



Pontificia Universidad Católica del Ecuador

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
SEDE MANABÍ
CARRERA DE DERECHO

TRABAJO DE TITULACIÓN

La adopción en parejas homoparentales como nueva forma de familia y
sus limitaciones en el derecho ecuatoriano

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Derecho, participación, gobernanza, regímenes políticos e institucionalidad

SUBLÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Fundamentos y principios del derecho en sus distintos ámbitos y aplicaciones

PREVIO AL TÍTULO DE ABOGADO

AUTOR

NAYELI MARÍA CEDEÑO JIMÉNEZ

TUTOR/A

AB. PATRICIO ALEJANDRO GILER FERNÁNDEZ, MG.

PORTOVIEJO, 02 DE AGOSTO DEL 2024

Certificación del Tutor de Trabajo de Integración Curricular

Patricio Alejandro Giler Fernández, docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador sede Manabí.

CERTIFICO:

En mi calidad de tutor del Trabajo de Integración Curricular, certifico haber revisado el presente manuscrito de investigación, el cual que se ajusta a las normas vigentes de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Manabí, cumpliendo la Normativa del Trabajo de Integración Curricular; en consecuencia, es apto para su presentación y sustentación.

Portoviejo, 02 de agosto del 2024

Atentamente,

Patricio Alejandro Giler Fernández

Acta de Aprobación del Trabajo de Integración Curricular

El Tribunal examinador aprueba el Trabajo de Integración Curricular titulado “La adopción en parejas homoparentales como nueva forma de familia y sus limitaciones en el derecho ecuatoriano” en nombre de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Manabí.

Patricio Alejandro Giler
Fernández
Lector 1/Tutor

Ab. María José Alcívar
Quijano, Mg.
Lector 2

Ab. Héctor Eduardo Rangel
Urdaneta, Mg.
Lector 3

Declaración de Originalidad

Este manuscrito no contiene ningún tipo de material que ha sido aceptado para la obtención de un título universitario en otra institución, excepto en forma de información de soporte que ha sido debidamente citada. Este trabajo es de total responsabilidad del autor, quien declara bajo juramento que ninguna sección de este trabajo de integración curricular infringe los derechos de otros autores.

Portoviejo, 02 de agosto del 2024

Declaración sobre Derechos de Autor

Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a distribuir este manuscrito de investigación en medios físicos y electrónicos con el fin de promover la divulgación de mis resultados a la comunidad científica y a la sociedad en general. Adicionalmente, autorizo el uso de los contenidos de esta investigación como bibliografía para fines académicos, por cualquier medio o procedimiento, citando como fuente al autor de este trabajo.

Portoviejo, 02 de agosto del 2024

Aprobación de Defensa Oral Pública

Los miembros del Tribunal designados por el honorable Comité Académico dan por aprobado el Trabajo de Titulación “La adopción en parejas homoparentales como nueva forma de familia y sus limitaciones en el derecho ecuatoriano”.

Patricio Alejandro Giler
Fernández
Lector 1/Tutor

Ab. María José Alcívar
Quijano, Mg.
Lector 2

Ab. Héctor Eduardo Rangel
Urdaneta, Mg.
Lector 3

Agradecimiento

Quiero agradecer a Dios, por permitirme cumplir mis metas y darme la oportunidad haber vivido una experiencia universitaria como ninguna otra. A mi mamá, por ser la mejor mamá del mundo, y la persona en la que me puedo apoyar cuando estoy muy cansada, que además es mi guía e imagen a seguir. A mi papá, por educarme e implantar las bases de mi vida necesaria para poder hacer lo correcto. A mis abuelos, que me criaron y me enseñaron lo que era la verdadera felicidad, y a mi Tía Miche que siempre está ahí para mí. A mis amigos que hicieron de estos años un recuerdo hermoso, que siempre guardaré preciadamente en mi corazón.

Quiero agradecer a mi tutor, y el mejor profesor, el Abogado Patricio Giler por enseñarme lo que es ser un excelente docente y persona también, al Abogado Gustavo Briones, por darme la oportunidad de participar y conocer lo que es el derecho.

Dedicatoria

Para todas las personas que se sienten dejadas de lado, ignoradas o rechazadas. La vida siempre se pone mejor; poquito a poco.

Resumen

La presente investigación denominada “La adopción en parejas homoparentales como nueva forma de familia y sus limitaciones en el derecho ecuatoriano” pretende analizar la prohibición de la adopción homoparental en el Ecuador, tipificada en el artículo 68 de la constitución; misma que establece que la adopción solo corresponderá a parejas de diferente sexo, ya que, a pesar de que la sentencia No. 11-18-CN/19 da paso al matrimonio igualitario, nada se refirió en stricto sensu sobre la adopción homoparental, manteniéndose entonces esta prohibición. Se pretende analizar entonces la posible contradicción con dos principios constitucionales: el principio de igualdad y no discriminación ubicado en el artículo 11 numeral 2 ante la posible discriminación de personas de la comunidad LGBTI por su orientación sexual, además del principio del interés superior del niño ubicado en el artículo 44 de la misma carta fundamental, ante la imposibilidad de los NNA en situación de abandono al acceder a una familia. Para ello, la metodología de investigación aplicada al presente se enfoca en utilizar una modalidad bibliográfica-documental, a través de los métodos inductivo, socio-jurídico y analítico-sintético en el nivel de investigación exploratorio, descriptivo y explicativo, mediante el análisis de la Constitución, el CONA, la Opinión Consultiva OC24/17, La Sentencia No. 11-18-CN/19, la Sentencia No. 184-18-SEP-CC, y el caso “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”.

Palabras clave: Adopción homoparental, igualdad y no discriminación, interés superior del niño.

ABSTRACT

This research, entitled "Same-Sex Couple Adoption as a New Family Form and Its Limitations in Ecuadorian Law," aims to analyze the prohibition of same-sex adoption in Ecuador, as stipulated in Article 68 of the Constitution; this article establishes that adoption shall only be granted to different-sex couples. Although ruling No. 11- 18-CN/19 allows for same-sex marriage, it does not specifically address same-sex adoption, thus maintaining this prohibition. The study aims to analyze the potential contradiction with two constitutional principles: the principle of equality and nondiscrimination, located in Article 11, numeral 2, given the possible discrimination against individuals from the LGBTI community due to their sexual orientation, and the principle of the best interests of the child, located in Article 44 of the same fundamental charter, due to the inability of abandoned children to access a family. To this end, the research methodology applied to the present study focuses on using a bibliographic documentary modality, through inductive, socio-legal, and analytical-synthetic methods at the exploratory, descriptive, and explanatory levels of research, by analyzing the Constitution, the Child Welfare Code, Advisory Opinion OC24/17, Ruling No. 11-18-CN/19, Ruling No. 184-18-SEP-CC, and the "Atala Rívo and Daughters vs. Chile" case.

Keywords: Same-sex adoption, equality and nondiscrimination,

Tabla de contenido

Resumen.....	10
ABSTRACT.....	11
Introducción	14
Presentación del Problema Jurídico	17
Objetivos:.....	20
Aportes y valor de la investigación.....	21
Capítulo I: Marco teórico-doctrinario.....	22
1. La adopción.....	22
1.1. La adopción a grandes rasgos	22
1.2. Tránsito histórico de la adopción.....	23
1.3. La adopción en latinoamérica. Experiencias arribadas en Ecuador	26
2. La comunidad LGBTI.....	29
2.1. La comunidad LGBTI a grandes rasgos	29
2.2. Historia de la comunidad LGBTI: Occidente, latinoamérica y Nueva York	30
2.3. El contexto internacional de la comunidad LGBTI.....	32
2.4. Historia y actualidad de la comunidad LGBTI en Ecuador.....	34
3. La familia	37
3.1. Concepto, etimología, clasificación y funciones	37
3.2. ¿Ventajas de tener una familia?	38
3.3. Marco histórico.....	39
3.4. Tratamiento legislativo nacional e internacional	42
4. El matrimonio igualitario	44
4.1. Concepto del matrimonio	44
4.2. Recorrido histórico	44
4.3. ¿En el matrimonio cabe la opción homosexual?	46
4.4. Matrimonio igualitario más allá de las fronteras: realidades sociales y normativas ..	47
4.5. Matrimonio igualitario en Ecuador: un recorrido inusual	48
4.6. La oposición al matrimonio igualitario	50
5. La adopción homoparental.....	52
5.1. Concepción global y sus argumentaciones	52
5.2. Concepción ecuatoriana.....	54
5.3. El interés superior del niños en la adopción homoparental	56
5.4. El principio de igualdad y no discriminación en la adopción homoparental.....	59
Capítulo II: Marco metodológico, normativo y jurisprudencial	62
1. Marco Metodológico.....	62
1.1. Enfoque de la investigación.....	62
1.2. Modalidades de la investigación.....	62
1.3. Métodos	63
1.4. Nivel de Investigación	64

1.5. Hipótesis	65
2. Marco normativo.....	66
2.1. Constitución de la República del Ecuador.....	66
2.2. Código de la Niñez y Adolescencia.....	67
2.3. Opinión Consultiva OC24/17 – Corte Interamericana de Derechos Humanos	68
3. Marco jurisprudencial	70
3.1. Corte Constitucional del Ecuador.....	70
Capítulo III: Análisis de jurisprudencia y/o resultados de investigación.....	76
Conclusión	84
Bibliografía	87

Introducción

Según Aristóteles las personas son “animales sociales”, sin embargo, esta mención no contenía una idea ofensiva, sino de detallar la naturaleza humana más básica, es decir, el intrínseco deseo de pertenencia de la persona en sociedad. La categoría de sujeto como persona constituye una forma de relación con las demás personas, y esto justifica su aceptación en sociedad; está en el ADN de acuerdo a las posturas científicas y médicas, en el alma desde una visión religiosa, o en la razón si se observa desde la filosofía; empero, lo cierto detrás de todas estas propuestas se sitúa en que las personas siempre buscan compañía; y, a partir de ahí formularse la siguiente interrogante, ¿cuál es la compañía más importante para el ser humano? La respuesta dependerá de cada teoría o posturas, pero la tendencia de pensamiento implica la compañía de esposo, marido, pareja, cualquiera de sus asignaciones, pero con una mira estática, formar una familia.

La familia entonces es la institución básica a partir de la cual la sociedad nació, existe y permanece, constituyéndose como un eje transversal para la humanidad en su subsistencia y convivencia, y es lo único que permanece como forma de sujeto y convivencia social a lo largo de la historia. El recorrido histórico de la familia es interesante, inicialmente existió la familia en las tribus para la mera supervivencia y deseo sexual, luego con el paso de los siglos se estableció “la “familia tradicional”, o “patriarcal” la cual de acuerdo a la iglesia estaba conformada por un hombre que era cabeza de familia, una mujer que acataba sus órdenes; y donde con los cambios y progresos de las luchas sociales de las minorías, se debe reconocer entonces las nuevas formas de familia que ascienden a decenas de tipos, como por ejemplo las familias monoparentales, divorciadas, reconstruidas u homoparentales, donde esta última se definiría como: “la familia que

estaría compuesta por uno o dos gays o lesbianas y sus hijos, de procedencia biológica, adoptiva, inseminación o acogimiento” (García-Villanova, 2005, p. 149).

Esta nueva forma de familia existe debido a cambios sociales y conductuales que, junto al paso del tiempo, las personas adoptan nuevas perspectivas e ideas —que en la periferia histórica— se han asociado al terror o el misticismo. En este grupo de personas que han sido abrazadas en su mayoría —pero no en su totalidad, conviene aclarar— encontramos a las personas del colectivo LGBT, quienes enfrentan álgidos lares que recorrer y óbices casi insuperables. Las personas LGBT ven su origen históricamente con el desarrollo de sus “estructuras afectivas” donde se realizarían inicialmente mediante el secretismo, el miedo y los prejuicios. Gracias a la aceptación en masa —más no colectiva— ha existido una “reconstrucción social de la identidad homosexual” (García-Villanova, 2005, p. 152).

Así, frente a estas complejidades sociales, culturales y jurídicas entre lo que se constituye un romance y personas LGBT, ¿cuál es el punto de destino? Por lo considerado anteriormente, todo apunta hacia un solo horizonte y finalidad de la familia convencional: los hijos. Con el uso de la racionalidad práctica, es de conocimiento que las parejas LGBT se constituyen con personas del mismo sexo; entonces, la probabilidad de tener un hijo de manera “tradicional” es menos que nula, siendo la principal opción la adopción, donde las parejas homosexuales se encuentran luchando por este derecho denominado adopción homoparental, donde a partir de su prohibición puede vislumbrarse aspectos generadores de discriminación hacia estas parejas, además de atentar contra el interés superior del niño.

La adopción homoparental se constituye como una realidad observada desde hace varias décadas atrás, teniendo protagonismo por primera vez “en Suecia y en Sudáfrica en 2002, en España en 2004, Islandia y Bélgica 2006 y Noruega 2006” (Laura Chaparro, 2017, p. 271).

Puede observarse entonces que no es un tópico excesivamente nuevo en el mundo, sino que lo es en el aspecto religioso, donde los prejuicios y el desconocimiento impiden el desarrollo de estos ideales; sin embargo, existen varios países latinoamericanos que desde el año 2016 por una ley de “matrimonio igualitario” que fue aprobada y posibilitó esta realidad, como Argentina, México, Uruguay y más tarde varios países, siendo el más cercano en cuestiones de territorialidad Colombia.

Por ello, la apuesta principal de esta investigación se encuentra enfocada en identificar si el marco constitucional y normativo ecuatoriano se encuentra en estricta consonancia con los principios y mandatos convencionales referidos a la adopción en parejas homoparentales en el marco de la progresión y justiciabilidad de los Derechos.

Presentación del Problema Jurídico

En Ecuador, la sentencia N° 11-18-CN/19 de fecha 12 de junio de 2019, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, mediante una interpretación sistemática de las normas infraconstitucionales admite y da paso al matrimonio igualitario bajo la previsión de instrumentos internacionales de Derechos Humanos que convergen estas posibilidades y con ello posibilitando a parejas del mismo sexo para casarse; sin embargo, nada se refirió en stricto sensu sobre la adopción homoparental, teniéndose de plano la prohibición aún vigente. Parece ser que solo el matrimonio igualitario, pero no la adopción homoparental, sigue los preceptos internacionales y constitucionales de igualdad y no discriminación, donde la Declaración Universal de Derechos Humanos sostiene que “[t]odos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.” (1948, Art. 7) (**énfasis añadido**). Y, en concordancia, la carta constitucional ecuatoriana sostiene que:

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, **orientación sexual**, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física... (CRE, 2008, Art. 11.2). (**Énfasis añadido**).

Se observa este principio de no discriminación en más de un sentido, y en más de una institución, donde por ejemplo en el ámbito familiar la constitución establece que:

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 (CRE, 2008, Art. 67). **(Énfasis añadido).**

Sin embargo, este artículo ideal y utópico, se encuentra puesto en duda cuando más adelante, en el mismo texto constitucional refiere que: “[I]a **adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.**” (CRE, 2008, Art. 68). **(Énfasis añadido).** Diseñándose con esto, una enmarcada directa afincada en discriminación y desigualdad, aspecto de lucha constante en eliminarse en el texto constitucional y demás normas, desencajando toda idea con contenido progresiva de desarrollos frente a los artículos ya mencionados.

Al día de hoy, a nivel social, existen pocos temas que generen opiniones tan divididas como es la adopción homoparental; sin embargo, en las publicaciones recientes sobre el tema la mayoría de autores consideran ésta es una necesidad; dado que al ser los derechos caracterizados como progresivos, y mejorando la calidad de vida de las parejas LGBT que cumplan los requisitos de la adopción, y los niños que se encuentran en búsqueda de un hogar.

La prohibición de la adopción homoparental presente de manera expresa en el artículo 68 de la carta constitucional genera una antinomia con el artículo 11 de la misma Constitución, generando además varios aspectos negativos como son: 1) el derecho a la igualdad, también conocido como derecho a la no discriminación, siendo esta conceptualizada según la Corte Constitucional como “cualquier acto que atente contra la igualdad de oportunidades basadas en los criterios mencionados en el artículo 11” (Sentencia Nro.-037-13-SCN-CC, 2013); 2) el derecho de los niños en casas de acogida a tener una familia, que implica “la pérdida de

beneficios para estos niños, como es el derecho a la identidad, herencia y alimentos” (Santillán, 2023, p. 9) afectando consecuentemente el “interés superior del niño” como derecho constitucional enmarcado en el artículo 44, y en el código de la niñez y adolescencia definido 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, 2003, Art. 11).

