

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

DISCRIMINACIÓN EN LA NORMA DEL CÓDIGO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA  
QUE IMPIDE LA ADOPCIÓN POR PARTE DE PAREJAS GLBTT: UN ENSAYO  
DESDE LOS DERECHOS DE L@S NIÑAS CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Diego Falconí Trávez

Tesina para obtener el título de abogado

Quito, enero de 2005

*Soy un insurrecto.*

*Me rebelo contra la situación existente porque mantengo que es injusta.*

*Lucho por librarme de la persecución y los insultos.*

*Pido el reconocimiento del amor homosexual.*

*Se lo pido a la opinión pública y al Estado.*

*De la misma manera que la opinión pública y el Estado  
reconocen el amor heterosexual innato,  
pido a ambos que reconozcan el amor homosexual innato.*

*Karl Heinrich Ulrichs*

**VINDICA**

*A Dominique y a Franca.*

*A Oscar y Tere.*

*A mi familia, y a mi familia que no es mi familia.*

*A mí mismo*

*Las familias adoptivas se componen de alma y corazón,  
no de biología y genes.*

*Randolph Severson*

**CARTA PARA PADRES ADOPTIVOS**

*Entonces la sexualidad es cuidadosamente encerrada.*

*Se muda. La familia conyugal la confisca.*

*Y la absorbe por entero en la seriedad de la función reproductora.*

*En torno al sexo, silencio. Dicta la ley la pareja legítima y procreadora.*

*Se impone como modelo, hace valer la norma, detenta la verdad,  
retiene el derecho de hablar –reservándose el principio del secreto.*

*Michel Foucault*

**HISTORIA DE LA SEXUALIDAD**

*De los niños que no han perdido esta capacidad,*

*porque todavía su mundo de vida*

*no ha sido colonizado por la razón cínica,*

*tenemos, sin exageraciones ni demagogias*

*muchísimo que aprender.*

*Alessandro Baratta*

**INFANCIA Y DEMOCRACIA**

## **Resumen**

El artículo 159, numeral 6 del Código de Niñez y Adolescencia, el cuerpo legal más importante en la protección y enunciación de derechos de niños, niñas y adolescentes en el Ecuador, estipula, como uno de los requisitos de idoneidad para personas que deseen adoptar, que en caso de que se trate de una pareja de adoptantes, esta debe ser heterosexual. Este trato diferenciado puede constituirse, por su naturaleza, en un trato discriminatorio a la luz de la Constitución Política y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Esta tesina de carácter interdisciplinario hace un estudio sobre la institución de la adopción considerando fundamentalmente los derechos de niños, niñas y adolescentes, por un lado, y los derechos de personas GLBTT (gays, lesbianas, bisexuales, transgéneros y transexuales), y su proceso de reivindicación, por otro. Concluir si la norma en cuestión es discriminatoria, y por ende incompatible con nuestro ordenamiento jurídico ha sido la misión de esta investigación.

## **Abstract**

Article 159, numeral 6, contained in “Código de Niñez y Adolescencia”, the most important legal instrument that warrants the rights of children and adolescents in Ecuador, establishes as one of the requirements for people who have the desire to adopt that in the case of a couple that wants to adopt, it must be a heterosexual one. Because of the nature of this differentiation in treatment, it could be considered as discriminatory based on the Constitution and the International Human Rights Instruments. This interdisciplinary thesis studies adoption as an institution, considering mainly the rights of children and adolescents, on one hand, and the rights GLBTT people (gays, lesbians, bisexual, transgender transsexual people), including their processes of vindication, on the other. Concluding if the referred article is discriminatory and incompatible with our legal system has been the task of this investigation.

## TABLA DE CONTENIDOS

|  |         |
|--|---------|
| <b>INTRODUCCIÓN</b> .....  | Pág. 2  |
| <b>CAPÍTULO I</b> .....  | Pág. 6  |
| I.1. BREVES REFERENCIAS HISTÓRICAS DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA ADOPCIÓN Y DEL CONCEPTO DE NIÑEZ ..... | Pág. 6  |
| I.2. DEFINICIÓN Y OBJETIVOS DE LA ADOPCIÓN.....  | Pág. 11 |
| I.2.A. CARACTERÍSTICAS DE LA ADOPCIÓN .....  | Pág. 11 |
| 1. Es la institución de la adopción una ficción o no? .....  | Pág. 12 |
| 2. Origen Jurídico de la Adopción .....  | Pág. 12 |
| 3. Institucionalidad de la adopción .....  | Pág. 13 |
| 4. Partes que forman la institución de la adopción .....   | Pág. 13 |
| 5. Orden Público de las Reglas de Familia .....  | Pág. 14 |
| I.2.B. OBJETIVOS DE LA ADOPCIÓN .....  | Pág. 14 |
| I.3. LA ADOPCIÓN EN EL ECUADOR .....   | Pág. 16 |
| I.4. LA ADOPCIÓN BAJO EL CÓDIGO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.....   | Pág. 19 |
| I.5. NORMA QUE IMPIDE LA ADOPCIÓN DE PAREJAS GLBTT EN EL ECUADOR .....                                     | Pág. 21 |
| a. La idoneidad de l@s adoptantes .....  | Pág. 21 |
| b. La norma que impide la adopción .....   | Pág. 22 |
| <b>CAPITULO II</b> .....   | Pág. 25 |
| II.1. LA DECONSTRUCCIÓN DE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR EN LA ÉPOCA POSTMODERNA .....                           | Pág. 26 |
| II.1.A. APROXIMACIÓN ANTROPOLÓGICA AL TEMA DE FAMILIA.....   | Pág. 26 |

|   |         |
|---|---------|
| II.1.B. EXPLICACIÓN SOCIOLÓGICA DE LA FAMILIA EN EL ECUADOR .....   | Pág. 30 |
| II.1.C DEFINICIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA EN EL ECUADOR Y SU REPLANTEAMIENTO .....   | Pág. 32 |
| II.2.- HOMOSEXUALIDAD, GRUPOS GLBTT Y DERECHOS DE LA PAREJA ADOPTANTE.....  | Pág. 35 |
| II.2.A. APUNTES ACERCA DE LA HOMOSEXUALIDAD Y LA NUEVA PERSPECTIVA DE INCLUSIÓN .....   | Pág. 35 |
| II.2.B. SITUACIÓN DE LAS PERSONAS GLBTT EN EL ECUADOR.....  | Pág. 42 |
| II.2.C. LA HOMOFOBIA Y EL HETEROSEXISMO .....   | Pág. 45 |
| II.2.D. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR EN EL TEMA DE DERECHOS PARA PERSONAS GLBTT .....   | Pág. 47 |
| II.3.- DERECHOS DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN TEMA DE ADOPCIONES Y LA POSIBLE VULNERACIÓN DE LOS MISMOS POR PARTE DE UNA PAREJA GLBTT ADOPTANTE ..... | Pág. 52 |
| II.3.A. EL MEJOR INTERÉS DE L@S NIÑ@S .....   | Pág. 53 |
| II.3.B. LA IDENTIDAD .....  | Pág. 56 |
| II.3.C. AMBIENTE INESTABLE Y PROBLEMAS PARA RELACIONARSE CON EL RESTO DE LA SOCIEDAD .....  | Pág. 64 |
| 1. La Promiscuidad  |         |
| 2. Dificultad social de relación  |         |
| II.3.D. LA AGENDA GLBTT .....   | Pág. 69 |
| II.4. LAS CIENCIAS HUMANAS Y LA VULNERACIÓN DE DERECHOS.....  | Pág. 70 |

|  |         |
|--|---------|
| <b>CAPÍTULO III</b> .....  | Pág. 74 |
| <b>III.1. DIFERENCIACIÓN ENTRE TRATO DESIGUAL Y TRATO DISCRIMINATORIO</b> .....                            | Pág. 74 |
| <b>III.1.A. EL DERECHO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN</b> .....   | Pág. 74 |
| <b>III.1.B. DESIGUALDADES PERMITIDAS</b> .....   | Pág. 77 |
| 1. La acción afirmativa .....  | Pág. 77 |
| 2. La diferenciación no discriminatoria .....  | Pág. 80 |
| <b>III.2. LA NORMA DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ SOMETIDA AL “TEST” DEL TRATO DISCRIMINATORIO</b> .....           | Pág. 82 |
| a. La objetividad de la norma .....  | Pág. 84 |
| b. La razonabilidad de la norma .....  | Pág. 85 |
| c. El posible detrimento a los derechos de las personas que puede causar la norma .....                    | Pág. 87 |
| d. La posible vulneración a la dignidad humana de la norma.....  | Pág. 88 |
| e. El posible contrariamiento a la justicia o a la naturaleza de las cosas por parte de la norma .....     | Pág. 89 |
| f. La distinción basada en desigualdades reales y objetivas entre las personas por parte de la norma ..... | Pág. 90 |
| g. La proporcionalidad entre medios empleados y fin perseguido de la norma .....                           | Pág. 91 |
| <b>III.3 COLOFÓN Y PROPUESTA DE LA NUEVA NORMA JURÍDICA</b> ...  | Pág 92  |
| <b>CONCLUSIONES</b> .....  | Pág. 94 |
| <b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....  | Pág. 98 |

## INTRODUCCIÓN

Sin duda que nuestra época ha sido un tiempo de rupturas. L@s<sup>1</sup> de ahora somos hij@s de la postmodernidad, de la tecnología que se niega a ver fronteras, de la globalización, de la popularización de la democracia y los derechos humanos, del mundo unipolar, y, como homenaje a la ironía, de la píldora anticonceptiva. Y quizás sea preciso partir desde allí para la introducción de esta tesina. Y es que desde los años sesenta en el siglo pasado, con el auge de la revolución sexual, que para algunos autores como Castells ha sido la revolución de revoluciones, (se incluyó por primera vez a la totalidad de una “minoría” tan grande como la mitad de la población humana logrando una “redefinición fundamental de las relaciones”<sup>2</sup>), diversos grupos que estaban “en el closet”, inspirados en la emancipación de las mujeres, empezaron a reclamar derechos suyos que por siglos estuvieron sepultados. Paulatinamente, desde la gesta de “Stonewall”<sup>3</sup> se han ganado -acaso recuperado- derechos para los miembros de la comunidad GLBTT (Gays, Lesbianas, Bisexuales, Transexuales y Transgéneros) que han sido, sin duda alguna, un grupo vulnerado en la mayoría de civilizaciones de este plural Occidente. Sin embargo, a pesar de las conquistas aún queda el reto de obtener los casi impenetrables derechos de familia que, en nuestro país, aún son inaccesibles para parejas del mismo sexo, para parejas GLBTT. A pesar de tener una de las constituciones políticas más progresistas del mundo en el tema de derechos humanos, donde se incluye la prohibición expresa de discriminación en razón de la orientación sexual, los derechos de familia normados en nuestro país para l@s miembr@s de la comunidad GLBTT son aún una quimera. La sociedad ecuatoriana, representada de manera acertada por la legislación, pareciera que se niega a aceptar rotundamente esta realidad jurídica, que no sería más que una mentira de proporciones constitucionales. En pocas palabras, el homosexual, por ejemplo, que quiera formar una

---

<sup>1</sup> En esta tesina se utilizará la arroba ( @ ) para designar las palabras que denoten sujet@s, a manera de que el lenguaje castellano se vuelva incluyente. Si bien la Real Academia de la Lengua no reconoce a la arroba como parte del lenguaje escrito (por cierto, la Real Academia tampoco incluye al vocablo *género* como una categoría de análisis de las ciencias y producto de luchas de varios movimientos sociales, sino como una categoría de clasificación literaria y otras acepciones similares. Véase el diccionario para corroborarlo) dentro de los escritos de género es perfectamente aceptada.

<sup>2</sup> Manuel Castells, *La era de la información. Tomo I, Economía, Sociedad y Cultura*. Pág. viii.

<sup>3</sup> Famosa rebelión del 28 de junio de 1969 en Nueva York que marca el inicio de las luchas de la Comunidad GLBTT en Estados Unidos y todo el mundo, y que se ha tomado como referente del día del orgullo GLBTT.

familia, no sólo tendrá que lidiar con las dificultades de la marginalidad social por ello - debido al infortunado y anacrónico encuentro entre su orientación sexual y entre la conocida exclusión de la sociedad ecuatoriana- sino que además estará dentro de la más absoluta ilegalidad. Las luchas de la comunidad GLBTT están, de este modo, aún en su apogeo.

Mi tesina va orientada a revisar una de las instituciones jurídicas que ha sido en sí misma una de las más controvertidas de todo el derecho de familia: la adopción. Ante la aparente imposibilidad biológica que las parejas GLBTT tienen de procrear,<sup>4</sup> la adopción es una de las opciones, para que las parejas GLBTT puedan crear vínculos de filiación y concreten, así, una de las necesidades y derechos que tenemos todos los seres humanos.

Dentro de este panorama un poco confuso y lleno de percepciones dicotómicas, aparecen los derechos de los niños, niñas y adolescentes, como sujet@s plenos de derecho, que serán adoptad@s, introduciendo un elemento central de análisis. El principio del interés superior de l@s niñ@s, la norma rectora de nuestra legislación en temas de niñez y adolescencia, atravesará transversalmente a la institución de la adopción y, como tal, debe ser considerada para cualquier análisis al respecto. Es entonces este un tema de pluralidad de derechos y de convivencia social.

Sin embargo, el derecho no puede explicarlo ni resolverlo todo por sí mismo. Más aún en un tema como este donde, por su novedad en el tiempo y una historia cargada de prejuicios, se conoce poco de su verdadera dimensión. Es así fundamental que esta sea una tesina interdisciplinaria, que se valga de otras ciencias como la antropología, la sociología, la historia y la psicología para explicar y dar un dictamen científico social al respecto, lejano a francas expectativas moralistas disfrazadas de argumento científico. El sistema jurídico ecuatoriano no puede ser ajeno al debate mundial, reabierto en los últimos años, que gira en torno a derechos tan básicos como el de formar una familia en el grupo GLBTT. Es

---

<sup>4</sup> Hay casos de parejas transgénero en donde ambas personas cambiaron de roles (quien nació biológicamente hombre asume una identidad femenina y viceversa) manteniendo sus órganos sexuales, y por ende la posibilidad de procrear entre ell@s.

necesario generar pensamiento, crítica y soluciones posibles a este problema desde el espacio universitario, usando al derecho, pero no solamente al derecho.<sup>5</sup>

Escribo esta tesis por cuatro razones, reflejadas en los tres momentos temporales humanos, presente, pasado y futuro.

En primer lugar, porque me parece que el ordenamiento jurídico debe afrontar la realidad de un mundo cambiante, que se presenta, quizás por primera vez en la historia, con el valor de la diversidad como uno de sus componentes y guías. Escribo desde el *fue*, porque los grupos GLBTT, marginados por largísimo tiempo –al igual que l@s niñ@s y adolescentes que de un tiempo a acá ya gozan de protección, entendiéndola como garantía de derechos-, existen, y como tales, necesitan la protección del ordenamiento jurídico, garantizada en varios instrumentos de derechos humanos. Dicha protección, ha sido olvidada, y más aún, en el caso de la norma del Código de Niñez y Adolescencia sobre la que versa esta tesina, resta y limita derechos a este colectivo.

En segundo lugar, porque en la actualidad existen familias *de hecho* compuestas por parejas GLBTT, que, por diversos motivos, conviven con niñ@s y adolescentes que son sus hij@s. Estas familias, sin tener protección legal, son el mejor indicador de lo adecuado o erróneo de la paternidad y maternidad GLBTT. Escribo desde el *es* porque, el día de hoy, varias de estas familias necesitan regularización y legitimación, y porque es preciso comprobar en este momento crucial, bajo la óptica de diferentes ramas del conocimiento ajenas al prejuicio, si las parejas GLBTT pueden ser buen@s padres y madres y, por ende, analizar desde el presente la posibilidad teórica y real de que ell@s puedan adoptar en el futuro.

En tercer lugar, porque existen una serie de derechos reconocidos en nuestro ordenamiento, tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales, que poseen el rango más

---

<sup>5</sup> Para justificar la interdisciplinariedad del tema, es importante citar las observaciones del “Décimo Congreso Internacional de Familia” en el tema de “Uniones homosexuales”: “(...) debe evitarse la discriminación y respetarse el derecho a la identidad y orientación sexual. Con relación al tema se recomendó el estudio interdisciplinario para determinar el alcance de los efectos jurídicos que correspondería otorgarles a las aludidas uniones”. De Kemelmajer, Aída. El derecho de familia y los nuevos Paradigmas. Pág. 305. El subrayado es mío.

alto en la jerarquía normativa, y garantizan la igualdad de las personas. Es importante que las actuaciones legislativas sean acordes al derecho a la igualdad para l@s habitantes del presente Ecuador, pensando además en las generaciones próximas. El derecho no puede estar desconectado de la realidad. No podemos creer en el sustancialismo<sup>6</sup> como método normativo; el “deber ser posible” debe ser el motor de nuestra legislación. Escribo desde el *será* porque es fundamental que se sepa identificar el trato diferenciado del discriminatorio, para que l@s que están por venir, vivan, a diferencia nuestra, regocijad@s en la diversidad y en una real democracia otorgada por el ordenamiento jurídico.

Finalmente, escribo esta tesina por razones personales, pues el mundo GLBTT ha sido, por causas de un destino elegido, cercano y familiar para mí. Escribo desde el *soy*, por mi identidad histórica, porque el tema me interesa y me involucra, y porque siento que es mi deber hacerlo.

---

<sup>6</sup> Sustancialismo entendido como el proceso normativo basado únicamente en la realidad pensando que “lo que es, es lo único que puede ser, y lo que no es, lisa y llanamente no puede ser (...) El sustancialismo ha contribuido a consolidar la visión de una relación perversa entre el derecho y la realidad”. Hay que “entender la utopía como lo que todavía no es” no como lo despreciablemente imposible.  
García, Maínes Emilio. “Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia”. Del libro Infancia, Ley y Democracia. Pág. 19-20

# CAPÍTULO I

*La adopción y la niñez son conceptos socio-jurídicos que han vivido en simbiosis, mutando en el tiempo para sobrevivir y para hacerse efectivos. En la actualidad, la adopción se considera como una opción aceptada para construir relaciones de filiación y parentesco dentro de una familia, para niñ@s y adolescentes privad@s de manera permanente de un medio familiar que se encuentren en aptitud legal y social para ser adoptad@s, y adult@s que sean declarados idóne@s para la adopción. Este capítulo busca, en inicio, un acercamiento histórico y abstracto a la institución de la adopción que será la base de este trabajo para, después, más concretamente en nuestro país, intentar analizar y armonizar las distintas normas nacionales e internacionales que la regulan y así, finalmente, explicar a la luz de la legislación ecuatoriana la norma en discusión de esta tesis.*

## **I.1. BREVES REFERENCIAS HISTÓRICAS DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA ADOPCIÓN Y DEL CONCEPTO DE NIÑEZ**

La adopción es una institución cuyo inicio no tiene certidumbre en el devenir histórico. Algunos como Zannoni<sup>7</sup> la ubican por primera vez en Babilonia, y otros como Rueda desde

---

<sup>7</sup> Zannoni, Eduardo, Derecho de familia. Pág. 507

la época del Código de Hamurabi.<sup>8</sup> Quizás el más famoso *adoptado* en la Antigüedad es precisamente Moisés, quien fue tomado como hijo propio por la hija del faraón, en aquel relato bíblico que es parte de nuestra memoria colectiva de valores y tradición cristiana. Sin embargo, más allá de la anécdota histórica, es importante evidenciar que la adopción es una institución que ha ido cambiando y que lo ha hecho, sobre todo, de acuerdo a la percepción que las distintas civilizaciones han tenido con respecto a l@s niñ@s y adolescentes que fueron l@s adoptad@s en la mayoría de los casos.

