*." (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En cuanto a los tratados Internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017, la cual resulta un precedente, ya que establece el matrimonio entre parejas del mismo sexo debe ser aceptado en todos los países adscritos, lo cual genera seguridad en normas internacionales, con respecto a la libertad señala lo siguiente:

> 89. Por otra parte, y en ese orden de ideas, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7.1 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso, el cual es entendido como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Con respecto a este punto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha expresado que la noción de vida privada se refiere a la esfera de la vida de una persona en la que ésta puede expresar libremente su identidad, ya sea en sus relaciones con los demás o sola. De conformidad con lo expresado, para este Tribunal, se desprende por tanto, del reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y de la protección del derecho a la vida privada, un derecho a la identidad, el cual se encuentra en estrecha relación con la autonomía de la persona y que identifica a la persona como un ser que se auto determina y se autogobierna, es decir, que es dueño de sí mismo y de sus actos (Corte Interamericana de Derechos Humanos: Idetidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo., 2017).

En este sentido, no existe la posibilidad de desarrollar libremente su personalidad y orientación sexual, cuando hay normas constitucionales e infra constitucionales que manifiestan que para el caso del matrimonio y la adopción es necesario tener como requisito

ser “hombre y mujer”; estas situaciones implican un perjuicio en la realización personal y a su proyecto de vida, ya que, normativamente estas decisiones comprenden una afectación a la intimidad personal de los seres humanos, al respecto, la Corte Constitucional Colombiana mediante sentencia se ha referido al libre desarrollo de la personalidad aduciendo que:

> “Los límites al libre desarrollo de la personalidad, "no sólo deben tener sustento constitucional, sino que, además, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente su modelo de realización personal." Por tanto, cualquier decisión que afecte la esfera íntima del individuo, aquélla que sólo a él interesa, debe ser excluida de cualquier tipo de intervención arbitraria. En el evento analizado, observa la Corte que los límites de la esfera íntima dentro de la familia resultan más lábiles pues el comportamiento o la actitud de cualquiera de los miembros que implique a otro, incide fatalmente en el núcleo fundamental de la sociedad, en virtud de la solidaridad que en ella prevalece” (Corte Constitucional de Colombia: Demanda de Inconstitucionalidad, 1998).

En cuanto a la Corte Constitucional del Ecuador, mediante sentencia N.º 133-17-SEP-CC, da una aproximación de lo que se conoce como libre desarrollo de la personalidad estableciendo que:

> El libre desarrollo de la personalidad es el derecho que posee todo ser humano de auto determinarse, diseñar y dirigir su vida según su voluntad, conforme a sus propios propósitos, proyecto de vida, expectativas, intereses, y deseos. Responde a la facultad que poseen las personas para poder expresar su personalidad, acorde con sus propios y únicos ideales. El desarrollo de la personalidad implica la posibilidad de manifestar y preservar libremente, aquellos elementos físicos y psíquicos inherentes a cada persona, los cuales, lo individualizan y permiten ser quien es acorde a su voluntad (Corte Constitucional del Ecuador: Acción Extraordinaria de Protección, 2017).
>
> Por tal razón, las instituciones del Estado, entes públicos y privados adquieren la obligación constitucional de respeto, garantía y protección del libre desarrollo de la personalidad. En concreto, la obligación de respeto se materializa en la no adopción de medidas ilegítimas o arbitrarias que tengan como fin el coartar la expresión de la identidad personal, pues tal hecho no solo que denigra la dignidad humana, sino que contraviene al carácter democrático y plural de nuestro Estado (Corte Constitucional del Ecuador: Acción Extraordinaria de Protección, 2017).

Queda claro entonces, que el Estado mediante sus instituciones debe velar por el respeto de este derecho, permitiendo a la persona desarrollarse de la manera que mejor favorezca su estilo de vida, en el caso de las parejas homoparentales, tal derecho no se cumple. Si

colocamos un ejemplo hipotético en que una pareja para completar su proyecto de vida desea unirse mediante matrimonio, y además de eso, adoptar un niño, normativamente las restricciones de los artículos 67 y 68 de la Constitución impedirían las aspiraciones que tienen estas personas, por lo que se estaría coartando la libertad personal, de esta manera, el Constituyente ecuatoriano en su afán de crear normas que se adapten al nuevo Estado de Derechos, no lo hizo de manera adecuada ya que normas restrictivas contenidas en la Constitución opacan lo logrado en este cuerpo normativo garantista de derechos y de principios fundamentales.

Al respecto de las normas restrictivas al libre desarrollo de la personalidad la Corte Constitucional del Ecuador señala lo siguiente:

> Se entiende entonces que una disposición normativa invade el contenido esencial de la identidad y libre desarrollo de la personalidad cuando se traduce en una prohibición de un determinado proyecto de realización personal y opción vital para las personas transexuales, pues su identidad de género fundamenta su proyecto de vida (Corte Constitucional del Ecuador: Acción Extraordinaria de Protección, 2017).

Los seres humanos al ser únicos e irrepetibles, debemos tener libertad en cuanto a la realización personal y proyecto de vida, es decisión de cada persona actuar de la manera más beneficiosa, siempre y cuando no se viole derechos de terceros, es por ello, que el Estado al no reconocer la individualidad de cada individuo está coartando las relaciones que esta persona podría tener dentro de la sociedad, y por ende se estaría vulnerando este derecho, el Estado mediante las instituciones no puede circunscribir a todas las personas a ser de un prototipo similar, ya que esto sería uno utopía irrealizable, con esto se quiere decir que encasillar a las personas homosexuales en una normativa restrictiva que solo beneficia a la hegemonía heterosexista, sería como pretender forzar a un hijo seguir los ideales de su padre dejando de lado los propios, claramente se está vulnerando la libertad y autonomía de elección, lo mismo sucede en situaciones más complejas como el caso de la orientación sexual cuando las condiciones no se dan para el respeto de los derechos de estas personas en cuanto a la conformación de familias.

> La esencia del libre desarrollo de la personalidad como derecho, es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás (Corte Constitucional de Colombia: Libre Desarrollo de la Personalidad, 1993).

En definitiva, la CIDH ha manifestado que cada persona es libre de elegir libremente su proyecto de vida y auto determinarse como mejor les convenga, la intromisión a este derecho generaría una discriminación por lo que es indispensable que el Estado tome correctivos con respecto a las situaciones presentadas en los artículos 67 y 68 de la Constitución de la República, los cuáles restringen de manera directa derechos que corresponden solo a parejas heterosexuales.

> 88. Ahora bien, un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de todo ser humano de auto determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este marco juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona, es decir, que lo convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención. De esa forma, de conformidad con el principio del libre desarrollo de la personalidad o a la autonomía personal, cada persona es libre y autónoma de seguir un modelo de vida de acuerdo con sus valores, creencias, convicciones e intereses.

3.1.8. Principios establecidos en la Constitución en aplicación a las parejas del mismo sexo.

Antes de analizar los principios que se encuentran en la parte dogmática de la Constitución de la República, es conveniente iniciar estableciendo que es un principio, lo cual permitirá ahondar con mayor precisión el artículo 11 de la Carta Magna. El Dr. Ramiro Ávila Santamaría ha establecido que un principio es una norma ambigua, general y abstracta.

> Ambigua porque requiere ser interpretada y recreada, no da soluciones determinantes, sino que da parámetros de comprensión; ambigua también porque, en su estructura, no tiene hipótesis de hecho como tampoco determina obligaciones o soluciones. La ambigüedad es una característica esencial del principio. El principio es general porque rige para todas las personas o colectivos, públicos o privados. Finalmente, es norma abstracta porque puede iluminar o servir como parámetro de interpretación para cualquier norma jurídica y para cualquier situación fáctica, carece de concreción (Ávila Santamaría R. , 2008, pág. 39)

Un principio puede ser utilizado de manera efectiva, en cualquier escenario, sin embargo, la ambigüedad tal como se menciona puede ser un problema, al no ser bien interpretada en un

caso concreto, si bien los principios configuran la correcta aplicación de los derechos, se debe tener en cuenta cuando y en qué caso utilizarlos, para de esta manera sean aprovechados tanto en lagunas jurídicas como en contradicciones normativas.

Referente al tema de igualdad la Corte Constitucional señala que:

> (…) la Constitución de la República incorpora un concepto de igualdad, no solo en el sentido formal como se venido manejando históricamente, sino que, al mismo tiempo, incorpora una igualdad material, para que de esta manera, viabilizar aquel derecho innato que poseemos todos los seres humanos, pero que en ocasiones se ve soslayado por actuaciones de determinadas personas o autoridades" (Corte Constitucional del Ecuador: Acción Extraordinaria de Protección, 2009).

En estricto sentido, las autoridades e instituciones públicas encargadas de impartir la ley, deberán aplicar los principios de la manera más idónea, y a todas las personas por igual, como lo menciona el Dr., Ramiro Ávila el campo de aplicación de los principios debe abarcar a todos, y no se debería circunscribir solamente a un puñado de seres humanos, en el caso de las parejas homoparentales, la situación si bien se encuentra regulada en el campo normativo con respecto a sus derechos, es importante advertir que la situación jurídica no es del todo clara.

En cuanto a la Corte Constitucional del Ecuador menciona que la Constitución es norma vinculante y suprema cuyo cumplimiento no depende del conocimiento judicial de última ratio, sino de aplicación directa de sus preceptos por parte de entes públicos y privados, fundamentalmente los operadores de justicia (Corte Constitucional del Ecuador: Acción Extraordinaria de Protección, 2017).