Finalmente, 4) el Estado Ecuatoriano no está respetando una vez más su carta constitucional, el cual en su artículo 424 se compromete a dimensionar en mayor medida los derechos más favorables que se encuentran en los tratados internacionales. Es así que al hablar de convenios o tratados internacionales, podemos referirnos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*en adelante Corte IDH*), organismo internacional de derechos humanos que por medio de sus sentencias y observaciones generales, han cimentado precedentes importantes, como es el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, el cual enmarca con claridad la no vulneración del derecho a la igualdad en los casos sobre preferencias sexuales, o sobre las personas pertenecientes a la comunidad LGBT, en este caso la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile negó la custodia de su hija a una madre divorciada por haber iniciado una relación romántica con otra mujer, en este parámetro la Corte IDH estableció que se “condenaba” a Chile por haber discriminado a la señora Atala por sus preferencias sexuales, donde se estableció que Chile debería generar una reparación al respecto y la capacitación de los funcionarios y autoridades competentes. Donde según la CIDH los estados miembros- entre ellos Ecuador-

deben eliminar cualquier condición de discriminación que existiere, y propulsar la igualdad de todos y cada uno de sus ciudadanos.

Pregunta

¿El interés superior del niño, y el principio de no discriminación hacia las personas LGBT, se ve afectada por la prohibición constitucional de la adopción homoparental?

Hipótesis

La prohibición constitucional de la adopción homoparental afecta el interés superior del niño y el principio de no discriminación hacia las personas LGBT.

Objetivos:

1. Objetivo General

Identificar la disonancia existente entre el principio de no discriminación e interés superior del niño en contraposición a la imposibilidad de la adopción homoparental en el Ecuador, a la luz de la comprensión convencional de la familia en sus diversos tipos.

2. Objetivos Específicos

- Confrontar los postuladores a favor y en contra de la adopción homoparental que convergen en la actualidad.
- Comprender la dinámica de la adopción homoparental a la luz del sistema normativo, social e histórico ecuatoriano.
- Explicar la adopción como la vía idónea para la formación de la familia homoparental

Aportes y valor de la investigación

La presente investigación aporta detalles y perspectivas novedosas sobre la prohibición de la adopción homoparental, ya que se analiza la institución de la adopción homoparental como la vía más idónea para la conformación de familias homoparentales, se comprende además la contradicción constitucional entre el principio de discriminación e interés superior del niño en conjunto con la prohibición expresa de la adopción homoparental, además de factores externos alrededor de la imposibilidad y negatividad latente de gran cantidad de ciudadanos ecuatorianos alrededor de la comunidad LGBTI, compensado y fomentado por una historia ecuatoriana altamente homofóbica.

Es así como esta investigación posee un valor considerable, ya que pretende demostrar como las personas de la comunidad LGBTI son dejadas de lado, en temas tan importantes como la conformación de una familia, además de que imposibilita a los niños, niñas y adolescentes en calidad de adoptados el poder tener una familia que cumpla con los requerimientos necesarios por la legislación ecuatoriana vigente.

Se busca un Ecuador donde exista una igualdad formal y material entre las personas que lo habitan, y donde poco a poco se dejen de lado estos tratamientos diferenciados que no tienen una justificación concreta.

Capítulo I: Marco teórico-doctrinario.

1. La adopción

1.1. La adopción a grandes rasgos

Adopción nace del latín “Adoptio” que significa “prohijamiento”, es decir, el “recibir” un hijo como tuyo.

La adopción, a efectos de la presente investigación, ha sido concebida desde sus inicios como una institución jurídico-social que data desde los primeros cimientos en sociedad civilizada y organizada jurídicamente, para esto, según Ocaña (2016, p. 18), se idealiza como aquella medida “subsidiaria” destinada a una persona menor de edad, o en casos excepcionales hasta la edad de 21 años, que se encuentre en una situación de “abandono”, y que posee los requisitos para convertirse en “adoptado”, donde una familia, que no posee “vínculo sanguíneo” lo percibirá, recibirá y tratará como un hijo en todos los aspectos.

Para Palacios, esta es “la medida más extrema que se puede tomar dentro del sistema de protección de los niños, niñas y adolescentes” (2009, p. 53) ya que existen medidas previas, como son “la amonestación, el retiro inmediato y la ubicación en el medio familiar” (Agudelo, 2018, p. 9), y existen medidas para intentar solucionar el problema, como las terapias familiares o los hogares de paso, todo con el fin de poder satisfacer las necesidades del niño, niña o adolescente (*en adelante NNA*) como son la alimentación, salud, vivienda, y demás.

Entendemos entonces a la adopción como “un instrumento jurídico que establece entre un menor y sus adoptantes un vínculo de filiación equiparable a la biológica a todos los efectos” (Moliner, 2012, p. 105). Eso quiere decir que el adoptante se convierte en padre y el adoptado en

hijo, sin opción a la negativa, exclusión de algún derecho o deber, e imposibilidad de revocatoria, el estado crea, mantiene y asegura una ficción, donde crea un vínculo llamado “filiación” entre ambas partes, para poder así darle al adoptado una familia en la que apoyarse. Sin embargo, no debe darse lugar a confusiones, dado que no se concibe “el derecho de los adoptantes”, ya que la adopción es un mecanismo para asegurar el mejor estilo de vida posible para el adoptado, donde los futuros padres no tienen este derecho, porque no es un derecho, más bien es una obligación en todo su concepto de parte del estado y sus autoridades designadas para de esta manera escoger quien será idóneo para mejorar el estilo de vida de este menor, por eso “ninguna legislación contempla (o difícilmente podría hacerlo) el derecho a adoptar” (Moliner, 2012, p. 100), es así que no existe derecho a adoptar, ni tampoco derecho a ser adoptado, debido a que esto no es una obligación activa para nadie, y es en el caso de los adoptantes un acto que se debe realizar con su claro consentimiento.

Conforme Amoros (2014), hoy en día la adopción posee una doble perspectiva, considerada en: 1) *educativa y psicológica*, aquel requerimiento del niño de sentirse en familia para su sano desarrollo, es decir, que a pesar de que no exista un lazo “sanguíneo” existan personas en las que apoyarse y las que pueda establecer como padres; y, 2) *perspectiva social*, que es aquella que busca proteger a los niños que han sido “abandonados” o se encuentran en situación de riesgo.

1.2.Tránsito histórico de la adopción

La adopción —acorde lo señalado en párrafos anteriores— no es de reciente data, ni ha sido un descubrimiento en los últimos años, teniendo como primer remanente el “Código de Hammurabi” del año 1750 A.C, apareciendo también en la literatura de todos los tiempos y lugares, donde “la literatura mitología ofrece varios ejemplos, como Moisés en la literatura

hebrea, Edipo en la griega, Rómulo y Remo en la Romana, y en la literatura clásica tenemos a Perdita en Shakespeare u Oliver Twist en Dickens” (Palacios, 2009, p. 53).

Para efectos formales, es en el imperio romano donde aparece la adopción como institución de derecho civil, estableciendo bases mínimas en la perspectiva jurídica y social, acuñando incluso un procedimiento tipificado, donde existían dos instituciones o tipos señalados como: “1) la arrogación que era la adopción de un *sui iuris* e implicada la incorporación en la familia del adoptante, donde se pasaba a ello el adoptante y sus bienes, las personas sometidas y patrimonio, y 2) la adopción de un *alieni iuris* que salía de su familia y potestades para ingresar en la del adoptante” (Ocaña, 2016, p. 27).

Sin embargo, años más tarde, de acuerdo a Moliner (2012), no podemos olvidar que la constitución de la adopción en Europa es trascendental para el desarrollo de la misma, donde tomó fuerza de manera “residual”, eso quiere decir que se realizaba con otro fin, principalmente de honor o económico, para que las familias que no podían tener hijos pudieran continuar con sus apellidos, algo situado a manera ejemplificadora aspectos hereditarios dado que las mujeres no podían, y para mantener la familia y su culto, y donde “las conductas de desatención, maltrato, explotación y muerte ocurrían con mucha frecuencia” (Pascual, 2020, p. 20), ya que en esa época la percepción de los hijos eran de “propiedades”. Más tarde, en la Edad Media la institución de la adopción empieza a perder su fuerza y su renombre, ya que “el derecho feudal establecía como impropia la mezcla con villanos y plebeyos,” (Acuña, 2014, p. 4).

Al ubicarnos en el siglo XII, específicamente en Inglaterra, encontramos que no existía la adopción de manera formal, sin embargo, se realizaba una práctica muy similar, denominada “aprendizaje”, la cual consistía en que niños- generalmente abandonados, o de familias con menos poder- se anexaban a familias poderosas, con el título de “aprendices”. Esta práctica luego

se desplaza a las colonias norteamericanas durante la conquista; y más tarde, con la independencia, USA empieza a reglamentar esta práctica, con el plan de “bienestar social” y “welfare state”.

La revolución industrial y las dos guerras mundiales generan una cantidad insana de niños abandonados, generando una situación de emergencia, ocasionando la “legitimación adoptiva” como primer documento jurídico al respecto en 1956, y es a partir de aquí que se observa por primera vez y desde diferentes ciencias cómo los niños son vulnerables y necesitan protección.

En latinoamérica, la adopción ha resultado en un ejercicio severamente informal, esto puede identificarse desde la época colonial, donde los nobles al abusar de las nativas tenían un hijo fuera del matrimonio, y donde por el honor lo entregaban a familias pobres a cambio de dinero para su cuidado, es así como recién a partir de los años sesenta empiezan las legislaciones latinoamericanas a regular la institución de la adopción.

En Ecuador, de acuerdo a Taisha (2017), la adopción aparece y toma vida jurídica en 1948 a través de un Decreto Ejecutivo, y es hasta el año 1970 cuando realza su categoría de institución normativa mediante las disposiciones jurídico-normativas del Código Civil, y seis años más tarde, es decir en 1976, se crea la primera normativa específica al respecto, en esa época denominada como “Código de Menores” que, años posteriores a la presente fecha se instituye en el Código de la Niñez y Adolescencia, dejando menor regulación en el Código Civil.

En el mundo contemporáneo, de acuerdo con Palacios (2009), existen dos tipos de adopciones, la adopción nacional, que es la que ocurre cuando el adoptante o adoptantes y el adoptado son del mismo país, y materia de estudio en este trabajo académico, y la adopción

internacional, que es aquella cuando los adoptantes o el adoptante realizan la adopción a un menor de otro país. La adopción nacional se tratará de manera detallada y exhaustiva más adelante; sin embargo, es necesario reconocer las ventajas de la adopción internacional en el mundo, como son: 1) para evitar problemas; se cree que la adopción nacional puede ser conflictiva con el paso del tiempo, por ejemplo, que después de un tiempo de haberse realizado la adopción, esta se interrumpa o se extinga por sus padres biológicos, o por aquellos que cuidaron al niño y lo exigen por algún motivo, situación que sería muy complicada en la adopción internacional, 2) los niños son menores y no poseen vínculos; situación que es contraria a la percepción de la adopción nacional, donde los niños que están esperando a ser adoptados son mayores, y poseen un hermano o hermana con el que adoptarlos; y, 3) la decadencia de la autoridad pública correspondiente.

1.3. La adopción en latinoamérica. Experiencias arribadas en Ecuador

Hoy en día, la adopción existe como una “posibilidad de proporcionar una familia al niño que, por las razones de su nacimiento y crecimiento, está expuesto a sufrir abandono y/o maltrato” (Acuña, 2014, p. 1); por ello, se constituye como un medio de ayuda a los menores, y de paso presta las mejores condiciones en la constitución de familia a las parejas que buscan un hijo, en su mayoría por la infertilidad que padecen. En latinoamérica nos enfrentamos a situaciones externas que afectan de manera indirecta la adopción, como es la extra posición de las clases sociales y el acumulamiento de la riqueza, donde las personas de clase baja poseen una gran carga laboral, mayormente por personas que ejercen labores de manera informal o que teniendo labores formales ostentan un salario mínimo para poder sobrevivir, dando una baja calidad de vida, donde lastimosamente existe una gran fecundidad a partir de uniones que son informales o se destruyen en muy poco tiempo; todas estas situaciones empeoran la condición en

la que se encuentran a los menores, resultando en carencias y necesidades que aumentan de manera desmedida frente a una sociedad globalizada, dando como resultados en muchas situaciones la de menores abandonados, que luego serán “candidatos” o “adoptados”, generalmente con desnutrición o problemas de salud física y emocional, donde es más necesario que nunca poder encontrar a la pareja más idónea que va a llevar adelante el crecimiento y desarrollo de este niño.

Existe en latinoamérica diferentes concepciones de la adopción, a manera de ejemplo citamos la experiencia colombiana, donde la adopción se encuentra en la “Ley 1098” normativa que la considera como: “Principalmente y por excelencia una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado se establece de manera irrevocable la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza”(Ley 1098, 2019), existen aquí dos etapas, la administrativa donde se cataloga al menor como “adoptable”, y la judicial como “adoptado”.

En Ecuador, según Menjarres (2019), la adopción busca proteger a los NNA que se encuentran abandonados; puede observarse en este sentido que a nivel constitucional, legal y convencional —tratados internacionales que ha ratificado el estado ecuatoriano— se traduce la adopción por fuera de una herramienta que soluciona conflictos ligados a la paternidad, definen a la adopción como “una medida de protección del infante abandonado, de su derecho a tener una familia y la obligación del estado de proveerla” (Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, 1989), debemos tener en cuenta que esta convención es marcada como un evento de gran relevancia, donde se reconocen quienes son, y cuáles son los derechos de los NNA de todo el mundo, puede observarse aquí la supremacía del interés superior del niño en cualquier situación o proceso que lo relacione, donde “esta convención es de carácter obligatorio para los estados firmantes, siendo el Ecuador, uno de ellos, al suscribirse en 1989 y ratificarse en

1990” (Morales, 2022, p. 9), igual de importante es la “Convención de la Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional” del año 1986 y al día de hoy la más conocida cuando se habla de la adopción, por medio de la Ley de Gestión de Identidad y Datos Civiles, “para que se proceda la inscripción y registro de una adopción es necesaria la sentencia de un juez competente” (2016, Art. 46), de esta manera se generará otra inscripción de nacimiento y la anterior pierde toda validez.

Tenemos en la legislación ecuatoriana la finalidad de la adopción en el Código Civil y el CONA, donde el código Civil establece que “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, respecto de un menor de edad que se llama adoptado.” (Código Civil, 2005, Art. 314), y el CONA la cual establece que “la adopción tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña y adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados” (CONA, 2013, Art. 151), entendemos también que la adopción es “plena”, es decir que es irrevocable y que se percibe al niño en su totalidad como hijo, donde según Carrillo (2016, p. 48), existen dos tipos, la 1) adopción simple que no existe en nuestra legislación ecuatoriana donde no se crean vínculos jurídicos entre el adoptante y el adoptado, como por ejemplo el derecho a la herencia, y 2) la adopción plena, que es la única que está reconocida en el artículo 152 del CONA donde el adoptante y adoptado poseen todos los derechos de la relación padre e hijo común.

2. La comunidad LGBTI

2.1. La comunidad LGBTI a grandes rasgos

“Lo irregular en la sexualidad se conoce como “perversión”; para algunos estas perversiones son “pecados”, y para otros “padecimientos”” (Careaga, 2015, p. 10).

Se conceptualiza a la esfera de la comunidad LGBTI como todo aquello que sale del marco de la heterosexualidad, es decir, que entran en este grupo diversas denominaciones, como son “los gays, lesbianas, bisexuales, transexuales, transgénero, travestis e intersexo, personas que existen en todos los países del mundo” (Samaniego, 2015, p. 12). Se observa desde los años 70 una lucha constante para la igualdad de las personas que pertenecen a esta comunidad; sin embargo, diversos factores imposibilitan esta realidad, donde la heterosexualidad es lo “correcto”, a pesar de aquello, incluso la idea de la familia heterosexual tradicional decae con el paso del tiempo, ya que, “desde la época victoriana se ha distorsionado la sexualidad, al relacionarla inicialmente en específico con la reproducción, sin embargo, desde el siglo XVIII se dejó de lado la sexualidad ilegítima como infecunda” (Careaga, 2015, p. 10); al día de hoy las relaciones sexuales tienen un fin placentero, y no solamente la reproducción de la humanidad.

La comunidad LGBTI como concepto y estructura proviene de diversas siglas sobre atracciones perdurables e identidad de género, teniendo así: 1) lesbiana, que es aquella mujer que se siente atraída por otras mujeres, 2) gays, que son hombres que se sienten atraídos por otros hombres, 3) bisexuales, que es una persona, cualquiera sea su género, que se siente atraído por hombres y por mujeres, 4) transgénero, que son aquellas personas “cuya identidad de género y/o expresión de género difiere del sexo biológico que les fue asignado al nacer” (ACNUR, 2018, p. 8), e 5) intersexual: que son las personas con una “anatomía reproductiva o sexual o/o patrones

de cromosomas que no parecen ajustarse con las típicas nociones biológicas de hombre o mujer” (Cuevas, 2017, p. 8), este último proveniente de la diversidad sexual, entendida según González (2018), como cualquier forma de expresión que tengan las personas sobre sus orientaciones sexuales y/o sus identidades de género.