Como mucha parte del Derecho como lo conocemos, la adopción floreció y se reguló en Roma. De hecho el gran Jurista Modestino la define como “una institución de derecho civil, cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crean las *justae nuptia*, entre el hijo y el jefe de familia”.<sup>9</sup> Existían dos clases de adopciones. La primera, la adopción de una persona *sui juris*, es decir, la adrogación de un ciudadano autónomo bajo la autoridad de otro jefe con el fin de evitar “que a la muerte del pater sin descendencia, no se interrumpiese el culto doméstico ni la jefatura familiar”.<sup>10</sup> Desde luego esta adopción no es la que me compete analizar. El segundo tipo de adopción, la de una persona *alieni juris*, es la adopción propiamente dicha y sobre la que versará esta tesina, desde luego con los nuevos principios y cambios que regulan esta institución. En esta adopción se buscaban dos acciones. Por un lado, “se busca romper con la autoridad del padre natural”, y por otro, “hacer pasar al hijo como adoptivo”.<sup>11</sup> El efecto logrado era, entonces, que la persona adoptada salía de su familia civil, perdiendo sus antiguos derechos y adquiriendo unos nuevos. Como se puede notar, la adopción en sus inicios fue una institución exclusiva del pater familia y que si bien lograba magistralmente, al más puro estilo romano, crear realidades mediante la ficción, en este caso, vínculos de filiación, no dejaba de ser para una elite y con fines políticos y jurídicos sin mucha conciencia de derechos. Cicerón explica el significado de la adopción en Roma:

La adopción sólo tiene importancia en una sociedad aristocrática, donde la voluntad del jefe influye sobre la composición de la familia, tal como la sociedad romana. Contribuye al medio de asegurar la

---

<sup>8</sup> Rueda, Ricardo. “La adopción desde sus raíces hasta hoy”. Pág 2

<sup>9</sup> Petit, Eugene. Tratado elemental de derecho romano. Pág. 130

<sup>10</sup> Zannoni, Eduardo, Derecho de familia. Pág. 508

<sup>11</sup> Petit, Eugene. Tratado elemental de derecho romano. Pág. 134

perpetuidad de las familias en una época donde cada una tenía su papel político en el Estado, y donde la extinción del culto doméstico aportaba una especie de deshonra.<sup>12</sup>

Adicionalmente, existieron otros rasgos de la sociedad romana que moldearon esta institución. Así, por ejemplo, el adoptado no era consultado para la adopción; la adopción era permitida sólo para aquellos que no tuvieran hijos; y, también, las mujeres, que eran sujetas que carecían de autoridad paterna, eran incapaces de adoptar. Estas reglas que mutaron en el tiempo, como ya explicaré, y que son, en mucho, ajenas a nuestra realidad contemporánea, sin embargo mantienen otras características como la norma de que el adoptante debe ser mayor que el adoptado y que el padre adoptante y el hijo adoptado cambian su situación jurídica.

La adopción en Roma no era exclusiva de niñ@s y adolescentes como ya expliqué. A pesar de esto, es importante ver la visión que se tenía de l@s niñ@s en esa época para propósitos de este trabajo. En la época de Justiniano en el Derecho romano se distinguió 3 etapas en la edad de los “menores”.

Uno de irresponsabilidad absoluta hasta los 7 años, llamado de la infancia y el próximo a la infancia (infantil) hasta 10 años y medio en el varón y 9 años y medio en la mujer. El infante no podía hablar, aún no era capaz de pensamiento criminal; el segundo correspondiente a la proximidad de la pubertad, hasta los doce años en la mujer y en el varón hasta los 14 años, en que el menor no podía aún engendrar, pero en el cual la incapacidad de pensamiento podía ser avivada por la malicia, el impúber podía ser castigado; y el tercero de la Pubertad hasta los 18 años extendido después hasta los 25 años, denominado de minoridad, en que eran castigados los actos delictuosos cometidos por los menores, estableciendo sólo diferencias en la naturaleza y en la calidad de la pena.<sup>13</sup>

Esta diferenciación de edades me parece que es fundamental para entender a la adopción en su etapa primera. L@s niñ@s que iban a ser adoptad@s no eran vist@s como sujet@s sino más bien como útiles adultos en cuerpos pequeños, que no gozaban de muchos derechos.

En la Edad Media la institución de la adopción perdió importancia en casi toda Europa. De acuerdo a Bossert “solo en España la adopción se mantuvo regulada con detalle a través de los siglos, siguiendo, como según puede verse en las Partidas, el molde romano, manteniendo, entonces, la originaria distinción entre la simple adopción y la adrogación”.<sup>14</sup> La adopción se regula para que sea solo hacia “menores de edad”. En la época feudal

---

<sup>12</sup>González de Cancino, Emilssen, Manual de derecho romano. Pag. 318

<sup>13</sup> Rueda, Ricardo. “La adopción desde sus raíces hasta hoy”. Pág. 3

<sup>14</sup> Bossert, Gustavo A., Manual de derecho de familia. Pág. 389.

debido a que los sacerdotes y los señores feudales eran la base de las instituciones sociales y jurídicas, la adopción disminuye en toda Europa. Esto se explica por dos fenómenos. El primero, la instauración de la familia nuclear como modelo familiar, en donde la diferenciación entre hij@s legítimos e ilegítimos toma importancia y de donde nos viene la definición de familia como la conocemos. Y en segundo lugar, la tradición cristiana de la pobreza y la caridad que se institucionalizó reemplazando a la figura de los *adoptantes*. “El Parlamento de París en 1452, estableció el principio de que los señores debían de participar en el mantenimiento de los niños pobres. Dos figuras resplandecen en el siglo de las Luces en Francia; Vicente de Paul y Juan Budos, quienes fundaron establecimientos para niñ@s abandonados”.<sup>15</sup> Eso explica que el derecho canónico, haya fortalecido las bases del llamado sistema irregular de l@s niñ@s donde se trataba a niñ@s y adolescentes como adult@s sin derechos característicos de su edad y sin calidad de sujet@s de derechos.

Igualmente en el Código Napoleónico se buscó regular a la adopción pero únicamente para mayores de edad y con el objeto de unir familias plebeyas de riqueza reciente con otras de abolengo y fortunas venidas a menos. A pesar de esto, vale rescatar que en el Código Napoleónico era requisito esencial la aceptación del adoptado lo cual es un viso futurista de derechos, basado, claro, en la autonomía de la voluntad mas no en nuestro contemporáneo derecho de opinión de l@s niñ@s. La revolución francesa, para seguir en esta misma línea, a pesar de pregonar la igualdad de las personas, no incluyó a l@s niñ@s (o a las mujeres y otros grupos) dentro de la categoría de *iguales*, por lo que la situación irregular –que establecía a niñ@s y adolescentes únicamente como sujet@s de protección- se mantuvo sin mutar por largo tiempo.

Es en el siglo XX, al término de la Primera Guerra Mundial, que la institución de la adopción toma un giro importante, pues en Europa, el primer exportador de ideologías de nuestro país, millones de niñ@s se quedaron sin hogar y el Derecho tuvo que operar para que la adopción sea posible de manera diferente, con reglas más flexibles y mayor uso que en épocas anteriores. En la Segunda Guerra Mundial empezaron a darse las primeras legislaciones internacionales, nuevamente, por la cantidad de niñ@s abandonados por causa

---

<sup>15</sup> Rueda, Ricardo. “La adopción desde sus raíces hasta hoy”. Pág. 7

de la guerra. Sin embargo fue la guerra de Corea en la década de 1950 que hizo que la legislación de adopción se internacionalice y se regule “como proceso de protección para los niños desamparados”.<sup>16</sup> Este fenómeno de mundialización logra poner a la adopción en la palestra de Occidente y empieza el cuestionamiento para regularizarla a nivel internacional. En 1939, adicionalmente, ocurre un evento importante que es la aparición, en Francia, de la *legitimación adoptiva*. Esta institución estaba “destinada a mejorar las condiciones de los niños de corta edad, hijos de padres desconocidos o fallecidos y niños abandonados, respondiendo al deseo de los adoptantes que buscan niños libres de todo vínculo con su familia de sangre”.<sup>17</sup> Es decir que con la legitimación adoptiva se incorpora al adoptado de manera definitiva e irrevocable, a la familia de sangre del adoptante y se extingue, así, todo vínculo posible con la familia sanguínea. Esto cambió, sin duda, el panorama de la adopción en la mayoría del mundo, instaurando primitivamente el concepto de adopción plena.

En el tema de visión acerca de la niñez, es fundamental analizar los aportes que trajeron al siglo XX Freud y Brehuer. El descubrimiento, anterior, de Brehuer que los eventos traumáticos en la niñez pueden tener efectos negativos devastadores en el individuo adulto se complementaron, después, con la tesis de Freud que “las experiencias sexuales tempranas en la niñez son factores cruciales en la determinación de la personalidad de adultos”.<sup>18</sup> Estas teorías, junto a otras, revolucionaron la concepción acerca de los niños hasta entonces y la importancia de su cuidado en las etapas más tempranas.

Para finalizar este breve análisis histórico debo hablar del sistema de protección para los niños que se gestó el siglo pasado y que terminará con la *Convención de los Derechos del Niño* de 1989, el documento jurídico más importante en temas de infancia y adolescencia, con aplicación internacional y que vislumbra a la institución de la adopción de manera diferente. Este cambio sustancial que trae la institución de la adopción puede resumirse en dos aspectos. Por un lado, en la visión de la adopción como un sistema protector y, por

---

<sup>16</sup> UNICEF, “Adopciones internacionales”. Pág. 2

<sup>17</sup> Zannoni, Eduardo, “Derecho de familia”. Pág. 533

<sup>18</sup> Cavell, M. *The Psychoanalytic Mind: From Freud to Philosophy*. Pág 45. Traducción personal (En adelante T.P.)

otro, en el principio del interés superior de l@s niñ@s. Así el artículo 21 de la *Convención de los Derechos del Niño* estipula: “Los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”. Así mismo, el artículo 20 de la Convención establece. “Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores.”. A pesar de que la redacción del artículo no es la mejor como bien denota María Josefa Méndez Costa (“institución” hubiese sido preferible a “cosas” y resguardo y protección para el pleno desarrollo son más apropiados que “cuidado”, aunque claro, en la elaboración original de este documento en idioma inglés estos problemas de lenguaje no estaban presentes y sólo en la traducción al español surgieron)<sup>19</sup> se entiende la idea principal de que la adopción debe buscar esencialmente proteger a los niñ@s y niñ@s atendiendo a su interés superior.

Me parece que es importante recordar los inicios de la institución de la adopción, sobre todo porque, aunque pareciese que las realidades de la antigua Roma, de la España post conquista o de la época napoleónica nos resultan anacrónicas, pienso, e intentaré probar, que pueden guiarnos en mucho de la lógica que la norma del Código de Niñez y Adolescencia en el tema de adopción de parejas heterosexuales persigue. Mi tesina busca ser interdisciplinaria y como tal se vale de los instrumentos que las ciencias sociales, como la historia, otorgan para probar la tesis final.

## **I.2. DEFINICIÓN Y OBJETIVOS DE LA ADOPCIÓN**

La postmodernidad, feliz y desgraciada época en la que nos ha tocado vivir, es un poco reacia a las definiciones debido a que, en sí misma, toda definición es limitada e inexacta. Es mucho más adecuado y prudente, diría un postmoderno, dar las características de lo que se busca definir antes que elaborar una frase limitada e inexacta. Por respeto a la época en que me ha tocado vivir (el Acta de Adopción canadiense, uno de los documentos más de

---

<sup>19</sup> Méndez Costa, María Josefa, Derecho de familia, Pág. n.d.

avanzada en temas de adopción tampoco la define, por ejemplo)<sup>20</sup>, y porque en realidad comparto la visión antienciclopédica, daré las características jurídicas de esta institución sin una definición. Posteriormente, ubicaré los objetivos de la misma para poder comprenderla en toda su dimensión.

## I.2.A. CARACTERÍSTICAS DE LA ADOPCIÓN

Me parece importante hacer un corto análisis acerca de la naturaleza de esta institución poniendo énfasis en cinco puntos que expongo a continuación;

1. ¿Es la institución de la adopción una ficción o no?: Quiero empezar poniendo a consideración la duda de si la institución de la adopción es en efecto una ficción o no. Es claro que la adopción, como era la intención en Roma, busca crear nexos familiares donde no existían originalmente. De este modo, en Roma, la adopción fue vista como una *ficción jurídica* que buscaba extender la familia. Los autores contemporáneos se oponen a esta visión.

**PLANIOL** y **COLIN** defienden la tesis de que la adopción no es una ficción sino que de hecho viene a ser una "realidad psicológica-social". Es decir que la adopción es un medio de protección para el menor de edad que se encuentra abandonado y además, que la paternidad y la maternidad no se encuentran fundamentadas exclusivamente en vínculos de sangre sino que también reposa en aspectos morales, sociales y familiares.<sup>21</sup>

Adicionalmente sostener que es una ficción, nos llevaría a pensar que la adopción no constituye estado civil entre adoptante y adoptado y que crearía únicamente "los derechos y obligaciones que la ley señale en cada caso"<sup>22</sup> limitándola así, solamente al derecho positivo. Es por estas razones, entonces, más apropiado definirla como una realidad psicológico-social -por la visión de protección que trae mas no por el vínculo en sí mismo- y no como una mera ficción.

---

<sup>20</sup>“Canadian Adoption Act”. Vigente desde Apr. 30, 2003. Esta acta tiene un capítulo entero dedicado a definiciones (24 en total) pero no incluye la definición de adopción.

<sup>21</sup> Rueda, Ricardo. “La adopción desde sus raíces hasta hoy”. Pág. 9

<sup>22</sup> Rossel Saavedra, Enrique, Manual de Derecho de Familia, Pág. 282

2. Origen Jurídico de la Adopción: Habiendo aclarado esto quisiera pasar al segundo punto de definición de la adopción que es acerca de su origen jurídico. Para Dusí, la adopción es “un acto jurídico y solemne, en virtud del cual la voluntad de los particulares, con el permiso de la ley y la autorización judicial, crea entre dos personas, una y otra, naturalmente extrañas, relaciones análogas a las de filiación legítima”.<sup>23</sup> Esta definición es importante porque le da la característica de ser un acto solemne que conlleva varios requisitos formales y esenciales descritos en la ley para su eficacia. Es importante además, porque existe una concepción contractualista en donde adoptante y adoptado deciden aunar sus voluntades, ubicándoles en una situación jurídica más equitativa y acorde a un sistema de derechos. Más aún, si consideramos que en la actualidad el consentimiento del niño o adolescente es un requisito esencial para la adopción. Sin embargo, sería un error limitar a la adopción diciendo que es un mero contrato.
  
3. Institucionalidad de la adopción: El tercer punto que deseo tocar es el de la institucionalidad. Precisamente, la doctrina ha determinado que la adopción es una institución. Al igual que el matrimonio, la adopción es una institución con bagaje cultural e importancia social, sin duda, superior que un contrato. Al institucionalizar a la adopción se reconoce la trascendencia de la misma en la creación de vínculos fuertes tan fundamentales para los seres humanos como el amor y el cuidado, que no son características del simple contrato. Así, se sustrae a la adopción de la voluntad de las partes. De este modo, las normas de la adopción no pueden ser modificadas por los sujetos que la conforman (no se puede adoptar bajo condición resolutoria, por ejemplo) sino que es más bien un terreno restringido donde las partes no tienen mucha opción a decidir y es el Estado quien debe regular y vigilar su legalidad y cumplimiento. En esto, en nuestro Código Civil, se hizo un trabajo apropiado al enunciar a la adopción como una institución.

---

<sup>23</sup> Méndez Costa, María Josefa, Derecho de familia, Pág. 356

4. Partes que forman la institución de la adopción: El cuarto punto que me gustaría tratar es que en la institución de la adopción existen dos partes claramente identificadas, l@s adoptad@s y l@s adoptantes. Ambas partes son esenciales y complementarias en el tema de adopción.

La adopción es una relación dual en la que se encuentran en un plano igualitario adoptado y adoptante, ya que si bien el centro del interés se encuentra ubicado en la figura del primero, el cumplimiento de la finalidad proteccional no podrá ser alcanzado sino por la persona del adoptante, en cumplimiento de los deberes y derechos que asume con motivo de emplazamiento en el nuevo estado.<sup>24</sup>

5. Orden Público de las Reglas de Familia: El quinto punto no es referente solamente a la adopción, sino a todas las reglas de familia y se refiere al orden público de las mismas. Como ya anticipé anteriormente, la adopción no es una institución que pueda quedar al arbitrio de las partes. De ser así, no tendría yo que siquiera plantear esta tesina. Por la importancia que el tema de familia conlleva, es potestad única del Estado regular toda esta rama del Derecho de manera detallada y delimitando bien sus directrices. “Esta poderosa incidencia de lo público tiene su fundamento en el interés social de la institución, que diferencia al derecho familiar de las restantes ramas civiles, como el derecho de las obligaciones, de los contratos y de los bienes, donde priman los intereses individuales de orden patrimonial”.<sup>25</sup> Una de las conquistas feministas es que lo privado es también público y las normas de familia reflejan bien este pensamiento.

En resumen la adopción es una realidad psicológico social y no una ficción jurídica. Es un acto jurídico solemne entre dos partes en plano igualitario, pero que no se limita a ser un simple contrato. Es una institución, por excelencia, de orden público.

## I.2.B. OBJETIVOS DE LA ADOPCIÓN

---

<sup>24</sup> Méndez Costa, María Josefa, Derecho de familia, Pág. 376

<sup>25</sup> Parraguez, Luis. Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Pág. 173

Es ahora importante hablar acerca de los objetivos de la adopción. Pareciese que persiste la idea romana de que la adopción busca construir descendencia donde originalmente no la había. Es decir, que se mantiene en el imaginario social el objetivo de que se continúe con el *tronco familiar*. Sin embargo aparecen nuevos objetivos dados por las circunstancias históricas que nos ha tocado vivir, y dichos objetivos son los que guiarán la institución de la adopción. Esta nueva definición de objetivos es, ciertamente, fruto de un sistema de derechos ajeno hasta hace un siglo.

Benítez define los objetivos principales de la adopción en dos: “Por una parte, brinda protección al menor; por otra, da hijos a quien no los tiene de su sangre, se atiende a ambos aspectos, colma dos vacíos, salva dos obstáculos sociales: el de una niñez desviada o en trance de desviarse, y el de una paternidad frustrada o imposible”.<sup>26</sup> Esta definición de objetivos, más allá de la carga de terribles prejuicios que lleva implícita (aún no se ha comprobado que los niñ@s sin padres, como aquellos que viven en orfanatos, tengan una niñez desviada, ni tampoco es un requisito para la adopción que las parejas adoptantes o personas solas, carezcan de hij@s), define las características utilitarias que poseyó la adopción no hasta hace mucho.

Sin embargo, hay más objetivos que, como ya se pudo percibir en la evolución histórica de esta institución, han ido apareciendo y construyendo una institución diferente reemplazando a las antiguas directrices del Derecho Romano y del sistema de situación irregular. María Josefa Méndez Costa resume estos “nuevos objetivos” de la adopción en tres: ser una institución de protección familiar y social, ser un medio de prevención del abandono y, finalmente, ser una institución de protección al “menor” (niño, niña o adolescente en lenguaje más apropiado). Existe además otro objetivo fundamental en esta nueva concepción de la adopción y es el derecho de l@s niñ@s que han sido privad@s de un medio familiar por distintas razones, a vivir en familia.<sup>27</sup> Debido a la extensión que cada uno de estos conceptos representa, y sin perjuicio de que existan otros, no entraré en explicaciones más profundas al respecto. Mi intención es denotar, que, la institución de la “adopción” se ha deconstruido al más puro estilo *derridiano*. Ajeno a los objetivos que adoptantes o adoptad@s puedan tener, que bien podrían ser el de extender la familia o

---

<sup>26</sup> Borda, Guillermo. *Manual de derecho de familia*. Pág. 335

<sup>27</sup> Los artículos 22 y 151 del Código de Niñez y Adolescencia garantizan este derecho.

concretar la paternidad o maternidad, la institución de la adopción, desde el punto de vista jurídico se justifica en el único objetivo de proteger a l@s adoptad@s y proveerles de un medio familiar idóneo. “La adopción es, 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 poseen por naturaleza”.<sup>28</sup> En resumen, el objetivo principal de la adopción en nuestros días es el de ser una medida de protección y de provisión de un medio familiar, y por ende, es fundamental que sean estas las bases de toda esta tesina que debe empezar y terminar en la mencionada protección de derechos de niñ@s y adolescentes.

