

# ADOPCIÓN HOMOPARENTAL EN ECUADOR: DERECHO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO<sup>1</sup>

## Homoparental Adoption in Ecuador: Right to Equality and Non-Discrimination and Best Interest of the Child

ILIANA LÓPEZ RUIZ<sup>2</sup>

Investigadora independiente, Otavalo, Ecuador

LUIS FERNANDO HARO HARO<sup>3</sup>

Investigador independiente, Ibarra, Ecuador

### Resumen

El artículo analiza, desde una perspectiva constitucional, la restricción del acceso a la adopción en familias homoparentales en la legislación ecuatoriana. El objetivo es ilustrar la incidencia de esta restricción en el derecho constitucional de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, y cómo esta disposición resulta discriminatoria con respecto a las parejas del mismo sexo. Se examinan fuentes teóricas y jurisprudenciales sobre los tipos de familias y los derechos que implica su reconocimiento. En los resultados del estudio se indica que esta disposición normativa no solo constituye una vulneración al derecho de igualdad y no discriminación para las familias homoparentales, sino que también afecta el principio de interés superior del niño. Como conclusiones novedosas se plantea la necesidad de reconocer y regular la adopción en familias homoparentales, exponiendo criterios básicos a tener en observancia para regular este tipo de adopción en el Ecuador.

### Palabras clave

Familia, Homoparental, Adopción, Niños, Igualdad, Discriminación.

### Abstract

The article analyzes from a constitutional perspective the restriction of access to adoption in homoparental families in Ecuadorian legislation. The objective is to illustrate the incidence of this restriction on the constitutional right of children and adolescents to have a family, and how this provision is discriminatory with respect to same-sex couples. Theoretical and jurisprudential sources are examined on the types of families and the rights that their recognition implies. The results of the study indicate that this normative provision not only constitutes a violation of the right to equality and non-discrimination for homoparental families, but also affects the principle of the best interests of the child. As novel conclusions, the need to recognize and regulate adoption in homoparental families is proposed, and the criteria to be observed to regulate this type of adoption in Ecuador are also exposed.

<sup>1</sup> Los/as autores/as de este artículo han contribuido en partes iguales.

<sup>2</sup> Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de Otavalo-Ecuador. Abogada por la Universidad "Oscar Lucero", Holguín, Cuba. Investigadora y autora de artículos científicos en materia de derecho constitucional y derechos humanos. Correo electrónico: [ilianalopez.ruiz90@gmail.com](mailto:ilianalopez.ruiz90@gmail.com); ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9737-7469>.

<sup>3</sup> Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de Otavalo-Ecuador. Especialista en Derecho Procesal Penal por la Universidad Técnica Particular de Loja. Abogado por la Universidad regional Autónoma de los Andes. Correo electrónico: [fer\\_haroluis@hotmail.com](mailto:fer_haroluis@hotmail.com); ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6516-2260>.



## **Keywords**

Family, Homoparental, Adoption, Children, Equality, Discrimination.

### **1. Introducción**

La sociedad ecuatoriana ha tenido que asimilar ciertos cambios, como el que se gestó en el 2019 con la regulación del matrimonio civil igualitario. Sin embargo, la adopción aún no encuentra cavidad dentro del presente debate. El candado constitucional que se establece en el artículo 68 de la Constitución, referente al acceso a la adopción en parejas del mismo sexo es la base de este estudio. Se analiza, inicialmente, el derecho constitucional de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) a tener una familia. Posteriormente, se estudia el principio de interés superior del niño y cómo este se manifiesta en diferentes dimensiones. Lo anterior permite establecer una relación entre el citado derecho de NNA a tener una familia como parte de su interés superior y la institución jurídica de la adopción, como el camino idóneo para alcanzar tales fines.

En un segundo momento, se aborda la institución de la adopción y la restricción para que las familias de tipo homoparentales accedan a ella, lo que desencadena vulneraciones de derechos constitucionales, no solo a estas familias sino a NNA que se ven imposibilitados de crecer bajo el cuidado de una unión familiar. Finalmente, se realiza un análisis del artículo 68 de la Constitución ecuatoriana del 2008 y otras normas internas, ya que el estudio de estos cuerpos legales permitió desarrollar el objetivo fundamental de este artículo, que se centra en analizar cómo se manifiesta esta restricción normativa en materia de adopción homoparental y si la misma constituye una categoría discriminatoria dentro de la norma constitucional.

La relevancia del tema radica en que el Ecuador no existe desarrollo normativo ni jurisprudencial respecto de la adopción en familias homoparentales. Si bien es cierto que la Constitución reconoce diferentes tipos de familias, incluida la familia homoparental, no les otorga un trato igualitario a todas. En este sentido, hace distinciones específicamente en temas como el acceso a la adopción y esto conlleva que dicha restricción vulnere derechos que debería tutelar.