Así mismo, el Código Orgánico de la Función Judicial establece que se deben tutelar los derechos que han sido menoscabados por alguna persona o autoridad, los funcionarios judiciales deben garantizar la protección de los derechos que se encuentran tanto a nivel Constitucional como en Tratados Internacionales es así como el Código en mención manifiesta que:

> Art. 23.- PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS DERECHOS. - La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía

exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

.

a) **Garantía del cumplimiento de derechos:** Cualquier persona o grupo de personas que se ha visto involucrado en una restricción normativa o una violación de derechos, tienen la capacidad de exigir a la autoridad competente la aplicación de medidas legales, en el caso de las Familias homoparentales pueden acceder a la justicia si por algún motivo hayan sido discriminadas por el hecho de su orientación sexual.

   En este sentido el Código Orgánico de la Función judicial, manifiesta lo siguiente:

   Art. 22.- PRINCIPIO DE ACCESO A LA JUSTICIA. - Los operadores de justicia son responsables de cumplir con la obligación estatal de garantizar el acceso de las personas y colectividades a la justicia. En consecuencia, el Consejo de la Judicatura, en coordinación con los organismos de la Función Judicial, establecerá las medidas para superar las barreras estructurales de índole jurídica, económica, social, generacional, de género, cultural, geográfica, o de cualquier naturaleza que sea discriminatoria e impida la igualdad de acceso y de oportunidades de defensa en el proceso (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009).

   Es decir que toda persona, independientemente de su condición, no está exenta de acudir a la justicia cuando lo requiera, es un derecho y además un principio consagrado en la Constitución y en normas secundarias.

b) **Principio de Igualdad y no discriminación:** Como lo establece Ávila Santamaría: este principio es de aplicación de carácter general y tienen que leerse en conjunto para todos y cada uno de los derechos. Respecto a las familias, todas sin excepción deben ser tratadas de igual manera sin restricción alguna, al Estado le debe interesar además de hacerse cargo cuando existe violaciones que atenten contra una persona o grupo de personas, este principio va de la mano con el artículo 86.1 de la Constitución que manifiesta: 1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución

c) **Principio de directa e inmediata aplicación:** Según el texto constitucional del artículo *426:*

   Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales

> de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Tal como lo establece el artículo 426 anteriormente citado, tanto la Constitución como los tratados internacionales deben aplicarse de tal manera, que garanticen los derechos de las personas. En el hipotético caso de que a parejas del mismo sexo se les impida formar una familia, lo que significa una violación de derechos, las autoridades encargadas del caso deberán velar por la protección de estas personas, garantizando su plena protección dentro del plano normativo.

Así mismo, dentro de normas secundarias, el Código Orgánico de la Función judicial establece lo siguiente:

> Art. 5.- Principio de aplicabilidad directa e inmediata de la norma constitucional.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009).

Haciendo un análisis de los artículos tanto de la Constitución como del Código Orgánico de la Función Judicial, si bien es cierto que la primera establece que el matrimonio y la adopción solo corresponderá a parejas heterosexuales, también hay que sopesar que dentro de la misma Carta Magna hay varios artículos que establecen la no discriminación y la igualdad entre personas, es más, se señala que las personas puedan tomar decisiones libres sobre su vida sexual[33], por tal motivo, si se viera como una integralidad habría que establecer que los principios constitucionales siempre serán jerárquicamente superiores que las normas y por tal motivo, el acto violatorio de las normas que impiden la verdadera igualdad familiar, se subsanaría con la aplicación correcta de principios. A manera de corolario se establece que la integralidad obedece a un factor importante, que es la adaptabilidad de la norma a la

[33] Art. 66 CRE

realidad social que se vive en los actuales momentos, una noma rígida no permite los avances sociales dentro del campo sociológico, y por ende la sociedad se quedaría estancada ante los sucesos claros que vive hoy la familia y su transformación.

En cuanto a los Tratados Internacionales, la Constitución también manifiesta que son de directa e inmediata aplicación, en este sentido la declaración universal de derechos humanos en su Art. 16 numeral 1 establece lo siguiente:

> Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948).

Del mismo modo en su numeral 3 del mismo artículo señala lo siguiente: "*...La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado…"* (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

d) **Prohibición de restricción de derechos:** Como ya se ha establecido el Ecuador al ser un Estado de derechos y justicia, lo que predomina en este modelo, es la garantía sobre los principios y derechos fundamentales de las personas, por tal motivo, ninguna norma es superior cuando se involucra derechos fundamentales de las personas, en el caso de familias homoparentales cualquier norma que vaya en contra de los ideales garantistas de la Constitución, no será efectiva al momento de realizar un test de proporcionalidad.

e) **Norma e interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia (Pro Homine):** Si bien existe un contraste de los artículos 67 y 68 de la Constitución con los demás artículos de la Carta Magna, en cada caso particular se debe resolver aplicando los principios que más favorezcan a las parejas de orientación sexual diversa, por tal motivo, tal cual lo señala en su artículo 66 se debe respetar el derecho a la igualdad[34] de las personas, además de dejar tomar las decisiones que más se adecuen a su orientación sexual[35], dentro del marco normativo los principios al carecer de concreción, surge más posibilidades para poder utilizarlos en varios casos, en donde se puedan violar los derechos de las personas.

En cuanto a la interpretación en su integralidad, la Constitución de la República en su artículo 427 dispone lo siguiente:

[34] Ibid.
[35] Ibid.

> Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. **En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional** (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

El artículo constitucional citado anteriormente deja claro las posibles soluciones cuando se tratan de contradicciones dentro de la misma Constitución, está claro que la Carta Magna prohíbe la discriminación por orientación sexual, y al permitir la familia diversa se entiende que abarca también a la familia homoparental, y pese a que se prohíbe el matrimonio y la adopción entre estas parejas, la duda es creciente dentro del campo familiar, es por ello que como se ha demostrado que no existen soportes científicos que mencionen la mala crianza de los niños en estas familias, se debe interpretar de la forma más favorable hacia estas parejas, permitiendo el reconocimiento de estas dos instituciones legales.

En este mismo sentido, la Código Orgánico de la función judicial manifiesta lo siguiente:

> Art. 6.- INTERPRETACION INTEGRAL DE LA NORMA CONSTITUCIONAL. - Las juezas y jueces aplicarán la norma constitucional por el tenor que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos garantizados por la norma, de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009).

Un ejemplo claro lo pone el Dr. Ávila con respecto a este derecho al manifestar que:

> El principio pro homine nos indica la real posibilidad de encontrar antinomias en el sistema jurídico. **Si tengo una norma constitucional que establece, por ejemplo, que está prohibida la discriminación y tengo otra norma de carácter legal que determina que el matrimonio es solo entre hombre y mujer, la segunda norma no debería ser observada y sería inválida** (Ávila Santamaría R. , 2008, pág. 56).

Queda demostrado entonces de manera legal que dentro del sistema jurídico los principios generan seguridad al momento de aplicarlos, si la norma constitucional establece que no habrá discriminación, entonces queda claro que la segunda norma debe anularse al comprobar que va en contra de los preceptos constitucionales y por tanto es inválida.

f) **Inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía:** Básicamente lo citado anteriormente son las características de los derechos fundamentales los cuáles son:

> (…) aquellos derechos subjetivos que le son propios a la persona en cuanto tal, que por la importancia de los bienes jurídicos que representan, tienen reconocimiento constitucional, de ahí que de dicho reconocimiento se derivan consecuencias de tipo jurídico, tales como la tutela judicial efectiva y el contenido esencial (Benavides Ordoñez, 2013, pág. 75).

Es decir, son derechos anteriores al Estado que tenemos las personas solo por el hecho de ser tales, En Ecuador estos derechos han sido normativizados, sin embargo, aunque no lo estén se tiene la certeza de que los tenemos.

Son inalienables porque no pueden ser transferidos de ninguna forma debido a que son exclusivos del titular, y se extinguen con la extinción del mismo; de igual manera son irrenunciables ya que cuando se habla de derechos fundamentales, estos son propios de la dignidad humana y por tanto nadie puede renunciar a ellos; son indivisibles porque no se pueden separar, y cuando se habla de derechos fundamentales mucho menos ya que estos son carentes de jerarquización de uno con otro, y son interdependientes debido a que todos los derechos se relacionan entre sí para garantizar la protección de los seres humanos.
Sin embargo, y a pesar de que se dice que los derechos fundamentales son generales el Dr. Hernán Salgado Pesantez manifiesta que:

> Los derechos fundamentales no pueden considerarse como absolutos, como ilimitados en cuanto se refiere a su goce y ejercicio. Los límites están dados por el mismo convivir social: comúnmente suele decirse que el derecho de una persona termina donde comienza el derecho de los demás (Salgado Pesantez, 1995, págs. 20-21).

g) **Derechos derivados de la dignidad de las personas:** Cuando se habla de dignidad humana, se habla de derechos fundamentales, debido a que todos derechos tienen como base al ser humano, bajo este parámetro las ciencias jurídicas basan su estructura normativa en este principio, así lo señala el Dr. Hernán Salgado:

> El ser humano tiene una dimensión básica que es su dignidad; ésta es la raíz de todos sus derechos fundamentales. Dicho de otro modo, todos los derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana. Unánimemente, las corrientes de pensamiento han coincidido en afirmar que los hombres, sin excepción, tienen derecho a llevar una vida digna de seres humanos (Salgado Pesantez, 1995, pág. 19)

Por tal motivo, se entiende que todos los seres humanos tenemos dignidad por el hecho de ser tales, la configuración de este principio se da desde antes de nacer, la esencia de la persona es única, por ende, se diferencia de otras especies, ya que al ser seres racionales el eje que nos rodea son los principios y derechos que han sido normativizados con el afán de la protección y garantía.