### **I.3. LA ADOPCIÓN EN EL ECUADOR**

Debo aclarar que en mi investigación no he encontrado con claridad y certidumbre en la literatura, que alguna nacionalidad indígena previa a la época republicana haya tenido un símil a la institución de la adopción. Dicho esto, la adopción entró en el Ecuador de manera tardía y sin mucha simpatía a nuestro territorio.

... la adopción fue ignorada y omitida de las legislaciones latinoamericanas de principios del siglo actual. Es así como proyectos tan adelantados y elogiados en su época, como el de Andrés Bello Y Dalmacio Vélez Sarsfield, que se transformaron luego, respectivamente, en los Códigos Civiles de Chile [*Ecuador*] y Argentina, no contenían ningún precepto reglamentando la adopción.<sup>29</sup>

Mi percepción de lo investigado es que la adopción entró al Ecuador sin mucha acogida por algunos sectores. Cito a Benjamín Cevallos Arízaga en la única referencia a la institución de la adopción en su libro “Historia del Derecho Civil Ecuatoriano”.

En la edición actual (*la de 1950*) se incluye también, la adopción, institución jurídica de reciente creación en nuestro Código, conocida y practicada en Roma en los corrompidos tiempos del Imperio, en que la relajación de costumbres llegó a considerar preferibles a los hijos adoptivos a los legítimos; puesta en moda desde que los Césares encumbraron por tal medio a personas de ajena sangre (...) De las leyes romanas pasó a las leyes españolas, siempre con su espíritu primitivo, aunque el profijamiento, como le llamaban Las Partidas, se desvisitiera del aparato simbólico de la institución romana; y desde las españolas, pasó a nuestras leyes, como un apéndice en la regulación familiar.<sup>30</sup>

Y es que durante el siglo 19, mucho se discutió acerca de la legitimidad de la adopción en nuestro país y “no fueron raras las opiniones adversas, por lo cual no es de extrañar que en

---

<sup>28</sup> Monroy Cabra, Marco Gerardo. Derecho de familia y de menores. Pág. 138.

<sup>29</sup> Pilotti, Francisco. “Manual de procedimientos para la formación de la familia adoptiva”.Pág.194.

<sup>30</sup> Cevallos Arízaga, Benjamín. Historia del Derecho Civil Ecuatoriano, Pág. 353.

los Códigos latinoamericanos generalmente no se mencionara siquiera esta institución”.<sup>31</sup> Sin embargo la adopción entró en nuestro Código Civil en la edición de 1950.<sup>32</sup> La definición que se dio en este cuerpo legal según en artículo 315 decía “La adopción de menores es la institución de Derecho Civil por la cual un menor entra a formar parte de una familia extraña a la suya con obligaciones y derechos señalados en este título”. Esta definición es bastante inexacta porque existieron obligaciones que no estaban reguladas solamente en el Código Civil y tampoco en el “Título” referido. Además no se indica que los adoptados entren en calidad de hijos. Tampoco la define como una medida de protección e incluso impide que se pueda adoptar a un miembro de una misma familia pues se usan las palabras “familia extraña”. Se mantiene fuertemente además la concepción de menor en situación irregular.

La norma del Código Civil ecuatoriano, después de las reformas 1958 y 1977, plantea una nueva definición más acertada: “La adopción es una institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o de madre, señalados en este Título, respecto de un menor de edad que se llama adoptado”. Hay además una reforma en el año 78 que estipula que: “Sólo para efectos de la adopción se tendrá como menor de edad al que no cumple 21 años”. Esta definición de la adopción, sin embargo, presenta el problema de ser una adopción simple, es decir aquella que daba al y a la “menor” ciertos derechos y obligaciones pero no una asimilación completa a la de hijo propio. Según Alberto Wray esto era perjudicial para los “menores” puesto que “...la naturaleza semi-plena de la adopción, en cuya virtud el adoptado no pierde los vínculos con su familia natural, hace desistir a muchas personas en sus afanes de adoptar, por cuanto la situación del menor adoptado resulta, en definitiva, incierta”.<sup>33</sup> En esta definición del Código Civil, además, no se define a la adopción como un sistema de protección teniendo, adicionalmente, efectos en derechos de los adoptados como, por ejemplo, la herencia y el parentesco.

---

<sup>31</sup> Holguin, Juan Larrea. Derecho Civil del Ecuador: Filiación, estado civil y alimentos. Pág. 250

<sup>32</sup> Vale anotar que la adopción entró a nuestra legislación en 1948 mediante decreto ejecutivo.

<sup>33</sup> Wray, Alberto, El menor ante la ley. Pág. 124

Es importante analizar que ya en pleno siglo XX, no hace muchos años, todavía era difícil que en nuestro país se comprenda a la adopción como un sistema de protección hacia niñ@s y adolescentes, entendiendo protección como cuidado de l@s adoptad@s, pero pensándol@s como sujet@s de derechos. No fue fácil concebir al mundo familiar como un territorio privado mas no ajeno a lo público, donde existe una democracia real y no un espacio “ ...‘natural’, dentro de la cual los ‘menores’ y las mujeres resultan ajenos al derecho y en cambio sometidos al poder absoluto –paterno conyugal- consecuencia lógica de las libertades ‘civiles’ del padre-patrón”.<sup>34</sup> Si en Roma la adopción fue una institución utilitaria para preservar la tradición familiar y el culto, en nuestro país por largo tiempo fue una institución cuasi filantópica. En este sentido para Juan Larrea Holguín:

... la adopción cumple un papel profundamente caritativo: dar una familia a quienes no la tienen, o no piden permanecer en ella por razones de índole moral o económico, y permitir a quienes dispone de medios lo utilicen en la protección, amparo y educación de menores desvalidos, abandonados o en situaciones peligrosas para su normal desarrollo. Evidentemente que puede abusarse de esta institución y a través de ella se podría llegar a perjudicar a personas de la propia familia; pero el abuso del derecho no excusa el desconocimiento del mismo o la supresión de unas normas que, bien utilizadas, redundarían sin duda en gran beneficio social.<sup>35</sup>

El papel de la adopción no es, entonces, de índole utilitaria como se pregonó en la antigua Roma, o de naturaleza caritativa-paternalista, como parece ser la postura del derecho canónico o de los países industrializados hacia los subdesarrollados en los años sesenta<sup>36</sup>, sino una medida de protección en un sistema de derechos. Hago esta reflexión pues es fundamental que en el contexto de nuestro país veamos el imaginario colectivo detrás de esta institución en el pasado, y la contrastemos con la visión de la Convención de los Derechos del Niño y el Código de Niñez y Adolescencia.

El Código de Menores fue expedido en 1976 usando la definición del Código Civil. Posteriores reformas motivadas por dos escándalos reconfiguraron la institución de la adopción. Primero en el gobierno de Hurtado, donde había aún las reglas flexibles de adopción del Código Civil, y se descubrió la adopción de una niña ecuatoriana por parte de los Servicios de Protección Italiana, que aceleraron el reglamento de adopción de 1983; y segundo, que se descubrió una red de adopciones ilegales en nuestro país en el gobierno de

---

<sup>34</sup> Ferrajoli, Luigi. “Prólogo” Pág. n.d.

<sup>35</sup> Larrea Holguín, Juan. Derecho Civil del Ecuador: Filiación, estado civil y alimentos. Pág. 251

<sup>36</sup> UNICEF, “Adopción internacional”, Siena, Italia, 1999. Pág. 2

Borja que presionaron, en 1988, a la expedición del reglamento y también motivaron las reformas del Código de Menores en 1992.

La Convención de los Derechos del Niño, ratificada por el Ecuador en 1989 y que entró en vigencia en 1990, cambió el panorama de la adopción en nuestro país. Sin embargo la entrada en vigor de la Convención tuvo contratiempos. Como señala Emilio García, el proceso de asimilación de la Convención no fue fácil a tal punto que él llama a esta época como de “esquizofrenia jurídica”,<sup>37</sup> pues se vieron contrastadas las leyes antiguas de situación irregular con las normas de sistema de protección de derechos que la Convención trae consigo. En 1992 se termina parcialmente con esta “esquizofrenia jurídica” pues se suscitan algunas reformas al Código de Menores buscando compatibilizar la legislación nacional y la Convención, que tuvieron un origen poco ortodoxo, como ya se explicó. De todas maneras, en las reformas al Código de Menores se definía de manera apropiada a la adopción como una medida de protección y se instauró a la adopción plena reemplazando a la simple. “Adopción es una institución jurídica de protección de menores con carácter social y familiar por la cual una persona, llamada adoptante toma por hijo a una persona que no lo es, llamado adoptado. El objetivo fundamental de la adopción consiste en que el menor apto para adopción tenga una familia permanente”. Esta definición está ya derogada pues el Código de Niñez y Adolescencia sustituyó al Código de Menores. El Código de Niñez y Adolescencia, como explicaré en el punto siguiente, es una nueva ley completamente sui generis en nuestro país, que regulará la institución de la adopción de manera diferente y que es un punto alto en el proceso de protección y garantía de derechos en temas de niñez y adolescencia.

Para finalizar creo que es fundamental que veamos también a la adopción bajo el código Sánchez de Bustamante. Este Código es una particularidad en el Derecho ecuatoriano, pues bajo la norma del artículo 163 de nuestra Constitución Política, este Código entra por proceso de legalización a nuestro ordenamiento, y es superior a cualquier ley interna. Podría pensarse, entonces que en el tema de adopciones internacionales esta sería la norma

---

<sup>37</sup> García, Méndez, Emilio. “Infancia, ley y democracia. Una cuestión de justicia”. Pág. 12

a considerarse. Sin embargo, la Convención de la Haya de 1993,<sup>38</sup> al tratar específicamente el tema de la adopción internacional sería el instrumento internacional pertinente en estos temas, por la especialización del tema de la adopción.

#### **I.4. LA ADOPCIÓN BAJO EL CÓDIGO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

El Código de Niñez y Adolescencia (en adelante “el Código”) cambió el panorama jurídico en un sinnúmero de temas del derecho de familia en nuestro país, desde su entrada en vigencia en el año 2003. Gracias a la Constitución progresista que definió a tod@s l@s ecuatorian@s ciudadan@s desde el nacimiento y reconoció a l@s niñ@s, como titulares de todos sus derechos, el Código se plasmó como un instrumento, que involucra al Estado, a la sociedad y a la familia en la “plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niñ@s, niñ@s y adolescentes”.<sup>39</sup>

Esta ley de carácter garantista, con rango de ley orgánica y por ende superior al Código Civil, modificó sin duda la situación jurídica de l@s niñ@s y adolescentes, y se depuró de viejos prejuicios del pasado. El Código se rige, al igual que la Convención, bajo el principio del “interés superior del niño y la niña”. El proyecto de este Código es, además, una novedad en su manera de promulgación, puesto que varios actores sociales intervinieron en su proceso de elaboración, convirtiéndola en un ejercicio democrático de participación ciudadana y no sólo en un producto del poder legislativo. Sin embargo, a mi parecer, mantiene poquísimas fallas, y viejos criterios de prejuicio, como el de la norma que será motivo de esta tesina.

En el Código se regula la adopción en el Título VII, y no se la define -siguiendo el estilo “post”- dando únicamente objetivos, directrices y procedimientos de la misma. El Título VII deroga todas las disposiciones respecto a la adopción, contenidas en el Código Civil. La adopción plena es la única permitida de acuerdo al Código (sólo se mantienen las relaciones de parentesco con la familia progenitora para los impedimentos matrimoniales) y la

---

<sup>38</sup> Ratificada el 2 de octubre de 1956

<sup>39</sup> Tomado del artículo 8 del Código

finalidad de esta institución, según estipula el artículo 153, es: "... garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña y adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados". Es entonces, acertadamente, una medida de protección y de provisión de un adecuado espacio familiar.

Los principios que rigen a la adopción según el Código son legítimos. Se estipula que la adopción es una medida no sujeta a modalidades e irrevocable, a la que se recurrirá cuando se hubiesen agotado otras medidas de apoyo y reinscripción familiar, tratando de priorizar la adopción nacional sobre la internacional. También que los miembros de una familia (hasta el cuarto grado de consanguinidad) se busca sean adoptantes preferidos, debiendo ser siempre personas idóneas y teniendo siempre que escuchar al niño o niña, y debe obligatoriamente escucharse al adolescente para que consienta la adopción. Se quiere, además, resguardar todos los derechos de l@s niñ@s y adolescentes que van a ser adoptados haciendo que reciban una preparación adecuada y dándoles el derecho a conocer su condición de adoptad@s y su historia personal y familiar, e intentando no separar a herman@s de sangre sino excepcionalmente. Estos principios, entre otros, son los que regulan la institución de la adopción. Por la extensión y complejidad del tema de la adopción no se estudiarán otros aspectos relativos a esta institución en nuestro país habiéndose topado solamente directrices para la comprensión de esta tesina.

## **I.5. NORMA QUE IMPIDE LA ADOPCIÓN DE PAREJAS GLBTT EN EL ECUADOR**

- a. La idoneidad de l@s adoptantes: Como ya se mencionó anteriormente, la adopción es una medida de protección para niñ@s y adolescentes en aras de que se cumpla el derecho de vivir en un medio familiar idóneo. Para declarar que un niño, niña o adolescente está en aptitud legal para ser adoptad@ el juez deberá considerar alguna de las siguientes situaciones: que l@s adoptad@s sean menores de 18 años (excepcionalmente, de acuerdo al artículo 157 del Código, personas hasta 21 años pueden ser adoptadas); que sean huérfan@s de ambos cónyuges; que no puedan determinarse sus progenitores o familiares hasta el tercer grado de consanguinidad;

que se haya privado la patria potestad a sus progenitores; que haya consentimiento de un@ o amb@s progenitores. Por otro lado, para declarar la idoneidad de l@s adoptantes se consideran otros parámetros. Esto es especialmente importante en el tema de esta tesina, pues permitirá establecer los criterios, diferentes al de la orientación sexual, para la declaración de la idoneidad de las personas que desean adoptar. El artículo 159 del Código, estipula que para que se declare la idoneidad de l@s candidat@s a adoptantes ést@s deben cumplir varios requisitos: que estén domiciliados en el Ecuador o algún país con el que el Ecuador haya suscrito un tratado de adopción; que sean legalmente capaces; que estén en pleno ejercicio de sus derechos políticos; que sean mayores de veinticinco años; que la diferencia de edad sea de por lo menos 14 años entre adoptantes y adoptad@s, o de 10 cuando se trate de adopción del cónyuge; si es pareja, que sea heterosexual, y unida por más de tres años en unión de hecho reconocida o matrimonio; que goce de salud física y mental; que disponga de recursos económicos indispensables; y que no registre antecedentes penales por delitos sancionados con pena de reclusión. Sin embargo, estos requisitos pareciesen quedarse un poco cortos en asegurar un medio familiar idóneo para l@s adoptad@s. El artículo 48 del “Segundo Borrador del Proyecto de Reglamento General del Código de la Niñez Y Adolescencia” menciona que para declarar la idoneidad de l@s candidatos deben analizarse varios aspectos como: motivaciones para adoptar; apoyo familiar y comunitario; nivel cultural; estabilidad de la pareja; capacidad para ejercer los roles parentales; capacidad para satisfacer las necesidades del niño, niña o adolescente adoptivo, durante las diferentes etapas de su desarrollo; el compromiso de cumplir el derecho del niño, niña o adolescente a conocer su origen. En adición, es importante señalar que el artículo 42 del mismo documento, señala que las parejas que deseen adoptar deben solicitar la adopción de manera conjunta. Es decir, y en definitiva, que las personas que deseen adoptar, deben pasar por la declaración de idoneidad que es una inspección integral a la capacidad económica, psicológica, social, cultural y afectiva de l@s adoptantes buscando garantizar los derechos de l@s adoptad@s, siempre viendo su interés superior.

- b. La norma que impide la adopción: En el artículo 153, en el numeral tercero, aparece una norma que, a manera de adelanto a lo que vendrá después, contiene el mandato base de esta tesina. Dicha norma dice: “Se priorizará a la adopción por parte de parejas heterosexuales constituídas legalmente, sobre la adopción por parte de personas solas”.

Para la adopción existe, en aras de la protección a niñ@s y adolescentes, un proceso de en fase administrativa en donde, entre otras cosas, se mencionan los requisitos para calificar la idoneidad del o de la adoptante, o l@s adoptantes, como ya se mencionó anteriormente. La norma del Código de Niñez y Adolescencia que regula los mencionados requisitos está recogida en el artículo 159 numeral 6. “En los casos de pareja de adoptantes, ésta debe ser heterosexual y estar unida por más de tres años, en matrimonio o unión de hecho que cumpla los requisitos legales”. Esta norma es enunciativa, pues expone los requisitos que l@s adoptantes deben tener, pero de naturaleza procesal, pues se enmarca dentro del proceso (administrativo y/o judicial) de adopción de acuerdo al artículo 165. Las normas procesales buscan garantizar derechos. Más aún las normas procesales son concebidas “como un medio, como un derecho secundario, que supone la existencia de normas jurídicas preexistentes que regulan la conducta humana y que habrían sido violadas”.<sup>40</sup> Desde luego que esta característica del derecho procesal no hace que pierda su autonomía y su unidad, pero es fundamental recordar la naturaleza y carácter de la norma para posteriores análisis de la misma.

Esta norma del Código de Niñez y Adolescencia impide de manera expresa que una *pareja no heterosexual* adopte. En el antiguo Código de Menores, en cuanto a la idoneidad de adopción por parte de parejas el artículo 111 literal d) estipulaba que: “Si los adoptantes son una pareja deberá estar unida por matrimonio o en unión de hecho reconocida legalmente”.<sup>41</sup> La prohibición de adoptar venía implícita en el mismo Código de Menores pues la unión o matrimonio de parejas homosexuales no

---

<sup>40</sup> Véscovi, Enrique. Teoría general del proceso. Pág. 8

estaban legalmente reconocidos. La prohibición en la norma del Código de Niñez y Adolescencia es explícita, impidiendo a parejas no heterosexuales el derecho de adopción. La consecuencia jurídica de esta norma es que las parejas GLBTT no podrían siquiera pasar de la fase administrativa previa al proceso judicial de adopción, pues serían calificadas como candidat@s no idóne@s. Si por alguna eventualidad se declarara la idoneidad de la pareja en fase administrativa, se prevee en el mismo Código que el juez o la jueza, pueda anular la adopción en fase judicial, de acuerdo al artículo 178, “por falta de alguno de los requisitos en el artículo 159”, en este caso la heterosexualidad de l@s adoptantes. Si la pareja interpusiese un recurso administrativo ante el Ministerio de Bienestar Social por habersele negado la solicitud de adopción por parte de la Unidad Técnica de Adopciones, tampoco sería favorable para ell@s pues hay norma jurídica en contrario. En definitiva, no hay manera legal de que una pareja de personas no heterosexuales adopte niñ@s o adolescentes.