En la actualidad, el rechazo a las personas de esta comunidad se conoce como “homofobia”, el cual “se perpetúa a través de la familia, el sistema educativo, los medios de comunicación y las iglesias” (Careaga, 2015, p. 13), donde el estado es aquel ente que se debe encargar de garantizar la protección a estas personas, esto por cuanto se ha identificado menoscabo y poca intervención estatal frente a los actos discriminatorios nacidos de la homofobia que, en gran medida, quedan ocultos o son minimizados por la esfera pública y privada, constituyéndose esto en un ejercicio y conducta normalizada hacia las víctimas. Hoy en día, de acuerdo con Cuevas (2017) puede señalarse cómo en Irán se les propinan latigazos a las personas homosexuales, en Argelia se los lleva a prisión; y, en Bangladesh se les da cadena perpetua. Además, conviene referirse la situación en cinco países: “Arabia Saudita, Irán, Mauritania, Sudán y Yemen y regiones de Nigeria y Somalia condenan con pena de muerte a las personas homosexuales, y más de 60 países castigan con prisión o castigo físico” (Careaga, 2015, p. 13).

2.2. Historia de la comunidad LGBTI: Occidente, latinoamérica y Nueva York

La homosexualidad ha existido desde el inicio de los tiempos, y se ha mantenido hasta el día de hoy, es entonces, que encontramos por ejemplo en Mesopotamia diversas descripciones sobre la homosexualidad; según Vázquez (2021), esta se practicaba bajo la idea de un rito religioso, a cargo de los “assinus” que eran sacerdotes. En Babilonia, Grecia y Roma, esto era una práctica común hace cuatro mil años y donde existen figuras reconocidas a nivel mundial en

la mitología, como por ejemplo Alejandro Magno y Hefestión en Grecia, los cuales fueron amigos de toda la vida y grandes amores; en Roma, por su parte, tenemos al emperador Julio César como ejemplo. Sin embargo, en paralelo existieron otras partes del mundo donde la sociedad y las autoridades se encontraban en total oposición, como los asirios, donde “la homosexualidad traía cincuenta golpes con bastón, trabajo comunitario al rey o la castración” (Vázquez, 2021, p. 2). Posteriormente bajo el cristianismo, Constantino y Justiniano prohibieron, persiguieron y castigaron la homosexualidad, donde a partir de aquí “se consideró que ofendía a Dios, como antinatural y nefasto” (Vázquez, 2021, p. 14).

Históricamente ha iniciado la travesía de desarrollo de la comunidad LGBTI a partir de los años 60 a nivel mundial, donde se observa una ola de diversos movimientos, como “la ola feminista, y su consecuente revolución sexual y los disturbios de Stonewall en Nueva York” (Santacruz, 2014, p. 14), generando entonces apertura y aceptación inicial a las personas que conforman a comunidad LGBTI, quienes en este momento se denominaban únicamente como “homosexuales”, donde años más tarde tomarían fuerza como una unidad para así exigir la igualdad en diversos campos, como el laboral o político.

Tenemos entonces varios lapsos y lugares memorables, a nivel mundial a Nueva York como cuna del desarrollo de los derechos LGBTI y en latinoamérica tenemos a Argentina como propulsora a nivel regional. En Nueva York observamos en 1969 como un grupo de personas pertenecientes a este colectivo se resistió en un bar llamado “Stonewall Inn” a una invasión policial por más de tres días, generando un impacto tan grande que al año siguiente y hasta ahora se empieza a conmemorar “la semana del orgullo gay” en el sexto mes del año hasta el día de hoy. A nivel latinoamericano Argentina en 1967 genera el primer “grupo” de personas de la comunidad LGBTI, siendo denominada como un “grupo homosexual- sexopolítico” conformado

por la clase media-baja, donde 5 años más tarde, al unirse a este grupo personas de clase media-alta, el nombre se transformaría a “Frente de Liberación Homosexual (FLH)”, sin embargo, la dictadura militar termina con este movimiento en 1976.

Brasil toma esta idea paralelamente a Argentina, donde existía el jornal “Lampiao de Esquina” y “Somos” como grupo. Colombia, en los años 70 también genera grupos, el “primero sienta León Zuleta en Medellín, luego en compañía de Manuel Velandia, fundando el “Movimiento para la Liberación Homosexual” (Santacruz, 2014, p. 16). En México existen al mismo tiempo “el Frente de Liberación Homosexual de México” “Grupos de los Martes y los viernes” y “Sexpol”. Sin embargo, no es hasta los años 80 donde la homosexualidad es un tema en “boca de todos” debido al apareamiento, padecimiento y propagación del VIH SIDA.

2.3.El contexto internacional de la comunidad LGBTI

Es menester tener en cuenta la importancia de tratados o normas internacionales en este tema, donde el desarrollo de derechos humanos supera límites y fronteras, y el reconocimiento de derechos e identidades se genera a nivel internacional y organizacional, donde la “Convención Americana de Derechos Humanos” del año 1969 establece como primer desarrollo jurídico una legislación donde no exista la discriminación, además de diversos tratados, como son: “el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador; Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer - Convención Belém do Pará; y Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (UNESCO, 2005)”, (Ojeda, 2018, p. 21).

A pesar de esto, el verdadero impacto se genera en los últimos años, donde los tratados más citados a nivel internacional son “la declaración de Montreal” del año 2006, “los principios de Yogyakarta” del mismo año, y “Yogyakarta Principios plus 10” que es la actualización del documento anterior, y donde a pesar de que ningún estado los haya aprobado, sirve como gran fuente jurisprudencia internacional. Lo que si ocurre más tarde es que la Organización de Naciones Unidas (*en adelante ONU*) empieza a crear instrumentos sobre la comunidad LGBTI, como “La Declaración sobre orientación sexual e identidad de género de las Naciones Unidas” del año 2008 en contra de la discriminación y la violencia.

A nivel latinoamericano es necesario destacar el rol participativo que toma la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*en adelante Corte IDH*) la cual ha desarrollado notorio avance en aspectos consultivos y contenciosos referentes a la comunidad LGBTI, mediante una nueva perspectiva y comprensión del principio de igualdad, y la no discriminación, el “reconocimiento” de la identidad de género, y la responsabilidad del estado por el uso de criterios discriminatorios, en este sentido:

La Corte IDH generó algunos avances, como son el 1) Informe de Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia en el año 2013 donde establecía que se debe realizar para la mejor protección de los derechos de las personas LGBTI, 2) La relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en el año 2014 y el Informe de la Comisión Interamericana de derechos Humanos sobre Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América en el año 2015 (Ojeda, 2018, p. 24).

A través de estos instrumentos la Corte IDH establece su oposición a la homofobia y crímenes de odio, y considera como punto central para la solución de esta problemática la necesidad de acceder a la justicia, además que se agraven las penas para las personas que cometan estos actos; por ello la Corte IDH, según Cuevas (2017), desde la década de los 80 se ha esforzado para erradicar la discriminación en las personas de la comunidad LGBTI, vemos en el año 2012 el caso “Karen Atala Riffo y Niñas vs. Chile” donde la corte estableció que las

relaciones o situaciones románticas que tengan las personas no es motivo de discriminación, cuatro años más tarde encontramos el caso “Duque vs. Colombia y Homero Flor Freire vs. Ecuador” sobre la discriminación de parejas homosexuales o por su orientación sexual.

2.4. Historia y actualidad de la comunidad LGBTI en Ecuador

Tenemos a la homosexualidad como delito en el Ecuador desde el año 1906, en la presidencia del General Eloy Alfaro Delgado, donde su artículo 364 señalaba que, en los casos de sodomía, “teniendo en cuenta que en esa época se entiende a la “sodomía” como un pecado a ojos de la religión judeocristiana, nacido de la “lujuria”, además de ser considerado antinatural, similar a la ‘bestialidad’” (Viteri, 2019, p. 14), donde el estado ecuatoriano condenaba a reclusión mayor de 4 a 8 años”, luego, en el año 1938 el presidente Alberto Gallo cambia la palabra “sodomía” por “homosexualismo”, situación que se mantiene hasta 1997. En el caso ecuatoriano, el Código Penal hasta el año 1997 en su artículo 516 primer inciso establecía “como delito las relaciones sexuales consentidas entre dos personas del mismo sexo” (Garrido, 2017, p. 2), dándoles como sanción reclusión mayor de entre 4 a 8 años, generando un artículo vago, subjetivo y que permitía un amplio accionar sujetado en la ley, permitiendo que las autoridades, como por ejemplo policías o militares violentaran de todas las maneras posibles a los hombres gays, ya que la homosexualidad de la época se refería a los hombres, dejando de lados a las mujeres y personas trans —sin embargo este último siendo perseguido imparablemente—.

Es así como existió un escenario terrorífico en esas décadas, apoyado en la propia legislación ecuatoriana, donde la práctica más común era la intimidación de la policía hacia bares gays, donde “los arrastraban y en algunos casos los torturaban” (Garrido, 2017, p. 4), donde se dejaban llevar por las apariencias, y por la idea de “femineidad”, y donde la prensa apoyaba tales actos, dándoles términos degradantes, como “mecos” o “depravados”. Todo llega a un punto de

no retorno cuando en 1997 cuando en Cuenca se detiene de manera masiva a las personas que se encontraban en el “Abanicos Bar”, ante la permisibilidad y el terror generado durante la presidencia del Ingeniero León Febres-Cordero Ribadeneyra, donde las mujeres trans de 1998 posteriormente empezaron a recolectar firmas para “despenalizar” la homosexualidad.

Años posteriores, se genera un cambio absoluto para las personas de la comunidad LGBTI, ya que es él quien incentiva que se apresen y golpeen a todos los “homosexuales” de la época, “las actividades y acciones gestionadas por el estado de turno de León Febres Cordero se centraban en las batidas, redadas y persecuciones hacía los sujetos indeseables para la sociedad conservadora de esa época” (Pallo, 2020, p. 13), entendemos bajo esa denominación principalmente a los homosexuales y a las prostitutas. Una de las ciudades de más terror era Quito, donde se perseguía a las personas que se encontraban en “el parque El Ejido”, conocido por ser un lugar frecuentado por homosexuales, donde eran perseguidos por un tumulto de fuerzas policíacas parte del “Servicio de investigación criminal”, en sus autos y buses, bajo la denominación de “barridas”, donde se los perseguía, se los asesinada o torturaba, o donde luego de ser arrestados generalmente se los golpeaba y sodomizaba, con el fin de “quitarles lo gay”, ya que “cuando las personas detenidas son homosexuales, reciben un tratamiento más rudo que cualquier otra persona” (Garrido, 2017, p. 11).

Es necesario recalcar que la violencia provenía también en mayor medida de otros ciudadanos, ya que era una realidad normalizada por la policía y el estado, donde “[u]n amanecer en Quito apareció el cadáver de un homosexual atravesado por unos veinte pinchos y colgado de un árbol” (Garrido, 2017, p. 8), simulando a la muerte de San Sebastián, y donde existía una exhibición total gracias a los medios de comunicación, donde los periódicos o medios televisivos ponían en portada las caras de las personas que eran consideradas “enfermas”, “el castigo

mediático era un instrumento para sostener el miedo y el fin de prácticas homosexuales, debido a que la temática era oculta y clandestina” (Pallo, 2020, p. 14).

Finalmente, la despenalización de la homosexualidad ocurre el 25 de noviembre de 1997, “Según la Resolución No. 106-1-97 publicada en el suplemento del registro oficial 203, del 27 de noviembre de 1997, que enfatizó en que la homosexualidad debe ser sometida a tratamientos médicos” (López, 2016, p. 2), a través del Tribunal Constitucional de manera unánime, ya que ellos consideraban esto era una “enfermedad incontrolable”, donde no se podía culpar a un enfermo y tratarlo como delincuente, y donde se frenaría su “propagación” por las cárceles. Se recomendaba recibir un tratamiento médico a pesar de que observamos que la motivación tras la penalización es altamente discriminatoria y errada, fue un logro para el estado ecuatoriano.

Más tarde ese año, se genera una nueva constitución, donde vemos en esta constitución de 1998 el principio de no discriminación por diversos motivos, entre ellos, la orientación sexual. Tenemos hoy en día la constitución creada en la Asamblea Constituyente del año 2008 la cual es una de las pocas en el mundo que promulga la no discriminación, donde a nivel social hoy existe en Ecuador el matrimonio igualitario, o en la cédula de identidad el reconocimiento de género. Hemos enfrentado diversas situaciones en la última década relacionada a la comunidad LGBTI, de acuerdo a García (2014, p. 8), donde por ejemplo en el año 2013 los activistas iniciaron una lucha por sus derechos ante los comentarios en el “Caso Pastor Zavala”, cuando se postuló a la presidencia de la república, donde en su discurso apoyo y generó muchos comentarios discriminatorios a la comunidad LGBTI, tenemos también el caso “Satya” donde la niña de madres lesbiana provenientes de reino unido, y habían legalizado su unión de hecho en Ecuador, pero la niña debía ser inscrita solo por una madre, como si estuviera soltera.

3. La familia

3.1. Concepto, etimología, clasificación y funciones

“Los cambios en la familia durante los últimos 40 años, han sido los más profundos y convulsivos de los últimos 20 siglos” (Valdivia, 2008, p. 15).

Según Paladines (2010), la palabra familia proviene del latín “famulus”, que se traduce a “sirviente”, es decir, el “esclavo” o “criado” de una persona. La familia como concepto es entonces aquella agrupación de seres humanos que poseen lazos consanguíneos o no, que viven bajo un mismo techo y que presentan intrínsecamente varios aspectos trascendentales para su correcto funcionamiento, como son, según Guzmán (2017), el poder compartir un “proyecto vital” a largo plazo, donde entre las personas parte de la familia existirá un sentimiento de pertenencia, además del afecto e intimidad.

La familia se constituye con el paso del tiempo como una de las instituciones más antiguas y que más ha cambiado en diversos aspectos; como son los involucrados o integrantes de la familia, el número de los integrantes, la jerarquía existente, las costumbres a las que se acogían y sus funciones. La posmodernidad trae consigo un sinnúmero de cambios en la familia, “vemos la desinstitucionalización de la familia a través de la legalización del divorcio, la fertilización asistida, la diversidad sexual, el género y la paternidad, el rol de la mujer, etc.” (Gutierrez, 2021, p. 4).

Las familias actuales poseen una amplia clasificación, siendo 1) la familia nuclear, donde existen ambos padres- un hombre y una mujer- y los hijos que provienen de ambos, “es decir dos generaciones de padres e hijos, biológicos o adoptados” (Paladines, 2010, p. 22), 2) la familia

extensa, que es aquella que además de la familia nuclear “incluye a los abuelos, tíos, primos y demás familiares” (Guzmán, 2017, p. 5), y donde generalmente son tres generaciones y la cual “se relaciona o interactúa como red social de apoyo, sobre la base de la ayuda mutua” (Anónimo, 2020, p. 3), 3) la familia compuesta es aquella donde los hijos o demás familiares solo tienen consanguinidad con uno de los padres, es decir que son familias reconstruidas; por ejemplo padres divorciados que tienen hijos de sus parejas anteriores, 4) las familias monoparentales que solo tienen un padre o una madre, por ejemplo, al ser madres o padres solteros o viudos, donde “este tipo de familia se impuso sobre los términos: familia rota, incompleta o disfuncional” (Gutierrez, 2021, p. 6) y 5) las familias homoparentales que son aquellas formadas por dos padres del mismo sexo.

La familia tiene un sinnúmero de funciones, según (Anónimo, Conceptos básicos para el estudio de familias, 2005, p. 18) son, 1) la socialización, que es el desarrollo social de las personas, 2) el afecto, que son aquellas emociones que sienten los miembros entre ellos, 3) el cuidado, que es la protección ante complicaciones o dificultades, 4) el estatus, entendida como la posición social, 5) la reproducción, para evitar la extinción, 6) y el desarrollo de la sexualidad.

3.2.¿Ventajas de tener una familia?

Según Toro (2005), la ONU declaró que 1994 era “el Año Internacional de la Familia”, ya que su decreto la considera como la “unidad natural y fundamental de la sociedad”, es aquí que la ONU clasifica a los diversos tipos de familias ya mencionados, donde las “crisis familiares, rupturas, orfandad, rivalidades entre hermanos pueden ser causas de una defectuosa personalidad y una futura inadaptación social” (Toro, 2005, p. 2). Las áreas donde la familia genera una influencia son:

1. La personalidad del niño: la familia es fundamental para que el niño se adapte a la sociedad y a él mismo, donde debe existir también una integración familiar.
2. La adaptación: es decir que pueda adaptarse también fuera del hogar, ya sea a nivel académico, con sus amigos, o más tarde con sus relaciones amorosas.
3. Éxito escolar: Para esto es necesario el desarrollo correcto del niño, de los padres, y el vínculo de ambos, en caso de que no existiera es común que se genere inseguridad, o dependencia.
4. Éxito en la vida: Para cuando el niño sea un adulto funcional, a nivel profesional o matrimonial.

3.3.Marco histórico

Inicialmente la familia en los tiempos más antiguos era “matriarcal”, sin embargo, diversas situaciones generaron que esta luego se convirtiera por muchos siglos en “patriarcal”.