### **2. Principio de interés superior del niño**

Lograr precisar todo lo que implica este principio resulta bastante complejo, toda vez que es un término que, debido a la amplitud de su contenido, puede facilitar interpretaciones equivocadas y restrictivas de los propios derechos que protege. La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) lo define de la siguiente forma:

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 (artículo 3 numeral 1).

La Convención se refiere a una serie de instancias que intervienen en la vinculatoriedad y ejecución de este principio, como lo son “instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”. Se reseña no solo a los entes afines a derechos como la salud, el medio ambiente o la educación, sino también a las instituciones que se ocupan de otros derechos que les asisten, finalizando con las instituciones tanto públicas como privadas que se relacionen con el bienestar social de NNA.

Visto desde esta perspectiva, es necesario analizar este principio dentro del contexto en que se desarrolla, pues lo que en un caso puede ser considerado beneficioso para un NNA, en circunstancias diferentes puede no serlo para otros. Con motivo de ello, el Comité de los Derechos del Niño (2013) ha indicado que:

el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto (p. 14).

Es así como el interés superior del niño dentro de esta Observación General se aborda desde tres dimensiones. Primero como derecho sustantivo, es decir, el derecho innegable de NNA a que su interés superior sea una consideración esencial al momento de evaluar elementos para tomar una decisión. En este sentido, la adopción debe ser valorada como un medio fundamental para que los NNA puedan hacer efectivo ese derecho, esto es, que su bienestar, desarrollo integral y cuidado sean elementos valorados como parte de su interés superior. Podría concluirse que la adopción, independientemente de si es homoparental o no, es un camino para materializar estas aspiraciones.

Como segunda dimensión, el interés superior es valorado como mandato de optimización o principio o, lo que es lo mismo, un mandamiento que permite evaluar y mejorar la situación jurídica de estos grupos sociales. Si se concatena con la institución jurídica de la adopción, ciertamente esta última es el medio idóneo para optimizar y corregir, en cierta medida, la situación de abandono de estos grupos vulnerables. Asimismo, se puede indicar como tercer y último punto su dimensión como norma de procedimiento. Sin embargo, esta denominación es bastante debatida, sobre todo porque gramaticalmente puede generar confusiones. El término se ha usado en el contexto internacional con el fin de dilucidar y propiciar que las normas procesales sean interpretadas y entendidas desde la óptica de este principio, sin olvidar que los principios tienen, esencialmente, un alto contenido de valores y, por el contrario, las normas procedimentales tienen una esencia dogmática.

El Estado ecuatoriano también ha instituido este principio dentro de su normativa constitucional en su artículo 44 al establecer que “el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Por tanto, el interés superior del niño debe entenderse entonces como un principio de prevalencia y de vinculatoriedad. La Corte Constitucional del Ecuador también se ha pronunciado al respecto, señalando que el principio del interés superior:

Este principio lo garantiza la Constitución de la República para asegurar el ejercicio pleno de sus derechos y promover prioritariamente 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 (Sentencia Nro. 064-15-SEP-CC, 2015, párr. 20).

Este principio, entonces, no puede ser valorado de la misma manera o al mismo nivel que todas las demás consideraciones referentes a otros derechos. Esto tiene su sustento en que los NNA son un grupo vulnerable por su estado de dependencia, falta de madurez y condición jurídica.

Teniendo esto en cuenta, este principio busca que las personas que intervienen en las decisiones que afectan a NNA tengan en cuenta primordialmente sus intereses. En este orden de ideas, el hecho de poder crecer bajo el cuidado de una familia, independientemente de su tipo, sea heterosexual, monoparental u homoparental, sería una forma de precautelar su interés superior.

### **3. La institución jurídica de la adopción y el derecho de NNA a tener una familia como parte de su interés superior.**

Existen múltiples circunstancias por las que estos grupos vulnerables quedan sin la protección familiar o en condiciones de orfandad total. En estos casos, el Estado tiene la responsabilidad de tomar partido ante su protección. Es pacífico afirmar que la institución de la adopción ha jugado un papel fundamental para proveer una familia a estos NNA en situación de riesgo. Es a través de esta institución jurídica que nace una nueva forma de relación parento-filial entre el adoptante y el adoptado, que pasan a ser padres e hijos en virtud de esta condición. Autores como Pérez (2013) han indicado que

la adopción es una institución que tiene por finalidad brindar protección y/o un medio familiar fundamentalmente a niños, niñas y adolescentes que se encuentran en estado de abandono o desamparo respecto de su familia originaria, creándose de este modo una situación análoga a la filiación legítima con respecto al o los adoptantes (párr. 90).

Por esta institución, el NNA adoptado no solo tiene el derecho a llevar los apellidos del adoptante, sino que debe ser registrado con ellos, lo que se traduce, desde el punto de vista jurídico, en que tanto el adoptado como la familia adoptante ostentarán los mismos derechos y obligaciones que se establecen con respecto a la filiación legítima con el hijo consanguíneo. La Convención de los Derechos del Niño también se pronunció con respecto a la adopción como una vía alternativa para la formación de otros tipos de familia para los NNA que carezcan de una consanguínea, señalando que Estados parte que reconocen o permiten el sistema de adopción:

Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales (Convención de los Derechos del Niño, 1989, art. 21).