Es curioso, sin embargo, que el mismo Código no prohíba la adopción por parte de una persona sola que no sea heterosexual. Dentro de los requisitos para el o la adoptante en solitario, recogidos en el mismo artículo 159, no se menciona la heterosexualidad para la calificación de idoneidad. Esto hace pensar, alentadoramente, que quizás la orientación sexual no sea el punto clave para impedir la adopción; sino que más bien el intento de dos personas GLBTT de formar una familia de manera pública, sea la razón jurídica de esta norma. Esto, en contraparte a lo dicho dos líneas atrás, no sería nada alentador. Sin embargo, esa situación aún esta por comprobarse.

De la norma se puede deducir que la pareja heterosexual se presenta ante el ordenamiento como el modelo para la estabilidad, el bienestar y la protección de l@s niñ@s que serán adoptad@s, y que la pareja no heterosexual no es apta para criar niñ@s. De este modo, la sola orientación sexual de dichas parejas no *heterosexuales* les resta toda validez a todos los demás requisitos exigidos en la ley

que estas parejas, GLBTT, pudieran tener. Develar si esta norma es discriminatoria o no es el objetivo primordial de esta tesina.

## **CAPITULO II**

*El principio de falsificación, propuesto por Karl Popper, es una de las teorías bases para la comprobación de la verdad científica. Éste, nos dice que los enunciados científicos no pueden comprobarse mediante la simple acumulación de observaciones positivas, pues es*

*posible siempre que, antes o después, descubramos un caso negativo. Por ejemplo afirmar que “todos los cisnes son blancos”<sup>42</sup> y mediante miles de observaciones certificar que esta hipótesis es verdadera, no es suficiente; la constatación de la existencia de un único cisne negro bastaría para refutarla. Las hipótesis científicas serán válidas, así, en tanto y en cuanto no entren en contradicción con los hechos, en cuyo caso se elaborará una nueva hipótesis fundada en la anterior, pero que permita incorporar los puntos falseables de aquellas.<sup>43</sup>*

*En nuestro caso en cuestión, la afirmación científica debería decirnos “solamente las parejas heterosexuales son idóneas para la maternidad y la paternidad”. Entonces, si se comprueba, que una pareja de personas no heterosexuales (es decir de homosexuales, a priori) es idónea para la maternidad o paternidad, por medio de la adopción, estaríamos probando bajo el amparo de las ciencias, que las parejas GLBTT podrían adoptar. Este capítulo, en resumidas cuentas, busca descubrir y explicar mediante disciplinas diferentes al derecho, y apoyadas en el derecho mismo, que en nuestra época una familia ecuatoriana compuesta de padres o madres GLBTT puede perfectamente adoptar y criar a un niño, a una niña o a un adolescente logrando así el objetivo de la adopción y satisfaciendo el cumplimiento de los derechos que tiene cada integrante de dicha familia consagrados en los diferentes instrumentos jurídicos.*

## **II.1. LA DECONSTRUCCIÓN DE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR EN LA ÉPOCA POSTMODERNA**

### **II.1.A. APROXIMACIÓN ANTROPOLÓGICA AL TEMA DE FAMILIA**

La familia es una institución imprescindible en cualquier sociedad. No hay conocimiento de ninguna cultura en todo el mundo donde no exista una organización familiar. Sin embargo, si bien existen familias en todas las culturas, no todas las culturas tienen la misma percepción acerca de la familia. Quizás es importante partir de dos conceptos

---

<sup>42</sup> Popper, Karl. La investigación científica. Pág. 24

<sup>43</sup> AULA. Ciencias Sociales. Pág. 93

fundamentales para explicar esta teoría. Por un lado el de *hecho naturalizado* y, por otro, el de *etnocentrismo*.

El hecho naturalizado permite la asimilación de algo como una teoría, o por lo menos, como un importante indicador en la interpretación de eventos.<sup>44</sup> Este término nos permite explicar cual es el proceso que los seres humanos tenemos para lograr creer en algo. Este proceso de fe en nuestras creencias es lento, a menudo inconsciente, basado en la repetición y que sirve para interpretar eventos derivados de una actividad particular gracias a la experiencia. Es decir, es una suerte de método que nos hace explicar y construir la realidad que nos rodea cuando repetimos continuamente nuestras actuaciones. El hecho naturalizado puede y debe ser criticado, pues no es infalible ni justo y, más aún, en el campo jurídico, puede ser atentatorio de derechos.

El segundo concepto, el de etnocentrismo, va relacionado directamente con el concepto de hecho naturalizado. El etnocentrismo es la creencia natural en cada cultura de que sus creencias y prácticas son las correctas y naturales. Es decir, “la tendencia a aplicar los propios valores culturales para juzgar el comportamiento y las creencias de personas criadas en otras culturas”.<sup>45</sup> Más aún, el etnocentrismo tiene dos sentimientos “un sentimiento positivo hacia el grupo propio y sentimientos negativos hacia otros grupos”.<sup>46</sup> Es importante entender que el etnocentrismo es una práctica natural de cada cultura y es una manera de asegurar la existencia de la misma, sin que por esto sea exento de críticas y pueda modificarse, nuevamente a la luz de un enfoque de derechos humanos y de la misma ética. Prácticas etnocentristas como el imperialismo, el nazismo o la *homofobia* son ejemplos de ello.

Estos dos conceptos, el de hecho naturalizado y etnocentrismo, se relacionan precisamente en que el uno busca explicar una realidad y el otro busca asegurar la permanencia de dicha

---

<sup>44</sup> Robbins, Richard, Cultural Anthropology. Pág. 276. T.P.

<sup>45</sup> Kottak, Conrad Phillip. Antropología. Una exploración de la diversidad humana con temas de la cultura hispana. Pág. 41

<sup>46</sup> Segall, Marshall. Human Behavior in Global Perspective. Pág. 316. T.P.

realidad como verdadera. Sin embargo, [los antropólogos](#) han luchado contra el etnocentrismo, pues es una falacia –la llamada *falacia etnocentrista*- “creer que nuestras creencias y actitudes culturales son acertadas y verdaderas mientras que aquellas de otras culturas son erróneas y desviadas”.<sup>47</sup> Para terminar con esta falacia (que se opone a otra falacia que busca romperse, la *falacia relativista*, que impone que se debe respetar absolutamente todas las creencias y comportamientos de otras culturas sin poder juzgarlas) la antropología estudia diferentes culturas y las compara de la manera más objetiva posible para develarnos la relatividad de nuestras instituciones y poder así cuestionar la construcción de realidades que pensamos naturales e inamovibles.

Es importante, entonces, contrastar diferentes organizaciones familiares de diferentes culturas para probar el punto de que la familia es una institución absoluta en cuanto a su existencia universal, pero relativa en cuanto a su composición y construcción social. Así, por ejemplo en Occidente, la mayoría de sociedades, por la tradición cristiana y otros factores, han mantenido un modelo ideal de familia nuclear de padre, madre e hijos, y extensiones bilaterales como abuelos y tíos, con variaciones de sociedad a sociedad, desde luego. La forma de determinar el parentesco es sexual y, como en el caso de esta tesis, también se puede dar por adopción.

Sin embargo, la cultura de los isleños de la isla Trobriand, llamados trobriandeses, tiene una percepción familiar completamente diferente. Su familia ideal es la matrilineal. En ella “los hombres se relacionan cada uno con el otro a través de su familia materna así como sus esposas y sus hijos e hijas no [casados](#) (...) ni la esposa del hombre ni sus hijos e hijas son miembros de su familia”.<sup>48</sup> El parentesco y la filiación no se determinan por la sexualidad sino únicamente por la línea femenina. Para los trobriandeses las teorías de procreación niegan el rol del hombre en la concepción y sólo le dan importancia en el desarrollo del feto, y esto es entendido perfectamente si pensamos que para [los trobriandeses](#), “la familia

---

<sup>47</sup> Robbins, Richard, [Cultural Anthropology](#). Pág 10.T.P.

<sup>48</sup> IBIDEM. Pag 145

es matrilineal social y físicamente”.<sup>49</sup> Malinowski, el antropólogo que estudió a esta población, se quedó fascinado al descubrir que si bien la madre y sus [hij@s](#) eran parte de la familia, lo que [nosotr@s](#) llamaríamos *padre* no lo era. El *padre*, según los trobriandeses, era el hermano de la madre, es decir el tío de [l@s niñ@s](#) eso sí, sin que mantuvieran relaciones sexuales. El padre biológico, como [nosotr@s](#) lo llamaríamos, es un extraño a la familia y su interés como padre esta en los [hij@s](#) de alguna de sus hermanas. La “familia nuclear”, entonces, para los isleños de la isla Trobriand tendría como cónyuges a hermano y hermana y [l@s hij@s](#) de ésta.

La familia tradicional rural en China es patrilineal y se remonta a los ancestros, incluso muertos y sus relaciones con ellos son tan importantes como con los vivos. La línea familiar es la del padre y sólo la del padre. La reproducción es sexual, como en Occidente, pero en el tema de filiación tiene una variable, esto es, que es siempre a favor del hombre. Es decir, las mujeres son accesorias siempre al hombre y a su familia paterna. Las mujeres tienen provisionalmente la familia de su padre hasta que logren casarse, y puedan así pertenecer a la familia de su esposo y de la de todo su lado paterno. El lado materno no existe. Así, cuando un matrimonio tuviera el “infortunio” de tener sólo mujeres, la línea familiar desaparecería. Es por esto que en China tener mujeres es “inútil” pues la gente “tendría que entregarlas cuando hayan crecido”.<sup>50</sup> Esto explica además un fenómeno que ha hecho que China sea uno de los países que más [adoptad@s](#) ha otorgado en el tema de adopciones internacionales. En este país “... faltan aproximadamente 60 millones de mujeres, debido al aborto selectivo, al infanticidio, a las prácticas de alimentación discriminatorias o al abandono”.<sup>51</sup>

Finalmente quiero analizar de manera breve a la cultura Kimam que definen a los padres y las madres como “las personas que cuidan a un niño o niña y no a quienes físicamente los

---

<sup>49</sup> Munroe, Robert. *Cross-Cultural Human Development*. Pág. 15. T.P.

<sup>50</sup> Wolf, Margery. *The house of Lim*. Pág. 40. T.P.

<sup>51</sup> UNICEF, “Adopción internacional”. Pág. 10

concibieron o dieron a luz el feto”.<sup>52</sup> En este caso, la paternidad y la maternidad se definen de manera diferente, lo cual nuevamente nos habla de la relatividad de la idea de familia. Los valores atribuidos a la familia y a la conformación de la misma, entonces, varían de cultura en cultura.

A menudo creemos que nuestro modelo de familia es el adecuado pues muchas culturas lo comparten. Sin embargo esto es lo que se conoce como *generalidad cultural*. “Una generalidad cultural que se halla presente en muchas, pero no todas, las sociedades es la de familia nuclear, un grupo de parentesco consistente en padres e hijos. Aunque muchos europeos de clase media [*que bien podrían ser [ecuadorian@s](#) de la misma u otra clase*] ven etnocéntricamente a la familia nuclear como el grupo adecuado y ‘natural’, esta no es universal”.<sup>53</sup>

En definitiva, la antropología logra delatarnos que la composición familiar es relativa a cada cultura y que un modelo natural y absoluto de organización familiar es inexistente. Más aún, si bien en la mayoría de culturas, de hecho, asumen que la reproducción y la filiación van de la mano, la paternidad o la maternidad en ciertas culturas como la de los isleños de la isla Trobriand o la cultura Kimam nos indican que no siempre es así. Nuestra propia cultura Occidental al reconocer la adopción como modo de filiación nos dice que no siempre la paternidad y la maternidad van de la mano con la concepción biológica, aunque más adelante analizaré este aspecto que se vuelve un tanto relativo en el marco de ciertos derechos.<sup>54</sup> En todo caso, no cabe duda de que el modelo familiar varía de cultura en cultura y que no se puede hacer una defensa a ultranza de la familia ideal como aquella que concebimos socialmente o que nos ofrece la ley, pues estaríamos cayendo dentro de la falacia etnocentrista siguiendo el patrón de un hecho naturalizado intocable que, creo yo, debemos cuestionar.

---

<sup>52</sup> Frayser, Suzanne. Varieties of Sexual Experience: An Antropological Perspective on Human Sexuality. Pág. 338

<sup>53</sup> Kottak, Conrad Phillip. Antropología. Una exploración de la diversidad humana con temas de la cultura hispana. Pág. 43

<sup>54</sup> Me refiero al derecho de l@s adoptad@s a conocer a su familia biológica.

## II.1.B. EXPLICACIÓN SOCIOLÓGICA DE LA FAMILIA EN EL ECUADOR

[Tod@s](#) tenemos en nuestra cabeza una idea de lo que es una familia. A pesar de esto, la definición y explicación de la misma no es en absoluto simple. En inicio, la sociología definió a la familia como un grupo de personas “directamente ligadas por nexo de parentesco, cuyos miembros adultos asumen la responsabilidad del cuidado de los [hijos](#)”.<sup>55</sup> La Oficina del Censo de Estados Unidos la define como “dos o más personas que viven juntas y que están relacionadas por sangre, matrimonio o adopción”.<sup>56</sup> Sin embargo estas definiciones no alcanzan a comprender la entera dimensión del universo familiar. Es entonces importante explicar a la familia desde tres perspectivas: por un lado la de ser un espacio de preparación de l@s individu@s, por otro la de ser la institución social fundamental y finalmente, la de ser una institución cambiante.

La familia “juega un rol vital en la preparación de l@s individu@s para la participación en el mundo social”.<sup>57</sup> Es importante aquí hablar sobre el concepto de socialización. La *socialización*, es el principal canal de transmisión cultural a lo largo del tiempo y de las generaciones. Es el proceso mediante el cual los seres humanos aprendemos una serie de comportamientos, costumbres, hábitos, tradiciones y sobre todo, prácticas culturales. Sólo con este proceso logramos interrelacionarnos con el todo social y por ende con el resto de personas. La socialización es el paso previo para llegar al hecho naturalizado. Hay dos ambientes básicos para la socialización. El primero es la familia, donde se da la socialización primaria en la cual “los niños y las niñas aprenden pautas básicas de comportamiento que constituyen los cimientos de su posicionamiento social y por tanto, la familia es el principal agente socializador”.<sup>58</sup> La segunda forma de socialización es la secundaria, y durante esa fase otros agentes de socialización asumen la responsabilidad de la familia como son la escuela, las organizaciones sociales, los medios de comunicación, el

---

<sup>55</sup> Giddens, Anthony. *Sociología*. Pág. 231.

<sup>56</sup> Light, Donald. *Sociología*. Pág. 461

<sup>57</sup> Light, Donald. *Sociología*. Pág. 457

<sup>58</sup> Giddens, Anthony. *Sociología* Pág. 59.

trabajo, el Estado o la ley. La familia, así, es privada y pública, mezclando ambos conceptos casi indivisiblemente y creando la concepción de personas y de ciudadanos.

La familia es, además, *la institución social fundamental*.<sup>59</sup> Una institución social es un conjunto de comportamientos regulados y prácticas recurrentes de la sociedad, que atiende ciertas necesidades básicas de las personas. Las instituciones sociales tienen la característica de que evolucionan en cada sociedad a medida que l@s person@s buscan solucionar conflictos y necesidades. La función de una institución social, como la de la familia, es, de esta manera, la de organizar roles, status y grupos alrededor de valores y normas de tal forma que “las demandas fundamentales sean solucionadas a través de patrones estables de acción”.<sup>60</sup> La familia, en resumidas cuentas, no se limita a ser una conexión entre personas cercanas por vínculos de filiación o parentesco, como se creyó en el pasado, sino que ésta cumple el papel primordial de imponer valores, normas, costumbres y creencias en las personas. La familia, entonces, es una suerte de medio de producción y de reproducción de la cultura. La familia y la sociedad, de esta manera, viven en simbiosis alimentándose una de la otra. Es así que la familia, responde a cinco necesidades fundamentales que toda sociedad le exige. Dichas necesidades, que se mantienen en el tiempo pero mutando en su contenido a lo largo del mismo, son: regular la reproducción, ser un mecanismo de cuidado y protección, establecer posiciones sociales, instruir en el tema de socialización y regular el comportamiento sexual.<sup>61</sup> Para propósitos de este análisis teórico es indispensable concentrarnos en dos de estas necesidades, la de socialización (ya mencionada) y la de regulación del comportamiento sexual. La *regulación del comportamiento sexual*, es fundamental en este estudio pues, las familias son el mecanismo que establece los límites a las prácticas sexuales de los miembros de una sociedad y especifica quien puede tener relaciones sexuales y en que situaciones, y que roles sexuales y de poder ejerce cada persona.

El último punto de este análisis es que la familia es una institución cambiante que se adapta a diferentes situaciones. “La flexibilidad y la adaptabilidad son atributos humanos básicos

---

<sup>59</sup> Light, Donald. *Sociología*. IBIDEM. Pág. 457

<sup>60</sup> IBIDEM. Pág 73.

<sup>61</sup> IBIDEM, Pág. 461.

como individuo y como sociedad”.<sup>62</sup> Es decir que los modelos familiares no pueden perpetuarse sino ir acorde a las circunstancias. La industrialización y la mundialización de los derechos humanos son dos fenómenos que cambiaron dramáticamente las estructuras familiares en todo Occidente, incorporando nuevas alternativas a la familia nuclear.<sup>63</sup> Familias uniparentales, familias interraciales, familias GLBTT son ejemplos de ello. Hay de este modo una “crisis de los paradigmas en la familia”<sup>64</sup> lo cual obliga a que la institución se reinvente a sí misma. Es por esto que el sociólogo Giddens nos dice que es mejor hablar de “familias” y no de “familia” pues muestra la diversidad de modelos de composición y relaciones de esta institución. Es una necesidad que para que la familia sobreviva en la actualidad, entonces, tenga que modificarse y reconstituirse.

En definitiva, la familia además de ser un grupo unido de personas es la institución fundamental pues es transmisora de cultura, de valores, creencias y modos de ver el mundo que prepara a l@s individu@s como personas y [ciudadan@s](#) y que está sujeta a muchos cambios por lo cual es importante hablar de “familias” en un marco de derechos. La familia y el Estado, entonces, al convivir juntas, son las responsables de que actitudes determinadas se reproduzcan o dejen de reproducir en la sociedad. Si se busca un cambio o una mejoría en cualquier aspecto que concierna a la sociedad, por ejemplo la discriminación, deben trabajarse ambos aspectos al mismo tiempo entendiéndose como inseparable la labor de lo público en lo privado y lo privado en lo público.

## II.1.C DEFINICIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA EN EL ECUADOR Y SU REPLANTEAMIENTO

La familia, como nos lo han demostrado las ciencias sociales, no es inmóvil y cambia de acuerdo a las necesidades de las personas y la dinámica social. Nuestra legislación, en la actualidad no posee un concepto de familia en ningún cuerpo legal, aunque sí parámetros

---

<sup>62</sup> Murphy, Robert. Amor y Dependencia. Pág. 8.