1. *Familia matriarcal*: La sociedad se desarrolla primitivamente en el heterismo, “es decir que vivieron en promiscuidad” (Acevedo, 2011, p. 154), es por eso, que la idea de “paternidad” no existía, donde la “filiación” existía solo por el lado materno, donde las personas en control eran las mujeres, denominando esta época como la “ginococracia”, donde “el rol de la mujer era trascendental, mientras que el del hombre era accidental y transitorio” (Morales S. , 2015, p. 4), la mujer en esa época no tenía interés en saber quién era el padre de su hijo, pues sus padres y hermanos eran más importantes, donde incluso el hermano era más importante que el esposo, como podemos confirmar en la literatura griega que establecía que: “Antígona se sacrificada por su hermano y no por su marido, relata Sófocles” (Morales S. , 2015, p. 5), aquí existía solo una relación sexual y

no emocional, y más tarde la idea patriarcal de que la mujer solo debe tener un solo hombre en su vida proviene de la iglesia.

Con la formación de las tribus las uniones existían en dos tipos, a) exógamas, donde las esposas buscan esposo y viceversa fuera del grupo, y las b) endógenas que ocurre dentro del grupo y donde “existían tres formas de matrimonio: poligamia, poliandria y monogamia” (Acevedo, 2011, p. 153), donde la promiscuidad predominaba en gran medida.

2. *Familia Patriarcal*: La idea patriarcal surge de la necesidad de estabilidad social, donde el hombre empieza a parecer racional, naciendo más tarde la monogamia. Desde la perspectiva histórica observamos a la familia “conyugal” como la única que existía y que se aceptaba, donde “surge fundada en lo biológico para arropar a la madre e hijo” (Valdivia, 2008, p. 15), la cual está generada desde una perspectiva machista donde el hombre con su fuerza es el encargado de ser cabeza de familia y proteger a su mujer y a sus hijos que son “débiles” y que consecuentemente están a merced de él, ya que a la mujer se la relegaba a la casa solamente. La familia patriarcal operaba de diferentes maneras alrededor del mundo:

- a. Babilonia: El Código Hammurabi presenta la posibilidad del esposo de tener más esposas “secundarias” sin contar a las esclavas, en caso que la esposa principal fuera infértil, ya que la base de la familia en esa época era la procreación, es por eso que los artículos 154 y 155 del mismo código prohibían el incesto- es decir, el matrimonio entre padres e hijos, y el procedimiento requería que “mediante un contrato escrito entre el novio y el padre de la novia se hacía la promesa del

matrimonio” (Acevedo, 2011, p. 7), es aquí que el novio debía hacer la entrega de la “dote” al padre de la novia.

- b. El imperio egipcio: El faraón era la única persona que por motivos de linaje podía tener varias esposas, el resto de matrimonios eran monogámicos y existían rituales especiales para su validez, siendo necesario que ambos esposos establezcan su consentimiento, donde “la esposa si podía disponer de sus propios bienes y el derecho del divorcio correspondía al esposo” (Acevedo, 2011, p. 7).
- c. Sociedad hebrea: “El matrimonio se encontraba normatizado en el Deuteronomio (23-24)” (Benitez, 2017, p. 18), donde las familias eran numerosas, y el jefe tenía algunas esposas, concubinas y esclavas.
- d. Grecia Clásica y Antigua Roma: El desarrollo del conocimiento era fundamental en las polis, donde las familias monogámicas eran sumamente importantes, pero socialmente se permitía el concubinato. Tristemente la mujer no tenía ningún papel en la sociedad y dependía siempre de su padre hasta que se casaba, para depender después de su esposo. Esta situación se replicaba en la antigua roma donde “mediante la traditio el padre de la joven entregaba la hija al futuro esposo” (Acevedo, 2011, p. 9). Modestino, jurista romano consideraba al matrimonio como una unión sumamente formal fundamentada en la religión, diciendo “La conjunción entre marido y mujer, unión para toda la vida, vínculo jurídico humano y divino” (Arévalo, 2014, p. 3).

La familia patriarcal poseía características básicas inamovibles para constituirse como familia, que hoy en día no son necesarias, tales como: 1) “Origen en el himeneo, donde no hay otra forma para formar una familia, la pareja tiene que casarse” (Gutierrez, 2021, p. 5), concepto

que proviene de la religión donde Dios creó al hombre y la mujer, como lo dice el libro del Génesis (2:21-24) y Proverbios (31: 10-31), 2) debe existir una mujer como esposa, un hombre como esposo e hijos. 3) existen vínculos, derechos, obligaciones y prohibiciones.

El desarrollo del papel de la mujer ha sido posible gracias a la democracia que ha permitido que la normativa reconozca la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, el socialismo marxista y los movimientos feministas. Un ejemplo del papel relegado de la mujer en la familia patriarcal ocurre en la Alemania Nazi, donde los hombres se encargaban de los asuntos de la guerra y la política y “a la mujer se les destinaban las 3K: “Küche, Kirche, Kinder, que significada cocina, iglesia y niños” (Levi-Strauss, 1956, p. 3).

A nivel latinoamericano, vemos como característica más notoria del desarrollo histórico, la disminución de integrantes en una familia, ya que “en 1970 el número de hijos iba de 12 a 15, en 1976 pasan a 5 hijos, en 1995 pasó de 2 a 3 hijos y en 2010 solo 1 o 2 hijos” (Guzmán, 2017, p. 4) hoy en día encontramos a los abuelos también como parte del núcleo familiar por el desarrollo de la medicina que alarga su esperanza de vida.

3.4.Tratamiento legislativo nacional e internacional

“La familia es la institución más importante en el desarrollo y formación de la personalidad, pues en ella se dan las primeras experiencias, vivencias y aprendizajes durante la infancia.” (Stuart, 2019, p. 3)

A nivel internacional la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado” (DUDH, 1948, Art. 16 párr. 3).

La Constitución establece el reconocimiento de los diversos tipos de familia, y la “protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines” (CRE, 2008, Art. 67), y donde se generará la familia a partir del matrimonio o la unión de hecho.

El código civil establece en su artículo 265 sobre el respeto y obediencia al padre y a la madre, donde “es obligación de los hijos cuidar a los padres en su ancianidad, estado de demencia y circunstancia de la vida que necesiten sus auxilios” (Código Civil, 2015, art. 266), además del “derecho de los padres a dirigir la educación de sus hijos” (Código Civil, 2015, art. 278), de acuerdo a Puchaicela (2020, p. 18) el Código Civil no posee ninguna definición de familia, tal vez por los cambios sociales e históricos de la familia, por lo que sería necesario una constante actualización de la norma, lo que si establece es el parentesco y sus tipos, por consanguinidad y afinidad.

Finalmente, el código de la niñez y adolescencia establece la función básica de la familia, siendo esta “el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente” (CONA, Art. 9), aquí se menciona también la corresponsabilidad parental, y el artículo 10 menciona el deber del estado. donde debe apoyar a la familia mediante planes y programas.

En el Ecuador la UTPL ha recopilado algunos datos, donde las madres generalmente lo son desde los 20 a 29 años, la costa es el lugar donde se dan la mayor cantidad de nacimientos, referente a los matrimonios, “desde el 2006 al 2015 los matrimonios han experimentado un descenso del 18,01%” (Morales, 2016, pág. 7), y en ese mismo año los divorcios han aumentado en un 83,76%. Se establece que en el Ecuador la familia promedio tiene 3,2 miembros, sin

embargo, Napo 3,7 y Santa Elena 3,6 son más amplios, mientras Galápagos 2,9 y Pichincha 3,1 más pequeños.

4. El matrimonio igualitario

4.1. Concepto del matrimonio

El matrimonio es “la unión de dos personas que están de acuerdo en formar un vínculo sentimental, afectivo que obliga a las partes como un contrato” (Coba, 2021, p. 13)

A nivel etimológico, la palabra matrimonio proviene del latín “matrimonium” que significa “cuidado hacia la madre”, es decir, como dentro del matrimonio era prioritario la procreación, o como decía Tomás de Aquino; “La protección y defensa de la madre en el vínculo matrimonial” (Sandoval, 2014, p. 17).

Para la familia, uno de los avances y modificaciones más importantes es el matrimonio, el cual “proviene del advenimiento del cristianismo, donde el matrimonio es de por vida, y quedará establecida la monogamia” (Suarez, 2002, p. 2), el matrimonio entonces da valores a diversos conceptos además de la monogamia, como, por ejemplo, a la virginidad, donde la poligamia según el Papa Juan Pablo II “es contraria a la igual dignidad personal del hombre y la mujer, que en el matrimonio se da con amor total” (Suarez, 2002, p. 2).

4.2. Recorrido histórico

- En Roma: De aquí proviene inicialmente el matrimonio donde el pater familias era el jefe de una numerosa familia, donde la mujer quedaba relegada al marido, y el hombre adúltero era aceptado socialmente, mientras que si la mujer lo hacía le correspondían graves castigos.

- Pueblos prehispánicos: “La cultura azteca concebía 3 tipos de matrimonios: definitivo, provisional y concubinato” (Clavijo, 2019, p. 19), el primero era aquel que requería una ceremonia y la mujer pasaba a ser parte de la familia del esposo, el matrimonio provisional ocurría cuando el esposo se veía obligado a casarse porque la mujer había quedado embarazada y el concubinato era de manera informal, cabe recalcar que este último, no era aceptado por la sociedad.
- El cristianismo: El Ecuador posee la base normativa en el “Concilio de Trento”, donde existían requisitos que se mantienen en su mayoría, como son “1) consentimiento libre, b) la apreciación de una consortium omnis vitae, 3) madurez sexual y volitiva y d) el rechazo a la bigamia” (Coba, 2021, p. 15), donde también se prohibía el matrimonio incestuoso. Para la iglesia el matrimonio es una obra de dios, donde el hombre no se debe inmiscuir y es indisoluble, donde la Biblia es la que dictamina que “Por esto dejará el hombre a su padre y a su madre, y se unirá a su mujer, y los dos serán una sola carne; así que no son ya más dos, sino uno” (Marcos 10, 6-9) siendo esto en la sociedad de hoy altamente discriminatorio.
- Durante la colonia: el matrimonio correspondía únicamente a la iglesia, donde “González Suárez, historiador y obispo expuso que el matrimonio era un sacramento, un dogma de fe” (Mendoza, 2023, p. 4), esto es parte de uno de los “siete manifiestos” firmado por todos los obispos en 1902 donde impugnaron la “ley de matrimonio civil” donde consideraban que el gobierno había excedido sus facultades ya que “la iglesia era la guardiana de la moral, en el ámbito de lo sexual y reproductivo” II, el matrimonio era una situación meramente de la iglesia hasta la separación de la iglesia con Inglaterra, “una

parte como un sacramento regido por la iglesia y otra como un contrato que se encuentra bajo la jurisdicción laica” (Clavijo, 2019, p. 19).

Ecuador es un país altamente católico, donde las normas provienen de una herencia religiosa, donde incluso la primera constitución establecía que “La Religión Católica, Apostólica, Romana es la religión del Estado” (CRE, 1830, Art. 8), el código civil de 1857 se acoge a este ideal en su momento, y donde a pesar de que en 1967 el estado se considera laico se mantiene el matrimonio únicamente heterosexual. En el código civil de 1903 aparece por primera vez el divorcio, y es el 08 de julio de 2019 que se modifica el Código Civil, donde el matrimonio pasa a ser “un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente” (Art. 81).

Existen hoy en día en el Ecuador el matrimonio civil que se tramita en el Registro Civil, el matrimonio civil igualitario desde el 2019 que sigue el procedimiento anterior y el matrimonio eclesiástico.

4.3.¿En el matrimonio cabe la opción homosexual?

A pesar de que algunos consideran que no, es necesario observar el concepto del matrimonio desde todas sus perspectivas, teniendo en cuenta que esta es una construcción social en sí misma; vemos como ha variado totalmente con el paso del tiempo, en primer lugar dejando de lado el control total de los padres en el compromiso y matrimonio, donde solo tenían como beneficio el matrimonio alianzas familiares que tenían un tinte político o económico siempre, para con el paso del tiempo depender totalmente del consentimiento de los futuros novios. Otro cambio es la religión, donde inicialmente el matrimonio era totalmente religioso, perteneciente a la Iglesia Católica, donde al día de hoy es un acto solemne jurídico donde el Estado Ecuatoriano

es laico, como lo establece la constitución al decir que “El Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico” (CRE, 2008, Art. 1), a pesar de eso “Ecuador es un estado laico pero reconocido por la gran influencia de la Iglesia Católica, donde 8 de cada 10 ecuatorianos se define como católico” (Gopel, 2019, p. 15).

Otro cambio es incluso el fin del matrimonio, donde inicialmente solo buscaba la procreación, donde las relaciones sexuales existen con el fin de tener hijos, donde ahora los hijos son una opción. También el matrimonio ha dejado de ser “indisoluble”, donde ya existe el divorcio y donde ambos tienen igualdad de derechos matrimoniales. El último cambio que parece una crisis- al igual que lo han parecido los otros cambios con el pasar de los años- es la pérdida de la obligatoria heterosexualidad.

La obligatoria heterosexualidad se pierde con la aceptación de la comunidad LGBTI, donde se reconoce el deseo de estas personas de tener un proyecto de vida en común, y sin afectar en demasía la esencia del matrimonio, ya que, como hemos visto, la procreación salió como fin del matrimonio desde hace mucho tiempo.

4.4. Matrimonio igualitario más allá de las fronteras: realidades sociales y normativas

El matrimonio igualitario es aquel que realizan personas del mismo sexo, y posee varias denominaciones como “unión homosexual” o “matrimonio gay”, esta realidad presenta una aceptación creciente minuto y minuto ya que “son más de 30 países que ya han aceptado el matrimonio igualitario, formando parte de estos 30 países Ecuador” (Torres, 2022, p. 138).

Holanda es el primer país en aceptar el matrimonio igualitario en el año 2000 “como resultado de la demanda social por la inclusión de las minorías sociales” (Jácome, 2021, p. 5),

posteriormente las naciones europeas empiezan a aceptar el matrimonio igualitario, “Bélgica en 2003, Noruega y Suecia en 2009, Portugal e Islandia en 2010 por nombrar algunos” (Jácome, 2021, p. 5).

Existen varios países latinoamericanos que desde el año 2016 por una ley de “matrimonio igualitario” que fue aprobada posibilitó esta realidad, como Argentina, México, Uruguay y más tarde varios países, siendo el más cercano en cuestiones de territorialidad Colombia. “Venezuela, Perú, Bolivia y Paraguay no contemplan ninguna opción para sus ciudadanos con preferencias sexuales diferentes” (Burgos, 2022, p. 206).

4.5. Matrimonio igualitario en Ecuador: un recorrido inusual

En el Ecuador, el matrimonio según el Código Civil establecía antes de la sentencia 11-18-CN-19, que el matrimonio era “un contrato solmene por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente” (CC, 2018, Art. 81), sin embargo, al día de hoy establece que: “Matrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente” (CC, 2023, Art. 81), permitiendo el matrimonio igualitario, materia de detalle más adelante. A pesar del cambio existente en el Código Civil, la Constitución mantiene que “El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.” (CRE, 2008, Art. 67), esto debido al bloque de constitucionalidad que permitió el matrimonio igualitario, ya que esto posibilita que “no solo se lea las normas de la constitución, sino de las otras normas subsidiarias como los tratados e instrumentos internacionales” (Mendoza, 2023, p. 8), entendemos entonces como instrumento internacional los comités de las Naciones Unidas u opiniones consultivas.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece sobre el matrimonio igualitario la Opinión Consultiva OC24/17 el 24 de noviembre del 2017, denominada “Opinión consultiva sobre identidad de género, y no discriminación a parejas del mismo sexo”, donde “la CODH mediante sus estipulaciones, crea un mecanismo de protección para los derechos de la comunidad LGBTI en todo el continente americano” (Burgos, 2022, p. 203), por eso, los países que son miembros, deberán reconocer el matrimonio igualitario, para así poder garantizar la protección de las familias homoparentales evitando que sufran discriminación de parejas heterosexuales. La CORTE IDH niega la posibilidad de que se cree una institución semejante al matrimonio ya que “la creación de una institución similar carece de sentido y no es admisible ya que esta distinción es discriminatoria e incompatible con la convención” (Paredes, 2019, p. 70), donde se podría creer que el matrimonio solo es para los “normales” esto es sumamente importante, ya que las opiniones consultivas “son parte del corpus iuris, eso quiere decir que tienen la misma jerarquía normativa constitucional” (Puchaicela, 2020, p. 19).

Sin embargo, varias personas consideran que las opiniones consultivas no son vinculantes, ya que “no se trata de una sentencia resuelta por la Corte IDH, por lo que no está sujeta a las potestades de ejecución” (Paredes, 2019, p. 15), ya que al no existir un “desarrollo jurisprudencial” que considere estas opiniones son “vinculantes”, además de que tampoco se encuentra en la convención. Sin embargo, es una realidad que las opiniones consultivas poseen funciones interpretativas, preventivas y de guía para que los estados actúen, por lo que si genera efectos legales.