La Constitución, por su parte, también consagra este derecho de los NNA a tener y formar parte de un núcleo familiar. Como una forma de cristalizarlo, regula la adopción de tal forma que “las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Es así como la adopción brinda a NNA la posibilidad de tener una familia que vele por ellos.

El Ecuador también ha previsto la adopción en el Código de la Niñez y Adolescencia en sus artículos 151 al 188, reglamentando los principios que rigen esta institución, requisitos de los adoptantes, tramitación tanto administrativa como judicial, entre otros elementos importantes. En específico, es necesario hacer referencia al artículo 151, que indica que la adopción “tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados” (2003).

Parecería, entonces, que el tema se encuentra minuciosamente pautado y que su objeto y alcance es realmente claro. No obstante, la temática se dificulta cuando se analiza

quiénes son las personas que se encuentran legalmente habilitados para acceder a la adopción. En el caso específico del Ecuador, no todas las uniones familiares pueden optar por ella. Esta es una institución a la que, previo el cumplimiento de ciertos requisitos legales, solo tienen acceso las parejas heterosexuales por mandato constitucional y las familias monoparentales gracias a la normativa infraconstitucional.

Antes del año 2019, las familias monoparentales —las personas que no tienen un vínculo matrimonial o una unión de hecho reconocida—, tampoco podían adoptar. En ese año se publicó el Acuerdo Ministerial No. 135 del Ministerio de Inclusión Económica y Social, que reformó el Manual de Procesos de la Gestión de Adopciones Nacionales y reconoció que

en atención a los artículos 67 y 68 de la CRE dentro de la denominación de “Familia solicitante” de adopción a “la familia heterosexual, nuclear y de hecho (matrimonio y unión de hecho) y familia monoparental (persona sola), que se encuentran en el proceso de adopción en calidad de solicitante” (MIES, 2019, citado en Corte Constitucional del Ecuador, 2021).

En ese sentido, la Corte Constitucional ecuatoriana, en observancia de las disposiciones de normativas internacionales en materia de derechos humanos referentes a los NNA, ha ratificado en su Dictamen Constitucional No. 8-09-IC /21 de fecha 18 de agosto del 2021 que, según la normativa infra constitucional, las personas solas pueden adoptar. En consecuencia, actualmente los procesos de adopción pueden ser solicitados por familias monoparentales y por parejas heterosexuales, siempre que estas cumplan con los requisitos legales establecidos, quedando solo excluidas las familias homoparentales, siendo esto último materia de análisis de otro acápite.

#### 4. Definición de familias homoparentales

En muchas sociedades, fundamentalmente religiones monoteístas, y que sin duda son las de mayor influencia en América Latina debido a la colonización, se intentó inculcar que las relaciones sentimentales debían ser entre hombre y mujer. De estas se procreaban los hijos como fruto de la unión y así se cumplía con estándares religiosos y sociales. Díaz (2004), quien ha analizado esta temática desde una perspectiva cultural, indica que

la sociología y la antropología han puesto especial interés en las implicaciones simbólicas que representa ser hombre o mujer en determinados grupos sociales. Esto determina en gran medida los roles y las prácticas de cada uno de los miembros, ya sean masculinos o femeninos [...], por lo que un homosexual, al transgredir tales reglas, es etiquetado como antinatural, desviado o ambas cosas (p. 5).

El hecho de que los hombres y mujeres se alejen de ese rol, supuestamente correcto, que está establecido por el orden natural y social al que se acoge la sociedad ecuatoriana, es considerado equivocado por muchos aún en estos tiempos. Con el transcurso del tiempo, países de la región, tales como Colombia, Chile y Argentina, se convirtieron en pioneros en el reconocimiento de estos derechos y proclamaron la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo y, por consiguiente, la creación de un nuevo tipo de familia: la homoparental. Para Suárez y Berní (2017), “las familias homoparentales se constituyen en la actualidad por: una pareja homosexual y los hijos concebidos o adoptados” (p. 3). Esta puede ser una definición práctica y general de este nuevo tipo de familia. Es así como la familia tradicional conformada por una pareja heterosexual ya no es la única forma de constituir un núcleo

familiar afectivo, sino que existen estas familias homoparentales que son merecedoras de igual protección constitucional de sus derechos.

### **5. La restricción del acceso a la adopción en familias homoparentales en la legislación constitucional ecuatoriana**

En 2019 se gestó un cambio trascendental en la legislación nacional a través de las Sentencias 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19 respecto de la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se reconoce finalmente el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio civil y, con esto, se institucionaliza el reconocimiento de la familia homoparental. A pesar de ello, aun cuando quedó institucionalizado el matrimonio civil igualitario y todas las consecuencias jurídicas que ello implica, en ninguna de estas sentencias se hace alusión a la adopción homoparental. Resulta lógico que en las mencionadas sentencias la Corte Constitucional solo se centre en analizar la institución del matrimonio, sin pronunciarse sobre otra cuestión adicional, teniendo en cuenta que el foro constitucional debe resolver únicamente solo los asuntos puestos a su consideración.