<sup>63</sup> Kottak, Conrad Phillip. Antropología. Una exploración de la diversidad humana con temas de la cultura hispana. Pág. 285

<sup>64</sup> Streck, Lenio Luiz. “O Direito de família, a crise de paradigmas e o estado democrático de direito: um esboço crítico”. De Los derechos de familia y los Nuevos Paradigmas. Pág. 133.

de la misma. Esto no es un problema, y de hecho es un fenómeno que, por ejemplo, se encuentra también en la legislación española en donde no existe “ningún concepto jurídico de familia en el ordenamiento”.<sup>65</sup> El problema en realidad, es que el Código Civil que es el cuerpo normativo que tradicionalmente ha debido regular las relaciones entre personas y que contiene varias normas del derecho de familia, no ha sabido afrontar de manera adecuada el cambio del concepto de familia. Así, el matrimonio, la *base de la familia*, aun se define como una institución con fines de procreación, auxilio y convivencia a sabiendas que, por ejemplo, parejas que no pueden o no quieren tener [hijos](#), es decir, no han completado el requisito de procreación, se constituyen perfectamente como un matrimonio. La definición del matrimonio, evidencia el anacronismo de la legislación civil en cuanto a la concepción de la institución familiar. El Dr. Luis Parraguez señala la importancia de tener un concepto abierto, de replantear lo que un matrimonio o una unión de hecho son realmente. Para él, lo esencial en el matrimonio o la unión de hecho es la búsqueda de formación de un proyecto común de la pareja que busca unirse comprometiéndose para ello.<sup>66</sup>

A pesar de no tener una definición de familia algunas leyes delimitan que debe entenderse y quiénes están comprendidos dentro de una familia. La Ley contra la Violencia de la Mujer estipula en su artículo 3: “(...) se consideran miembros del grupo familiar a los cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos y sus parientes hasta el segundo grado de afinidad”. El Código Civil en su artículo 367 estipula a quiénes se deben alimentos lo que puede interpretarse como un acercamiento a quienes componen la familia. El artículo 98 del Código define lo que es una familia biológica: “Se entiende por familia biológica la formada por el padre, la madre, sus descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado de afinidad”. Sin embargo, todas estas definiciones consideran a la familia nuclear como el único modelo familiar. A pesar de esta deficiencia de las distintas leyes para acoplarse y definir a la nueva realidad familiar, la Constitución da ciertos parámetros para la misma y lo hace de manera apropiada. En el artículo 37 el Estado ecuatoriano reconoce y

---

<sup>65</sup> Kemelmajer, Aída. El derecho de familia y los nuevos Paradigmas Tomo 1. Pág. 70

<sup>66</sup> Parraguez, Luis. Clase sobre el matrimonio en el Ecuador. Cátedra de Derecho de Familia. 15 de Septiembre de 2003.

protege a la familia como célula fundamental para la sociedad, garantizando las condiciones que sirvan para la consecución de sus fines reconociendo, así, el concepto de institución social y la simbiosis entre familia y sociedad explicados anteriormente. Es de especial importancia que se reconozca que la familia está constituida por vínculos jurídicos o de hecho. Al reconocer a la “familia de hecho” el estado ecuatoriano en realidad está protegiendo a “las familias”, de acuerdo a la terminología de Giddens. Esta concepción amplia acerca de la familia sin duda, permite que las nuevas estructuras familiares, como aquellas compuestas por personas GLBTT, tengan derechos y se encuentren dentro del amparo constitucional. No se puede desconocer tampoco, que a pesar de estos avances, la Constitución y el Código Civil mantienen en los temas de matrimonio, de unión de hecho o de adopción una perspectiva de la familia heterosexista, mostrándola como el modelo ideal.

Algunos instrumentos internacionales, que también forman parte de nuestra legislación también han reconocido la importancia de la familia. La Convención Americana de Derechos Humanos, es su artículo 17.1 dispone que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad protegida por la sociedad y el Estado”. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, siguiendo la misma línea, estipula en su artículo 7 que: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”. En la Convención, ya para centrarnos en el tema de la adopción, también se reconoce la importancia de la familia para [l@s niñ@s](#) y adolescentes artículo 8. Finalmente, el Código de Niñez y Adolescencia en su artículo 9 establece que: “La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente”. Más aún, en el artículo 22 del mismo Código se estipula el derecho a tener una familia y a la convivencia familiar, que es una de las bases que posibilitan la adopción en la actualidad. El artículo 96 del Código enuncia a la familia como el núcleo básico de la formación de [l@s miembr@s](#) de la familia en especial de [niñ@s](#) y adolescentes, reconociendo así la importancia de la socialización primaria. El artículo 97 habla de la protección estatal hacia la familia que debe consistir en “la adopción de políticas sociales y la ejecución de planes, programas y acciones políticas, económicas y sociales que aseguren a la familia los recursos suficientes

para cumplir con sus deberes y responsabilidades”, y que reconoce la socialización secundaria.

En adición, se ha tratado de dar a la familia un carácter democrático siguiendo las ideas explicadas anteriormente de la simbiosis sociológica entre estado y familia, y de la influencia en el aprendizaje de [l@s](#) individu@s. Así, el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos menciona que “la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.<sup>67</sup> El artículo 96 del Código estipula que el apoyo y protección de Estado a la familia se da: “a efecto de que cada uno de sus integrantes pueda ejercer plenamente sus derechos y asumir sus deberes y responsabilidades”.

Finalmente me parece apropiado dar algunas observaciones acerca de la familia desde el aspecto de vista jurídico:

La familia no es un grupo estatal; es decir, la familia no forma parte de la organización del Estado, aunque éste tenga en evidente interés en controlar su organización y estructura para evitar lesiones de los derechos fundamentales.

La familia no tiene en sí misma ningún reconocimiento legal superior o distinto del que se atribuye a los miembros que forman parte de ella. Cuando [*la legislación*] asume su protección, lo hace como valor instrumental, no como valor per se.

No existe ningún concepto jurídico de familia en el ordenamiento (...) por tanto, la política jurídica del Estado en el ámbito familiar debe ser capaz de detectar las necesidades de los diferentes grupos y ofrecerles o no la protección.

Las bases de cualquier regulación son los derechos fundamentales de los ciudadanos que no cambian de condición por estar integrados en un grupo familiar.<sup>68</sup>

En definitiva, la legislación ecuatoriana sin poseer una definición del concepto de familia o capacidad jurídica para ella, la reconoce y protege y, tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales, se busca replantearla como una institución social, diversa y cambiante que debe ser un espacio de equidad y respeto de derechos para [tod@s](#) sus [miembr@s](#). Los derechos humanos son, además, los que moldean el espectro familiar.

---

<sup>67</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas. 1948.

<sup>68</sup> Roca Trías, Encarna. “Derechos humanos y derecho de familia”. De Los derechos de familia y los Nuevos Paradigmas. Pág. 69-70.

## II.2.- HOMOSEXUALIDAD, GRUPOS GLBTT Y DERECHOS DE LA PAREJA ADOPTANTE

### II.2.A. APUNTES ACERCA DE LA HOMOSEXUALIDAD Y LA NUEVA PERSPECTIVA DE INCLUSIÓN

La homosexualidad ha sido condenada durante siglos y en la mayoría de culturas conocidas. Curiosamente, la homosexualidad “existe en todas las culturas”.<sup>69</sup> Sin embargo, nuevamente la antropología y la historia, nos dicen que la discriminación hacia l@s *homosexuales* no se ha dado en todas las culturas ni tampoco en todos los tiempos.

En Grecia, la homosexualidad masculina fue aceptada. Grandes personajes, tales como Sócrates y Platón así lo demuestran. Platón en su obra el Banquete, plantea que:

La humanidad estuvo formada por tres sexos, unidos en parejas, formadas por dos hombres, dos mujeres o un hombre y una mujer. Zeus separó las parejas para disminuir su poder e inculcarles respeto. Desde entonces los humanos deambulan por la tierra buscando su otra mitad. Platón también consideraba que las personas provenientes de parejas de igual sexo estaban mejor dotadas para las cuestiones concretas del mundo como gobernar y conocer, y que las personas provenientes de parejas de sexos diferentes se dedicarían a satisfacer placeres como el sexo”.<sup>70</sup>

Sin embargo no podemos caer en la ficción de creer que Grecia era una época de libertad y de respeto absoluto, una suerte de edad dorada para los homosexuales, como a menudo se ha pretendido. La cultura griega era supremamente machista y la imposición del poder fue una tónica de las relaciones homosexuales. Muestra de ello la pederastia o pedofilia, término acuñado precisamente por Sócrates. Igualmente en Roma, “el amor de los ‘muchachos’ se practicaba sobre todo con los jóvenes esclavos, sobre cuyo estatuto no había que preocuparse”.<sup>71</sup> Sin embargo la cultura griega sí fue benévola con los homosexuales hombres y esto se demuestra, por ejemplo, en que “los griegos no tuvieron términos dicotómicos que correspondan a nuestro “homosexual y heterosexual”<sup>72</sup> y consideraron la belleza, la homosexualidad y la sabiduría parte de la cultura helenística.

---

<sup>69</sup> Giddens, Anthony. *Sociología*. Pág. 182

<sup>70</sup> Ardila, Rubén. “Homosexualidad y psicología”. Pág. 160

<sup>71</sup> Foucault, Michel. *Historia de la Sexualidad, Volumen 3*. Pág. 14

<sup>72</sup> Stanford University. “Homosexuality”. S.P. T.P.

En Roma la degradación no venía por la homosexualidad de la persona sino por su pasividad en el acto sexual.

Una disposición autorizaba a un amo a penetrar a un esclavo siempre y cuando este fuera un adolescente, siendo lo contrario inadmisibile, un amo jamás podía adoptar una posición de pasividad sexual durante el coito porque esto sería una manifestación de senilidad que degradaría su condición de hombre noble o libre. El rechazo era tan severo que merecía la muerte. Igual era el rechazo de aquella lesbiana que adoptara el rol masculino durante la actividad coital.<sup>73</sup>

Dentro del mundo femenino lésbico Safo se considera como la primera lesbiana. Esta famosa poetisa se reunía con las mujeres aristócratas en la isla de Lesbos para componer y recitar poesía entorno a Afrodita, la diosa del amor. Safo se constituirá en un referente del olvidado mundo lésbico. Siglos después, en uno de los pocos eventos lésbicos en la historia monárquica de Occidente se acusó a María Antonieta de “encabezar un grupo de monstruos que se llamaban entre sí sofistas y se enorgullecían de ello”.<sup>74</sup>

La bisexualidad fue manifiesta en ciertas épocas sin que esto implicara rechazo. Alejandro Magno, uno de los referentes de la masculinidad en la Antigüedad y en toda la Historia Occidental, era bisexual y mantuvo un romance paralelo entre su mejor amigo y general Hefastión y un eunuco de su corte, el persa Bagoas.<sup>75</sup> Las esposas del “nunca vencido” como se lo llamaba, fueron fruto de un arreglo de unión de reinos y convenciones sociales y aún varias personas ofuscadas buscan rescatar su nombre de la “indignidad”, negando su bisexualidad histórica.<sup>76</sup>

Dentro de varias comunidades indígenas de América del Norte las personas con diferente orientación sexual, lo que nosotros llamaríamos transgenerismo, también tenían un tratamiento diferente.

En buena parte de América del Norte, existe la institución de los 'bredaches', como los franceses los llamaron. Estos hombres-mujeres, eran personas que en la pubertad o después de ella, asumieron la vestimenta y las ocupaciones de las mujeres. Algunas veces se casaban con otros hombres y vivían

---

<sup>73</sup> Ardila, Rubén. “Homosexualidad y psicología”. Pag. 160

<sup>74</sup> Russell, Paul. 100 Gays. Pag. 33.

<sup>75</sup> Para mayor profundidad en el tema Mary Renault en su novela histórica “El muchacho Persa” hace un estudio profundo y artístico del tema.

<sup>76</sup> De hecho, ante el estreno mundial de la película “Alexander”, en diciembre de 2004, un grupo de abogados griegos “habían amenazado con demandar al estudio Warner Bros y al director del filme, Oliver Stone, por detalles de ficción sobre la vida sexual de Alejandro e intentaron prohibir el filme”. Al final desistieron aduciendo que cualquier “acción legal en su contra favorecerá a un filme que no vale la pena”.

con ellos. Los 'bredaches' nunca fueron vistos como seres con poderes supernaturales, como hombres-mujeres similares eran en Siberia, pero eran vistos como líderes en ocupaciones de mujeres, buenos curadores en algunas enfermedades, o en ciertas tribus, como solucionadores de problemas sociales.<sup>77</sup>

Así mismo, los Batak, un grupo del norte de Sumatra, permite las relaciones masculinas antes del matrimonio. "En la pubertad, los jóvenes abandonan el hogar paterno y duermen bajo el mismo techo que doce o quince hombres de su edad o mayores, quienes les inician en las prácticas homosexuales".<sup>78</sup>

Sin embargo, citar a múltiples culturas que han sido benévolas con las diversas formas de orientación sexual, como la homosexual, o evocar a grandes personajes homosexuales no es el objeto de este estudio. Michel Foucault en su obra, "La historia de la sexualidad", hace un análisis ajustado y revelador acerca de la homosexualidad vista como concepto. El filósofo francés nos explica que antes del siglo XVIII el concepto de homosexual prácticamente no existía, que era asemejado al de la sodomía, reduciéndolo así a una condición meramente sexual. Fue así que en la Edad Media Tomás de Aquino, por ejemplo, señaló que son cuatro los pecados contra la naturaleza: "masturbación, coito con animales (bestialidad), actos de personas del mismo sexo (vicio de sodomía) y uso indebido del matrimonio (todo lo que no sea coito vaginal)".<sup>79</sup> La homosexualidad, que fue equiparada a la sodomía en un discurso antireproductivo, fue, de este modo, censurada como pecado por varios siglos. Es en 1870 con el estudio de Westphal sobre las "Sensaciones sexuales contrarias" que se puede dar la fecha de nacimiento de la homosexualidad como término. Otros estudios muestran a Karoly Maria Benkert, un psicólogo alemán, como quién acuñó el término.<sup>80</sup> En todo caso es el siglo 19 el que da a luz al término homosexualidad y con ello una nueva categoría se consolida. "La homosexualidad apareció como una de las figuras de la sexualidad cuando fue rebajada de la práctica de la sodomía a una suerte de androginia interior, de hermafroditismo del alma. El sodomita era un relapso, el homosexual es ahora una especie".<sup>81</sup> A partir de esto se asocia al término homosexualidad como una aberración sexual que formó parte de un discurso "medicalizado". "Se hablaba de ella desde el punto de vista psiquiátrico, considerándola una alteración o una perversión, en vez de un pecado

---

<sup>77</sup> Benedict, Ruth. Patterns of Culture. Pág. N.d. T.P.

<sup>78</sup> Giddens, Anthony. Sociología. Pág. 182.

<sup>79</sup> Mirabet, Antoni. Homosexualidad hoy. Editorial Herder. Barcelona. 1985. Pág. 134.

<sup>80</sup> Stanford University. "Homosexuality". N.p. P.T.

<sup>81</sup> Foucault, Michel. Historia de la Sexualidad. Pág. n.d.

religioso”.<sup>82</sup> Esto empieza a configurar la idea del homosexual. Posteriormente, varias legislaciones como la inglesa o la alemana condenaron esta práctica y homosexuales tan famosos como Oscar Wilde o Magnus Hirschfeld fueron juzgados y condenados por sus prácticas homosexuales. Así la homosexualidad llegó al campo del delito.

Es en este espectro de discriminación y prejuicio que surgen varios hechos reivindicatorios. Por un lado la misma ciencia se encarga de desmentir que la homosexualidad sea una enfermedad. Para este propósito, los estudios de la sexualidad de Alfred Kinsey que decían que “a la edad de 45, aproximadamente, 37% de los hombres y 13% de las mujeres habían tenido experiencias homosexuales que terminaron en un orgasmo”,<sup>83</sup> rompieron con la idea de que la homosexualidad era una aberración minoritaria y ajena a la naturaleza humana. La barbarie nazi, que exterminó a los homosexuales en un estimado de entre 10000 y 15000 personas, además de dolor y humillaciones poco antes vistas, dio a la comunidad GLBTT su símbolo, el triángulo invertido (antes rosado y hoy con los seis colores para representar la diversidad). Las políticas Nazis, cabe anotar, no parecía que buscaban exterminar a l@s homosexuales sino reeducarlos mediante la “castración, intimidaciones extremas o ambas”.<sup>84</sup> En los Juicios de Nuremberg, el autor Austin afirma que los crímenes en contra de homosexuales no se consideraron de tanta gravedad como los en contra de otros grupos haciendo que un colectivo olvidado y subestimado empiece a constituirse. Posteriormente la gesta de Stonewall en Nueva York, acompañado de la, en boga, perspectiva de género y el apoyo de los derechos humanos, consolidó un grupo cohesionado y consciente de su discriminación histórica y que encontró la necesidad de convertirse en un movimiento social. El mismo Michel Foucault, con sus estudios de sexualidad humana apoyó a esta construcción al descubrir esta no es estática sino que la “sexualidad puede variar a través del espacio y el tiempo”.<sup>85</sup> Finalmente la aparición de la epidemia del SIDA en la década de los 70 como una “enfermedad homosexual” fue crucial. “Por una parte resultó devastador para la población homosexual, pero también fortaleció a esta comunidad y convirtió a la

---

<sup>82</sup> Giddens, Anthony. Sociología Pág. 182.

<sup>83</sup> Frayser, Suzanne. Varieties of Sexual Experience: An Antropological Perspective on Human Sexuality. Pág. 484

<sup>84</sup> Austin, Ben. “Homosexuals and the Holocaust”. N.d. P.T.

<sup>85</sup> Stanford University. “Homosexuality”. N.d. T.P.

homosexualidad en un tema de debate público”.<sup>86</sup> El triunfo final en la desmedicalización fue en 1992 cuando, la Organización Mundial de la Salud (OMS), organismo de la ONU, “eliminó la orientación homosexual de su Clasificación Internacional de Enfermedades”.<sup>87</sup> En este largo proceso, en Estados Unidos, el país iniciador del *movimiento gay* se popularizó, precisamente, el término *gay* (*alegre*, en inglés) reemplazando en varios espacios al de homosexual, y en la actualidad se ha “reconquistado” un término, anteriormente peyorativo, reconstruyéndole y dándole un carácter de identidad, que es *queer* (en español se podría traducir como, *rar@*).<sup>88</sup> De esta manera, vocablo *homosexual* ha cambiado drásticamente en cuanto a su significación a lo largo del tiempo.

A pesar de todo esto, el término homosexualidad es en sí mismo incompleto. Durante mucho tiempo se consideró que el término apropiado para delimitar a las personas que tenían preferencias por personas de su mismo sexo era, precisamente, homosexualidad. Sin embargo, esta concepción ha cambiado basada en el leit motiv de la orientación sexual como una construcción personal y diversa. Anna Leah, es una lesbiana feminista que casi por tres décadas batalló a favor del reconocimiento de los derechos de las mujeres, en el auge de la época de las luchas feministas. Para ella, su lucha en busca de poder y derechos era en favor de las mujeres lesbianas únicamente. Su visión del mundo y de su perspectiva de género, cambió radicalmente después de hablar con un antropólogo amigo suyo. Él le dijo, en ese entonces, que en pocos días iría a investigar una población en la India, de la cual se rumoraba que en su lenguaje no incluía dos géneros (masculino y femenino) como en todos los lenguajes conocidos, sino que existía sólo uno. Él y ella quedaron esperanzados y curios@s, pues el lenguaje es constructor de la realidad cultural de toda sociedad, y quizás se estaría a punto de descubrir una sociedad que hubiese roto con el estigma del patriarcado y la diferenciación radical de sexo y género. Tiempo después, cuando se volvieron a encontrar el antropólogo le dijo que, en efecto, el rumor era cierto, que solamente había un género en el lenguaje de la población que él había estudiado. Para

---

<sup>86</sup> IBIDEM. Pág. 183.

<sup>87</sup> Amnistía Internacional. “Tratamiento médico forzoso en instituciones del estado”. Pág 6.