En Ecuador, la lucha inicia cuando una pareja homosexual —Pamela Troya y Gabriela Correa— quisieron casarse asistiendo al Registro Civil, sin embargo, fueron rechazadas donde les dijeron que “no cumplían con los requisitos del artículo 67 de la Constitución y el 81 del

Código Civil” (Sandoval, 2014, p. 3) por los que generaron una Acción de Protección que más tarde fue negada por la jueza Karla Sánchez el 28 de febrero del 2014. Más tarde, el 13 de abril del 2018 Efraín Soria y Ricardo Benalcázar sufrieron la misma situación el 7 de mayo del 2018 cuando se le negó la posibilidad de casarse, es así como el 9 de julio del mismo año presentaron otra acción de protección que fue la que la corte constitucional decidió resolver sobre si existía contradicción entre la opinión consultiva OC 24/17 y el artículo 67 de la constitución.

A partir de eso, La Corte Constitucional el 12 de junio del 2019 emite la sentencia Nro. 11-18-CN/19, donde se permite entonces que estas personas asistan al registro civil a agendar una cita, y posteriormente casarse, ya que “no existe contradicción entre el texto constitucional sino complementariedad por la interpretación más favorable al derecho al matrimonio reconocido a parejas del mismo sexo” (Lloay, 2021, p. 27), donde se observa necesario el cambio del artículo 67 de la constitución, artículo 51 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles, y el artículo 81 del Código Civil, donde “el estado tiene la obligación de cumplir de buena fe, sin que se pueda invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (Paredes, 2019, p. 17).

Otros estados miembros de la Organización de Estados Americanos (*en adelante OEA*) permiten hoy en día el matrimonio igualitario, como es el caso de “Colombia 2016, Argentina 2010, Uruguay 2013, Costa Rica 2018” (Puchaicela, 2020, p. 20). A pesar de lo mencionado esta es una lucha que recién inicia, donde según el “Barómetro de las Américas LAPOP de la Universidad de Vanderbilt” solo el 30% de los ciudadanos ecuatorianos se encuentra a favor del matrimonio igualitario, sin embargo, en el 2010 solo era el 10%, donde se busca tiene como objetivo la aceptación mayoritaria, como ocurre en Uruguay con el 77%.

4.6.La oposición al matrimonio igualitario

El matrimonio igualitario trajo consigo duras críticas por parte de la población “prueba de ello es el creciente número de manifestaciones, sobre todo en la ciudad de Guayaquil” (Montalvo, 2019, p. 2), a partir de la sentencia del matrimonio igualitario en el año 2019, “el 36.8% de los ecuatorianos otorga el grado más alto de desaprobación al matrimonio igualitario, al ubicarse en el extremo izquierdo de la escala” (Montalvo, 2019, p. 2), existen otros niveles, donde el 51.3% lo desaprueba, el 25.8% no lo aprueba ni lo desaprueba y solo el 22.9% aprueba el matrimonio igualitario.

Se ha descubierto que los motivos principales de la desaprobación es el factor generacional, la religión y la situación socioeconómica. El factor generacional implica que mientras mayor sea la edad de la persona está más desaprueba el matrimonio igualitario, donde la generación “silente”- nacidos desde 1928 a 1945- se encuentra en gran desaprobación con un 65% en promedio, y solamente un 16% la generación “Z”, esto nos lleva a la conclusión de que el transcurrir del tiempo generaría que la gran desaprobación desaparezca.

Sobre la religión se refleja que aquella que más se encuentra en contra del matrimonio igualitario es el evangelismo con un 60%, mientras que el catolicismo con un 30%, “el rechazo se intensifica a medida que la religión se torna más importante en la vida de los individuos” (Montalvo, 2019, p. 6), podemos ver esto en las marchas en Guayaquil que ocurrieron el 18 de junio del año 2019 al encontrarse en contra de la sentencia emitida por la Corte Constitucional.

Finalmente, sobre la situación socioeconómica encontramos que la gente con menos recursos son las que más en contra se encuentran del matrimonio igualitario con 44% de gran desaprobación, mientras que las personas más adineradas del Ecuador solo el 27% se encuentran en ese nivel, “factores como el género, su nivel de educación y su zona de residencia no presentan ninguna relación con la desaprobación” (Montalvo, 2019, p. 6).

5. La adopción homoparental

5.1. Concepción global y sus argumentaciones

“las familias homoparentales no están exentas de brindar protección a los niños y niñas, así como tampoco de brindar estabilidad emocional, económica y acceso a educación, salud, así como todos los derechos que les son inherentes en su minoría de edad” (Calle, 2022, p. 652)

La adopción homoparental es aquella que nace de una familia homoparental, esto quiere “es aquella que se forma a partir de dos personas del mismo sexo” (Paspuel, 2019, p. 28), es decir son padres, o madres, ambos reconocidamente homosexuales.

A nivel mundial, la adopción homoparental empieza a existir en Suecia y Sudáfrica en el año 2002, y es a partir de aquí que existen otros países que siguen la misma línea como “España en 2005, Islandia y Bélgica en 2006 y Noruega en 2009 inicialmente” (Jaramillo, 2022, p. 1968). En latinoamérica existen varios países que han permitido la adopción homoparental dentro de su constitución, “tales como México, Argentina y Brasil en 2010, Uruguay en 2009, Colombia que emitió una resolución signada con el N.C-683 en 2015, Costa Rica en 2020 y Chile en 2022” (Villacis, 2023, p. 312), estos precedentes permitieron que se aprobara el matrimonio igualitario en el Ecuador, más no la adopción homoparental.

La comunidad LGBT se enfrenta a prejuicios ya mencionados, como es el ver la diversidad sexual como una “aberración”, buscándose hasta el día de hoy la aceptación y así evitar la homofobia, ese es el principal argumento para impedir la adopción homoparental,

además de la “perpetuación de la especie”, la “peligrosidad que sufrirían los niños” como mencionan diversos autores:

- No experimentar con niños: Estas personas intentan establecer que las personas de la comunidad LGBTI no son lo suficientemente adultas o capaces de criar un hijo, sin tener en cuenta que existen padres de la comunidad LGBTI que han criado a sus hijos en familias heterosexuales sin que exista una diferencia.
- Impedimento del desarrollo psicosocial: Ya que no existiría la figura de padre y madre sin embargo “esto es solo un reflejo del persistente ejercicio de discriminación en que los sectores más tradicionales quieren incluir a los homosexuales” (Casado, 1999, p. 81), donde la crianza de los padres homosexuales puede generar una crianza incluso mejor que sobre los padres solteros o sobre las uniones de hecho dependiendo de los valores y características particulares de los padres.
- Rechazo social: Esto solo demuestra la conciencia de las personas a la gran homofobia existente, lo cual no es un problema de los padres homosexuales sino del estancamiento de la sociedad en la aceptación a este grupo.
- Desarrollo psicosexual: La idea más utilizada por las personas en contra de este ideal es que los hijos tendrán las mismas preferencias sexuales que los padres, lo que demuestra lo poco tolerada que es la diversidad sexual, además que si esto fuera real “todos los homosexuales fueron hijos de heterosexuales” (Vidal, 2017, p. 13).

5.2. Concepción ecuatoriana

La sentencia 18-18-CN/19, al permitir el matrimonio igualitario en el Ecuador genera que “la familia homoparental sea también objeto de protección de las normas constitucionales y supra constitucionales de derecho humanos” (Morales M. , 2019, p. 379), donde existiría entonces una censura en la adopción homoparental como establece nuestra carta magna: “La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.” (CRE, 2008, Art. 68),

A pesar de que la Sentencia 11-18-CN/19 permite el matrimonio igualitario e “institucionaliza el reconocimiento de la familia homoparental” (López I. , 2022, p. 64), sin embargo, no se hace ninguna mención a la adopción homoparental, por lo que lógicamente se mantiene el candado constitucional, esto debido a que otros países como Colombia, México o Argentina pudieron acceder a la adopción homoparental haciendo extensivo el permiso del matrimonio igualitario, esto debido a que no tenían la prohibición expresa en la constitución, como ocurre en el Ecuador.

Empero, el Ecuador sí permite la adopción monoparental, sin importar que los adoptantes sean “célibes, solteras o divorciadas, sin importar la opción sexual que haya elegido” (Yaguana, 2023, p. 119). Existe consecuentemente una falta de aplicación en los “diversos tipos de familia” que promulga el artículo 67 de la Constitución y las interpretaciones generadas por la Corte Constitucional:

Lo importante, de acuerdo a la misma norma, es que los miembros de una familia se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. Entonces, se puede entender que los diversos tipos de familia tienen protección del Estado y pueden ser familias transnacionales, con jefas de hogar, con personas con discapacidad o privadas de libertad, familias heterosexuales, familias ensambladas, familias ampliadas y **familias homosexuales**, y más que puedan existir y manifestarse en la sociedad. (Sentencia Nro. 11-18-CN/19, 2019, p. 14). (Énfasis Añadido).

La misma constitución establece un sinnúmero de derechos fundamentales que no están siendo aplicados en la prohibición de la adopción homoparental además de los principios que van a ser tratados más adelante (no discriminación e interés superior del niño), como son el derecho al libre desarrollo de su personalidad, el derecho de a la identidad y sus manifestaciones, y a la intimidad personal, todos ubicados en el artículo 66 de nuestra Constitución.

Además de los derechos constitucionales ya mencionados la prohibición de la adopción homoparental viola un derecho de suprema importancia ubicado en el Código de la niñez y adolescencia, que es el derecho a “tener una familia” que se encuentra en el artículo 22 y establece que:

Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar: Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia. Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley. En todos los casos, la familia debe proporcionarles un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral. El acogimiento institucional, el internamiento preventivo, la privación de libertad o cualquier otra solución que los distraiga del medio familiar, debe aplicarse como última y excepcional medida. (CONA, 2003, Art. 22).

Analizando los argumentos que anteceden, la prohibición de adopción homoparental vulnera los derechos que se encuentran en la Constitución, generando que según la pirámide de Kelsen el resto de normas anexas y dependientes a la constitución continúen esta línea de violación de derechos, donde las personas de la comunidad LGBT no podrán demostrar que son capaces de demostrar que pueden hacerse cargo responsablemente de un NNA, ya que las personas que efectúen su matrimonio igualitario se enfrentarán a que “los efectos en materia civil son los mismos que para un matrimonio heterosexual, la única diferencia es el ámbito familiar, donde se les ha negado la posibilidad de adoptar un niño” (Villacis, 2023, p. 315).

Debemos tener en cuenta que el hecho de que a pesar de que en Ecuador exista esta prohibición y por ende no esté regulado “no ha impedido que sea una realidad que hoy muchos menores hagan parte de familias homoparentales” (Casado, 1999, p. 187), donde estos se encuentran desprotegidos al carecer de leyes reguladoras.

5.3.El interés superior del niños en la adopción homoparental

Entendemos un “interés superior” como aquella “herramienta interpretativa que posibilita otorgar un efecto de protección amplio a ciertas normas requeridas para la protección de los derechos humanos” (Morales M. , 2019, p. 387), en este caso aplicado a los NNA garantizando derechos, cuidados y medidas de protección que son vitales para que se puedan desarrollar de manera asertiva, en nuestro caso ecuatoriano este es el “principio rector” de los NNA, establecido y conceptualizados en el “Código de la niñez y adolescencia” y la Constitución:

El interés superior del niño es 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. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla. (CONA, 2003, Art. 11)

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. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales. (CRE, 2008, Art. 44)

En atención al artículo anterior observamos la intención de que este principio se aplique principalmente en las instituciones públicas, que se debe conjugar con el resto de derechos fundamentales, y que está en constante mención e interpretación por su amplitud y gran rango de

aplicación, donde la Corte Constitucional considera y detalla este principio en algunas sentencias:

Es un principio cardinal en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes, que tiene una consideración primordial al momento de la adopción de todo tipo de medidas, en los ámbitos públicos y privados, que les conciernen, ya que goza incluso de reconocimiento internacional universal y, a través del tiempo, adquirió el carácter de norma de derecho internacional. (Sentencia N. 064-15-SEP-CC, 2015, p. 20).

En definitiva, por el principio de interés superior de las niñas, niños y adolescentes, dicho grupo de atención prioritaria tiene el status de sujetos de protección constitucional reforzada, condición que se hace manifiesta –entre otros efectos- en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación que les compete. (Sentencia N. 022-14-SEP-CC, 2014, p. 20).

Es así que vemos este principio supremo donde las instituciones estatales deben aplicarlo, sin embargo, se encuentra en contradicción con la prohibición de adopción homoparental constitucional, ya que esta prohibición se encuentra infundada, y únicamente basada en prejuicios, estereotipos, presunciones y odio, La correcta aplicación del principio entonces sería la aceptación de la adopción homoparental en concordancia con la situación del NNA y su calidad de futuro adoptado, además de la idoneidad de los posibles adoptantes. Privar a un NNA de tener una familia porque la adopción solo puede realizarse por “familias tradicionales” genera discriminación y los imposibilita de salir de la orfandad, “para algunos autores, quizá sea la única respuesta válida al problema de la infancia huérfana y abandonada” a nivel internacional se encuentra regularizado también:

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, Art. 1)

Bajo este artículo el “Comité de los derechos del Niño” en el año 2013 considera este interés superior del niño con una tridimensionalidad; 1) como derecho sustantivo, es decir aquel punto vital de enfoque en la toma de alguna decisión, enfocada a la efectividad del mismo, 2) como principio o mandato de optimización, siendo “un mandamiento que permite evaluar y

mejorar la situación jurídica de estos grupos sociales” (López I. , 2022, p. 61) y como 3) norma de procedimiento, esto quiere decir que los procesos y sus normas se observen desde este principio.

Finalmente, a nivel internacional, de acuerdo a la Observación General No. 14 del Comité de Derechos de los niños de la ONU los estados se encuentran comprometidos a brindar a los NNA un tratamiento específico en relación al interés superior del menor, entendido como una “consideración primordial”, donde se debe tener en consideración en “decisiones judiciales y administrativas, así como en otras medidas que afecten a niños con carácter individual, y en todas las etapas del proceso de aprobación de leyes, políticas, estrategias, programas, planes, presupuestos, iniciativas legislativas y presupuestarias.” (ONU, 2009, p. 5).

Referente a esto, todos los estados deben crear y utilizar todas las medidas necesarias para efectivizar de manera primordial este interés superior, como es el modificar las leyes vigentes en caso de ser necesario, su aplicación en todas las políticas públicas, que existan medios de denuncia y reparación ante la vulneración de este interés superior, además de programas para dar a conocer la existencia de este principio en conjunto con actividades, capacitación e información entendible para niños y adultos, todo mientras a su vez se busca erradicar los prejuicios que no permiten la completa efectividad de este interés superior.

Actualmente, en el Ecuador, según Villacis (2023), hay más de dos mil niños en casas de asistencia, donde se enfrentan a una dura realidad de abandono, violencia o maltrato, donde no existen familias suficientes, donde 200 niños se encuentran en condición de ser adoptados, y solo 75 están en espera de asignación, con 61 parejas heterocompositivas y 14 solteras, donde 125 niños en condición de ser adoptados no tienen oportunidad de tener padres en un futuro cercano, “si la familia es la que brinda a sus integrantes la posibilidad de convivir en un entorno de

afectividad no se puede negar la posibilidad de integrarse a una familia un NNA” (Yaguana, 2023, p. 119).

5.4.El principio de igualdad y no discriminación en la adopción homoparental

La Constitución establece este principio en el artículo 11 que señala, entre otras cosas que “[t]odas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades” (CRE, 2008, Art. 11), considerado entonces como un “principio que debe ser observado en el desarrollo legislativo y en la aplicación del conjunto de los derechos fundamentales que la Constitución recoge” (Morales , 2022, p. 384). A su vez la Corte Constitucional se proclama sobre este principio, estableciendo que:

El derecho a la igualdad y no discriminación es un elemento constitutivo del reconocimiento de las familias en sus diversos tipos, principio que permite entender que tanto núcleos homoparentales como nucleares-tradicionales poseen la misma capacidad y facultad de formar hogares con hijos y en tanto procuren su interés superior, les asiste toda la protección constitucional consagrada por el constituyente ecuatoriano en nuestra norma suprema. (Sentencia N. 184-18-SEP-CC, 2018, p. 90)

La definición del artículo 11.2 de la Constitución tiene tres elementos para configurar el trato discriminatorio: (1) La comparabilidad: tiene que existir dos sujetos de derechos que están en igual o semejantes condiciones; (2) la constatación de un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas ejemplificativamente en el artículo 11.2, que son categorías protegidas y que, cuando se utilizan para diferenciar, se denominan categorías sospechosas; (3) la verificación del resultado, por el trato diferenciado, y que puede ser una diferencia justificada o una diferencia que discrimina. La diferencia justificada se presenta cuando se promueve derechos, y la diferencia discriminatoria cuando se menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos (Sentencia No. 11-18-CN/19, 2019, párr. 82).

De acuerdo a, López (2022), las “Actas de la Asamblea Constituyente del 2008” demuestran que se creó el artículo 68 de la Constitución teniendo en cuenta un contexto conservador y pensando únicamente en la familia tradicional, dejando de lado arbitrariamente a las familias homoparentales, donde el principio de igualdad al contrario “tiene como fin garantizar que los derechos sean ejercidos en condiciones de paralelismo para todas las personas, dejando de lado situaciones y características personales” (Ortega, 2021, p. 10).