Para examinar esta problemática se debe partir de que en el artículo 67 de la Constitución se reconoce a la familia en sus diversos tipos, considerándola como el núcleo fundamental de la sociedad. Por lo tanto, es obligación del Estado garantizar condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Esto podría interpretarse de forma amplia, en vista de que, si la Constitución reconoce diferentes tipos de familias, entre las que se encuentran las homoparentales, todas deberían estar sujetas a los mismos derechos y obligaciones; pero la realidad dista mucho de esto, las familias homoparentales no ostentan los mismos derechos que las familias formadas por parejas heterosexuales. Un ejemplo de ello es precisamente el acceso a la adopción.

Surge, entonces, la interrogante de si los derechos de igualdad y no discriminación, que sirvieron de base para el reconocimiento constitucional del matrimonio igualitario podrían ser extensivos también para el reconocimiento del derecho a la adopción para las familias homoparentales. Esto no sucede en el Ecuador y es importante indicar que en algunos países de la región como Colombia, Argentina, México y Chile —donde se permite la adopción para parejas del mismo sexo—, se trata de Estados que no tenían una restricción expresa en su Constitución. En concreto, el debate mexicano giró en torno a que los principios de igualdad y no discriminación, y el de interés superior del niño debían adecuarse a las familias homoparentales. Chaparro y Guzmán (2017) narran cómo fue este proceso:

En este país, desde el año 2009 comenzó un debate acerca del verdadero concepto de familia. El 21 de diciembre de 2009, el Pleno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, aprobó la reforma del Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues este derecho no puede ser restringido como resultado de la orientación sexual [...] Además, como consecuencia de la aprobación de esta figura, se aprobó también una modificación al artículo 391 para eliminar la imposibilidad de adoptar a los cónyuges o concubinos del mismo sexo (párr. 18).

En contraste, en Argentina se plantea, por primera vez, la necesidad de repensar la definición de familia en 1998, pero no fue sino hasta el 2010 que se aprobó un proyecto de ley que modificaba del Código Civil y que permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo y, al mismo tiempo, el acceso a la adopción para estas nuevas familias. El proceso se llevaría a cabo observando los mismos requisitos que ya existían para las parejas heterosexuales que aspiraban a adoptar.

Estos son ejemplos que demuestran que el cambio en la perspectiva social de cómo se concibe la familia debe necesariamente respaldarse desde el orden jurídico. Sin embargo, la Constitución (2008) indica en su artículo 68 que “la adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo”.

Esta restricción constitucional es sumamente complicada, toda vez que al tener la norma rango constitucional, su modificación, según la propia Constitución, si se mira de manera dogmática, debería ser necesariamente a través de una reforma o enmienda. Evidentemente, este es uno de los temas más complejos que enfrentaría el constituyente si optara por hacer esta modificación en el texto constitucional, precisamente por el carácter permanente de este tipo de normas. Antes bien, Masapanta (2020) enfatiza que “existen procedimientos que condicionan una modificación al texto constitucional, lo cual dota a las cartas constitucionales de una rigidez que imposibilita que mayorías móviles o impulsos políticos puedan fácilmente modificarlas” (p. 367). Con todo, se entiende que, en un Estado Constitucional de Derechos, como lo es el Ecuador, no se necesitaría desarrollo legislativo para aplicar de manera directa y eficaz principios y derechos constitucionales. Esto no es tan simple como se expresa, dado que desde una perspectiva positivista resulta complejo entender el derecho más allá de la ley, más aún cuando no existe una norma expresa que lo proteja.

Por otro lado, la normativa infraconstitucional ecuatoriana es específica al transcribir textualmente esta restricción. El Código de la Niñez y Adolescencia afirma que “se priorizará la adopción por parte de parejas heterosexuales constituidas legalmente, sobre la adopción por parte de personas solas” (2003, artículo 153 numeral 3). En tal sentido, la norma brinda especial preferencia a las parejas heterosexuales para acceder a esta institución jurídica, reproduciendo este aspecto en su artículo 159 numeral 6, que prevé como requisito de los adoptantes que los mismos sean parejas heterosexuales.

## **6. Análisis del artículo 68 de la Constitución ecuatoriana a la luz de derecho a la igualdad y no discriminación. Criterios de razonabilidad y proporcionalidad.**

La humanidad, desde hace siglos, ha respondido a diversos estereotipos. A juicio de Borillo (2013), “discriminar significa tratar de manera menos favorable a una persona (física o moralmente) de otra en una situación análoga” (p. 547).

En el contexto internacional podemos señalar que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (1989), en su Observación No. 18 respecto a la no discriminación y la igualdad, ha indicado que:

La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos [...] En virtud del artículo 26 todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (párr. 1).