<sup>88</sup> En cuanto al término *queer* es importante ver el impacto que dos series televisivas estadounidenses han causado en todo occidente en los últimos años. “Queer as Folk” y “Queer Eye for the Straight Guy”, incluso polemizando dentro de la misma comunidad, han sacado el término *queer* como símbolo de reivindicación y son un fenómeno interesante de la reconstrucción y resignificación del lenguaje.

designar cualquier palabra solo había un género, el masculino; así, por ejemplo para designar al hombre había una palabra, pero para designar a todo el resto de seres que no eran hombres se usaba el “no hombre”; no existía una palabra entonces, sino sólo la negación de la palabra en masculino. Anna Leah, quién después sería la Secretaria General de la ILGA (International Gay and Lesbian Association) cuenta que ese día entendió que las luchas de género en busca de derechos no solamente eran de las mujeres, sino de tod@s aquell@s “no hombres” que no tenían ni poder ni reconocimiento de derechos en el contexto social.<sup>89</sup> Esta historia me parece que explica de manera adecuada la perspectiva de inclusión en las luchas de género. Es por eso que ahora se habla de una comunidad GLBTT que ha compartido una historia de rechazo y prejuicio en razón de la orientación sexual, en vez de colectivos homosexuales, lésbicos, bisexuales, etcétera que comparten una cosmovisión distinta con una ética y estética diferentes. Por ejemplo, para puntualizar un tema común dentro de las relaciones sentimentales de parejas GLBTT, que evidencia una cosmovisión distinta a las personas heterosexuales, a menudo se ha dicho que las relaciones entre personas GLBTT son relaciones de carácter *contractual*. Las parejas heterosexuales al casarse (o al estar amparadas bajo la unión de hecho) gozan de protección legal, apoyo familiar y social, e incentivos para mantenerse como pareja y procrear. Las parejas heterosexuales en el tema del matrimonio, incluso, deben enfrentar dificultades y trabas legales -a manera de desaliento del sistema y sin que esto signifique que sea saludable- para disolver su unión conyugal. En el caso de parejas GLBTT, en cambio, éstas “sólo deciden vivir juntas”<sup>90</sup> sin el apoyo social y estatal, y son libres de decidir si permanecen [junt@s](#). Por esto, las percepciones del mundo, de la legalidad, de lo permitido y lo prohibido, de la ética y de la estética son captadas de manera diferente a la de parejas heterosexuales, aunque estas diferencias se contrastan con características comunes a toda la humanidad como son el amor, el respeto y el apoyo mutuo en la relación.

Es importante, para terminar con esta sección, definir dos términos: *identidad de género* y *rol de género*. La identidad de género “es la manera en que una persona se siente acerca de

---

<sup>89</sup> Relato realizado por Anna Leah en el foro “Un Mundo Diverso es Posible”, en el marco día del orgullo GLBTT. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito. 25 de junio de 2003.

<sup>90</sup> Castañeda, María. La experiencia homosexual. Pág. 137.

sí misma como hombre o mujer”.<sup>91</sup> El rol de género, en cambio, es “todo lo que una persona dice o hace para indicar a los otros o para sí mismo que uno es masculino, femenino o ambivalente. El rol de género es la expresión pública de la identidad de género”.<sup>92</sup> Estos dos términos van directamente relacionados y ambos atraviesan diametralmente la realidad de las personas GLBTT como individu@s y como grupo social. De hecho, ambos términos más la discriminación histórica, son los conceptos que permiten hablar de un colectivo GLBTT diverso y diferente al resto de colectivos. Además, la definición de estos términos nos permitirá analizar de manera más adecuada la homofobia que será tratada en breve.

## II.2.B. SITUACIÓN DE LAS PERSONAS GLBTT EN EL ECUADOR

En el Ecuador la historia de malos tratos al grupo GLBTT no ha sido diferente. La “homosexualidad” ha ido desde el pecado, pasando por la medicalización y la penalización, hasta llegar a la legalización pero sin poder aún sacudirse de estos estigmas. Las relaciones homosexuales fueron un delito contemplado por el Código Penal hasta el año 1997, en su artículo 516, donde se estipulaba para los dos “correos” una pena de reclusión mayor de cuatro a ocho años. Larrea Holguín, en la introducción a la Constitución Política del Ecuador de la Editora Corporación de Estudios y Publicaciones se refiere a las uniones entre homosexuales como “uniones contrarias a la naturaleza” y a los homosexuales como “enfermos, depravados o desviados moralmente”.<sup>93</sup> Lastimosamente, como se puede ver, aún se mantienen los patrones de discriminación en parte de la doctrina jurídica que, aunque subsidiaria, es una fuente de derecho en nuestro país.

La situación de las personas GLBTT es en la actualidad difícil. Amnistía Internacional en su informe acerca de “Los derechos humanos y la orientación sexual e identidad de género”

---

<sup>91</sup> Frayser. Suzanne. Varieties of Sexual Experience: An Antropological Perspective on Human Sexuality Pag. 56 T.P.

<sup>92</sup> IBIDEM. Pág. 86

<sup>93</sup> Constitución Política de la República del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. Mayo, 2002

del 31 de marzo de 2004, señala a Ecuador como un estado irrespetuoso de derechos humanos en el tema de orientación sexual y cita el caso de la ecuatoriana Narda Torres.

Narda Torres regresaba a su casa de Quito, Ecuador, cuando dos hombres la interceptaron frente a su domicilio, le agarraron del pelo, la tiraron al suelo y la golpearon mientras le gritaban: "hija de puta, te vamos a violar [...] te vamos a dar verga para que te guste [...] lesbiana asquerosa, si no te gusta cómo te culeamos, te vamos a matar para librarnos de ti [...] ¿no te da asco ser así?". Los agentes de policía hicieron caso omiso de la denuncia de Narda y más aún cuando ésta y su pareja les informaron de que el motivo del acoso había sido la orientación sexual de Narda Torres. La tarde del 5 de septiembre de 2002, Narda Torres volvió a ser víctima de una agresión en la que fue golpeada e insultada (...) tras la investigación llevada a cabo en torno a las acusaciones de discriminación por parte de la policía, se había llegado a la conclusión de que no se produjo ningún acto discriminatorio.<sup>94</sup>

En adición, el Estado representado, parece seguir siendo para el colectivo GLBTT el mayor discriminador.<sup>95</sup> A pesar de esto, es importante analizar que la homofobia ha disminuido y que, por ejemplo, en la “lista prohibida de países” (una lista referente a países donde existe una homofobia extrema y que se recomienda a personas GLBTT que nunca los visiten) el Ecuador ya no se encuentra incluido. Sin embargo países como Irán, Pakistán, Egipto, China, Cuba, Nicaragua, India, Sudán, Túnez, Senegal entre otros, son considerados como países que revisten hostilidad y gran peligro para personas GLBTT.<sup>96</sup>

Respecto a la “comunidad” GLBTT en el Ecuador debo decir que recién se está conformando y todavía falta mucho para su consolidación. Se han obtenido logros importantes como la despenalización por razón de orientación sexual y el reconocimiento público antes inexistente. De mi observación personal, sin embargo, hablar de una comunidad GLBTT es aún una ficción, pues debido al machismo, a la indiferencia del estado ecuatoriano y a factores culturales y sociales –como la homofobia y el clasismo– no hay respeto, ni deseo de convivencia o lucha conjunta entre grupos de gays, bisexuales, lesbianas, transgéneros y transexuales. “Solamente cuando una persona sale del closet, cuando declara abiertamente que es miembro de una comunidad que se junta para celebrar una identidad y una sexualidad que la sociedad desprecia, puede empezar a construir para sí

---

<sup>94</sup> Amnistía Internacional. “Los derechos humanos y la orientación sexual e identidad de género”. Pág. n.d.

<sup>95</sup> Según Velasco, en el estudio realizado acerca de “Investigación de enfermedades de transmisión en población clave”, menciona que en las encuestas que las personas GLBTT debían llenar al ser preguntad@s a la pregunta “¿Por quién te sientes discriminad@?” la mayoría de personas respondieron “por la policía” y “por la gente en general”. Velasco, Carlos. Entrevista personal. 5 de enero de 2005

<sup>96</sup> La lista prohibida está en la guía: Spartacus Internacional Gay Guide. 2003.

una vida que es llena y digna”.<sup>97</sup> Es aún lejano hablar de un proyecto común reivindicatorio, de un deseo de convivencia en diversidad, o de acciones continuas y coordinadas en busca de ciertos objetivos pues, lastimosamente, hay una marcada exclusión (por ejemplo insultos dentro del mismísimo colectivo *gay* incluyen términos excluyentes como “tonta”, “fuerte”, “peluquera”, “travesti”) dentro de la dinámica social, además de rivalidades entre organizaciones GLBTT. Hay también poca coordinación e interés de trabajar en conjunto por causas comunes a todo el grupo (por ejemplo, se presentaron dos proyectos de ley al congreso de dos diferentes asociaciones que luchan por los derechos GLBTT en menos de una semana). Así, la visión colectiva de grupo que pueda afirmar que de hecho existe una comunidad del grupo GLBTT, a mi parecer, aún no es posible. “El valor de una comunidad es que ésta provee protección y apoyo a sus miembros y sirve como una fuente de empoderamiento social y político en solidaridad”.<sup>98</sup> Sin embargo, si bien no existe una comunidad GLBTT en el Ecuador, yo sostengo que sí existe una subcultura GLBTT. “La idea de subcultura no sólo designa a los grupos étnicos o lingüísticos que hay en la sociedad. También afecta a sectores de la población que se distinguen del resto de la sociedad por sus pautas culturales”.<sup>99</sup> La subcultura<sup>100</sup> GLBTT es un conglomerado rico, que se ha nutrido de varios referentes históricos y que ha compartido una historia de dolor y discriminación, concibiendo a la vida con una ética y una estética diferente, con íconos culturales propios. Dentro del mundo GLBTT hay códigos, prácticas culturales, modos de relaciones, incluso un léxico diferente que permiten una identificación con el concepto de subcultura. En adición, sostengo que los grupos GLBTT ecuatorianos son una contracultura. “Las contraculturas son grupos que en gran medida rechazan los valores y normas sociales preponderantes, que pueden propugnar ideas alternativas a valores dominantes”.<sup>101</sup> Tanto subculturas como contraculturas permiten que los movimientos sociales o grupos de personas que comparten una misma forma de vida generen fuerzas de cambio dentro de la sociedad y sobre todo dentro de la cultura

---

<sup>97</sup> Ball, Carlos. The Morality of Gay Rights. Pág. 145

<sup>98</sup> IBIDEM. Pág. 146

<sup>99</sup> Giddens, Anthony. Sociología Pág 55.

<sup>100</sup> Vale añadir que el término subcultura es en sí mismo peyorativo, pero lo utilizaré como parte de un discurso sociológico académico.

<sup>101</sup> Giddens, Anthony. Sociología. Pág. 55

dominante. Sin embargo aún falta el paso final de integración y un proyecto común para lograr un verdadero sentido de comunidad.

A pesar de esta crítica personal, los grupos GLBTT han realizado acciones importantes en el Ecuador. La homofobia y el heterosexismo, son dos realidades con las que el Ecuador vive (y que explicaré a continuación), pero que poco a poco disminuyen por la visibilización y conciencia de derechos de las personas GLBTT. Los avances de grupos homosexuales, lésbicos, transgénéricos o transexuales han sido importantes y no se puede dejar de reconocer los cambios que han realizado en la sociedad ecuatoriana.

Para terminar con esta parte quiero hacer una precisión acerca de las personas GLBTT que serán objeto del estudio de esta tesina. Keneth Plummer realizó una clasificación de la homosexualidad distinguiendo cuatro tipos diferentes de la misma. La *homosexualidad ocasional* es aquella es el encuentro homosexual fortuito, pasajero, que no estructura de manera sustancial la vida del individuo, por ejemplo, la masturbación mutua. Las *actividades localizadas* se dan cuando hay prácticas homosexuales más o menos regulares, pero que no constituyen preferencia primordial del individuo; el caso de conductas homosexuales en campamentos militares prisiones es ilustrativo al respecto. La *homosexualidad personalizada* es aquella practicada por individuos que tienen una orientación homosexual pero que se mantienen al margen de grupos, homosexuales o heterosexuales, que la aceptan; es el caso de muchas personas que “están dentro del closet”. La última forma de homosexualidad es aquella como una *forma de vida*, donde las personas homosexuales declaran abiertamente su condición y la hacen parte fundamental de su existencia, legitimándose y sintiéndose a gusto con su sexualidad.<sup>102</sup> Mi tesina va centrada, y es en homenaje, a las personas GLBTT, no sólo homosexuales como planteó Plummer, que llevan su orientación sexual y de género como una forma de vida. Estoy absolutamente seguro, que únicamente personas que estén cómodas y felices con su identidad y orientación sexual, y sean capaces de hablar con honestidad a sus hij@s acerca de las diferencias entre su hogar y la mayoría de hogares, podrían ser padres o madres que puedan brindar un hogar estable y seguro. No podría plantear esta tesina si fuese en detrimento de

---

<sup>102</sup> IBIDEM. Pag 183.

l@s niñ@s o adolescentes adoptados o si propusiera estructuras familiares casi clandestinas que no vivan en diversidad y orgullo puertas adentro, como se verá más adelante.<sup>103</sup>

## II.2.C. LA HOMOFOBIA Y EL HETEROSEXISMO

El heterosexismo es la creencia errónea de asumir que [todas](#) las personas son heterosexuales y que la heterosexualidad es el modo natural y óptimo para vivir. Me atrevo a decir, que el heterosexismo es el etnocentrismo de la orientación sexual. Este concepto va íntimamente relacionado con el de la homofobia. La homofobia (que ahora es llamada también como lesbofobia, transfobia, etcétera, dependiendo del grupo del que se hable)<sup>104</sup> está compuesta por un conjunto de ideas y prejuicios, y, como su nombre lo indica, es un temor que bordea lo irracional.

En el temor a la homosexualidad subyace un miedo muy arcaico y generalizado (...) Gran parte de este temor se relaciona con la confusión, muy generalizada entre sexo y género (...) El problema no es tanto que el hombre penetre a otro: el problema es ser penetrado, es decir, que un hombre pueda volverse como “una mujer”. Asimismo, el problema no es que una mujer tenga relaciones eróticas con otra, sino que una mujer pueda volverse “como un hombre”. (...) [*La homofobia*] puede adoptar diferentes formas y contenidos según el entorno social e histórico.<sup>105</sup>

Lo importante de la homofobia es que, por la socialización, se va internalizando. Es decir, que las personas al ser expuestas desde edades tempranas a la misma, la hacen suya, adoptándola de manera inconsciente, como un valor e ideal que forma parte de su construcción personal y social. De este modo, “la homofobia se vuelve aparentemente natural: se convierte en un valor implícito que genera reacciones inmediatas, automáticas y aparentemente instintivas”.<sup>106</sup> La homofobia racionaliza el odio y la segregación, encontrando justificativos, a menudo prejuiciados, para la separación, el detrimento de derechos o la burla –la promiscuidad y el SIDA, la inestabilidad y el hedonismo, son tres

---

<sup>103</sup> Se topará este tema cuando hablemos del derecho de l@s adoptad@s a saber su condición de adoptad@s en el Capítulo 3, subtítulo 3, sección b).

<sup>104</sup> Me referiré a “homofobia” como el término conceptual por fines de practicidad solamente.

<sup>105</sup> Castañeda, María. La experiencia homosexual. Pág. 110-111

<sup>106</sup> IBIDEM.

ejemplos de estereotipos usualmente asociados a personas GLBTT- tal como el antisemitismo lo hizo en la segunda guerra mundial, por ejemplo.

Una de las graves características de la homofobia es que influye en toda la sociedad, incluso en las personas GLBTT.<sup>107</sup> De hecho a menudo se hace una distinción entre la homofobia de las personas GLBTT y de l@s heterosexuales. La homofobia de l@s heterosexuales “es un mecanismo de defensa inconsciente por medio del cual atribuimos a otras personas los rasgos emociones o pensamientos que no son aceptables para nosotros porque no caben en el marco de nuestros valores o autoimagen”.<sup>108</sup> De este modo, se busca redimir a l@s heterosexuales de “la homosexualidad”. Sin embargo, la homofobia dentro del mundo heterosexual también cumple una función social de “chivo expiatorio”, para purgarse de valores que no puede aceptar en sí misma. Finalmente, la homofobia dentro de l@s heterosexuales busca trivializar a los grupos GLBTT. “La viste de estereotipos, la vuelve caricatura, la transforma en parodia del amor y del sexo, y así le quita lo radicalmente extraño”.<sup>109</sup> Los programas ecuatorianos de comedia (por ejemplo “Ni en vivo ni en directo” o “Vivos”) cumplen esta función de relajación y estereotipamiento.

Cuando hablamos de la homofobia de las personas GLBTT, que pareciese extraño pero es en realidad bastante común, podemos identificar diversas expresiones de la misma. Así, muchas veces hay un rechazo de sentimientos eróticos pues les parecen perversos, malsanos, o peligrosos. En adición, puede hacer a las personas GLBTT “incapaces de expresar su amor hacia su pareja”.<sup>110</sup> Además, la homofobia hace difícil llegar a consolidar un sentimiento de comunidad, como ya expliqué en la sección b) de este capítulo. La homofobia impone dentro de las personas GLBTT una sensación de desventaja y en las parejas, puede verse frecuentemente un distanciamiento de su familia de origen y de la sociedad en general. A pesar de esto, muchas personas GLBTT han superado las barreras

---

<sup>107</sup> Como se verá más adelante, en el capítulo final de esta tesina en la sección de “Desigualdades permitidas” la jurisprudencia de la Corte Suprema de EEUU afirma que es función del estado el impedir que dentro de un grupo haya sentimientos de inferioridad.

<sup>108</sup> Castañeda, María. La experiencia homosexual. Pág. 112.

<sup>109</sup> IBIDEM.

<sup>110</sup> IBIDEM.

de la homofobia y por tanto, pueden enamorarse y establecer vínculos de afecto sin ningún problema, y miran su orientación sexual con naturalidad y como forma de vida.

No sería descabellado, de este modo, afirmar que el Ecuador es un país de corte heterosexista, donde el Estado ha tenido un rol importante, a veces de autor a veces de cómplice, en la internalización de la homofobia. Tampoco sería descabellado pensar que una de las varias formas en que la homofobia internalizada en nuestro país se expresa, es el modo de legislar y expedir normas jurídicas que pueden racionalizar prejuicios. Estas consideraciones de nuestra propia sociedad, y por ende, de [nosotr@s](#) mism@s, deben ser consideradas para hacer un razonamiento objetivo de la norma del Código respecto a la adopción.

#### II.2.D. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR EN EL TEMA DE DERECHOS PARA PERSONAS GLBTT

Nuestra Constitución, es un homenaje a los derechos humanos, a la inclusión y a la diversidad. En cuanto al reconocimiento de derechos de personas GLBTT el tratamiento es similar en casi todos los aspectos, teniendo que hacerse ciertas precisiones.

Sin embargo, antes de hablar de los derechos constitucionales que, de manera específica, son importantes en esta tesina, me parece importante recordar los cinco principios de interpretación constitucional que buscan mediante “la labor hermeneútica, encontrar un sentido a las normas contenidas en la Constitución”.<sup>111</sup> El primero de dichos principios nos dice que hay que buscar siempre la *unidad de la Constitución*. Este principio es el más destacado puesto que “dada la esencia de la Constitución consiste en dar un ordenamiento homogéneo de la vida política y de la unidad estatal”.<sup>112</sup> Es decir, que la Constitución debe verse en su dimensión completa, de manera integral basada en su espíritu y en los principios que intenta proteger. El segundo principio, el llamado de *concordancia práctica*, se deriva del primero y busca que no haya contradicciones entre las distintas normas. Esto implica una “interpretación equilibrada de la Constitución, por lo que ninguna disposición

---

<sup>111</sup> Huerta Guerrero, Luis Alberto. Derechos fundamentales e interpretación constitucional. Pág. 40

<sup>112</sup> IBIDEM

constitucional debe magnificarse o minificarse respecto a las demás”. El tercer principio es el de *eficacia integradora* y busca la formación y mantenimiento de una determinada unidad política y las interpretaciones deben fortalecer la mencionada unidad. El cuarto principio, el de *corrección funcional* nos aclara que la interpretación no debe afectar a las funciones estatales asignadas por la Constitución en los diferentes órganos del estado. El quinto y último principio el de *eficacia o efectividad* en cambio menciona que la interpretación debe encausarse a las opciones hermenéuticas que optimicen y maximicen la eficacia de las normas constitucionales sin que su contenido sea distorsionado y actualizándolas antes los cambios de la sociedad. Este principio es especialmente importante cuando se interpretan derechos fundamentales pues “a través del principio in dubio pro libertate, tendiente a conseguir la máxima expansión del sistema de libertades reconocidas constitucionalmente”.<sup>113</sup> Todos estos principios deberán, entonces, ser considerados para interpretar las normas constitucionales.