Si este principio de igualdad y no discriminación se aplicara correctamente las parejas homosexuales tendrían los mismos derechos que las parejas heterosexuales, donde podrían acceder a la adopción de un NNA, claramente “acreditando su estabilidad física, económica y emocional que garanticen el bienestar integral de los niños” (Villacis, 2023, p. 315). Las personas de la comunidad LGBT son personas con derechos intrínsecos a su calidad de seres humanos, donde no existe evidencia científica o medica que las familias homoparentales generen daño en el desarrollo del NNA después de haberse realizado diversos estudios:

- “The New England Journal of Medicine”: según Jaramillo (2022, p. 1970), la revista publicó una investigación que asegura que los niños crecidos en familias homoparentales no sufren diferencias en su salud mental o en sus capacidades o desarrollo y no crecen con ninguna diferencia de las familias heterosexuales, donde incluso los niños de familias homoparentales entienden mejor algunos conceptos como la tolerancia.
- Tenemos también estudios de “American Psychological Association”: siendo esta la “organización científica y profesional más importante de Estados Unidos con 117.500 integrantes” (Morales , 2019, p. 6), esta institución considera que no existe ninguna evidencia científica que determine que la crianza tenga relación con la orientación sexual, donde los padres homosexuales pueden propiciar un ambiente sano y donde los hijos de padres homosexuales se pueden desarrollar de igual manera que los de padres heterosexuales, donde las preferencias sexuales no afectan a los hijos, sin embargo, lo que si afecta es la “el sufrimiento ocasionado a consecuencia de la discriminación que sufren sus padres, o cuando ellos mismos son aislados por parte de quienes conforman su entorno” (Paspuel, 2019, p. 44), por lo que es necesario un cambio social.

- Federación Española de Sociedades de Sexología: “la homosexualidad por sí sola no debe ser una explicación válida como norma de prohibición para que parejas del mismo género adopten” (Véliz, 2019, p. 178), ya que diversas investigaciones a través de los años no proporcionan información sobre que la civilización dependan de la familia heterosexual.

La adopción, de acuerdo con López (2022), es la vía idónea para la aplicación de este principio, donde esto no solo se limita a que el NNA lleve los mismos apellidos que los padres, sino que existirá vinculatoriedad en los derechos y obligaciones entre los miembros de la familia, generando una filiación, donde existe una igualdad ya que la carta magna promulga que “las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción” (CRE, 2008, Art. 69).

Capítulo II: Marco metodológico, normativo y jurisprudencial

1. Marco Metodológico

El capítulo II de la presente investigación se encuentra destinado al desarrollo y comprensión de la metodología investigativa, a través de sus distintas aristas, entre estas, el enfoque y sus particularidades; de ahí que, por la naturaleza del estado situacional de la temática investigativa, se sustenta sobre la base cualitativa que detenta estructura y objetivos; de igual forma, la modalidad de la investigación se realiza bajo el método bibliográfico- documental, debido al nivel de estudio investigativo exploratorio, descriptivo y explicativo.

1.1. Enfoque de la investigación

1.1.1. *Cualitativo*

El enfoque de la investigación cualitativa “es aquel que basa en la lógica y un proceso inductivo, apoyada por los datos y resultado, donde se examinan los hechos en sí y se desarrolla una teoría coherente” (Sampieri, 2014, p. 8), encargándose de buscar problemáticas o hipótesis más importantes, y más tarde, responderlas. De ahí que, se establecer como objetivo, en primer momento detallar el estado de la cuestión; y, en otro momento, explicar determinado conocimiento sobre un tema en específico, mediante la obtención de información y datos de tipo narrativo o normativo, como son los libros, investigaciones, o leyes.

1.2. Modalidades de la investigación

1.2.1. *Bibliográfica – documental*

La investigación bibliográfica-documental se encarga de identificar y seleccionar información indispensable y pertinente, para posteriormente analizarla y sistematizarla, teniendo

como fin principal la recopilación y extracción de la información y datos relevantes. Este tipo de investigación se realizará de manera básica y aplicada; básica al centrarse de manera prioritaria sobre los conceptos jurídicos, a través de normas, doctrina, jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador y demás sentencias internacionales, a su vez es aplicada ya que se desarrolla sobre problemáticas y valores.

1.3.Métodos

Los métodos utilizados en el presente trabajo investigativo son:

1.3.1. *Método Inductivo*

El método de la investigación es inductivo, debido a que tiene como su génesis en los conceptos puntuales y específicos, como es la adopción homoparental hasta macro conceptos, como son los principios del derecho, entre ellos el interés superior del niño y el principio de igualdad y no discriminación, con el fin de observar el fondo del asunto y explicar todas las situaciones que lo rodean; razón de esto, es que la investigación inductiva tiene como motivo “explorar y describir, y luego generar perspectivas teóricas” (Sampieri, 2014, p. 8).

1.3.2. *Método Socio jurídico*

Este método es aquel que se encarga de encontrar determinada solución o respuesta a una problemática, para esto, es necesario un análisis minucioso de los hechos pertinentes. En el presente trabajo investigativo encontramos la prohibición de adopción homoparental en el Ecuador ubicado en el artículo 67 de la Constitución, situación que se encuentra altamente en

contra del principio de interés superior del niño y el principio de igualdad y no discriminación, ambos siendo principios de carácter constitucional.

1.3.3. Método Analítico - Sintético

Este método tiene como fin observar las diferentes aristas de un determinado problema, como es el caso de la prohibición homoparental en el Ecuador, donde se va a analizar el origen de esta prohibición a nivel nacional e internacional, su permanencia y sus consecuencias, dentro de la sociedad ecuatoriana, específicamente a los niños, niñas y adolescentes, además de a las personas de la comunidad LGBTI.

1.4. Nivel de Investigación

1.4.1. Exploratorio

El nivel exploratorio “sirve para preparar el terreno, y por lo común, anteceden a investigaciones con alcances descriptivos o explicativos” (Sampieri, 2014, p. 90); por ello, detenta como objetivo el encontrar la información pertinente y necesaria sobre la problemática del trabajo investigativo, además de la búsqueda de los procesos, herramientas e instrumentos acordes para una investigación exitosa. Los estudios exploratorios se realizan, generalmente, sobre problemáticas poco estudiadas, o en este caso, que presenten muchas dudas u opiniones.

1.4.2. Descriptivo

Una vez que se finalice la exploración, el nivel descriptivo es aquel que va a definir la problemática y como esta se va a estudiar, donde se va a implementar los datos que se obtuvieron

con anterioridad, teniendo entonces un resultado. Son los detalles de la problemática, como sus elementos, características, objetivos u finalidad.

1.4.3. *Explicativo*

El nivel explicativo es el encargado de conjugar el nivel exploratorio y descriptivo donde se logrará poder explicar la problemática materia de estudio en el presente trabajo investigativo, dado que “están dirigidos a responder por las causas de los eventos y fenómenos físicos o sociales” (Sampieri, 2014, p. 95). Detalla entonces la razón de origen de una problemática, la manera de su existencia, y sus relaciones.

1.5.Hipótesis

La prohibición constitucional de la adopción homoparental afecta el interés superior del niño y el principio de no discriminación hacia las personas LGBT. La negativa ante la adopción homoparental ubicada en el artículo 67 de la Constitución afecta altamente el principio de interés superior del niño, ya que les impide la posibilidad de tener una familia, además de la violación al principio de igualdad y no discriminación, ya que se excluye claramente a las personas de la comunidad LGBTI en nuestra carta magna.

2. Marco normativo

El marco normativo se encuentra diseñado como aquel “conjunto general de normas supremas, leyes nacionales e internacionales, reglamentos, códigos, decretos y lineamientos que fundamentan jurídicamente el tema” (Callejas, 2014, p. 4); es entonces aquel encargado de dar el sustento legal para un trabajo investigativo, y el cumplimiento de los objetivos propuestos.

Referente al marco normativo, existen normas indispensables para el desarrollo de este trabajo investigativo, como son la Constitución de la República del Ecuador, El Código de la Niñez y Adolescencia y La Opinión Consultiva OC-24/17.

2.1. Constitución de la República del Ecuador

La Constitución provee diversos artículos fundamentales para el desarrollo de este trabajo investigativo, como el artículo 11 numeral 2 que establece la igualdad y el principio de no discriminación entre las personas sin importar su orientación sexual, el cual asevera entonces que las personas de la comunidad LGBTI deben tener los mismos derechos que el resto de ciudadanos; el artículo 44 es relevante, el cual versa sobre el interés superior del niño para poder satisfacer sus necesidades, para su completo y correcto desarrollo, como es el derecho a tener una familia; concatenado a esto el artículo 67 reconoce los diversos tipos de familias entre ellos las familias homoparentales; y, por último, en contraposición a todo lo anterior el artículo 68 establece la prohibición de la adopción homoparental, donde solo a parejas de distinto sexo le corresponderá la adopción. La necesidad de estos artículos es clara en este trabajo investigativo, ya que son los que enmarcan la prohibición de la adopción homoparental como contrariedad u oposición al resto de artículos mencionados.

Existen además relación con otros capítulos correspondientes, como es el artículo 10 que reconoce los derechos constitucionales a las comunidades, entre ellos la comunidad LGBT; además, de acuerdo al artículo 30, los NNA tienen derecho a una vivienda adecuada y digna; por su parte, el artículo 35 considera a los niños, niñas y adolescentes como grupos de atención prioritaria, donde recibirán una especial protección, como son los NNA en situación de adoptabilidad; el artículo 45 especifica el derecho de los NNA a tener una familia, además de su convivencia, en concordancia con el artículo 66 que garantiza el derecho a una vida digna, además del derecho a la igualdad, sea esta formal o material; el artículo 85 establece que las políticas públicas deben orientar el buen vivir; y, finalmente, el artículo 341 que define la protección integral unido a la igualdad y no discriminación.

2.2.Código de la Niñez y Adolescencia

Sobre el Código de la Niñez y Adolescencia encontramos el artículo 6, el cual detalla el principio de igualdad y no discriminación por motivos de nacimiento; en concordancia con el artículo 8 respecto de la corresponsabilidad del estado, la sociedad y la familia para adoptar las medidas necesarias para la efectivización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en todos sus ámbitos.

Sobre la familia, el artículo 9 establece la función básica de la familia como el espacio primordial para el desarrollo del NNA; mientras que, el artículo 11 define el interés superior del niño como un principio que asegure sus derechos y garantías; a partir de lo anterior, el artículo 22 menciona el derecho de los NNA a tener una familia, y, por ende, convivencia familia. Finalmente, resulta pertinente resaltar la trascendencia que toma el título VII comprendido desde el artículo 151 respecto de la finalidad de la adopción, asimismo, el artículo 152 de la adopción

plena como el único tipo de adopción en el Ecuador, paralelamente el artículo 153 detalla los principios de la adopción, siguiendo a continuación el artículo 154 que reseña su carácter irrevocable, teniendo como premisa el artículo 158 que versa sobre la aptitud del NNA para ser adoptado; y, finalmente sobre los requerimientos de los adoptantes que se ciñen alrededor del artículo 159; de esta forma, el artículo 162 explica sobre los consentimientos necesarios para la adopción así como del asesoramiento a quien debe consentir, y por último el artículo 163 sobre las adopciones prohibidas.

A la par, existen artículos secundarios para este trabajo investigativo dado que el CONA, de acuerdo a su primer artículo, es el encargado de que los NNA logren su desarrollo integral y el pleno disfrute de sus derechos; siendo así las cosas, de acuerdo al artículo 2, el objeto de protección de este código las personas menores de edad; el artículo 12 establece la prioridad absoluta a los NNA en cualquier situación; el artículo 29 establece la obligación de los progenitores de cuidar a los NNA, de acuerdo al artículo 33 los NNA tienen derecho a la identidad como un nombre y una relación con su familia, a tener una identidad cultural según el artículo 34, además de derechos conexos al tener una familia, como el derecho a la recreación y al descanso de artículo 48, el artículo 96 establece la familia como núcleo básico de la formación social y el artículo 97 menciona la protección del estado. Sobre la filiación establece el artículo 99 que todos los hijos son iguales.

2.3.Opinión Consultiva OC24/17 – Corte Interamericana de Derechos Humanos

Finalmente, la opinión consultiva OC-24/17, generada por la Corte IDH establece en su párrafo 39 que las personas de la comunidad LGBTI sufren de un tipo de discriminación “oficial”, eso quiere decir, que se encuentra en las leyes que existen, y las cuales les prohíben

ciertas facultades o actuaciones, así como la negativa de beneficios, dado al caso en estudio, la prohibición tangible de la adopción homoparental.

Por su parte, el párrafo 40 menciona que la discriminación se manifiesta mediante los prejuicios y la exclusión, subsistiendo a base de la religión o la tradición, donde el estado es el que debe erradicar estas situaciones; el párrafo 47 menciona que las personas de la comunidad LGBTI sufren de violación al principio de igualdad y no discriminación, afectando generalmente el derecho a la vida y a la integridad física, esto se trata de manera más profunda a partir del párrafo 61 que desarrolla este principio de igualdad y no discriminación, el cual es inherente a la calidad de ser humano, y que va en contra de los privilegios o rechazo a un sector exclusivo, siendo éste al día de hoy un principio de contenido *ius cogens*, donde el párrafo 62 lo conceptualiza como:

[T]oda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, el condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertados fundamentales de todas las personas (Corte IDH, Párrafo 62).

De esta manera, el párrafo 63 de la Opinión en referencia, asegura que cualquier acción que realice el estado que pueda ser considerado “discriminación” generará “responsabilidad internacional” ya que los estados deben garantizar los derechos humanos, y el párrafo 64 menciona el deber que tienen los estados de asegurar “la igual protección de la ley”, donde se prohíbe “la discriminación de derecho” que son en las leyes aprobadas por el estado, y el párrafo 65 menciona que los estados deben crear medidas preventivas o que reversen esta discriminación.

La orientación sexual es mencionada más adelante, donde el párrafo 71 considera la orientación sexual como “categorías protegidas” contra la discriminación, donde el párrafo 78

establece que la orientación sexual está ahora protegida por la convención. El párrafo 179 menciona que existen diversos tipos de familias, entre ellas conformadas por personas con diversas orientaciones sexuales, y donde el párrafo 191 considera que es obligación de los estados reconocer los diferentes tipos de familia, y posteriormente protegerlos, donde el párrafo 196 manifiesta que todas las personas sin sufrir de discriminación sexual tienen derechos, donde se les debe dar todos los derechos sociales, y familiares que les corresponden.

El párrafo 203 considera que “es deber de los estados asegurar que la legislación no resulte discriminatoria contra las formas no tradicionales de unión”, y el párrafo 224 resuelve la duda sobre la necesidad de otra institución similar al matrimonio para las personas LGBTI, ya que esto sería estigmatizante.

3. Marco jurisprudencial

Referente al marco jurisprudencial, este se entiende como “la agrupación de la doctrina que establecen los jueces y las magistraturas al resolver una cuestión que se les plantee” (Schiele, 2008, p. 181), es aquel entonces que “establece a la jurisprudencia, es decir; a las sentencias existentes en los diversos tribunales como argumentos de gran interés jurídico en el desarrollo de un trabajo investigativo” (Guarrochena, 2023, p. 26), existen entonces tres sentencias necesarias de análisis, dos sentencias nacionales emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador, y una sentencia internacional emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3.1.Corte Constitucional del Ecuador

3.1.1. Sentencia No. 11-18-CN/19

Esta sentencia, que posibilita el matrimonio igualitario, establece en el párrafo 14 que las personas con diversas identidades sexuales son víctimas de discriminación, y la opinión

consultiva OC-24/17 al establecer derechos más favorables al permitir el matrimonio igualitarias se puede aplicar sin que se reforme la normativa ecuatoriana, el párrafo 51 menciona que se reconoce a la familia en sus diversos tipos, en base a los principios de diversidad e igualdad, siendo según el párrafo 53 también las familias homosexuales, donde la interpretación, al establecer que la constitución expone “el matrimonio es la unión entre hombre y mujer” es contraria a la constitución misma, ya que el párrafo 90 comenta que existen fines extralegales, como son la religión y la moral, donde algunas personas según el párrafo 91 piensan que la homosexualidad es una enfermedad o una anomalía.

En este mismo margen de argumentos, el párrafo 94 considera que Ecuador al ser laico no permite que las creencias excluyan a una minoría, en este caso a la comunidad LGBTI, donde según el párrafo 100 menciona a la autonomía de la voluntad como un principio que rige a las personas en su vida privada, donde deciden el fin del matrimonio y el de tener una familia, donde no puede ser impositiva la procreación. Es sumamente importante el párrafo 103 ya que menciona que excluir derechos va en contra de la norma jurídica, donde ningún tipo de norma podría realizar esto, situación aplicable a la prohibición de adopción homoparental como una norma altamente discriminatoria, en el párrafo 105 se detalla que el derecho a la igualdad y no discriminación es aquel que busca la igualdad material, a minorías o grupos de atención prioritaria, donde la corte concluye en el párrafo 109 que no hay justificación para excluir el matrimonio igualitario.