La Constitución de la República en el preámbulo menciona que desea construir: "*una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y colectividades*", básicamente la Constitución fue hecha con la consigna del respeto de los derechos y garantías del pueblo ecuatoriano, sin embargo, las disposiciones constitucionales en torno a la familia homoparental, quedan escépticas al no contribuir con la verdadera dignidad de estas personas que es la de tener una hogar y respetar su proyecto de vida como cualquier pareja, por ende, ha quedado demostrado las contradicciones existentes entre principios constitucionales y los artículos 67 y 68 de la Constitución, como se mencionaba en líneas anteriores se debe analizar la constitución en su integralidad, y en base a esto, los derechos de no discriminación establecidos en la Carta Magna avalan las luchas reivindicativas de grupos GLBTI en torno a la familia.

h) **Principios de progresividad y no regresividad:** Al igual que los principios anteriormente descritos, a este de igual manera se le otorga un carácter de cumplimiento inmediato, el Estado debe garantizar por la protección de los derechos de las personas que de alguna u otra manera fueran menoscabados por una autoridad o entidad pública, la Corte Constitucional del Ecuador con respecto a este derecho señala lo siguiente:

> la progresividad de los derechos supone, en concreto, que el Estado no puede implementar medidas que tengan como finalidad o como efecto, la disminución del nivel de reconocimiento y cumplimiento de los derechos contenidos en la Constitución y en los Instrumentos de Derechos Humanos. Este principio constitucional conlleva la responsabilidad del Estado de velar por el respeto y la garantía de los derechos constitucionales, los cuales deben ser garantizados a favor de todas las personas. Así, según el principio de progresividad, **los derechos constitucionales tienen tal importancia que una vez que han sido establecidos o consagrados en la Constitución o los Instrumentos Internacionales, no podrán ser disminuidos, desmejorados ni eliminados** (Corte Constitucional del Ecuador: Acción Pública de Inconstitucionalidad, 2013).

Tal como lo menciona la Corte Constitucional del Ecuador, aquellos derechos que se encuentran reconocidos en la Constitución no podrán ser menoscabados de ninguna manera,

en el caso de los derechos de las parejas homoparentales, la Carta Magna reconoce a la familia en sus diversos tipos en la cual se incluye a familias diversas, por tanto, ninguna norma podrá disminuir los derechos que les han sido previamente reconocidos, y a pesar que se señale que solo las parejas de distinto sexo podrán acceder al matrimonio o la adopción, estas son normas contrarias a los principios de igualdad y no discriminación establecidos en la Constitución, ya que están restringiendo los derechos de los grupos GLBTI a acceder a ambas instituciones, sin embargo, no hay que negar que la situación es compleja ya que las dos posturas tanto la postura normativa como la de principios acogen buenos argumentos para la aceptación o la limitación de derechos a estas personas.

3.1.9. Ponderación de Derechos

La doctrina manifiesta que "*la ponderación consiste en establecer una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto"* (Guastini, 2007, pág. 636). Y en este sentido se dice que hay dos principios en conflicto "*cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan prima facie dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser opuestas como soluciones para el caso"* (Bernal Pulido C. , 2003, pág. 226). Por consiguiente según la doctrina Alexy con respecto a este método interpretativo señala que:

> Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. La ponderación consiste en la optimización de los principios en relación con las posibilidades jurídicas, la ley de la ponderación dice en qué consiste esta relación: La medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro (Alexy, 2001, pág. 161).

En este sentido se dice que la ley de ponderación se la debe dividir en tres etapas las cuales son:

> La ley de la ponderación indica que la ponderación puede ser fragmentada en tres etapas. La primera etapa establece los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio. Esta fase viene seguida por una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio opuesto. Finalmente, en la tercera etapa se establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio (Alexy, 2005, pág. 92).

Centrándonos en nuestro país, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que en el método de ponderación:

> Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional., 2009).

Con lo visto anteriormente, ahora se podrá hacer un juicio de ponderación con respecto al tema de la presente disertación. En el cuál, están en disputa 2 normas de carácter constitucional, la primera es el Principio del Interés Superior del Niño *con lo cual se puede observar que la protección y tutela de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es una acometida conjunta en donde se verá inmerso en un ámbito macro el Estado y la sociedad en su conjunto.* (Corte Constitucional del Ecuador: Acción Extraordinaria de Protección., 2012). Por otro lado se encuentra el derecho a las personas a poder tener una familia, constitucionalmente este derecho se encuentra en los artículos 67 y 68 de la Constitución de la República Vigente.

Para el análisis vamos a utilizar las etapas de ponderación que establece Robert Alexy.

a) Grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio: La Institución de la adopción junto con el interés superior del niño se encuentran vinculadas entre sí. Sin embargo, dentro del juicio de ponderación la adopción quedaría en segundo plano, en el sentido que es una norma limitativa primero para hacer efectivo el principio del interés superior del niño a tener una familia y segundo a parejas homosexuales. Ya que, se está forjando normas discriminatorias que van en contra de los principios nacionales e internacionales, así como también se les está privando de tener una familia a quienes no la tienen, y lo primordial del Estado es velar por los intereses de los niños independientemente de la orientación sexual de quienes los podrían criar.
b) Importancia de satisfacer el principio opuesto: En primer término, se puede establecer que el principio de interés superior del niño, con respecto a la institución de la adopción se puede ver menoscabado de parte del Estado, ya que en el artículo 68 del mismo cuerpo legal se establece que la adopción corresponderá únicamente a parejas de distinto sexo (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Como ya se ha establecido, lo importante prima facie va a ser dar una familia a un niño,

independientemente de la orientación sexual de los padres el Estado debe velar por la protección de derechos de este grupo vulnerable (Constitución de la República del Ecuador, Art. 44). Sin embargo, esta norma resulta restrictiva desde todo punto de vista, ya que primero niega la posibilidad a un niño de tener una familia, lo que iría en contra del principio del interés superior del niño, y segundo las normas contenidas en los artículos 67 y 68 de la Constitución resultan contradictorias con la norma del artículo 44, en el sentido que se condiciona la adopción únicamente a parejas de distinto sexo.

c) Importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio: Poniendo en la balanza el artículo 44 de la Constitución referente al principio del interés superior del niño, junto al artículo 68 de la Constitución la Adopción solo corresponderá a parejas de distinto sexo, se puede colegir que en primer lugar y como preferencia magnánima del Estado debe ser siempre proteger a este grupo vulnerable por sobre todas las cosas. Si bien, la adopción es una institución exclusiva para las parejas heterosexuales, esta norma debería ser modificada ya que las situaciones jurídicas hacen notar que los derechos de los niños deben estar en primer orden de atención, independientemente del sexo de los padres adoptivos lo importante es darle una familia a un niño.

En definitiva, de acuerdo al artículo 44 de la Constitución, en contraste con los artículo 67 y 68 de la misma Carta Magna se ha establecido que el derecho de mayor peso siempre va a ser el cuidado de los menores, la Adopción es una institución que es restrictiva y va en contra de la integralidad de la Constitución y de sus principios, por ende el derecho que se sobrepone es el del artículo 44 de la Constitución de la República Vigente.

En conclusión el *"Juicio de Ponderación" ha sido considerado como un método de interpretación constitucional dirigido hacía la resolución de los conflictos surgidos entre principios constitucionales que poseen el mismo rango y que por lo tanto, exigen ser realizados en la mayor medida posible atendiendo a las posibilidades materiales y jurídicas* (Rodríguez L. , 2011).

3.1.10. Test de proporcionalidad.

En el Estado Constitucional de derechos y justicia, los principios, derechos y garantías de las personas están sobre cualquier norma jurídica (Corte Constitucional del Ecuador, Interpretación Constitucional, 2008), es por ello, que los jueces actualmente realizan en mayor medida un trabajo de discrecionalidad, en razón de que ciertos derechos de las personas puedan ser vulnerados por una norma constitucional. El test de proporcionalidad es un método utilizado cuando entre dos sujetos o grupos de personas hay un trato diferenciado, en una situación en concreto, permitiendo solo a un grupo acceder a estos derechos, este principio, tiene como elementos (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido) (Bernal Pulido C. , 2002, pág. 16), estos tres sub-principios los cuáles serán detallados más adelante, deben ser analizados en su integralidad, si el resultado es la vulneración de alguno o de todos estos elementos, se establece que ha habido una vulneración del derecho fundamental analizado.

"*El principio de proporcionalidad encuentra su origen en Alemania, siendo desarrollado por la jurisprudencia constitucional de ese país, para luego expandir su aplicación en el ámbito europeo, al sistema americano de derechos humanos y a los diversos países de Latinoamérica*" (Rainer, Martínez, y Zúñiga., 2012, pág. 65).

> En un sentido amplio, la doctrina de la proporcionalidad se conoce como el conjunto de exigencias o tests utilizados para verificar si la restricción a uno o más derechos fundamentales es justificada. Desde esta perspectiva, si una limitación de derechos es proporcionada, es justificable. Si no es proporcionada, no lo es (Covarrubias, 2012, pág. 450).

La jurisprudencia Alemana ha establecido ciertos requisitos, los cuáles deben ser aplicados cuando se analice un caso que contenga conflicto entre dos derechos fundamentales (test de proporcionalidad), el autor señala que los primeros tres tienen un margen de discrecionalidad, en donde establece que solo errores manifiestos podrían conducir a la anulación de la norma legal, mientras que el último requisito requiere de una fundamentación motivada los hechos y las circunstancias que integra un caso en específico, de este modo, los requisitos son los siguientes (Rainer, Martínez, y Zúñiga., 2012, pág. 71):

a) Debe perseguir una finalidad legítima.

b) Debe ser adecuada o idónea para la promoción (no necesariamente la realización) de dicho objetivo legítimo (geeignetheit o adecuación).

c) Debe ser necesaria, y entre varias alternativas de intervención debe preferirse la que afecte menos a los derechos involucrados (mínimo de intervención).

d) Debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, la gravedad de la intervención ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención. Por tanto, los instrumentos y los medios aplicados deben justificarse en su grado de gravedad (Rainer, Martínez, & Zúñiga., 2012, pág. 71).