Para la norma internacional, estos constituyen principios básicos dentro de todos los ordenamientos jurídicos de los Estados, por lo que cada uno debe tomar las medidas pertinentes que garanticen la igualdad y no discriminación en el ejercicio de los derechos de las personas. De igual forma, la referida observación propia define a la discriminación como

toda 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 posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas (Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 1989, párr. 7).

En el caso de Ecuador, la norma constitucional también hace referencia a este particular en el artículo 11 numeral 2 al establecer que:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación (2008).

Siguiendo esta lógica sería oportuno preguntarse si existe una contradicción entre el recién citado artículo constitucional con lo que establece el artículo 68, en el que se indica expresamente que “la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo” (2008). De manera puntual, la propia norma constitucional está restringiendo el acceso a esta institución con base en la orientación sexual de las parejas que deseen adoptar.

Es necesario hacer un estudio minucioso de este particular y de la evidente contradicción que se suscita entre estos dos preceptos de la Constitución. Se puede comenzar el análisis citando el alcance que la Corte Constitucional ha dotado al artículo 11 numeral 2:

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).

Estos parámetros de la CCE permiten dilucidar que no todo trato diferente es discriminatorio *per se*. Es discriminatorio cuando se menoscaba el ejercicio o reconocimiento de derechos y es justificado cuando los promueve. En virtud de ello, es conveniente someter el artículo 68 a un análisis de razonabilidad y proporcionalidad, respondiendo específicamente a tres criterios esenciales que la Corte ha definido para el efecto:

En la primera etapa del test de razonabilidad, se establece sobre los objetivos perseguidos a través del establecimiento de la norma [...] En este orden, una vez identificados los objetivos, en la segunda etapa del test de razonabilidad, es preciso establecer si estos son constitucionalmente



válidos, es decir, si encuentran sustento en disposiciones constitucionales [...] Llegamos así a la tercera etapa del test de razonabilidad que tiene relación con la proporcionalidad entre la desigualdad expresada en la norma y el fin perseguido (Sentencia 019-16-SIN-CC, 2016, p. 17-19).

Para poder establecer si este precepto constitucional cumple con cada uno de estos parámetros, se debe analizar desde el ámbito de aplicación de estos criterios, sobre todo porque la Corte Constitucional ha establecido una diferencia entre la discriminación y el trato desigual:

El trato desigual se considerará no restrictivo del derecho a la igualdad y no discriminación si y solo si resulta al menos plausible —o sea, no es inaceptable pero tampoco seguro— sostener que un determinado fin es legítimo, que el trato desigual es idóneo y necesario para satisfacer dicho fin, y que el grado de satisfacción de aquel fin es al menos equivalente a la intensidad de la limitación al derecho a la igualdad y no discriminación (Sentencia No. 4-19-RC/19 de la Corte Constitucional del Ecuador, 2019, párr. 21).

Si se examina de manera literal la redacción del artículo 68 de la Constitución, se debe verificar, en primer lugar, los fines que persigue. Al señalar que la adopción únicamente corresponde a parejas heterosexuales, se colige que existe una distinción o trato desigual y, por ende, una categoría sospechosa. Esta última, en palabras de González, Pérez y Rabell (2018), constituye “rasgos prohibidos que menoscaban la dignidad humana por medio de un trato diferenciado y que producen desventaja hacia determinados grupos estereotipados sin que exista una razón que la justifique” (p. 47). La redacción del referido artículo, asimismo, realiza una afirmación distintiva que se tipifica en sí misma como un trato desigual con respecto a las parejas del mismo sexo que desean acceder a la adopción.

Una vez identificada esta categoría sospechosa, se debe verificar si la distinción proviene en un trato desigual o discriminatoria. Para ello es imperante determinar si la distinción que hace la norma es adecuada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo y válido. En este orden de ideas, se debe comprobar el fin que perseguía el legislador al establecer esta disposición constitucional, para lo cual resulta necesario remitirse a las Actas de la Asamblea Constituyente del 2008. El debate preciso sobre el artículo en análisis se circunscribe en el acta 86, donde solo consta una declaración que expone lo siguiente:

El derecho de adopción corresponde solo a parejas de distinto sexo”, pero quién impide que un individuo homosexual adopte a un niño como padre soltero o madre soltera [...] De igual gravedad sería en el caso de un matrimonio que procrea hijos, luego deciden divorciarse, si uno de ellos en un futuro decide hacerse homosexual y vivir con una persona del mismo sexo, qué pasará con esos niños, en qué clase de hogar crecerían estos niños, y bajo qué ejemplos y valores (pp. 97-98).

Esta fue una postura defendida por varios de los asambleístas. En ella se puede evidenciar la negativa que muestran al reconocimiento de la formación de familias homoparentales y el acceso a la adopción de estas, dando argumentos basados en concepciones morales. El artículo es finalmente aprobado con 69 votos a favor, 29 en contra, 5 en blanco y 11 abstenciones.