Por su parte, el párrafo 115 considera que excluir a personas por su identidad va en contra de la democracia, tolerancia, no discriminación e inclusión; el párrafo 122 considera que en el caso de la prohibición del matrimonio a personas del mismo sexo, esto no es un derecho restringido, sino un derecho anulado, al igual que la prohibición de la adopción homoparental, y

para que esto ocurra debe existir una justificación, es decir que afecte a otra persona, como explica el párrafo 123, evidencia empírica que no existe y el párrafo 127 que asegura que esto no genera ningún beneficio. De manera análoga, el párrafo 135 considera que el estado ecuatoriano al ser plurinacional busca una interpretación más favorable, donde las parejas homosexuales y heterosexuales tienen derecho al matrimonio, y donde por el bloque de constitucionalidad el párrafo 149 considera que la corte IDH mediante la opinión consultiva OC24/17 permite el matrimonio igualitario.

Sobre el desarrollo de las instituciones, el párrafo 153 menciona que todas estas se han ido adaptando a las épocas, tanto como el matrimonio, los hijos, las personas de la comunidad LGBTI y el papel de la mujer, donde el párrafo 162 considera que la interpretación hermenéutica permite ampliar los derechos, y el párrafo 168 percibe que el principio del libre desarrollo de la personalidad es el que permite que las personas formen una pareja o se casen, independientemente de su orientación sexual, el 182 considera que “el derecho a formar una familia y escoger el medio para lograrlo, el estado no debería intervenir, una injerencia de este tipo, aun siendo legal, podría considerarse arbitraria” (Corte Constitucional, 2019, párrafo 182), donde esto corresponde a la vida privada, y es una decisión personal, no del estado, el 207 considera el matrimonio se encuentra conexas con diversos ritos y situaciones, como la unión de ambas familias, aniversarios, divorcios, sin embargo no mencionan a los hijos, siendo esto supremamente importante ya que esta sentencia no lo menciona por ningún lado, y el prohibir el matrimonio igualitario según 208 es altamente lesivo, aumentando los estereotipos donde la sociedad los rechazaría aún más.

3.1.2. Sentencia No. 184-18-SEP-CC (Caso Satya) – Corte Constitucional del Ecuador

La sentencia sobre el caso Satya analiza en primer lugar el derecho a la familia y no discriminación ante la negativa de que dos madres registren a su hija en el registro civil, donde la página 69 menciona- *en esta sentencia no existen párrafos, ya que es del año 2012-* que la dignidad nace de la persona, la cual debe poseer igualdad ante otras, este es un valor absoluto, que se satisface en el principio de igualdad según la página 70, ya que la dignidad e igualdad en unidad corresponde al respeto de los derechos, sin arbitrariedad o abusos, donde la página 73 evidencia que existe una gran falta de normativa para otras realidades familiares, donde la señora Nicola y Helen tienen el mismo derecho de registrar a su hija que una pareja heterosexual.

La página 75 establece que la orientación sexual es un elemento de la integridad personal y desarrollo de la personalidad, donde cada persona puede decidir sus intereses, y la cual según la página 76 se debe materializar la igualdad formal y material, donde que la orientación sexual sea motivo de discriminación necesita una especial atención, de acuerdo a la página 80 las personas de la comunidad LGBTI se encuentran en una situación delicada por la marcada discriminación que sufren por la sociedad, por aspectos culturales o legales que influyen, donde la corte constitucional busca que los servidores y los ciudadanos no discriminen a estas personas, la página 83 considera que es necesaria protección de las diversas formas de familia, ya que de lo contrario quedarían desprotegidas, no existiendo garantías, estando en contra de la constitución, la página 84 reconoce a las “uniones familiares formadas por parejas del mismo sexo” a favor de la constitución y el principio de igualdad, no discriminación y dignidad humana, la página 84 considera que la maternidad, o paternidad se genera a partir del libre desarrollo de la personalidad, y la página 90 menciona los derechos de los NNA a tener una familia y la convivencia familiar.

3.2.Corte Interamericana de Derechos Humanos

3.2.1. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*

En este caso la Corte IDH presentó una demanda contra Chile, generada por Karen Atala Riffo, ya que habría sufrido de discriminación por Chile al no permitirle el cuidado y custodia de sus hijas por su orientación sexual, desde el párrafo 78 la Corte IDH relata sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación, donde la Convención obliga a los estados a que no exista ninguna discriminación, el párrafo 79 considera que la igualdad y no discriminación provienen del origen natural del ser humano, y su dignidad, donde no se aplican beneficios o rechazos a una minoría, siendo un principio de *ius cogens*, el párrafo concisa que el estado deben evitar cualquier acción que cree discriminación de hecho o de derecho, directa o indirectamente, en especial a las personas de la comunidad LGBTI.

De ahí que, el párrafo 91 establece que la orientación sexual son categorías protegidas, donde no se permite cualquier norma que sea discriminatoria o acción por parte de particulares, donde según el párrafo 93 “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” (Corte IDH, párrafo 91), donde según el párrafo 94 no es necesario que para que exista una diferenciación de trato generado por la orientación sexual, que toda la decisión se base en la orientación sexual, sino que tenga que ver de manera explícita o implícita, y el párrafo 108 menciona el interés superior del niño como un principio imperioso, basado en la dignidad, donde el niño necesita cuidados especiales.

Para la Corte, de acuerdo al párrafo 109, los NNA necesitan para el cuidado que los padres generen comportamientos específicos, y que en caso de que sean comportamientos negativos estos deben ser probados, no solamente especulados, donde “el interés superior del

niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos” (Corte IDH, párrafo 110), donde las presunciones o los estereotipos según el párrafo 111 no aseguran el interés superior del niño y el párrafo 136 especifica que el ser humano se puede auto determinar y escoger las decisiones que el encuentre oportuna para su vida, el párrafo 151 considera que los NNA no pueden ser discriminados por condiciones propios o de sus padres, como la orientación sexual de estos, cosa que según el párrafo 155 ocurrió ya que a las niñas no les permitió vivir con su madre, donde el párrafo 164 concluye que la vida privada a pesar de no ser un derecho absoluto para que el estado intervenga deben haber causales previstas en la ley, con un fin legítimo.

Capítulo III: Análisis de jurisprudencia y/o resultados de investigación

Para poder entender la complejidad de la prohibición de la adopción homoparental, y su problemática en la sociedad ecuatoriana debemos entender que esta institución de la adopción está siendo aplicable a aquellos menores de edad —tratados normativa y políticamente en Ecuador como como niños, niñas y adolescentes (*nna*)— que se encuentren en situación de abandono y en búsqueda de una familia; sin embargo, a pesar de que no exista un vínculo “biológico” o “sanguíneo”, se reconoce a nivel normativo y jurisprudencial la existencia de un vínculo filial bajo el nombre jurídico de “adopción plena” que, a partir de la legislación aplicable, genera idénticos derechos que los hijos “biológicos” o “sanguíneos” naturalmente.

En la contemporaneidad, la adopción permite que un niño, niña o adolescente no sufra a nivel familiar de un abandono, maltrato o situaciones precarias que afecten su desarrollo, es así, que se considera una institución de suma importancia para la vida en sociedad y la idealización de un próspero futuro, donde el desarrollo de la sociedad ha generado que la institución de la adopción se desarrolle a la par, y permita lograr la conformación de un sinnúmero de familias, atendiendo a las necesidades particulares, tal es el caso en experiencia desarrollado en Latinoamérica, donde los niños, niñas y adolescentes en condición de ser adoptados presentan, generalmente, desnutrición o problemas de salud.

De este modo, lo que se busca es la conformación de una familia; a nivel teórico, entendemos a la familia como aquellas agrupaciones de diversas personas que mantienen lazos afectivos durante su crecimiento y desarrollo, donde inicialmente solo existía la familia tradicional y patriarcal, conformada por hombre, mujer e hijos, en la cual el hombre gobernaba y su mujer e hijos se veían obligados a acatar sus órdenes; al día de hoy a partir del desarrollo de la sociedad existen nuevos tipos de familias, como son la familia nuclear, extensa, compuesta,

monoparentales y homoparental, esta última siendo motivo de estudio en el presente trabajo investigativo. En conjunto, la norma considera que la familia, jamás o bajo ninguna circunstancia, se puede menospreciar o limitar, dado que es fundamental para la existencia de la sociedad. En Ecuador, la constitución en su artículo 67 reconoce los diversos tipos de familia, protegiéndolos como “núcleo de la sociedad”, reconociendo tácitamente la familia homosexual dentro de la denominación de “tipo diverso” conformado, en inicio, por personas de la comunidad LGBTI.

En lo posterior, a nivel jurisprudencial, se reconoce de forma directa —y no tácitamente— a la familia homosexual en virtud de los fundamentos desarrollados en la sentencia 11-18-CN/19 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, siendo esta familia conformada por personas de la comunidad LGBTI, la cual, abarca la diversidad sexual que existe al día de hoy, siendo entre ellos las lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, personas intersexo y demás denominaciones que salen del margen de la heterosexualidad tradicional se encuentra en una situación de desventaja frente a la sociedad.

A pesar de esta “mera posibilidad”, la realidad se encuentra en contraposición a lo contrastado en las normas y en la jurisprudencia, esto, por cuanto las personas de la comunidad LGBTI se encuentran situadas como grupo de alta discriminación según la Opinión consultiva OC24/17 generada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual especifica cómo la comunidad LGBTI sufre de una discriminación avalada por la legislación de muchos países, conocida como una discriminación oficial, donde se les niega los beneficios que les corresponde, como ocurre con la prohibición tangible de la adopción homoparental en el artículo 68 de nuestra Constitución, es decir, que a pesar de que a nivel teórico la igualdad se promulga, al igual que parcialmente a nivel jurisprudencial, a nivel normativo existe una alta discriminación de derecho

perpetuada por el sistema social existente, siendo palpable en gran medida en la sociedad ecuatoriana.

Pero este odio por las personas de la comunidad LGBTI en Ecuador, no es un resultado ocurrido de forma espontánea, mucho menos ligero; todo lo contrario, fue una ideología que se fue formando paulatinamente desde el siglo pasado, como recaban diversos autores que narran los hechos, o testimonios de personas afectadas de manera directa durante esa época, esto, debido a que, desde 1906 la homosexualidad era un pecado y delito en Ecuador, denominado como “sodomía”, donde se lo penaba con cárcel de 4 a 8 años, situación que se mantuvo hasta 1997.

Es decir, que durante un siglo se amedrentaba, humillaba, encerraba a las personas homosexuales, mientras se los insultaba y perseguía mediante redadas, donde los medios de comunicación de la época incentivaban estos actos, proliferando el odio en los ciudadanos. Es a finales de 1997 se elimina la homosexualidad como un delito, sin embargo, no con un fin positivo, sino porque se consideraba que esto era una enfermedad que debe someterse a tratamientos médicos y no ser resuelto por la esfera del derecho.

Lógicamente observamos que el pensamiento que se tenía sobre estas personas como “depravadas” o “detestables” se mantiene con gran fuerza en personas mayores, o en personas jóvenes que se vieron adoctrinadas con este pensamiento, es entendible entonces, que, a pesar de que los cambios normativos hayan avanzado en gran medida, como por ejemplo la eliminación de la homosexualidad como delito, el reconocimiento del principio de no discriminación por cuestiones de orientación sexual, y el sinnúmero de sentencias que refuerzan a las personas de la comunidad LGBTI, aún un gran grupo de personas encuentran gran rechazo hacia esta colectividad.

Es natural entonces que ante el poco avance de los derechos a nivel nacional, por nuestra historia y nuestra antigua “normalidad”, donde si realizamos un ejercicio de derecho comparado, observamos como la mayoría de países, o el derecho internacional público promulgan en gran medida la igualdad de derecho de las personas LGBTI, como por ejemplo, donde la comunidad internacional posee muchos documentos importantes sobre el tema, como son “[I]a declaración sobre orientación sexual e identidad de género de las Naciones Unidas”, o el rol importante de la Corte IDH sobre “Los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales”, demostrando su oposición a la homofobia.

Se traduce todo esto entonces en una “normalidad” donde las personas de la comunidad LGBTI ecuatorianas busquen cada vez más derechos, después de lograr el poder casarse, situación posible en el Ecuador, bajo el nombre de matrimonio igualitario EN 2019, donde la sentencia 11-18-CN/19 deconstruyó el concepto de matrimonio, ya que ha cambiado con el pasar de los milenios, principalmente porque las relaciones sexuales poseen ahora un fin placentero, y no reproductivo, donde además de eso al día de hoy los padres ya no intervienen, ya no es una institución solamente religiosa sino también legal, y donde el fin objetivo ya no es la procreación, dándonos a entender que la heterosexual como requisito obligatorio para el matrimonio es irreal a estas alturas. El matrimonio igualitario se constituye tardíamente dos décadas después de su apareamiento en el 2000 en Holanda, y donde llegó a Latinoamérica desde el 2016 como son Argentina, México, Uruguay o Colombia, Perú y demás países.

El matrimonio deja de ser a nivel normativo, específicamente en el Código Civil, un “contrato solemne entre un hombre y una mujer”, para poder ser “entre dos personas”, y donde, a pesar de que la constitución mantiene su régimen heteronormativo, el bloque de

constitucionalidad a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional permite efectivizar el matrimonio igualitario a través de la sentencia ya mencionada.

La existencia de esta sentencia reconoce entonces la familia homoparental como un tipo de familia de manera concisa y directa, donde, a pesar de que la adopción homoparental no se menciona en ninguna parte de la sentencia, donde se desconocen los motivos de su falta de mención, el reconocimiento del matrimonio igualitario deja entrever como dos personas del mismo género se pueden casar, con el fin de formar una familia, que, con el paso del tiempo, va a buscar el aumento de sus miembros.

Sin embargo, teniendo en cuenta la ideología altamente católica y conservadora de los ecuatorianos, esta decisión jurisprudencial y normativa, sustentada en la teoría ampliamente trajo muchas personas en desacuerdo, generando manifestaciones, observando que el factor social ante las personas de la comunidad LGBTI no es favorable, existiendo un gran rechazo ante el intento de los jueces de la Corte Constitucional de generar un avance social, donde las personas mayores son las que más en desacuerdo se encuentran, pues en ellos la homofobia fue una realidad toda su vida y lo vieron incluso como un delito.

Es así que la adopción homoparental, como mera posibilidad, trae consigo mucho rechazo y odio por parte de la sociedad ecuatoriana; no es un tema sencillo, mucho menos fácil de digerir, motivo por el cual no logra avizorarse avance en la formulación de las normas o políticas públicas a corto plazo en torno a esta problemática; sin embargo, teóricamente vemos que es una gran opción para los niños, niñas y adolescentes, además de conjugarse con los principios de igualdad y no discriminación e interés superior del niño, y es que la adopción homoparental posee el único rasgo distintivo sobre que los padres son del mismo sexo, no exonerándolo de ninguna de sus responsabilidades parentales.

Las personas que se encuentran en contra de la adopción homoparental generan siempre las mismas quejas retrógradas sobre la incapacidad de las personas de la comunidad LGBTI de criar niños, niñas y adolescentes en todas las partes del mundo, ya que se los tacha de incapaces o rechazados sociales, donde se presume que los niños serán retraídos de la sociedad por la diversidad sexual de sus padres o incluso que estos niños, niñas y adolescentes adoptados por padres del mismo género eventualmente tendrían las mismas preferencias sexuales que sus padres.

Es así como Ecuador frente a todas estas opiniones, más el retroceso que padece por la triste historia que posee no se ha pronunciado sobre la adopción homoparental, manteniéndose entonces la prohibición a esta, con la permanencia del artículo 68 de la constitución, encontrándose en contradicción con dos principios constitucionales.

La contradicción de la adopción homoparental con el principio del interés superior del niño es el que más llama la atención, ya que es la protección especial que poseen los niños, niñas y adolescentes, esta prohibición logrando desestimar entonces el artículo 11 del CONA donde el principio de interés superior del niño como aquel que efectiviza sus derechos, además el artículo 44 de la constitución el cual lo eleva a rango constitucional, y a nivel jurisprudencial, donde la sentencia N. 064-15-SEP-CC lo considera un principio cardinal con carácter de norma institucional, y la sentencia N. 022-14-SEP-CC, como un principio con carácter constitucional reforzado, vemos que se viola este principio al prohibir que familias homoparentales existan por estereotipos o tradicionalismos, donde la aplicación del interés superior del niño sería la capacidad de la adopción homoparental en casos de que cumplan con todos los requerimientos para darle la mejor calidad de vida al niño, evitando el aumento de la tasa de orfandad.

Sobre la contradicción entre esta adopción homoparental y el principio de igualdad y no discriminación, este es latente ya que se tiene en cuenta solo la familia tradicional histórica, machista, donde los argumentos para mantener la desigualdad son retrógrados y no justificados médicamente, donde diversos estudios demuestran que los niños creados en familia heteroparentales y homoparentales no presentan diferencias en salud mental o en su desarrollo, tenemos como complemento la sentencia Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, el cual establece que las relaciones o situaciones románticas de una persona no son motivo de discriminación, donde la orientación sexual es algo que no se le puede restringir a ninguna persona, decimos entonces que la prohibición de la adopción homoparental atenta contra el artículo 11 de la carta magna que lo promulga, y también la sentencia N. 184-18-SEP-CC que reconoce que los núcleos homoparentales poseen la capacidad de formar hogares al igual que los hogares heterosexuales, donde el estado debe proteger a las personas de la comunidad LGBTI de esta discriminación.