Es así, como el principio de proporcionalidad tiene elementos que son esenciales, y fundamentales cuando se requiere realizar un análisis en donde dos normas o principios fundamentales se encuentran en contradicción, dichos sub-principios son: idoneidad o adecuación, necesidad o intervención mínima y ponderación o proporcionalidad, a continuación, se determinará cada uno de ellos.

a) Sub-principio de idoneidad o adecuación:

Para adoptar una medida restrictiva de un derecho, ésta debe ser adecuada e idónea, es decir, apta para lograr la finalidad legítima prevista por la norma. El juicio de adecuación requiere por tanto un previo examen acerca de la legitimidad del fin perseguido por la norma y de la aptitud de la misma para lograrla (Chano, 2015, pág. 158).

Ignacio Villaverde Menéndez, precisamente menciona un ejemplo de este sub-principio argumentando que:

Si en el curso de una instrucción penal es necesario practicar una prueba de ADN para esclarecer un caso de violación, que requiere la intervención corporal de uno de los imputados en el proceso, el bien constitucional de la averiguación de los delitos puede justificar un límite a la integridad física del imputado y justificar dicha intervención corporal. Pero esa intervención corporal sólo está justificada si su objeto es la obtención de evidencias que sirvan para el esclarecimiento de los hechos supuestamente delictivos, y no, por ejemplo, para comprobar si el imputado es consumidor o no de sustancias estupefacientes o padece cierta enfermedad (Villaverde, 2008, pág. 184).

En definitiva, en este primer sub-principio o elemento se debe constatar que los medios sean los idóneos para alcanzar un fin legítimo.

b) Sub-principio de necesidad o intervención mínima:

> En este sub-principio se lleva a cabo una comparación entre la medida enjuiciada y otros medios alternativos atendiendo a dos parámetros: su idoneidad para promover el fin legislativo y su menor lesividad en relación con los derechos fundamentales afectados por la intervención legislativa. La medida adoptada por el legislador se reputará necesaria cuando no exista un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo, al mismo tiempo resulte más benigno desde la perspectiva de los derechos fundamentales objeto de intervención. Así, mientras el juicio de idoneidad se orienta a establecer la eficacia de la medida enjuiciada, el de necesidad se configura como un examen de su eficiencia, es decir, de su capacidad, en comparación con otros medios, de alcanzar la finalidad propuesta con el menor sacrificio posible de otros principios en juego (Lopera, 2008, pág. 278).

Volviendo al ejemplo anterior, hay diversas maneras de practicar aquella intervención corporal. Si la prueba de ADN se puede obtener con una muestra de saliva, resultaría desproporcionado un análisis de sangre que es una intervención más agresiva (Villaverde, 2008, pág. 184).

Dentro de este elemento se debe constatar que, entre los varios medios posibles de aplicación, el correcto deberá ser el menos lesivo para la persona, asegurándose de este modo que el elegido sea el idóneo para la protección y garantía de los derechos fundamentales.

c) Sub-principio de Proporcionalidad o ponderación:

> La proporcionalidad en estricto sentido supone el ejercicio de balancear o ponderar los beneficios de la medida impuesta versus los costos de haber incurrido en la vulneración de un derecho fundamental para concluir en qué lado se produce el mayor bien (Covarrubias, 2012, pág. 451).
>
> La proporcionalidad valora el objetivo perseguido y el derecho humano limitado para conseguir el objetivo; entre los dos derechos se debe evaluar si la ventaja que quiero obtener (objetivo) compensa el sacrificio que voy a realizar (derecho limitado); por ejemplo, si la evacuación produce la depresión, el desmembramiento familiar y hasta la muerte, quizá por el resultado convenga más no evacuar (Ávila Santamaría R. , 2008, pág. 332).
>
> Siguiendo con el ejemplo propuesto, la prueba de ADN mediante la toma de muestras de saliva sólo se justificará en el curso de la instrucción penal si resulta imprescindible practicar esta prueba de forma anticipada y no en el juicio oral al existir el riesgo real y cierto de que el imputado pueda huir, y si esa prueba resulte además decisiva para esclarecer los hechos objeto del proceso penal hasta el punto de que, de no practicarse, se frustraría la averiguación del delito de violación. Ahora bien, la muestra de saliva debe tomarse de la forma menos

> gravosa para el imputado y con todas las garantías, sacrificando su derecho a la integridad física en la medida necesaria para salvaguardar la función objetiva del proceso penal, averiguar y castigar los delitos (Villaverde, 2008, pág. 185).
>
> **De este modo, si la medida gubernamental adoptada fracasa en el cumplimiento de estas tres o cuatro exigencias (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), se entiende que trasgrede el derecho fundamental intervenido, motivo por el cual dicho acto legislativo o administrativo debe ser declarado inconstitucional** (Covarrubias, 2012, pág. 451)

Es decir, en cada caso donde haya un conflicto de intereses de dos principios o derechos fundamentales se debe realizar un test de proporcionalidad, quedando a discreción de los jueces y del sistema judicial establecer las medidas adecuadas, procurando establecer que, si un derecho no cumple con los elementos señalados anteriormente, habría una restricción a cierto grupo de personas, y, por tanto, se estaría limitando los derechos fundamentales de las personas en un asunto en concreto.

3.1.11. Análisis proporcional de las limitaciones en el ordenamiento jurídico ecuatoriano referente a familias monoparentales y homoparentales.

Como quedó demostrado en el capítulo anterior, el test de proporcionalidad es un método utilizado cuando la norma establece un trato diferenciado entre dos personas o grupos de personas, vulnerando a una parte sus derechos constitucionales, es por ello, que en el presente análisis es necesario realizar este Test referente a las parejas homoparentales, para determinar si existe o no, una trasgresión a los derechos fundamentales, dentro de nuestro ordenamiento jurídico la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional también establece que en caso de duda o cuando exista contradicciones se aplique el principio de proporcionalidad, estableciendo que:

> Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional. - Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso

> se utilicen uno o varios de ellos: 2. Principio de proporcionalidad. - Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional., 2009).

En este sentido cabe analizar mediante este principio la normativa Constitucional que establece restricciones de acuerdo con los artículos 67 y 68 correspondientes al matrimonio y la adopción, para determinar si existe o no interrogantes con respecto a los derechos atribuibles a todas las personas sin excepción.

Sub-principio de idoneidad:

Toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Se trata, entonces, de dos exigencias: la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida examinada (Bernal Pulido C. , 2002, pág. 16).

Pasando al plano de estudio en cuanto a la adopción se puede decir que el inciso segundo del artículo 68 es restrictivo al considerar solo a parejas de distinto sexo poder adoptar, por tanto, la medida no es idónea al vulnerar el principio de igualdad y no discriminación contenido en el artículo 11, distinto hubiera sido que la norma establezca que "la adopción no corresponderá a ninguna persona que no tenga aptitud legal para hacerlo". Primero la norma no sería discriminatoria porque al establecer "personas", se incluiría a las parejas del mismo sexo; Segundo, sería un medio idóneo ya que la norma buscaría proteger primero a la familia, y segundo al interés superior del niño, al establecer que únicamente las personas con capacidad y aptitud puedan adoptar a un niño.

Sin embargo, dejando de lado los supuestos señalados anteriormente, la norma del inciso segundo del artículo 68 es restrictiva, ya que la injerencia del Estado primero al derecho de igualdad y no discriminación y segundo al derecho del libre desarrollo de la personalidad no resulta legítima, ya que el fin sería la protección de la familia y del menor, no obstante, la restricción a parejas homoparentales no va a proteger en mayor medida a la familia, en el mundo se ha sabido de violaciones y muertes de niños que han conformado un hogar catalogado como "normal", y sin embargo, han estado expuestos a violaciones de derechos.

En conclusión, la medida restrictiva no resulta ser idónea ya que no está protegiendo el fin que es la familia y el interés superior del niño.

Subprincipio de necesidad:

> Para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata, entonces, de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, comparación en la cual se analiza (1) la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo y (2) el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental (Bernal Pulido C. , 2002, pág. 16).

En cuanto a la adopción, se puede ver que no es una medida necesaria, ya que hay varias vías tanto legales como judiciales para la protección de la familia y del interés superior del niño, las cuáles no son restrictivas, en esta situación en concreto al tener más medios alternativos de protección de familia, la medida ya no se debería considerar necesaria, con lo que quedaría claro hay una intromisión grave a los derechos de libertad de las personas al impedir actuar conforme a su estilo de vida, lo que ha hecho el Estado es una intromisión arbitraria a los derechos fundamentales, lo que quiere decir que el objetivo de restricción de derechos no es en ninguna medida el más benigno que hubiera podido contemplar el Gobierno para esta protección.

Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto:

> De acuerdo con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de la injerencia debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, entonces, de la comparación entre dos intensidades o grados, el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental (Bernal Pulido C. , 2002, pág. 17).

Para concluir, este último subprincipio supone balancear el objetivo perseguido y el derecho humano limitado, lo cual no resulta ser eficaz al momento de aplicar la norma, en primer lugar porque no puede haber un balance cuando hay principios fundamentales de derechos humanos que han sido vulnerados dentro de la Constitución, en segundo lugar si hacemos un juicio entre el artículo 11 de la constitución y el 68 del mismo cuerpo legal, se establece que hay una desproporcionalidad entre el medio adecuado, y el fin perseguido, ya que hay un trato diferenciado entre heterosexuales y homosexuales, por lo que se puede argüir que

la distinción se basa en prejuicios y estereotipos que se tienen acerca de las familias diversas, y por tanto, se puede colegir que las normas son arbitrarias e infundadas, al momento de la aplicación se genera un rechazo a grupos sociales minoritarios, que habiendo luchado por sus ideales para que se plasmen en la Constitución, todavía estos resultan ser mínimos al compararlos con los derechos de las familias de distinto sexo.