Nuestra Constitución, a su vez, consagra algunos principios muy importantes, por ejemplo: que el más alto deber del estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos (artículo 16), que el estado debe garantizar a tod@s sus habitantes el libre y eficaz ejercicio y goce de los mismos (artículo 17); que los derechos humanos son directamente aplicables por cualquier juez, tribunal o autoridad (artículo 18); que las leyes no pueden restringir los derechos y garantías de la Constitución, y que toda interpretación debe ser la que favorezca la efectiva vigencia de los mismos (artículo 18); que el Estado debe formular y ejecutar políticas de género para buscar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (artículo ); que es Estado otorga carácter supralegal a convenios y tratados internacionales (artículo 163); que el control difuso constitucional es otra forma de resguardar la constitución (artículo 274), entre otros. Al ser esta una constitución que define al Estado como social de derecho, que se reconoce diverso en cultura y etnicidad y que, como ya se ha visto, estipula como el mayor deber del Estado la protección de los derechos humanos, debe considerarse como una constitución incluyente y protectora a la luz de los principios de unidad constitucional, concordancia práctica y eficacia integradora. Por las varias normas en favor de los derechos humanos, incluso incorporando la perspectiva de género,

---

<sup>113</sup> IBIDEM

la efectividad de esta Constitución debería dejar poca cabida a cualquier tipo de discriminación en razón del in dubio pro libertate, incluso con normas como la del artículo 38 que definen la unión de hecho como únicamente heterosexual si se considera la definición amplia de familia que la misma Constitución protege. Es decir que, brevemente, a la luz de los principios arriba mencionados tenemos una constitución protectora con una perspectiva amplia que limita al estado y prohíbe la vulneración, de cualquier tipo, de derechos humanos. Bajo el punto de vista constitucional, entonces, vale concluir, que las personas GLBTT deberían tener una protección constitucional asegurada. Desde luego que cada caso debe interpretarse individualmente, y es aquí cuando los principios constitucionales cobran mayor importancia, pero al ser la Constitución directamente aplicable por cualquier juez y considerada por el Congreso Nacional para expedir cualquier norma, debe vérsela como un cuerpo legal cuyo espíritu es incluyente y que busca salvaguardar los derechos de todas las personas.

Dentro de los derechos fundamentales, hay algunos que de manera obvia cobran especial importancia por la realidad histórica de las personas GLBTT. El derecho a la integridad personal (art. 23.2), el derecho a la libertad (artículo 23.4), el derecho a desarrollar libremente la personalidad (artículo 23.5), el derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar (23.8), el derecho a la identidad (artículo 23.24), el derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual (artículo 23.25), entre otros, permiten que las personas GLBTT, como nunca antes en la legislación ecuatoriana, tengan oportunidades de convertirse en individu@s plen@s.

El triunfo jurídico más grande, sin embargo, se recoge en el artículo 23, numeral 3 de nuestra Constitución Política que consagra el derecho de igualdad ante la ley.<sup>114</sup> “Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole”. Nuestra Constitución es una de las pocas constituciones en el mundo que incluye la prohibición de discriminación en

---

<sup>114</sup> En el último capítulo de esta tesina hablaré de manera extensa del derecho a la igualdad y no discriminación.

razón de orientación sexual, lo cual deja ver la noción de inclusión de la que ya se habló en líneas anteriores y que garantiza la protección de derechos y que implícitamente reconoce que: “La orientación sexual es un aspecto fundamental de la personalidad humana. Por ello, el derecho a determinar libremente la propia orientación sexual y a expresarla sin temor son derechos humanos en el más pleno sentido de la palabra”.<sup>115</sup> Es importante recordar el peso que tiene el reconocimiento de no discriminación en la Constitución ecuatoriana. La sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del 17 de febrero de 1998 en el caso “Grant contra South-West Trains Ltd”. es recurrente. En el caso en cuestión, la peticionaria -una mujer- pedía que se otorguen los beneficios que las parejas de l@s trabajadores de la empresa gozaban, a su pareja –otra mujer-, pues ambas habían cumplido con el requisito exigido por la empresa de haber convivido en unión de hecho por más de dos años, con el problema de que en Gran Bretaña no se reconocía la unión de hecho entre parejas del mismo sexo. El Tribunal Británico Consultó al Tribunal de Justicia Europeo y este último decidió que no había discriminación prohibida aduciendo que en el caso concreto no existía discriminación por sexo y “el Derecho europeo hasta la fecha no protege contra una discriminación por la orientación sexual”.<sup>116</sup> Es decir, el Tribunal de Justicia Europeo se pronunció de esa manera por la ausencia de un reconocimiento expreso de prohibición de discriminación por orientación sexual. Bajo este razonamiento, en el Ecuador, la mujer si hubiese podido hacer uso, en teoría, de los beneficios empresariales para cónyuges de la empresa por sí tener incorporada en su legislación, el reconocimiento de no discriminación por orientación sexual. Es por tanto importante, después de este análisis comparativo, recordar la responsabilidad que este reconocimiento constitucional conlleva para nuestro Estado.

A pesar de este reconocimiento tan importante y de las demás normas constitucionales, existen inconsistencias dentro de la Constitución ecuatoriana en cuanto a la protección de derechos a personas GLBTT. Es el caso la unión de hecho, que se regula en la propia Constitución en su artículo 38. Nuestra Carta Magna dice que la unión de hecho estará compuesta solamente por un hombre y una mujer. Sin embargo, la solución jurídica a este

---

<sup>115</sup> Amnistía Internacional. “Minorías Sexuales” [http://www.amnistia.org.ec/temas\\_1.html](http://www.amnistia.org.ec/temas_1.html)

<sup>116</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del 17-2-98. Res. C 249/96

problema es que la unión de hecho al ya estar reglada se convierte en una unión de derecho. Por tanto la Constitución al hablar de uniones de hecho se refiere a todas aquellas que no estén reguladas por la legislación.<sup>117</sup> En adición, bajo los principios interpretativos de unidad constitucional y de eficacia integradora, por el hecho de la existencia de esa norma, no se desconocen todas las demás que garantizan derechos a las personas GLBTT. Por tanto, dentro de las uniones de hecho, las de las parejas GLBTT, se incluyen a pesar de que a primera vista pareciese que no.

En adición, por mandato constitucional, los tratados internacionales forman parte de la legislación ecuatoriana y tienen carácter suprallegal de acuerdo al artículo 163. Es importante recordar que el Ecuador ha ratificado los siguientes convenios y declaraciones que también otorgan protección a los derechos de las personas, en especial haciendo énfasis en el principio de igualdad.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Ratificado el 6 de marzo de 1969.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Ratificado el 6 de marzo de 1969
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, Ratificada el 22 sept. 1966
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979. Ratificada el 9 de nov de 1981, y su protocolo fue ratificado el 5 de febrero del 2002
- Convenio 111 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación). Ratificado el 10 de Julio de 1962
- Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Adoptada el 10 de diciembre de 1948
- Convención Interamericana de Derechos Humanos (pacto de San José) 1969. Ratificada el 28 de diciembre de 1977.

---

<sup>117</sup> Parraguez, Luis. Clase sobre las bases constitucionales de la familia. Cátedra: Derecho de Familia. 8 de septiembre de 2003.

En conclusión, la Constitución Política del Ecuador es un instrumento que reconoce y garantiza el cumplimiento de los derechos de personas GLBTT, tomando especial importancia el reconocimiento de igualdad y no discriminación, a pesar de las inconsistencias dentro del mismo cuerpo legal que se ven subsanadas por los principios de interpretación constitucional.

### **II.3.- DERECHOS DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN TEMA DE ADOPCIONES Y LA POSIBLE VULNERACIÓN DE LOS MISMOS POR PARTE DE UNA PAREJA GLBTT ADOPTANTE**

Como vimos en el capítulo primero de esta tesina, la situación de los niños, niñas y adolescentes ha cambiado drásticamente a lo largo del tiempo y en la actualidad. Ahora, ell@s son [sujet@s](#) plenos de derecho y ciudadan@s de acuerdo a nuestra legislación, que gozan de los derechos humanos y de los propios de su edad. La Constitución, además, garantiza en su artículo 48 el principio de interés superior hacia la niñez que es la norma rectora en temas de niñez y adolescencia. Además, en artículos posteriores al 48 de nuestra Carta Magna, se obliga al Estado a brindar atención prioritaria y especial hacia niños, niñas y adolescentes.

En el tema de adopciones se le da un carácter especial a ciertos derechos como son el de opinión y el de saber su condición de adoptad@. El artículo 173 del Código estipula en su primer numeral que la asignación familiar se negará si el o la adolescente no consiente en su adopción o si hay opinión contraria del niño o de la niña. Así mismo es requisito para la adopción el consentimiento del o la adolescente de acuerdo al artículo 161 del Código. Otro derecho importante es el de conocer su origen y condición de adoptad@, consagrado en el artículo 153 numeral 6 que explicaré más adelante.

A pesar de la importancia de ciertos derechos en el tema de la adopción, los derechos de [l@s niñ@s](#) deben verse integralmente como derechos humanos y como tal, su garantía y protección es deber primordial del estado. Más aún, los derechos de niñ@s y adolescentes

priman sobre los de los demás, en caso de conflicto de acuerdo al artículo 12 del Código. La preocupación en el tema de adopción de [niñ@s](#) y adolescentes por parte de parejas GLBTT es, precisamente, que sus derechos se vulneren. Robert Knight y Daniel García, en un estudio psico-social famoso, concluyen que no debe permitirse la paternidad ni la maternidad, peor aún la adopción, por parte de “parejas homosexuales” basándose en cuatro puntos. Al ser [l@s niñ@s](#) y adolescentes [sujet@s](#) plenos de derechos es fundamental entender que hacer un estudio de cada derecho sería una suerte de epopeya, pues, debido a la extensión y la profundidad de cada uno, se deberían analizar aquellos derechos que pertenecen a toda persona, más los específicos de la edad de [l@s niñ@s](#) y adolescentes. Es por eso que usaré los cuatro puntos del estudio referido –que se repite en otros estudios citados en esta misma tesina- para, después de traducirlos al lenguaje jurídico y, usando como apoyo nuevamente estudios de carácter científico-social, intentar ver si en realidad habría vulneración de derechos para [l@s niñ@s](#) y adolescentes, y -en ciertos casos y en menor medida- de las parejas GLBTT adoptantes.

### II.3.A. EL MEJOR INTERÉS DE L@S NIÑ@S

La primera conclusión del estudio de Knight dice: “La adopción homosexual no es en el mejor interés de los niños”.<sup>118</sup> Es interesante analizar esta afirmación a la luz del derecho, puesto que toca el principio rector de legislación en temas de niñez y adolescencia que es el principio de interés superior de [l@s niñ@s](#). “Por esta razón, a menudo [*el principio*] será invocado junto a otros artículos de la Convención para apoyar, justificar o aclarar un enfoque concreto sobre cuestiones que surgen de dicho documento. De hecho, no hay artículo en la Convención, ni derecho reconocido en ella, con respecto a los cuales este principio no sea aplicable”.<sup>119</sup> El principio del interés superior de niño es supremamente importante pues es un medio de interpretación y de solución de conflictos, como bien lo estipula el Código en su artículo 14. Sin embargo, este principio también cumple otras funciones. Así, busca armonizar los derechos de [l@s niñ@s](#) y adolescentes con los posibles problemas provenientes del relativismo cultural ya que “gracias a su flexibilidad constituye

---

<sup>118</sup> Knight, Robert. “Homosexual Parenting: Bad for Children, Bad for Society”. Pag. 21 T.P.

<sup>119</sup> Alston, Philip El Interés Superior del Niño: Hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales, Pág. 7

un aporte para que las distintas culturas que lo apliquen, se vean necesitadas de acudir a las normas que lo acogen, para poder evaluar cuál será el mejor interés del niño en cada caso”.<sup>120</sup> Finalmente, este principio es fundamental pues es una garantía de todos los demás derechos ya que se constituye como una “norma paraguas”, es decir, un principio estructurante (siguiendo a Durkheim) que busca resguardar derechos en todas de situaciones posibles.<sup>121</sup> El principio de interés superior, de este modo, armoniza, protege derechos y es un medio interpretativo.

No se puede desconocer, a pesar de esto, que el principio de interés superior puede ser subjetivo y así depender de los jueces y sus diferentes “valores y preferencias que se extereotrizan en las prácticas judiciales”.<sup>122</sup> En Gran Bretaña, por ejemplo, una madre perdió la tenencia de su hija, al tenor del principio del interés superior, “por ser lesbiana, pese a que el informe de la asistencia social que recomendó la guarda a favor de la progenitora, señaló que la identidad sexual de ambos hijos estaba bien establecida, los dos hijos establecieron el deseo de vivir con su madre y podía presumirse que la progenitora brindaría mejor cuidado que el padre”.<sup>123</sup>

Nuestro Código de Niñez y Adolescencia, sin embargo, regula al interés superior en su artículo 11 lo cual encamina con mayor facilidad el accionar del juez o jueza. Un objetivo importante de este principio es que cualquier interpretación que se haga debe convenir a la plena realización de los derechos [niñ@s](#) y adolescentes. En cuanto a jerarquías, se estipula que el principio de interés superior prevalece sobre aquel de diversidad étnica y cultural. En cuanto a límites se establece que no se puede invocar este principio contra norma expresa, debiendo, además, escucharse previamente al niño, niña o adolescente. El problema, en mi opinión, surge en la primera parte de este límite, pues se estaría formando un candado. El candado consiste en que con nuestra legislación actual, no se podría otorgar, en fase administrativa o judicial, la adopción de una niña o un niño a una pareja lésbica, por ejemplo, y, por ende, no se entraría a ver en ningún momento el principio de interés

---

<sup>120</sup> Reyes, Wendy. El interés superior del niño. Pág 92

<sup>121</sup> Simons, Farith. Clase magistral “Principio de interés superior del Niño”. 10 de marzo de 2004.

<sup>122</sup> Grosman, Cecilia. Derechos del niño y de la familia. Pág. 28

<sup>123</sup> IBIDEM. Pág 29

superior pues estaría actuando contra norma expresa. Es decir, no se podría aplicar el principio de interés superior, precisamente, por la norma que regula el principio de interés superior. Pueden darse innumerables situaciones en las que para el interés superior de [l@s niñ@s](#) debería permitirse la adopción de parejas GLBTT (por ejemplo, una pareja GLBTT bien podría satisfacer todos los derechos del niño, niña o adolescente que será adoptad@ y ser por ley<sup>124</sup>, por el consentimiento del niño o la niña, y por el interés general de quien sería adoptad@, la pareja que se constituiría como el medio familiar más idóneo en ese caso particular). Sin embargo, por una norma de carácter procesal (que en teoría debe garantizar derechos) la interpretación del principio de interés superior de [l@s niñ@s](#) quedaría imposibilitada. De esta forma, el artículo 159 numeral 6y el artículo 11 del Código, al coexistir conjuntamente que el principio de interés superior de l@s niñ@s no pueda ser siquiera considerado fuese el caso que fuese. A la luz del argumento de la mera legalidad, la adopción de parejas GLBTT en el Ecuador no podría darse bajo el principio de interés superior por el candado impuesto a dicho principio. En adición, esta norma impediría que se cumpla uno de los objetivos por los cuales este principio fue establecido y es el de ser un puente con la diversidad cultural.

A pesar de esta situación, es importante entender que un principio interpretativo, trata de dirimir conflictos y por tanto no puede ser una razón estática e inflexible. En este caso, al negar categóricamente la posibilidad de la maternidad y la paternidad de parejas GLBTT, por medio de la adopción, se niega también la posibilidad de análisis bajo el principio del interés superior pudiendo vulnerarse derechos de l@s adoptad@s. La legislación de niñez y de adolescencia es concebida como un sistema de derechos, donde la interpretación exegética se ve limitada precisamente por la correcta aplicación y garantía de los mismos en casos individuales y concretos. Es importante que se vea entonces, cada situación particular y que no se parta deslegitimando situaciones como la orientación sexual, lo cual no implica que padres o madres GLBTT no sean [idóne@s](#) para adoptar por otras situaciones. A mi parecer, la norma del artículo 159 numeral 6 impide que el principio del interés superior opere plenamente, es una limitante de derechos de niñ@s y adolescentes y,

---

<sup>124</sup> Por ejemplo que sea un familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad, lo cual está regulado en el artículo 156 numeral 4 del Código.

en definitiva, habría un tratamiento similar al de la Corte Británica citada pocas líneas atrás, que no se sometió al principio de interés superior.

El artículo 159 numeral 6 sigue la afirmación de Knight. Olvida que el principio de interés superior se define como un método hermenéutico que busca garantizar el cumplimiento de los derechos de l@s niños. Más aún, esta norma podría impedir la efectiva vigencia de los derechos de l@s niñ@s.<sup>125</sup> Ante esto, la afirmación de que “la adopción homosexual no está en el mejor interés del niño” se ve absolutamente relativizada porque anula la interpretación y, en cambio, asume a priori que la orientación sexual de padres y madres GLBTT vulnerará derechos de niños y niñas. El interés superior de [l@s niñ@s](#) debe depender de situaciones específicas así como del cumplimiento máximo de derechos. El argumento del interés superior, entonces, no es convincente ni suficiente para deslegitimar la adopción GLBTT, debiendo verse cada caso particular para establecer el llamado “mejor interés”. Pero, una vez más, por el artículo 159 del Código sería imposible tratar de aplicar el principio de interés superior pues este estaría completamente neutralizado. Mientras no se violen derechos de niñ@s y adolescentes, y más bien se garanticen, se estará cumpliendo con el principio de interés superior.

### II.3.B. LA IDENTIDAD

El segundo argumento usado por Knight y García dice: “Los y las niñas necesitan ambos, un progenitor del mismo sexo y otro del sexo opuesto para tener la mejor posibilidad de desarrollar identidades sexuales saludables”.<sup>126</sup> Este punto sin duda toca uno de los aspectos que más importancia tiene en el desarrollo de [niñ@s](#) y adolescentes que es el de la identidad. La identidad es, según Erich Fromm, “una necesidad afectiva (sentimiento), cognitiva (conciencia de sí mismo y del vecino como personas diferentes) y activa (el ser humano tiene que tomar decisiones haciendo uso de su libertad y voluntad)”.<sup>127</sup> De este modo el concepto de identidad es de suma importancia y complejidad dentro del desarrollo de los seres humanos.

---

<sup>125</sup> El artículo 18 inciso 3 de la Constitución se enuncia este principio.

<sup>126</sup> Knight, Robert. “Homosexual Parenting: Bad for Children, Bad for Society”. Family Research Council Insight. 184.

<sup>127</sup> S.A. “El concepto de identidad”. Cita de Erich Fromm.