No se ha demostrado, bajo ningún estudio tampoco, que los niños, niñas y adolescentes nacidos de familias homoparentales poseen la misma diversidad sexual que sus padres, donde la cifra se mantiene frente los niños, niñas y adolescentes nacidos de familias tradicionales. Lo que sí afecta es la discriminación generada por la homofobia que genera un miedo irracional y degradante en estos niños, niñas y adolescentes.

Es así como, observamos en Ecuador una discriminación legislativa, también conocida en el plano de la convencionalidad como “discriminación de derecho”, donde Ecuador podría enfrentar responsabilidad internacional. Peor aún, la orientación sexual es una categoría de especial protección en contra de la existencia de discriminación, donde, por ende, se reconocen los diferentes tipos de familia, entre ellos la familia homoparental y todo lo que acarrea.

Vemos entonces que la prohibición de la adopción homoparental es un gran problema en nuestra realidad ecuatoriana, el hecho de que se encuentre positivizado en el artículo 68 de nuestra carta magna genera que exista una discriminación de derecho, es decir, que fomenta el odio y la homofobia entre sus ciudadanos, y que, a pesar que es cierto que el desarrollo del matrimonio igualitario es un gran progreso, sin embargo, desde ahí nos hemos estancado en realidades sociales latentes y existentes, como son las familias homoparentales que ya existen, siendo desprotegidas e ignoradas por la legislación ecuatoriana.

Que, a pesar de que no es fácil, es necesario generar un cambio en esta esfera, ya que esta prohibición solo genera que se les niegue a esos niños huérfanos una familia que cumpla todos los requisitos, y les niega a las personas de la comunidad LGBTI la posibilidad de alguna vez formar una familia como la que añoran.

Conclusión

Ha podido evidenciarse que la prohibición de la adopción homoparental en Ecuador, lejos de ser un desafío teórico, se proyecta como un obstáculo jurídico-institucional, pues, la adopción corresponde únicamente a parejas de diferente sexo.

Esta prohibición puntual se mantiene incluso después de la emisión de la sentencia de la Corte Constitucional 11-18-CN/19 que posibilita el matrimonio igualitario, dado que, a pesar del reconocimiento a la familia homosexual, no se menciona bajo ningún aspecto la adopción homoparental.

Vemos que esta prohibición afecta de gran manera el principio de interés superior del niño, ya que niega la posibilidad a estos niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de abandono la posibilidad de poder tener una familia; donde la aplicación del principio sería la existencia de la adopción homoparental cuando los padres cumplan con las condiciones de adoptantes establecidos en la legislación pertinente; además, existiría una afectación también en el principio de igualdad y no discriminación, al eliminar a las personas de la comunidad LGBTI como posibles padres, por motivos infundados, como son el prejuicio y la homofobia, manteniendo el ideal de la existencia únicamente de la familia tradicional, pensamiento que se aísla en teorías erradas, más, cuando en la convencionalidad de los derechos, ha sido la Corte IDH quien en sentencia Atala Riffo y Niñas Vs. Chile establece que a nivel regional no se deberá considerar la orientación sexual como motivo para restringir derechos.

Resulta verificable, a su vez, que la Constitución se encuentra entonces en contradicción con sus propios fundamentos debido a que, pese al reconocimiento de los principios ya mencionados, y consigo también el reconocimiento de los diversos tipos de familia, la

prohibición de la adopción homoparental es una realidad ecuatoriana, trayendo implícitamente amplias consecuencias, como es la latente discriminación y la restricción de que los niños, niñas y adolescentes puedan tener una familia.

Lo anterior resulta relevante, pues debemos observar que en Ecuador ocurre lo mencionado en la Opinión Consultiva OC24/17, es decir, advertimos una discriminación de derecho, al encontrarse esta prohibición en la constitución, que fomenta aún más el odio.

Sin embargo, es necesario entender que la prohibición de la adopción homoparental posee una visión histórica, arraigada desde perspectiva de la homosexualidad como delito en el código penal de 1997, impulsado por los medios de comunicación, siendo entendible entonces por qué a las generaciones mayores les cuesta aún más aceptar a las personas de la comunidad LGBTI con normalidad.

A pesar de todas estas vicisitudes, el plano de la realidad se ajusta con relación a la sentencia No. 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional, misma que abre las posibilidades para que las personas de la comunidad LGBTI se atrevan a mirar, lejos de una condición formal de sus derechos, en una materialización de sus pretensiones conferidas en instrumentos y garantías jurídicas de los derechos donde el reconocimiento de un tipo de familia, les permite desear en la posibilidad de tener hijos, sin embargo, la realidad social nos demuestra la gran cantidad de personas que se encuentran en contra de las personas de la comunidad LGBTI, siendo un movimiento que afecta en todos los aspectos del diario vivir de estas personas, y peor aún, imposibilita aún más la opción de la adopción homoparental. La realidad es que permanencia de la prohibición de la adopción homoparental no se sustentan bajo ningún fundamento y solamente perpetua prejuicios sociales.

Recomendaciones

Sobre lo expuesto, la problemática de la prohibición de la adopción homoparental en contraposición a los principios de igualdad y no discriminación e interés superior del niño, se encuentran tangibles en la tipificación de la Constitución, específicamente en su artículo 68; en torno a ello, surge la estricta necesidad de proyectar soluciones que permitan superar esta problemática de una forma práctica, a través de los mecanismos que la Constitución y la ley flanquean.

Una de las soluciones que figura para el presente problema se vincula en activar puntualmente una de las funciones atribuidas a la Corte Constitucional, como “guardián natural” de la constitución, para que resuelva esta prohibición por medio de una interpretación específica sobre el tema; eso quiere decir, que mediante la emisión de una sentencia interpretativa permita identificar la viabilidad y constitucionalidad de la adopción homoparental, teniendo en cuenta principios y conceptos complementarios que se han mencionado alrededor de este trabajo investigativo, generando entonces una interpretación que permita este nuevo derecho a las personas de la comunidad LGBTI, al marco de las garantías convencionales de los Derechos.

Se debe tener en cuenta, por último, que esta interpretación específica sobre el tema concreto se realiza a partir del bloque y control de convencionalidad, el cual, como se desarrolló en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, se proyecta como una herramienta vital en el respeto y ejercicio pleno de los Derechos, permitiendo consigo el análisis de normas constitucionales a través de la perspectiva de los principios y derechos que promulgan los tratados internacionales, principalmente aplicando las interpretaciones generadas por Corte Interamericana, teniendo en cuenta también que el artículo 1.1 de la Convención Americana determina la proscripción de la discriminación por orientación.

Bibliografía

- Acevedo, L. (2011). El concepto de familia hoy. *Revista de las ciencias del espíritu*, 149-170.
- ACNUR, U. (2018). *La protección internacional de las personas LGBTI*. México: La agencia de la ONU para los refugiados.
- Acuña, M. (2014). *La adopción: una alternativa de reubicación del menor abandonado*. San José: PANI.
- Agudelo, L. (2018). *La adopción: una oportunidad para construir familia*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Amoros, A. (2014). *Una alternativa para el menor abandonado: La adopción*. México: BM.
- Anónimo. (2005). Conceptos básicos para el estudio de familias. *Archivos en Medicina Familiar*, 15-19.
- Anónimo. (2020). *Introducción al derecho de familia*. México: UNAM.
- Arévalo, N. (2014). *El concepto de familia en el siglo XXI*. Bogotá: MinJusticia.
- Benitez, M. (2017). *La familia: desde lo tradicional a lo discutible*. Cuba: Universidad de la Habana.
- Burgos, L. (2022). Matrimonio igualitario como mecanismo de protección de los derechos de la comunidad LGBTI. *Revista Universidad y Sociedad*, 202-209.
- Calle, N. (2022). Limitaciones a la adopción homoparental en el Ecuador frente al bloque de constitucionalidad y convencionalidad. *Journal Scientific*, 637-656.
- Callejas, A. (2014). *Marco normativo, Protocolo de investigación jurídica*. Pachuca: UAEH.
- Careaga, G. (2015). Los derechos LGBTI, un desafío global. *Defensor*, 10-16.
- Carrillo, C. (2016). *La adopción como aplicación del interés superior del niño en la legislación ecuatoriana*. Quito: Universidad central del Ecuador.
- Casado, J. (1999). *La adopción en familias homoparentales*. Sevilla.
- Laura Chaparro, Y. G. (2017). Adopción homoparental: *Estudio de derecho comparado a partir de las perspectivas de los países latinoamericanos que la han aprobado*. CES Derecho, 267-297
- Clavijo, S. (2019). *El matrimonio igualitario en el Ecuador, Análisis del caso de José y Jacinto*. Quito: SEK.

- Coba, S. (2021). *El derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio versus la idiosincrasia jurídica social ecuatoriana*. Quito: Universidad Hemisferios.
- Cuevas, J. (2017). *Respecto al derecho del nombre y los derechos patrimoniales de las personas LGBTI*. Veracruz: Universidad Veracruzana.
- García, I. (2014). *Informe sobre la situación de los derechos humanos de las poblaciones LGBTI ECUADOR 2013*. Quito: FLACSO.
- García-Villanova, F. (2005). Adopción Homoparental. *Revista Iberoamericana de Diagnóstico y Evaluación*, vol. 1. num. 19, 147-170.
- Garrido, R. (2017). *La despenalización de la homosexualidad en Ecuador: el legado de la acción colectiva LGBTI*. Universidad Andina Simón Bolívar: UASB.
- González, P. (2018). *La diversidad sexual con enfoque de derechos humanos*. San Vicente: Universidad de El Salvador.
- Gopel, C. (13 de 06 de 2019). "Y vivieron felices para siempre": Ecuador da luz verde al matrimonio igualitario. *La tercera*, págs. 14-15.
- Guarrochena, M. (2023). *Ley de ficha limpia en el sistema jurídico argentino*. Lampa: UNL.
- Gutierrez, L. (2021). Hacia un nuevo concepto de familia: la familia individual. *FILHA*, 1-15.
- Guzmán, L. (2017). *La familia*. Portal de padres de familia.
- Jácome, I. (2021). *El matrimonio igualitario en Ecuador*. Cuenca: PUCE.
- Jaramillo, A. (2022). La adopción homoparental en Ecuador: Una perspectiva jurídica. *Polo del conocimiento*, 1960-1974.
- Levi-Strauss, C. (1956). *La familia*. Barcelona: Anagrama.
- Lloay, S. (2021). *Estudio de la sentencia 11-18-C/19 de la corte constitucional, del matrimonio igualitario, atenta al derecho de la unión entre hombre y mujer*. Riobamba: UNIANDES.
- López, E. (2016). *Principio de no discriminación en el población LGBTI en Ecuador: Una aproximación con enfoque de derechos*. Buenos Aires: Universidad Nacional de la Plata.
- López, I. (2022). *Adopción homoparental en Ecuador: derecho de igualdad y no discriminación e interés superior del niño*. Otavalo: CC.
- Mendoza, G. (2023). *Matrimonio igualitario en el Ecuador: un derecho constitucional y universal de igualdad y no discriminación*. Asunción: REDILAT.
- Menjarres, J. (2019). *Los procesos de adopción en el Ecuador y su incidencia en el interés superior de las niñas, niños y adolescentes*. Ambato: PUCEM.
- Moliner, R. (2012). Adopción, familia y derecho. *Revista Boliviana de Derecho*, 98-135.

- Montalvo, D. (2019). *Desaprobación del matrimonio igualitario en Ecuador: ¿Un choque intergeneracional?* Vanderbilt.
- Morales, J. (2022). *La dilación y la inaplicación del principio de celeridad en la adopción*. Cuenca: Universidad del Azuay.
- Morales, M. (2016). *Retrato de la familia en Ecuador*. Loja: UTPL.
- Morales, M. (2019). Adopción homoparental en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en interés superior de los niños y adolescentes. *Iustucua Socialis*, 376-396.
- Morales, S. (2015). *La familia y su evolución*. México: UJAT.
- Ocaña, J. (2016). *La adopción internacional y su incidencia frente al interés superior del niño, en la unidad técnica de adopciones de Quito, en el año 2015*. Riobamba: UNC.
- Ojeda, G. (2018). *Diversidad sexual, identidad de género y ciudadanía: Las leyes de matrimonio igualitario e identidad de género en la Argentina*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.
- Ortega, M. (2021). *Análisis de la normativa ecuatoriana relacionada a la adopción homoparental a partir de la opinión consultiva OC24/17*. dp.
- Palacios, J. (2009). La adopción como intervención y la intervención en adopción. *Papeles de Psicólogo*, 53-62.
- Paladines, M. (2010). *La familia*. Cuenca: UDZ.
- Pallo, A. (2020). *Las políticas públicas en beneficio de los grupos LGBTI enfocados al ámbito laboral privado en el Ecuador*. Ambato: PUCEM.
- Paredes, G. (2019). El matrimonio igualitario a la luz de la convención americana: análisis de la opinión consultiva OC-24/17 en el contexto jurídico ecuatoriano. *FORO*, 63-79.
- Pascual, T. (2020). *La adopción: vulnerabilidad, interés superior del menor e idoneidad del adoptante*. Oviedo: Universidad de Oviedo.
- Paspuel, L. (2019). *La adopción homoparental: consideraciones para el reconocimiento constitucional en el Ecuador del 2019*. Quito: UASB.
- Puchaicela, C. (2020). Evolución normativa de la familia en el Ecuador frente a los Derechos Humanos. *Espacios*, 15-25.
- Santillán, G. (2023). El matrimonio Igualitario Frente a la Adopción, Análisis de su Procedencia en la Realidad Ecuatoriana. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, (7), 2734-2755.
- Samaniego, J. (2015). *Discriminación hacia jóvenes homosexuales en su entorno educativo*. Cuenca: Universidad de Cuenca.
- Sampieri, R. H. (2014). *Metodología de la investigación*. México D.F.: Mc Graw Hill.

- Sandoval, C. (2014). *Enfoque*. Quito: Universidad San Francisco.
- Santacruz, D. (2014). *Sin libertad sexual no hay libertad política*. Quito: Facultad Latinoamericana de ciencias sociales, sede Ecuador.
- Stuart, D. (2019). *Importancia de la familia en la formación de la personalidad*. Formación de los futuros padres.
- Suarez, M. (2002). *Mediando en sistemas familiares*. Buenos Aires.
- Taisha, E. (2017). *La adopción en la legislación ecuatoriana*. Riobamba: Universidad nacional de Chimborazo.
- Toro, V. (2005). *El papel de la familia en la sociedad actual*. Promociones y publicaciones universitarias.
- Torres, X. (2022). Avances en derechos humanos: reconocimiento del matrimonio civil ecuatoriano en la legislación ecuatoriana. *Boletín*.
- Valdivia, C. (2008). La familia: concepto, cambios y nuevos modelos. *La Revue*, 15-22.
- Vázquez, J. (2021). Las olas del movimiento LGBTIG+. Una propuesta desde la historiografía. *Humanidades*.
- Véliz, Y. (2019). Perspectivas de la adopción homoparental en Ecuador. *Iusticia Socialis*.
- Vidal, M. (2017). *Derecho a tener una familia: adopción homoparental, entre prejuicios y realidades*. México1: Cuicuilco.
- Villacis, O. (2023). La adopción de menores a favor de parejas homoparentales en Ecuador. *El debido Proceso*.
- Viteri, M. (2019). *Violencia, géneros y derechos en el territorio*. Quito: CONGOPE.
- Yaguana, E. (2023). *La adopción homoparental, sustento constitucional, legal y judicial para su reconocimiento en el Ecuador*. Loja: dp.
- Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*, CRE. Vlex
- Ecuador. (2015). *Código Civil*, CC. Vlex
- Ecuador. (200). *Código de la Niñez y Adolescencia*, CONA. Vlex
- Ecuador. (2016). *Ley de Gestión de Identidad y Datos Civiles*. Vlex
- Colombia. (2019). *Ley 1098*. Vlex
- ONU. (1989). *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*. Vlex

ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Vlex

ONU. (2013). *Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Vlex

Reina Valera. (1960). *Biblia*

Ecuador. (2019). *Sentencia Nro. 11-18-CN/19*. Corte Constitucional

Ecuador. (2015). *Sentencia Nro. 064-15-SEP-CC*. Corte Constitucional

Ecuador. (2014). *Sentencia Nro. 022-14-SEP-CC*. Corte Constitucional

Ecuador. (2018). *Sentencia Nro. 184-18-SEP-CC*. Corte Constitucional

Ecuador, (2013). *Sentencia N. 037-13-SCN-CC*. Corte Constitucional.

Corte IDH. (2017). *Opinión Consultiva OC-24/17*.

Corte IDH. (2012). *Caso Atala Riffo y Niñas VS. Chile*.