En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal acogió durante muchos años la solución propuesta por Leibholz y Triepel en la época de Weimar, según la cual, "se vulnera el principio de igualdad [...] cuando la disposición [que se enjuicia] debe ser catalogada como arbitraria". No obstante, a partir de la Sentencia del Primer Senado del Tribunal Constitucional Federal, de 7 de octubre de 1980, esta antigua fórmula fue remplazada por una nueva , según la cual, se vulnera el principio y el derecho a la igualdad, "*cuando un grupo de destinatarios de una norma es tratado de manera distinta, en comparación con otros destinatarios de la misma, a pesar de que entre los dos grupos no existan diferencias de tal tipo y de tal peso, que puedan justificar el trato diferente*" (Bernal Pulido C. , 2002, págs. 4-5).

En cuanto al matrimonio, se puede realizar el mismo análisis ya que también establece como requisito primordial ser "hombre y mujer", por tanto, las situaciones son similares al comparar con el tema de la adopción por tal motivo el autor ecuatoriano Alexander Barahona ha establecido lo siguiente:

> "La restricción del contrato matrimonial para parejas homosexuales crea una distinción que atenta contra la dignidad y libertad de las personas, por tanto, no resulta un fin legítimo; ya que no puede ser considerado en tal forma toda medida que tenga como objeto o dé como resultado la restricción la dignidad las personas. De igual forma, tal medida no es idónea ni necesaria, pues al no existir fin legítimo no puede justificarse dicha disposición; sin embargo, en la hipótesis en que efectivamente se persiguiera un objetivo legítimo, seguiría careciendo de idoneidad, pues la concepción restrictiva es una intromisión grave a la igualdad sin que exista otro derecho o bien jurídico a tutelarse; por último, la medida es desproporcionada pues el medio y fin es discriminatorio, excluyendo de forma completa el goce jurídico del contrato matrimonial y de una forma de constitución familiar" (Barahona A. , 2008, págs. 79-80).

Cabe aclarar que si el Estado mediante sus normas incumple con una o todas las medidas impuestas que dictan la doctrina referente al Test de proporcionalidad, se entiende que infringe y se vulnera el derecho fundamental analizado, en este caso las medidas de los

artículos 67 y 68 de la Constitución trasgreden de manera arbitraria los derechos de las personas homoparentales, por tanto, doctrinariamente se entendería que la norma resultaría ser inválida y por ende inconstitucional, bajo esta premisa las situaciones presentadas hacen ver que se debería reformar la Constitución, en base a los argumentos presentados en la presente disertación.

3.1.12. Efectos Jurídicos de la Opinión Consultiva OC 24/ 17

No es la primera vez que la CIDH trata temas acerca de discriminación por orientación sexual, ya hay un precedente en el que la Corte fallo a favor de una madre que mantenía una relación homosexual (Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012). Por consiguiente, "*el 24 de noviembre de 2017, la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó una Opinión Consultiva sobre Identidad de Género e Igualdad y no Discriminación a parejas del mismo sexo"* (juristadelfuturo.org, 2018). En este sentido, *la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ordenó a Costa Rica garantizarles a las parejas del mismo sexo todos los derechos existentes en la legislación, incluido el derecho al matrimonio, sin discriminación alguna frente a las parejas heterosexuales* (Carbonero, 2018). Por lo que por unanimidad se resolvió que: "*El Estado debe reconocer y garantizar todos los derechos que se derivan de un vínculo familiar entre personas del mismo sexo de conformidad con lo establecido en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana"* (Corte Interamericana de Derechos Humanos: Idetidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo., 2017). Dentro de este dictamen también se incluye a la República del Ecuador, al ser un país que se adherido a las normas internacionales de derechos humanos y en específico a la Convención Americana, por lo que es de imperativo cumplimiento para el estado reformar normativa que resulte discriminatoria para este grupo minoritario.

En este sentido, *"las decisiones de la CIDH tienen naturaleza jurisdiccional. Se trata, en consecuencia, de jurisprudencia como fuente auxiliar del Derecho interno"* (Nikken, 2003, pág. 171), En relación a las opiniones consultivas, "*no están llamadas per se a ser ejecutadas de inmediato, si están dotada de un efecto práctico virtual"* (Nikken, 2003, pág. 172).

> La función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como

> al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA. Es obvio que toda solicitud de opinión consultiva que se aparte de ese fin debilitaría el sistema de la Convención y desnaturalizaría la competencia consultiva de la Corte (Corte Interamericana de Derechos Humanos: Restricciones a la pena de muerte, 1983).

Frente a esto queda decir entonces que:

> "Las opiniones consultivas de la CIDH tienen, en general, un valor análogo al que tienen las sentencias de los tribunales internacionales para los Estados que no han sido partes en el caso sentenciado: Si bien no son directamente obligatorias para ellos, representan una interpretación auténtica del derecho internacional, que, como fuente auxiliar del mismo, debe ser tenido como norma por los estados americanos para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales" (Nikken, 2003, pág. 176).

En concordancia con lo establecido anteriormente, la Constitución establece que está por encima de todas las normas. Sin embargo, si una norma de derecho internacional protege los derechos humanos esta deberá ser aplicad de manera directa.

> Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Con lo dicho se puede concluir que las opiniones consultivas tienen similar jerarquía a las jurisprudencias de la CIDH. Por tal motivo, como el Ecuador está suscrito a la Convención Americana de Derechos Humanos la OC 24/ 17 debe ser de cumplimiento inmediato dentro del territorio nacional, así también lo establece el artículo 417 ya mencionado en concordancia con el 424 de la Carta Magna que manifiesta que se reconocerán los derechos más favorables. Y, en este sentido, la Corte ha dictaminado que las parejas homoparentales tienen el mismo derecho que cualquiera, y en base a esto, los Estados se deben comprometer a cambiar y modificar las normas que sean discriminatorias y vayan en contra de los principios fundamentales de derechos humanos.

CAPÍTULO 4. CONCLUSIONES

1. La normativa nacional, extranjera, doctrina y jurisprudencia que se han presentado en esta disertación, no generan dudas sobre el desarrollo que ha tenido la familia dentro de una sociedad que evoluciona constantemente, varios Estados en el mundo han modificado sus ordenamientos jurídicos con el fin de dar mayor protección a grupos minoritarios, que por las reivindicaciones sociales han permitido destruir estereotipos sexistas que antes se veían muy arraigados dentro de las sociedades, por tal motivo, las situaciones presentadas hasta el momento han permitido esclarecer lineamientos en donde en épocas pasadas se creía que las condiciones de estas personas eran enfermedades, lo cual en la actualidad se muestra como pensamientos homofóbicos, que inciden en actos discriminatorios, por lo que actualmente mediante estudios científicos se ha comprobado que la homosexualidad es una condición sexual de las personas.
2. Esta disertación no intenta irse en contra de los parámetros ya existentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico con respecto a un tema controversial como es la adopción homoparental, lo único que se ha intentado hacer es un análisis tomando en cuenta legislaciones comparadas, con el afán de cuestionar artículos que son restrictivos para los nuevos modelos de familia y que, en consecuencia, generan dudas, inquietudes y contradicciones dentro de nuestro modelo de Estado. El cual, al ser garantista, debería proteger los derechos fundamentales de las personas, sin embargo, en varios pasajes del presente análisis se ha demostrado que no hay fundamentos motivados para sostener que el matrimonio y la adopción vayan en contra de los preceptos legales modernos en materia de familia.
3. La familia como institución es mutante, es decir, las sociedades deben irse adaptando a cambios estructurales que han permitido un constante desarrollo en temas de organización familiar, es por ello, que varios Estados en el mundo incluyendo el ecuatoriano, han optado por una variación en la normativo, con el único fin de que los derechos fundamentales de grupos minoritarios y de la sociedad en general sean vulnerados.
4. La hegemonía heterosexista, sigue siendo la piedra angular cuando se trata de la creación o modificación de normas, tal aseveración se la puede constatar en los

artículos 67 y 68 de la Constitución de la República, el contenido de la norma manifiesta que para el matrimonio y la adopción se requerirá que la pareja sea conformada por "hombre y mujer", por lo que tales concepciones no responden de ninguna manera al nuevo Estado de Derecho en que vivimos, en donde se propugna la igualdad y libertad de los derechos y principios fundamentales reconocidos tanto en la Constitución como en tratados internacionales.

5. El nuevo modelo de Estado Constitucional de derechos y justicia tiene como límite los derechos de las personas, es decir que ningún poder estatal los puede vulnerar, sin embargo, los artículos 67 y 68 son normas que contravienen los derechos fundamentales por ser restrictivos y discriminatorios, por ende, la opción más viable sería una reforma constitucional para que vaya de la mano con el garantismo y respeto de los derechos fundamentales que caracteriza a este tipo de Constitución.
6. La unión de hecho para personas homosexuales en el Ecuador es posible, sin embargo, el artículo 68 de la constitución tiene claramente connotaciones restrictivas en cuanto a este grupo minoritarios, por el hecho de restringir de manera directa la adopción a parejas del mismo sexo, mediante la presente disertación se ha podido constatar que la unión de hecho es una institución insuficiente ya que carece de protección normativa como el matrimonio, en el caso de los heterosexuales el Estado les otorga dos posibilidades (Matrimonio y Unión de hecho) para su conformación, no obstante, para parejas del mismo sexo se les limita únicamente a escoger el camino de la unión de hecho, por lo que se les estaría coartando el derecho de elegir libremente su status, y por ende la consecuencia es la intromisión del Estado en los derechos de las personas al libre desarrollo de la personalidad. En conclusión, lo más apropiado con la realidad actual sería que el Estado proteja de manera completa a este grupo minoritario mediante la figura del matrimonio, otorgándoles la misma posibilidad que tienen las parejas de distinto sexo, eliminando la barrera de discriminación por orientación sexual.
7. En cuanto al derecho de libre desarrollo de la personalidad, tiene como fundamento la libertad de las personas a la autodeterminación y a poder elegir libremente su proyecto de vida, sin embargo, este derecho es vulnerado desde el momento en que el Estado coarta la posibilidad mediante restricciones normativas a parejas homosexuales poder acceder al matrimonio y la adopción, es decir no se les está dando la libertad para la configuración de su realización personal.