Si se analiza el objetivo de la norma como primera parte del test de razonabilidad, se evidencia que esta distinción se da desde un contexto conservador y desde concepciones de moralidad que abarcan el paradigma de familia tradicional, lo cual deja claro que el objetivo es el cautelar los valores y el debido ejemplo a los niños. Se excluye a un grupo de personas que son consideradas como incapaces e inhabilitadas de ofrecer un hogar a NNA en situación de adoptabilidad.

En segundo lugar, los argumentos dados en estos debates para restringir estos derechos a las parejas del mismo sexo carecen de fundamentación lógica para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. El hecho de abordar categorías morales con trasfondo religioso sin aportar un fundamento empírico como sustento no es un argumento válido dentro de un Estado laico y constitucional como lo proclama la propia Constitución en su artículo primero. De ahí que se puede concluir que la distinción establecida en la norma constitucional carece de una justificación fundamentada en derecho, no persigue proteger derechos sino restringirlos, de modo que no cuenta con un fin constitucionalmente válido.

De igual modo, se presenta como conveniente someter este precepto constitucional a los criterios de proporcionalidad establecidos en el artículo 3 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional —es decir, los criterios de necesidad, idoneidad y de proporcionalidad en sentido estricto—. El principio de necesidad, según lo ha indicado la Corte Constitucional en su sentencia No. 282-13-JP/19, exige verificar si “la necesidad de que el objetivo que se invoca para justificar las restricciones sea imperioso y las medidas sean estrictamente necesarias, idóneas y proporcionales” (párr. 97). En este caso, no existe evidencia de que los NNA que se desarrollan en familias homoparentales experimenten algún daño o trastorno emocional, sino exactamente lo contrario. La Asociación Americana de Psiquiatría (2002) ha comentado que:

Numerosos estudios en las tres últimas décadas han demostrado consistentemente que los niños criados por padres gays o lesbianas muestran el mismo nivel de funcionamiento emocional, cognitivo, social y sexual que los niños criados por padres heterosexuales. La investigación indica que el desarrollo óptimo de los niños no se basa en la orientación sexual de los padres, sino en vínculos estables de compromiso y crianza por parte de los adultos (p.1).

No existe un argumento legítimo que justifique la necesidad de restringir el derecho de las parejas del mismo sexo a la institución jurídica de la adopción. Tampoco se ha demostrado que sea imperiosa y estrictamente necesaria esta restricción en aras de proteger otros derechos, más aún cuando dicha restricción incide directamente también en el derecho de NNA a formar parte de una familia que les brinde protección y afecto. Asimismo, este criterio involucra, según argumentos de la propia Corte, que la medida escogida tiene que ser, entre todas las posibles a tomar, la menos gravosa para el ejercicio de derechos; es decir, se precisa tener en consideración varias medidas o criterios. Por lo anterior se puede establecer que la excepción de las parejas del mismo sexo para acceder a la adopción, al configurarse como restrictiva de derechos, no se puede considerar necesaria para proteger la conformación del núcleo familiar y mucho menos a los NNA que en situación de adoptabilidad deben continuar bajo la custodia del Estado.

Con respecto al criterio de idoneidad, este “implica que la medida tomada sea adecuada para cumplir el fin constitucional. La restricción de un derecho debe ser un medio que contribuya a alcanzar el fin constitucional”. En este caso, el fin constitucionalmente válido es el acceso para poder conformar de una familia con hijos y se podría decir que la adopción es uno de los medios idóneos para que las parejas del mismo sexo puedan tener hijos. Es así como se puede establecer que estas parejas se encuentran limitadas y restringidas para poder acceder a la adopción con respecto de las parejas heterosexuales. En tal sentido, esta exclusión no contribuye de forma alguna a lograr el fin constitucional identificado. Esto implica, entonces, que para que una medida sea considerada idónea debe proteger un derecho, más en el caso concreto se observa que se restringen derechos constitucionales de las parejas del mismo sexo, sin que se haya logrado dar argumentos legítimos para justificar tal restricción.

Así mismo lo indica Bernal (2005) al establecer que:

Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Este subprincipio impone, entonces, dos exigencias: la legitimidad constitucional del fin y la adecuación de la medida examinada (p. 81).

Del este análisis se puede concluir que el artículo 68 de la Constitución no supera ninguno de los criterios señalados, por lo que tampoco es proporcional. Al efecto, Ávila (2008) afirma que “el principio de proporcionalidad aparece como una garantía interpretativa a los derechos humanos. Esta garantía debe ser aplicada por todos los poderes públicos” (p. 35). Simultáneamente, la Corte ha reconocido este carácter discriminatorio muy recientemente en su Dictamen No. 8-09-IC /21 de fecha 18 de agosto del 2021, al establecer claramente que:

Si la norma constitucional se basa en un prejuicio, sin demostración fáctica alguna, además, de que toda pareja homosexual no brinda un ambiente para el ejercicio y desarrollo de los niños y niñas, podría ser una norma discriminatoria y contraria a otros principios constitucionales y que se reconocen en instrumentos internacionales de derechos humanos. Además, como sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Existe, pues, una tensión entre la prohibición constitucional establecida en la Constitución y otros derechos y principios establecidos en la Constitución y otros instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables en el Ecuador (párr. 16).