8. La actual Constitución de la República, trajo consigo modificaciones acorde al nuevo modelo social, es por ello, que es importante rescatar el cambio sustancial con respecto al reconocimiento constitucional de grupos minoritarios específicamente GLBTI, los cuales pasaron de ser criminalizados hasta 1997 a ser incluidos en las reformas de familia introducidas en la Carta Magna, llegando a tal punto de que la unión de hecho entre dos personas del mismo sexo sea hasta el momento el avance más notorio en materia de reconocimiento de derechos.
9. El artículo 67 de la Constitución de la República, establece el reconocimiento de familias diversas, sin embargo, con el análisis de doctrina y jurisprudencia ya expuesto, se ha podido apreciar que existen claras contradicciones entre el contenido de la norma y los principios fundamentales del artículo 11 de la Carta Magna, específicamente con el principio de igualdad y no discriminación, ya que la norma por un lado manifiesta que el Estado reconocerá a todo tipo de familia, pero por otro lado existe una limitante con respecto a las parejas del mismo sexo, en este sentido la norma establece que solo podrán acceder a esta institución las parejas conformadas por "hombre y mujer", lo que pone de manifiesto claramente que estas restricciones basan su motivación en discriminaciones por sexo.
10. Con respecto a la adopción homoparental, se ha demostrado que no interfiere con el desarrollo y salud mental de los menores, se ha evidenciado mediante estudios científicos y psicológicos que las parejas del mismo sexo pueden criar sin ningún problema a niños y que su desarrollo es normal frente a las expectativas dentro de la sociedad, por ende, el sexo de la pareja es indiferente al momento de la crianza, es así, que las medidas adoptadas deben ser en pro del bienestar de los niños y respetar el derecho de interés superior del niño, ya que se ha establecido que los únicos beneficiados no son únicamente las parejas del mismo sexo, sino que en gran medida son los niños quienes carecen de los beneficios concernientes a pertenecer a una familia.
11. Queda como corolario, la existencia de contradicciones entre la normativa constitucional y los principios constitucionales 1.-Vulneración del principio de igualdad y no discriminación (Art. 11 Núm. 2); (Art. 66 Núm. 4); 2.- Vulneración al derecho de libre desarrollo de la personalidad (Art. 66 Núm. 5); 3.-Vulneración al derecho de tomar decisiones de manera libre (Art. 66 Núm. 9); 4.-Vulneración de los derechos de la nueva concepción de familia (Art. 67); Vulneración por intromisión

de parte del Estado (Art. 1); Vulneración al principio del interés superior del niño a tener una familia, independientemente de su conformación según estudios doctrinarios (Art. 11 CNA). Todos estos derechos han sido objeto de análisis, la Constitución se debe analizar de manera integral, y de acuerdo a eso las situaciones que se han estudiado permiten ver la restricción que se ha dado para estas minorías.

12. Por último establecer que la orientación sexual no constituye de ninguna manera un criterio fundamentado, para negar la existencia de derechos que les son atribuibles a todas las personas por el hecho de ser tal, tanto el matrimonio como la adopción son instituciones que se les reconoce a las parejas heterosexuales, sin embargo, al ser todos seres humanos, nos debe ser atribuidos todos los derechos que dictan las normas de un ordenamiento jurídico sin limitaciones, las adecuaciones normativas deben ser encaminadas en pro del desarrollo estructural de la sociedad, y por tanto, lo que dicta el nuevo orden mundial es el acceso sin restricciones a los derechos fundamentales.

Bibliografía

- CORTE CONSTITUCIONAL para el período de transición, Acción extraordinaria de protección, Sentencia N.o 020-10-SEP-CC CASO N.o 0583-09-EP (CORTE CONSTITUCIONAL para el período de transición 11 de Mayo de 2010).
- Ex – Corte Suprema de Justicia del Ecuador, sentencia No. 586-99 (Ex – Corte Suprema de Justicia del Ecuador 28 de Noviembre de 1999).
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. (23 de Marzo de 1976). *www.ohchr.org.* Obtenido de www.ohchr.org: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreTreatiessp.pdf
- Aguilar Cavallo, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales, vol. 6, núm. 1* , pp. 223-247.
- Aguirre, C. P. (2014). La discriminación de jure del artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador. *Aportes Andinos*, 79.

- Alexy, R. (2001). *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2005). Ponderación, control de constitucionalidad y representación. *Fontamara,* pp 89-103.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los Derechos Fundamentales, 2da Edición.* Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2014). *Teoría de los derechos Fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ángulo, A., Granados, J., & M-Mar, G. (2014). "Experiencias de familias homoparentales con profesionales de la psicología en México, Distrito Federal. Una aproximación cualitativa". pp. 211- 236.
- Ávila Santamaría, R. (2008). *El principio de legalidad vs el principio de proporcionalidad (Reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol de los parlamentos y los jueces).* Quito: Ministerio de justicia y Derechos Huamanos.
- Ávila Santamaría, R. (2008). *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado.* Quito.
- Ávila Santamaría, R. (2008). *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado.* Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ávila Santamaría, R. (2011). *El neoconstitucionaismo tranformador "El Estado y el Derecho en la Constitución del 2008".* Quito: Abya-Yala.
- Ávila Santamaría, R. (2012). Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano. 31.
- Ayala Mora, E. (2008). *Manual de Historia del Ecuador Tomo II.* Quito: Corporación Editora Nacional.
- Barahona, A. (2008). Igualdad, familia y matrimonio en la Constitución ecuatoriana del 2008. *Foro: revista de derecho;No. 23,* 69-94. Obtenido de

repositorio.uasb.edu.ec: http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5275/1/06-TC-Barahona.pdf

- Barahona, A. (2015). Igualdad, familia y matrimonio en la Constitución ecuatoriana de 2008. *Revista de Derecho, No. 23, UASB*, 70-94.
- Bayefsky, A. (1990). El principio de Igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional. *Human Rights Law Journal, Vol. 11*, pp. 1-34. .
- BBC noticias. (4 de Julio de 2017). 23 países que han legalizado el matrimonio gay en el mundo. *BBC noticias*.
- Beltrán, P. (2012). Karen Atala vs La Heteronormatividad: Reflexiones más allá de la discriminación por orientación sexual. *Debate Feminista Vol.45*, 259-287.
- Benavides Ordoñez, J. (2013). *Un repaso a la Teoría Fundamental de los Derechos Fundamentales.* Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Benavides, J. (2012). *Del Bien Común al Buen Vivir*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Bernal Pulido, C. (2002). El Juicio de Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. *Universidad Externado de Colombia.*, 1-18.
- Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *Universidad Externado de Colombia*, pp 225-238.
- Biglieri, P. (2013). Emancipaciones. Acerca de la aprobación de la ley del matrimonio igualitario en Argentina Iconos. *Revista de Ciencias Sociales*, 145-160.
- Bull, E., & García, E. (Año 2004.). La Adopción por Homosexuales. *Anuario de Psicología Jurídica, Volumen 14.*, Págs. 81-98.
- Cabrera Vélez, J. (2008). *Adopción: Legislación, Doctrina y Práctica.* Quito: Librería Jurídica Cevallos.
- Caicedo, D., & Porras, A. (2010). *Igualdad y Diversidad sexual La hegemonía de la heterosexualidad en el derecho ecuatoriano.* Quto: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

- Campo-Arias, A., & Herazo Acevedo, E. (2015). La adopción por parejas del mismo sexo en Colombia. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, 75-76.
- Carbonell, M., & Jones, D. (2012). Evangélicos y derechos sexuales y reproductivos: actores y lógicas políticas en la Argentina contemporánea. *Ciências Sociais Unisinos, vol. 48, núm. 3, septiembre-diciembre* , pp. 225-234.
- Carbonero, N. (10 de 01 de 2018). revasa.org. *Corte Interamericana ordena abrir la puerta al matrimonio gay en Costa Rica*. Obtenido de revasa.org: http://revasa.org/corte-interamericana-ordena-abrir-la-puerta-al-matrimonio-gay-en-costa-rica/
- Cardoso, E. (2013). Género, heteronormatividad y argumentos a favor del matrimonio homosexual en la jurisprudencia de los tribunales brasileños. *Dilemata*, 207-34.
- Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 239 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Febrero de 2012).
- Castelar, A. F. (2010). Familia y homoparentalidad: una revisión del tema. *Revista CS, núm. 5, enero-junio.*, pp. 45-70.
- Castellar, A. F. (2011). Familia y homoparentalidad: una revisión del tema. *Revista CS 2010, (Enero-Junio)*, 45-70.
- Ceballos Fernández, M. (2014). Identidad homosexual y contexto familiar heteroparental: implicaciones educativas para la subversión social. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y juventud*, 643-658.
- Centeno. (s.f.). *"Los derechos de las personas GLBT en el ámbito familiar ecuatoriano".*
- Centeno Rodríguez, R. (2007). Uniones Homo.Afectivas y Constitución del Ecuador. *Revista de derecho, No. 7, UASB*, 187-201.
- Centeno Rodríguez, R. (2009). *Las personas GLBTT y Derecho de Familia.* Quito: Corporación Editora Nacional; Universidad Andina Simón Bolivar.

- Chano, L. (2015). Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo: Especial referencia a los derechos fundamentales. *Revista Universitaria Europea Nº 23*, pp: 151-174.
- Codificación al Código Civil. (2005).
- Código Civil. (24 de Junio de 2005). *www.lexis.com.ec*. Obtenido de www.lexis.com.ec: http://www.lexis.com.ec/website/recursos/leyes/LeyesReglamentos.aspx
- Código de la Niñez y Adolescencia. (03 de Enero de 2003). *www.lexis.com.ec*. Obtenido de www.lexis.com.ec: http://www.lexis.com.ec/website/recursos/leyes/LeyesReglamentos.aspx
- Código Orgánico de la Función Judicial. (09 de Marzo de 2009). *www.lexis.com.ec*. Obtenido de www.lexis.com.ec: http://www.lexis.com.ec/website/recursos/leyes/LeyesReglamentos.aspx
- Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño , Opinión Consultiva OC-17/2002 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de Agosto de 2002).
- Constitucion de la Republica del Ecuador. (lunes de Octubre de 2008). *www.asambleanacional.gob.ec*. Obtenido de www.asambleanacional.gob.ec: http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf
- Constitución de la República del Ecuador. (20 de Octubre de 2008). *www.lexis.com.ec*. Obtenido de www.lexis.com.ec: http://www.lexis.com.ec/website/recursos/leyes/LeyesReglamentos.aspx
- Constitución del Ecuador . (26 de Marzo de 1929). *www.cancilleria.gob.ec.* Obtenido de www.cancilleria.gob.ec: http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1928.pdf
- Constitución del Ecuador . (6 de Marzo de 1945). *www.cancilleria.gob.ec.* Obtenido de www.cancilleria.gob.ec: http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1945.pdf

- Constitución del Ecuador. (25 de Mayo de 1967). *www.corteconstitucional.gob.ec.* Obtenido de www.corteconstitucional.gob.ec: http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/constituciones/constitucion_1967.doc
- Constitución Política de la República del Ecuador. (1998). *www.asambleanacional.com*. Obtenido de www.asambleanacional.com.
- Constitución Política del Ecuador. (27 de Marzo de 1979). *cancilleria.gob.ec.* Obtenido de cancilleria.gob.ec: http://cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1978.pdf
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (7-22 de Noviembre de 1969). *www.oas.org.* Obtenido de www.oas.org: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Convención sobre los Derechos del Niño. (20 de Noviembre de 1989). *www.un.org.* Obtenido de www.un.org: http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf
- Córdova, A. (1956). *Derecho Civil Ecuatoriano.* Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana.
- Corral Talciani, H. (2002). *Adopción y Filiación adoptiva.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Corte Constitucional Colombiana Acción de Tutela, Sentencia C-071/15 (Corte Constitucional Colombiana 18 de Febrero de 2015).
- Corte Constitucional Colombiana, demanda de inconstitucionalidad , Sentencia C-577/11 (Corte Constitucional Colombiana. 26 de Julio de 2011).
- Corte Constitucional Colombiana: Demanda de Inconstitucionalidad, Sentencia C-477/99 (Corte Constitucional Colombiana. 7 de Julio de 1999).
- Corte Constitucional Colombiana: Derechos Fundamentales de los Homosexuales, Sentencia No. T-539/94 (Corte Constitucional Colombiana 30 de Noviembre de 1994).

- Corte Constitucional de Colombia: Acción de Tutela Transitoria., Sentencia T-587/98 (Corte Constitucional de Colombia 20 de Octubre de 1998).
- Corte Constitucional de Colombia: Demanda de Inconstitucionalidad, Sentencia C-404/98 (Corte Constitucional de Colombia 10 de Agosto de 1998).
- Corte Constitucional de Colombia: Demanda de Inconstitucionalidad en materia de Adopción por Parejas del mismo sexo., Sentencia C-683/15 (Corte Constitucional de Colombia 4 de Noviembre de 2015).
- Corte Constitucional de Colombia: Libre Desarrollo de la Personalidad, Sentencia No. T-594/93 (Corte Constitucional de Colombia 15 de Diciembre de 1993).
- Corte Constitucional del Ecuador, Acción Extraordinaria de Protección, Sentencia N.o 064-15-SEP-CC; Caso N.o 0331-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 11 de Marzo de 2015).
- Corte Constitucional del Ecuador, Interpretación Constitucional, Sentencia No. 001-08-SIC-CC (Corte Constitucional del Ecuador 28 de Noviembre de 2008).
- Corte Constitucional del Ecuador: Acción Extraordinaria de Protección, Sentencia No. 008-09-SEP-CC; CASO: 0103-09-EP (Corte Constitucional del Ecuador 19 de Mayo de 2009).
- Corte Constitucional del Ecuador: Acción Extraordinaria de Protección, Sentencia N.o 058-14-SEP-CC; CASO N.o 0435-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 2 de Abril de 2014).
- Corte Constitucional del Ecuador: Acción Extraordinaria de Protección, SENTENCIA N.° 006-14-SIN-CC; CASO N.° 0060-09-IN (Corte Constitucional del Ecuador 24 de Septiembre de 2014).
- Corte Constitucional del Ecuador: Acción Extraordinaria de Protección, Sentencia No. 064-15-SEP-CC; 0331-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 11 de Marzo de 2015).
- Corte Constitucional del Ecuador: Acción Extraordinaria de Protección, Sentencia N.° 133-17-SEP-CC CASO N.° 0288-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 10 de Mayo de 2017).

- Corte Constitucional del Ecuador: Acción Extraordinaria de Protección., SENTENCIA N.° 067-12-SEP-CC; CASO N.°1116-10-EP (Corte Constitucional del Ecuador 27 de Marzo de 2012).
- Corte Constitucional del Ecuador: Acción Pública de Inconstitucionalidad, Sentencia N° 008-13-SIN-CC; CASO N° 0029-11-IN (Corte Constitucional del Ecuador. 13 de Junio de 2013).
- Corte Constitucional del Ecuador: Precedente Jurisprudencial Obligatorio, Sentencia No. 001-10-PJO-CC; Caso No. 0999-09-JP (Corte Constitucional del Ecuador 29 de Diciembre de 2010).
- Corte Constitucional del Ecuador; Acción extraordinaria de protección., Sentencia No. 002-13-SEP-CC, CASO N.o 1917-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador. 5 de Marzo de 2013).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Serie C No. 239; Serie C No. 254 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Febrero de 2012).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Loayza Tamayo Vs Perú (Reparaciones), Serie N. Caso 42 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de Noviembre de 1998).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. , Opinión Consultiva OC-18/03 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de Septiembre de 2003).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/2002 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de Agosto de 2002).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Idetidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo., OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Noviembre de 2017).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Restricciones a la pena de muerte, OPINIÓN CONSULTIVA OC-3/83 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 08 de Septiembre de 1983).
- Covarrubias, I. (2012). La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación. *Revista Chilena de Derecho, vol. 39 Nº 2*, pp. 447 - 480.
- De Felice, R. (2016). El interés superior del menor prohíbe la restricción del derecho de adopción a las solas parejas de personas heterosexuales. *Revista de Derecho Privado, n.º 31.*, 385 a 408.
- Declaración de los Derechos del Niño. (1959). *iris.paho.org*. Obtenido de iris.paho.org: http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/10565/v87n4p341.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (10 de Diciembre de 1948). *www.un.org*. Obtenido de www.un.org: http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (10 de Diciembre de 1948). *www.un.org*. Obtenido de www.un.org: http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/
- Dominguez de la Rosa, L., & y Montalbán, F. (2016). Construcción empírica de la homoparentalidad: necesidad de una aproximación cualitativa. *Revista de Antropología Iberoamericana, vol. 11, núm. 2, mayo-agosto*, 247-272.
- Durán Mera, M. (12 de Febrero de 2014). *www.derechoecuador.com*. Obtenido de www.derechoecuador.com: http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechodelaninezylaadolescencia/2014/02/12/derecho-de-menores---analisis-juridico-de-sus-codificaciones-
- Ellen C. Perrin, M. y. (2002). Informe Técnico: Coparentalidad o Adopción por padres del mismo sexo. *American Academy of Pediatrics*, Pp. 341-344.

- Escobar, F. (2015). *www.umariana.edu.co.* Obtenido de www.umariana.edu.co: www.umariana.edu.co/ojs-editorial/index.php/libroseditorialunimar/article/.../604
- Estrada, S. (2011). Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo. *Opinión Jurídica, Vol. 10, N° 19,* pp 21-40.
- Facio, A. (1999). *Metodología para el análisis de género del fenómeno legal.* Santiago de Chile: Ediciones LOM.
- Feldstein de Cárdenas, S., & Scotti, L. (2011). El matrimonio igualitario en la República Argentina: impacto y perspectivas desde la mirada del Derecho Internacional Privado. *Revista Científica de UCES Vol. XV Nº 1* -, 75.
- Fernández Olazábal, P. (2007). Transexualidad, homosexualidad y familia (reflexiones teóricas y resultados de trabajo desde una visión de la psicología). *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.* , 26-41.
- Ferrajoli, L. (2010). *"Igualdad y diferencia".* Quito: Danilo Caicedo y Angélica Porras (Ministerio de Turismo, Derechos Humanos y Cultos).
- Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y Garantías "La ley del más débil".* Madrid: Trotta.
- Festy, P. (2006). La légalisation des couples homosexuels en Europe. . *Population,vol. 61, no 4,*, 493-531.
- Fígari, C. (2010). *Matrimonio para todas y todos, LEy de Igualdad.* Buenos Aires: Fundación Triangulo.
- García Rubio, M. P. (2004). *www.padresdivorciados.es.* Obtenido de www.padresdivorciados.es: http://www.padresdivorciados.es/pdf/adopcion%20en%20parejas%20homoparentales.pdf
- Gonzáles Marianne, P. Ó. (2008). Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana a proposito del Caso Apitz. *Revista IIDH Vol. 47,* pp. 127-164.