La propia Corte ha reconocido este trato discriminatorio, aunque aún no adecúa los instrumentos legales según este último criterio. Argumenta que, en este caso concreto, no se trata de un mero trato desigual en la norma, sino de una disposición constitucional discriminatoria. Dicho esto, si bien es cierto que el derecho de igualdad y no discriminación no es el único vulnerado, es importante especificar que la norma constitucional vulnera, en primera instancia, el derecho de igualdad y no discriminación de las familias homoparentales; de esta vulneración de derechos se desprende una afectación al derecho de los NNA a tener una familia y, por consiguiente, en su interés superior. Empero, la norma es en principio discriminatoria con este tipo de uniones familiares. He ahí la razón por la que se analiza con mayor profundidad este tema y, como segundo punto, su incidencia en los derechos de NNA que de forma colateral se ven comprometidos.

Lo anterior se respalda por la propia ley fundamental al indicar en el numeral 8 de su artículo 11 que “será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos” (2008). El artículo analizado disminuye, menoscaba y anula indebidamente derechos constitucionales. En tal virtud, se puede demandar la inconstitucionalidad del precepto normativo analizado. Esta declaratoria de inconstitucionalidad implicaría, a su vez, que sea declarada inconstitucional toda disposición contenida en normas conexas que reproduzcan la vulneración de derechos motivo de la demanda (2008, art. 436.3); esto es, lo contenido en los artículos 153 numeral 3 y 159 numeral 6 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Correspondería a la Corte Constitucional declarar la inaplicabilidad de estos preceptos normativos referenciados. Sin embargo, como se ha mencionado en apartados anteriores, no sería necesaria una modificación del texto constitucional en sí. Se podría considerar que, en virtud del control de convencionalidad, por una interpretación sistemática, e integral, que el texto de la Constitución se complementa con los instrumentos internacionales de protección de

derechos humanos que expresan que las normas en ningún caso pueden ser discriminatorias, aun si se trata de la propia norma constitucional. Algo similar sucedió en el Ecuador con el reconocimiento del matrimonio igualitario en el año 2019. La propia Corte en la sentencia 11-18-CN/19 expone que “cuando los derechos han sido reconocidos en instrumentos internacionales, el reconocimiento en el texto constitucional no resulta indispensable. La reforma constitucional no es un requisito previo para la vigencia o el goce efectivo de los derechos sin discriminación” (2019, p. 50). Téngase en consideración que el control de convencionalidad implica una obligación los Estados de cumplir con los tratados internacionales que ha ratificado de manera voluntaria.

## 7. Conclusiones

Se puede concluir que la limitación del acceso a la adopción para parejas del mismo sexo es una restricción de carácter constitucional y normativo. En virtud de ello, al aplicar los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que establece la propia Corte Constitucional del Ecuador, se puede dilucidar que el artículo 68 de la Ley Fundamental ecuatoriana se tipifica como una disposición discriminatoria, teniendo en observancia que no logra justificarse la restricción del derecho de las familias homoparentales para acceder a la adopción y tampoco se logra fundamentar que el objeto de dicha norma sea constitucionalmente válido.

De igual manera, el contenido discriminatorio del precepto constitucional se reproduce en el Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador en sus artículos 153 numeral 3 y 159 numeral 6, con lo que se evidencia que cuando las limitaciones o restricciones de derechos emanan de la propia norma y las estas no se sustentan en un fin constitucionalmente válido, irremisiblemente transgreden derechos constitucionales. De ello se infiere que, tal y como se plantea en el objetivo general de este estudio, esta vulneración de derechos no solo afecta de manera directa a familias homoparentales que pretendan acceder a un proceso legal de adopción, sino también a NNA en situación legal de adoptabilidad, pues se ven imposibilitados de formar parte de una familia que les brinde el debido cuidado y protección.

Con el análisis se demuestra, además, la necesidad regular la adopción homoparental en el Ecuador. Para ello, lo que se debe tener en cuenta al valorar la aptitud de los solicitantes son criterios que versen sobre su competencia desde el punto de vista jurídico, es decir, la edad del o de los padres adoptantes; su capacidad legal y pleno goce de sus derechos; tener un estado de salud física y mental adecuado para cumplir con las responsabilidades parentales; disponer de recursos económicos para garantizar al adoptado la satisfacción de sus necesidades básicas; y, de alguna manera, también se puede considerar el pasado judicial del o los adoptantes, pero en ningún caso la orientación sexual de los aspirantes debe tomarse en cuenta como factor a valorar y menos como elemento determinante en la aceptación o negación de proceso. Estos son criterios elementales, que aún constituyen retos para el desarrollo de la justicia constitucional ecuatoriana, la cual debe subsanar estas reproducciones normativas discriminatorias y que vulneran derechos que debería tutelar. Con esto se garantizará que exista la debida protección a la dignidad e igualdad entre las personas para alcanzar el ideal de justicia constitucional que se propone.