- Gonzalez, M. (2009). Proyecto de Ley unión civil entre personas del mismo sexo. Posiciones a favor y en contra. *Rev. electrónica de estudiantes Esc. de psicología, Univ. de Costa Rica.*, 11-30.
- Guastini, R. (2007). Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales. *Revista mensual de jurisprudencia Año 2, N.º 08*, pp 631-637.
- Guzmán Brito, A. (1997). *Derecho Privado Romano (Tomo I).* Santiago de Chile : Editorial Jurídica de Chile.
- Herrera, M. (2010). Adopción y ¿homo-parentalidad u homo-fobia? Cuando el principio de igualdad manda. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C*, 180-221.
- Hotton, C. (21 de Abril de 2010). El derecho de los niños a tener madre y padre. *Lanación*.
- juristadelfuturo.org. (10 de Enero de 2018). *juristadelfuturo.org.* Obtenido de juristadelfuturo.org: http://juristadelfuturo.org/opinion-consultiva-identidad-genero-no-discriminacion-parejas-del-sexo/
- Krasnow, A. (2012). El nuevo modelo de matrimonio civil en el derecho argentino. *Revista de Derecho Privado*, 39.
- La ONU y el Estado de Derecho. (s.f.). *www.un.org*. Obtenido de www.un.org: https://www.un.org/ruleoflaw/es/thematic-areas/human-rights/equality-and-non-discrimination/
- Larrea Holguin, J. (2008). *Manual Elemental de Derecho Civil Vol. 2.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Larrea Holguín, J. (2009). *Derecho Civil del Ecuador Actualizado por: Dr. Ricardo Logroño Dahik Volumen: III.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (21 de Septiembre de 2009). *www.oas.org*. Obtenido de www.oas.org: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf

- Lopera, G. (2008). *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales.* Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- López Contreras, R. E. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, , 51-70.
- López, F. (2006). *Homosexualidad y familia: Lo que los padres, madres, homosexuales y profesionales deben saber y hacer.* . Barcelona: Graó.
- Medina, G. (2001). *Los Homosexuales y el Derecho a contraer Matrimonio.* Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzon.
- Montaña, J. (2012). *Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección.* Quito: Centro de estudios y difusión del Derecho Constitucional.
- Montes, G. G. (2010). El reconocimiento al derecho de unión entre personas del mismo sexo: el caso de Colombia, Argentina, Uruguay y el Distrito Federal de México. *rev.latinoam.estud.fam. Vol. 2*, 176-194.
- Moreno, V. (2014). Matrimonio y adopción: dos instituciones en transformación familiar a partir de la jurisprudencia constitucional colombiana a favor de las parejas LGBTI*. *Revista Nuevo Derecho, Vol. 10, No. 15*, pp 113-128.
- Nikken, P. (2003). La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Memoria del Seminario*, pp 161-184.
- Nofal, L. (2010). Adopción homoparental: derechos LGT1 a la adopción. *Uiversidad de Belgrano: Departamento de investigaciones*, 1-26.
- Nofal, L. (Septiembre de 2010). Adopción homoparental: derechos LGT1 a la Adopción . *Universidad de Belgrano. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Obtenido de repositorio.ub.edu.ar: http://repositorio.ub.edu.ar/bitstream/handle/123456789/555/398_Nofal.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Oyarte, R. (2014). *Derecho Constitucional ecuatoriano y Comparado.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Oyarte, R. (2016). *Debido Proceso.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Páez, M. (2013). La sentencia C-577 de 2011 y el Matrimonio Igualitario en Colombia. *Revista Derecho del Estado n.º 31* , pp. 231-257.
- Parraguez, L. (s.f.). *Manual de Derecho Civil: Personas y Familia.*
- Paula Aguirre, C. (2014). La discriminación de jure del artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador. *Revista de Derechos Humanos "Aportes Andinos"*, 60-84.
- Perrino, J. o. (2012). *Matrimonio y uniones de hecho: diferencias.* Buenos Aires: Biblioteca Digital de la Pontificia Universidad Católica de Argentina.
- Pesantez, E. e. (2015). *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pesantez, E. e. (2015). *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas Derechos Humanos y Justicia Constitucional.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Petit, E. (1999). *Tratado Elemental de Derecho Romano.* Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires.
- Pradilla Riveira, S. (2011). Aplicación del principio del interés superior del niño como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella. *Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia)*, 329-348.
- Prieto Sanchís, L. (2001). *Los Derechos Sociales y el Principio de Igualdad Sustancial.* México: Editorial Porrua y Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rainer, A., Martínez, J., & Zúñiga., F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales, Año 10, Nº 1*, pp. 65 - 116.
- Restrepo, D. (2008). Los límites argumentativos de la Corte Constitucional Colombiana a la luz de la teoría de Toulmin: elcaso de la "Unión Marital de Hecho" de las parejas homosexuales. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 38, núm. 109* , pp. 421-451.

- Rodríguez Martínez, E. (2010). Los matrimonios homosexuales en el Distrito Federal: Algunas consideraciones en torno a la reforma a los códigos Civil y de Procedimientos Civiles. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 943-945.
- Rodríguez Pascual, I., & y Menéndez Álvarez, S. (2003). El reto de las nuevas realidades familiares. *Portularia*, 9-32.
- Rodríguez, E. (2011). El reconocimiento de las uniones homosexuales, una perspectiva de derecho comparado en América Latina. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, pp. 207-235.
- Rodríguez, L. (25 de Julio de 2011). *colegiodeprofesionalesenderecho.blogspot.com.* Obtenido de colegiodeprofesionalesenderecho.blogspot.com: http://colegiodeprofesionalesenderecho.blogspot.com/2011/07/el-juicio-de-ponderacion.html
- Rondón García, L. M. (2011). Nuevas formas de familia y perspectivas para la mediación: el tránsito de la familia modelo a los distintos modelos familiares. . *Universidad Internacional de Andalucía*, 81-94.
- Saba, R. (2012). *Desigualdad Estructural.* Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Salgado Álvarez, J. (2014). Entre la reproducción y el cuestionamiento de la concepción heteronormativa de familia. El caso Karen Atala. *Revista de Derechos Humanos Universidad Andina Simón Bolivar (Aportes Andinos 34)*, 10-46.
- Salgado Pesantez, H. (1995). *Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana.* Quito: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales ILDIS.
- Salgado, J. (2004). Análisis de la interpretación de inconstitucionalidad de la penalización de la homosexualidad en el Ecuador. *Aportes Andinos N° 11,* pp 1-12.
- Salgado, J. (2013). *Manual de formación en género y derechos humanos.* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/ Corporación Editora Nacional.
- Sangalli, M. O. (2014). El interés superior del niño en las adopciones homoparentales. *Revista Lecciones y Ensayos*, 217-231.

- Sentencia C-577 de 2011 Matrimonio Igualitario en Colombia, C-577 de 2011 (Corte Constitucional de Colombia 2011).
- Simón, F. (2009). *Derechos de la noñez y Adolescencia "De la convención sobre los derechos del niño a las legislaciones integrales" Tomo II.* Quito: Editora Jurídica Cevallos.
- Soriano, E. (2011). El matrimonio homosexual en Europa. *Rev. boliv. de derecho nº 12*, 204-216.
- Soriano, E. (2011). El matrimonio Homosexual en Europa. *Rev. boliv. de derecho nº 12*, 204-216.
- Talavera, P. (2007). El derecho europeo ante el matrimonio y las uniones de hecho de personas del mismo sexo. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 6-25.
- Torres, J. M. (2014). Reflexiones criticas de derecho comparado sobre cambios legislativos en materia de adopción por parejas homosexuales en Holanda y sus antiguas colonias. *Revista crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social, nº 9*, 169.
- Treacy, G. (2011). Categorías Sospechosas y Control de Constitucionalidad. *Lecciones y Ensayos, nro. 89,*, 181-216.
- Tribunal Constitucional del Ecuador; Acción Extraordinaria de Protección, Sentencia No. 010-14-SEP-CC; 1250-11-EP (Tribunal Constitucional del Ecuador 15 de Enero de 2014).
- Tribunal Constitucional Español "Recurso de inconstitucionalidad 6864-2005"., Sentencia 198/2012 (Tribunal Constitucional Español 6 de Noviemnre de 2012).
- Urrego Trujillo, D. (2015). La legalidad del derecho de Familia Homosexual en Colombia. *Ciencias Humanas Volumen 12. Enero-diciembre*, 95-107.
- Vaggione, J. (2008). *Las familias más allá de las heteronormatividad.* Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Vaggione, J. M. (2008). *Las familias mas allá de la heteronormatividad*.

- Valadés, D. (2015). *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas Derechos Humanos y Justicia Constitucional.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Valencia Zea, A. (1962). *Derecho Civil Tomo V "Derecho de Familia".* Bogotá: Temis Bogotá.
- Villaverde, I. (2008). *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad.* Quito: Ministerio de Derechos y Justicia.
- Yepez Andrade, M. (2015). Reformas al Código Civil y la Unión de Hecho. *Derecho Ecuador*.
- Zannoni, E. (2002). *Derecho de Familia Tomo II.* Buenos Aires : Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma.

PARA TÍTULOS PROFESIONALES DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, **MARCOS POLO RUANO LIMA** C.I. **1716787328** autor del trabajo de graduación intitulado: **"Efectos Jurídicos de la Unión de Hecho en el Escenario de Adopción en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano"**, previa a la obtención del título profesional de **ABOGADO** en la Facultad de **Jurisprudencia**:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 29 de Marzo de 2018



Marcos Polo Ruano Lima
C.I. 171678732-8