## Referencias bibliográficas

Asamblea Constituyente (2008). Actas de la Asamblea Constituyente. Acta 86. 15 de julio de 2008.

- Asociación Estadounidense de Psiquiatría (2002). *Adopción y crianza conjunta de niños por parejas del mismo sexo*. <https://www.clearinghouse.net/chDocs/public/PB-MI-0004-0016.pdf>
- Avendaño, L., Pérez, E. y Rabell, E. (2018). Categorías sospechosas y control difuso en la práctica del juzgador familiar. *Colombia Forense*, 5 (1), 43-56. <https://doi.org/10.16925/cf.v5i1.236>
- Ávila, S. (2008). El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad. En M. Carbonell (ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. 307-349). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. <https://www.sedh.gob.hn/odh/documentos/derechos-penales/117-el-principio-de-proporcionalidad-y-la-interpretaci%C3%B3n-constitucional>
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos” Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucional de las leyes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Borillo, D. (2013). Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo. *Derecho PUCP*, (71), 543-556. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.019>
- Chaparro, L. y Guzmán, D. (2017). Adopción homoparental: Estudio de derecho comparado a partir de las perspectivas de los países latinoamericanos que la han aprobado. *Revista CES Derecho* 8 (2), 267-297. <https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/4495>
- Díaz, M. (2004). Homosexualidad y Género. *Cuicuzilco*, 11 (31), 1-12. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=35103111>
- García-Villanova, F. (2005). La adopción homoparental. *Revista Iberoamericana de Diagnóstico y Evaluación*, 1 (19), 147-170. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=459645450009>
- Masapanta, C. (2020). *Mutación de la Constitución en Ecuador: ¿La Corte Constitucional como constituyente permanente?* [Tesis de doctorado, Universidad Andina Simón Bolívar]. Repositorio Institucional. <http://hdl.handle.net/10644/7534>
- Nofal, L. (2010). *Adopción homoparental: derechos LGT a la adopción* [Tesis de grado, Universidad de Belgrano]. Repositorio. <http://repositorio.ub.edu.ar/handle/123456789/555>
- ONU, CEPAL y CELAC (2007). *Familias y políticas públicas en América Latina: una historia de desencuentros*. Santiago de Chile: Comisión Americana para América Latina y el Caribe. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/2504-familias-politicas-publicas-america-latina-historia-desencuentros>
- Pérez, M. (2013). El entorno familiar y los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes: una aproximación. *Boletín Mexicano de derecho Comparado*, (138), 1151-1168. [https://doi.org/10.1016/S0041-8633\(13\)71164-5](https://doi.org/10.1016/S0041-8633(13)71164-5)
- Suárez, G., y Berni, P. (2017). La Adopción homoparental como medida de protección de los derechos del menor en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. *Espirales revista multidisciplinaria de investigación*, 1 (8), 1-19. <https://www.revistaespirales.com/index.php/es/article/view/74>

## Legislación

- Asamblea Constituyente (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- Congreso Nacional (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial 737 de 3 de enero de 2003.

Ministerio de Inclusión Económica y Social. (2019). Reforma el Manual de Procesos de la Gestión de Adopciones Nacionales, se desarrollan los procesos y subprocesos necesarios para adoptar en el Ecuador. Acuerdo Ministerial Nro. 135.

### **Observaciones, opiniones, recomendaciones e informes**

ONU (1989). *Convención sobre los derechos del Niño*: CRC. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

ONU (1989). Comité de Derechos Humanos. *Observación General No. 18*. 10 de noviembre de 1989.

ONU (2013). Comité de los Derechos del Niño. *Observación General No. 14*. 29 de mayo de 2013.

Corte IDH (2017). *Opinión consultiva OC-24/17*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°14: Igualdad y No Discriminación*. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### **Sentencias**

Corte Constitucional de Colombia (2005). Sentencia C-82/05 de 9 de agosto de 2005.

Corte Constitucional del Ecuador (2015). Sentencia No. 064-15-SEP-CC de 13 de marzo de 2015.

Corte Constitucional del Ecuador (2016). Sentencia No. 019-16-SIN-CC de 22 de marzo de 2016.

Corte Constitucional del Ecuador (2019). Sentencia No. 282-13-JP/19 de 4 de septiembre de 2019.

Corte Constitucional del Ecuador (2019). Sentencia No. 4-19-RC/19 de 21 de agosto de 2019.

Corte Constitucional del Ecuador (2019). Sentencia No. 11-18-CN/19 de 12 de junio de 2019.

Corte Constitucional del Ecuador (2021). Sentencia No. 8-09-IC/21 de 18 de agosto del 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012.