La identidad es como el sello de la personalidad. Se puede afirmar, entonces, que la identidad tiene que ver con nuestra historia de vida, que será influida por el concepto de mundo que manejamos y por el concepto de mundo que predomina en la época y lugar en que vivimos. Por lo tanto, hay en este concepto un cruce individuo-grupo-sociedad, por un lado, y de la historia personal con la historia social, por otro.<sup>128</sup>

El artículo 33 del Código, garantiza el derecho a la identidad: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia. Es obligación del Estado preservar la identidad de los niños, niñas y adolescentes y sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho”. El derecho a la identidad se considera como uno de los derechos “inherentes a la personalidad”.<sup>129</sup> Igualmente la Convención en su artículo 8, habla sobre el derecho a la identidad de manera similar que el Código. El artículo 34 del Código hace un punto aparte en cuanto a la identidad cultural, dándole protección y reconociéndola como fundamental. En el caso que me compete analizar la identidad personal, y no tanto la cultural, es la que se teme sea la afectada si se permite la adopción a parejas GLBTT.

Como se explicó anteriormente, una de las funciones de la familia es la *regulación del comportamiento sexual*. A menudo se ha creído que las parejas GLBTT pueden influenciar y regular *negativamente* la orientación y comportamiento sexual de sus [hij@s](#) de tres maneras. La primera, interfiriendo con su natural orientación sexual; la segunda, pudiendo ocasionar daños psicológico en los mismos; y la tercera, la inexistencia de una imagen paterna y materna (masculina y femenina) que traería problemas. En la línea del Código estaríamos hablando de la posible “alteración, sustitución o privación al derecho a la identidad” que [l@s adoptad@s](#) podrían sufrir al tener padres GLBTT.

1. La primera influencia, es decir, que la probabilidad de que [l@s hij@s](#) de estas parejas “se vuelvan” homosexuales, lesbianas, bisexuales o transgéneros debido a la interferencia de sus padres o madres merece ser objeto de varias observaciones.

En primer lugar, de los estudios realizados no se infiere que las parejas GLBTT tengan más hijos o hijas de orientación no heterosexual que las parejas heterosexuales. Green en su estudio menciona que “el estudio concluye que [l@s](#)

---

<sup>128</sup> IBIDEM.

<sup>129</sup> Mesa, Olga. “Principales tendencias en el tratamiento jurídico de la adopción”. Pág 310.

[niñ@s](#) criados por padres o madres lesbianas u homosexuales no tienen mayores posibilidades de ser lesbianas u homosexuales”.<sup>130</sup>

De igual manera el estudio conducido por de J.M. Bailey y Otros, nos dice: “de lo expuesto, más lo analizado en la actual teoría social y teoría de desarrollo cognitivo encontramos que padres y madres juegan un rol relativamente menor en animar e influenciar el comportamiento tradicional de roles de género; los niños y niñas aprenden la mayoría de dicho comportamiento de muchos adultos con los que interactúan”.<sup>131</sup> Otro de estos estudios fue el de Golombok y Task que demostró después de varios años de investigación que: “la homosexualidad y el lesbianismo de hijos e hijas dentro de parejas homosexuales no muestra variación a la de familias de la población en general”.<sup>132</sup> Aunque, la anterior afirmación no es del todo cierta considerado que: “... es razonable pensar que l@s [hij@s](#) de lesbianas y gays serían más abiertos a cuestionar las actitudes de roles de género tradicionales [lo cual en mi opinión sería un desarrollo positivo]”.<sup>133</sup> Borja afirma que:

Los estudios no muestran una diferencia significativa en cuanto a que los padres puedan influir en la sexualidad de sus hijos. Un 10% aproximado de los hijos de parejas del mismo sexo asumen una orientación sexual homosexual mientras que un 5% de los hijos de parejas heterosexuales se vuelven homosexuales. Lo importante es que dentro de este 5% quizás haya personas que dudan o que no se atreven a decírselo a sus padres que no lo considerarían normal a diferencia de los padres homosexuales.<sup>134</sup>

Es decir, que desde la psicología y la sociología, las parejas GLBTT no van a tener poder de disponer o decidir la sexualidad y orientación sexual de sus hijos o hijas. En este mismo aspecto, es crucial que la antropología nos deleve mediante estudios interculturales como los comportamientos sexuales en edades tempranas influyen la homosexualidad o heterosexualidad de las personas. Dentro de la tribu de los Sambia, en Nueva Guinea, la “actividad homosexual” es vista como necesaria para preparar a un hombre para la relación heterosexual. “Algunos de estos grupos asumen que la única manera en que un hombre puede convertirse en un adulto capaz

---

<sup>130</sup> Green, R. “Sexual Identity of 37 Children Raised By Homosexual or Transgender Parents”. American Journal of Psychiatry 692. Pág. 135 P.T.

<sup>131</sup> Bailey, J.M. “Sexual Orientation of Gay Fathers”. *Developmental Psychology* 124. Pág. 31. P.T.

<sup>132</sup> Golombok, S. “Do Parents Influence the Sexual Orientation of Their Children: Findings from a longitudinal Study of Lesbian Families”. Pg. 151. P.T.

<sup>133</sup> IBIDEM. P. 162

<sup>134</sup> Borja, Teresa. Entrevista personal. 10 de diciembre de 2004.

de realizar el rol masculino es aceptar semen de hombres mayores”.<sup>135</sup> La creencia de este pueblo es que los niños varones no poseen esperma y que deben aceptarla de sus mayores para poder, en el futuro, ser parte del proceso de procreación. Cuando están entre siete y diez años los niños son separados de sus madres y viven dentro de lo que podríamos llamar “campamentos para niños”, donde jóvenes y adultos los preparan para la heterosexualidad desde la homosexualidad. El niño debe ingerir semen y realizar actividades homosexuales diariamente y por un promedio de siete años para llenar de esperma su cuerpo y algún día completar su proceso de procreación. Una vez transcurridos más o menos siete años dentro de los “campamentos para niños” se lo considera como un adulto soltero que se convertirá en donante de esperma para los más jóvenes dentro de su mismo u otro campamento. En los hombres Sambia, sin embargo, se mantiene el tabú del incesto, y por ejemplo, el niño nunca podría recibir esperma de su padre o su hermano. Aproximadamente a la edad de 16, el joven adulto puede casarse con una mujer y realizar actos heterosexuales. Más allá de lo curioso de esta práctica cultural, que incluso podría ser vista como “salvaje” o atentatoria contra los derechos de [l@s niñ@s](#), es fundamental analizar este caso desde la psicología sexual. Podría pensarse en base a la experiencia de la tribu Sambia que:

(...) muchos de los niños involucrados en estos actos homosexuales se volverían homosexuales o tendrían algún efecto considerable en su actividad sexual. Herdt [*quien los investigó*] sin embargo argumenta que la vasta mayoría de los hombres de Sambia tienen una preferencia heterosexual como adultos. El estimó que menos de un cinco por ciento de los adultos hombres continúa con una preferencia homosexual.<sup>136</sup>

Esto nos aclara el panorama y la diferencia crucial que existe entre la preferencia u orientación sexual y el ambiente circundante. Un ambiente transgénero, no tiene porqué criar hijos o hijas transgénero, así como una familia heterosexual tampoco garantiza o influye en que [l@s hij@s](#) sean heterosexuales. La “causa” de la homosexualidad, el lesbianismo, el bisexualismo, el transgenerismo o el bisexualismo aún no es del todo clara para la ciencia y como tal, entrar en el debate de si “nacen o se hacen” no es importante en realidad.

---

<sup>135</sup> Gray, Patrick. An Anthropological Look at Human Sexuality..Pág. 145 P.T.

<sup>136</sup> Gray, Patrick. An Anthropological Look at Human Sexuality. P.T. Pág 9. T.P.

Los nuevos descubrimientos en el estudio de la conducta indican que es imposible separar lo innato de lo adquirido, o los procesos psicológicos de los biológicos. (...) La orientación sexual parece seguir demasiadas normas biológicas para que la homosexualidad no sea más que una construcción social. (...) La complejidad de estas interacciones y la infinita variación de las experiencias humanas explican también por qué nadie ha sido capaz de descubrir la ‘causa’ de la homosexualidad (...) La homosexualidad como la mayoría de las demás experiencias únicamente humanas, es demasiado compleja para ser explicada en términos que no sean humanos. Si nuestra cualidad más humana es nuestra enorme diversidad de capacidades y posibilidades, especialmente en nuestras relaciones con los demás, no debería ser en lo absoluto sorprendente que en algunos de nosotros la capacidad de amar se oriente hacia miembros de nuestro mismo sexo”.<sup>137</sup>

La realidad es que las personas GLBTT existen y en diferentes tipos de familias. De acuerdo a la psicología, a la sociología y a la antropología, el hecho de que padres o madres GLBTT transmitan a sus [hij@s](#) su orientación sexual es falso. Más aún, la sexualidad debe explicarse siempre desde la humanidad, en su dimensión completa, y no desde perspectivas personales.

Para terminar con este punto me gustaría señalar el gran y notorio heterosexismo que una afirmación como la que “no se debe permitir la adopción de parejas GLBTT pues [l@s hij@s](#) pueden resultar como [ell@s](#)” lleva consigo. “Se estima que hay de 5 a 6 millones [*de homosexuales*] en este país [*Estados Unidos*], la mayoría de los cuales vinieron de padres y madres en el contexto de un matrimonio heterosexual antes que de ellos tengan entera conciencia de su orientación sexual”.<sup>138</sup> Es decir, que [l@s hij@s](#) de padres o madres heterosexuales desarrollaron su identidad GLBTT a pesar de que sus padres les presentaron otro modelo completamente de normalidad, seguramente, con gran hostilidad hacia lo GLBTT; la paternidad y maternidad heterosexual no garantiza [hij@s](#) heterosexuales como la maternidad o paternidad GLBTT tampoco garantiza [hij@s](#) GLBTT. Más aún, ver como negativo el hecho de que [l@s hij@s](#) de las parejas GLBTT demuestra el heterosexismo de asumir que la normalidad y el bienestar vienen de la mano con la orientación sexual heterosexual. Este argumento desconoce completamente el derecho a la igualdad pues ve como negativo que haya [hij@s](#) con orientación diferente a la heterosexual. Nuevamente hay implícita una medicalización de los

---

<sup>137</sup> Mondimore, Francis. Una historia natural de la homosexualidad Pág. N.d.

<sup>138</sup> Williams, Mary. Homosexuality: Opposing Viewpoints. Pág. 197 T.P.

grupos GLBTT. En último caso, si [tod@s](#) somos iguales ante la ley, un hijo gay de padres gays no es diferente de un hijo heterosexual de padres heterosexuales.

2. La segunda influencia que se cree negativa en la identidad de [niñ@s](#) y adolescentes, consiste en el posible daño psicológico que una pareja GLBTT puede causar a [l@s niñ@s](#) que convivan con dicha pareja. En este punto es importante hablar sobre cuales son los posibles daños psicológicos que se han usado como argumento para deslegitimar la maternidad y paternidad GLBTT. Un estudio de Cameron muestra que son tres los riesgos que corren [l@s hij@s](#) de parejas homosexuales. “Mayor riesgo de involucramiento sexual con uno de los padres; mayor riesgo de volverse homosexual; mayor riesgo de tener problemas psicológicos o sociales”.<sup>139</sup> El segundo punto ya fue topado anteriormente y el tercer punto será topado después<sup>140</sup> por lo que me remitiré solo a explicar el primer punto. Según el estudio de Cameron 29% de [l@s hij@s](#) de homosexuales se involucraron sexualmente con uno de sus padres o madres, comparado con un 0.6% dentro de parejas heterosexuales. Esto ha sido desvirtuado por varios estudios. Los tres estudios demuestran que:

(...) proporcionalmente hay menos homosexuales pedófilos que heterosexuales pedófilos (...) Adicionalmente, la investigación indica que el abuso o el molestamiento sexual es en esencia un acto heterosexual con un incesto familiar del tipo padre e hija, casi siempre. Incluso en las situaciones donde el niño ha sido molestado o abusado por su padre de manera sexual, el padre se identifica a sí mismo, desproporcionalmente, como heterosexual.<sup>141</sup>

Nuevamente, esta afirmación denota el prejuicio hacia los gays en especial, cuando se afirma que son personas promiscuas, sin normas éticas y sin control sobre el sexo. El tratar de probar científicamente esto (que no es muy diferente a probar que la “raza aria” es superior a las demás como pretendieron los nazis, o que la población negra es menos inteligente con estudios como “The Bell Curve” de 1994

---

<sup>139</sup> Cameron, D. “Homosexuality and the Family”. Pág. 32 T.P.

<sup>140</sup> En el punto 3.C. de este mismo capítulo.

<sup>141</sup> Sanders, Gary. “Homosexual Parenting is Not Harmful to Children”. Publicación: In the family. 1998. Pág.184. Los tres estudios referidos son: Jenny, C. and Colleagues “Are Children at Risk for Abuse By Homosexuals”. Publicación: “Pediatrics”, 1993; Newton, D.E. “Homosexual Behavior and Child Molestation: A Review of the Evidence”. Publicación: “Adolescence”. 1978; y Groth, A. y Birnbaum. H.J. “Adult Sexual Orientation and Attraction to Underage Persons”. Publicación “Arch Sexual Behaviors”. 1988. T.P.

de los autores Murray and Hernstein<sup>142</sup>) intenta negar a las personas GLBTT la capacidad de ser buenos padres o madres. Más aún:

Ha habido solamente un investigador, Paul Cameron, quien repetidamente ha hablado, escrito y publicado a favor de este punto [*que los homosexuales serían pésimos padres o madres*]; sin embargo, el fue desacreditado por las sus propias asociaciones por haber fabricado su estudio en maternidad y paternidad gay y lésbica para acomodar sus preconcebidas creencias homofóbicas.<sup>143</sup>

Cynthia Ramírez, Psicóloga graduada en la Universidad de Michigan afirma, de su experiencia, que los niños hijos de parejas del mismo sexo no tienen ningún daño psicológico. “Ellos no necesitan ningún tipo de terapia pues no sufren de ninguna patología (...) son niños normales que crecen en un ambiente que para ellos es normal (...) lo más importante para ellos es tener una relación de cariño que las personas del mismo sexo les pueden brindar sin ningún problema”.<sup>144</sup> Much@s [niñ@s](#) tienen daño psicológico proviniendo de familias heterosexuales. La orientación sexual de los padres o madres no es un punto crucial para determinar si [l@s niñ@s](#) pueden sufrir daños, sino otras variantes relacionadas con la falta de respeto personal, de cariño, de cuidado, serán las que definana el daño psicológico o el incesto familiar. La creencia (hecha estudio) de que un padre homosexual, por ejemplo, va a abusar de su propio hijo demuestra un acentuado machismo que indica, por un lado, el descontrol de la sexualidad por parte de los hombres, y por otro, la incapacidad de las parejas GLBTT de crear lazos de amor y de familia.

3. La tercera influencia en el tema de la identidad es la de la necesidad de tener una imagen paterna y una materna (de hombre y mujer) dentro del hogar. Ante esto, es importante señalar que los roles no son sólo familiares. Teresa Borja, una psicóloga sexual de nuestro país afirma que:

---

<sup>142</sup> Este estudio afirmaba que los blancos eran intelectualmente superiores a los negros, que los negros eran naturalmente más proclives a fracasar en la sociedad y en consecuencia los programas sociales como Head Star y las acciones afirmativas eran inútiles y debían ser eliminados. El estudio afirmaba que había una relación entre coeficiente intelectual, raza y clase. Más información en [http://www.mediatransparency.org/tft/bell\\_curve.htm](http://www.mediatransparency.org/tft/bell_curve.htm)

<sup>143</sup> Williams, Mary. *Homosexuality: Opposing Viewpoints*. Pág. 198. T.P.

<sup>144</sup> Ramirez, Cynthia. Entrevista personal. Quito, 9 de diciembre de 2004.

La identidad es algo propio y algo que se aprende de los padres. Los roles que los niños toman de los adultos sirven para que los niños aprendan a sobrevivir en la vida y para que aprendan acerca de estos distintos roles. El hecho de tener dos padres hombres o dos madres mujeres no impide que el niño no pueda obtener roles de otros sitios como abuelos, vecinos, profesores, incluso personajes de la televisión. De mi experiencia, un niño que vive dentro de una relación heterosexual aprende que su papá y su mamá son diferentes y se quieren, mientras que un niño que vive dentro de una relación homosexual aprende que sus papá y su otro papá se quieren. La diferencia es que los segundos se vuelven gente más respetuosa<sup>145</sup>.

En definitiva, según Borja, [l@s niñ@s](#) que crecen en hogares GLBTT no tienen por qué tener un daño psicológico a su identidad. En la misma línea, la psicóloga Cinthya Ramírez dice que el hecho de tener “padres homosexuales no causa daño al niño. Más importante que la orientación de sus padres es la relación que mantengan con sus hijos, la calidad y cantidad de tiempo que les den. Decir lo contrario nos haría pensar que los hijos de una madre soltera tampoco tendrá una imagen paterna, lo cual es falso pues los referentes de los niños pueden provenir de otros sitios.” Así mismo, “los niños y niñas aprenden su identidad de género no sólo al observar el comportamiento de sus padres, sino también contrastándola con el comportamiento de todo el resto de la sociedad. Los hijos e hijas de homosexuales tienen referentes suficientes para tener identidades sanas sin necesidad de los roles familiares tradicionales<sup>146</sup>”.

En la misma línea, “no hay razón para creer que las características positivas que asociamos con la paternidad (como la protección y la provisión) y la maternidad (como el cuidado y la educación) se expliquen o determinen en un solo sexo. Esa Correlación es una manifestación más de nuestra construcción social de diferencias de género<sup>147</sup>”. Sin embargo, algo que sí se debe considerar es que “es preferible tener dos figuras adultas para los niños que una persona sola en el hogar por varios factores, entre ellos el sentimiento de seguridad que deben desarrollar los niños y la disponibilidad para compartir tiempo con ellos.<sup>148</sup> En todo caso, asegurar que [l@s niñ@s](#) necesitan de una figura materna y otra paterna para crecer saludables es una

---

<sup>145</sup> Borja, Teresa. Entrevista personal. Quito 10 de diciembre de 2004

<sup>146</sup> Pea, Janic. “Technical Report: Coparent or Second Parent Adoption by Same \_Sex Parents. Pag 107. T.P.

<sup>147</sup> Ball, Carlos. The Morality of Gay Rights Pág 135. T.P.

<sup>148</sup> Borja, Teresa. Entrevista personal. Quito 10 de diciembre de 2004

afirmación basada en el antiguo paradigma de la familia nuclear que no es aplicable con el concepto sociológico de “familias”. El propio Código lo desvirtúa cuando permite que la adopción pueda ser hecha por personas solas, aunque se prioriza la adopción de parejas, de acuerdo al artículo 153, numeral 3.

A pesar de esto, la inexistencia de dos figuras, paterna y materna con roles tradicionales dentro del hogar, no impide que l@s niñ@s tengan identidades psicológicas saludables como ya se indicó, y por tanto el argumento de Knight vuelve a ser insuficiente para impedir la adopción por parte de parejas GLBTT.

De lo demostrado por la psicología, no hay afectación al derecho de identidad de niñ@s y adolescentes que convivan con parejas GLBTT puesto que su desarrollo psicológico no se ve afectado de ninguna forma, comparado con [niñ@s](#) y adolescentes que han vivido con parejas heterosexuales. Así, la ciencia comprueba que los padres y madres GLBTT no interfieren con la natural orientación sexual de sus hij@s, tampoco causan daños psicológico en los mismos y, finalmente, tampoco es necesaria la existencia de una imagen paterna y materna (masculina y femenina) como pareja de progenitores para formar identidades psicológicas saludables. En suma, no existiría bajo la ciencia y la lógica, vulneración al derecho a la identidad de niñ@s y adolescentes. Dicha identidad no ha sido ni alterada, ni sustituida, ni privada de ell@s por la simple orientación sexual de sus padres o madres.

### II.3.C. AMBIENTE INESTABLE Y PROBLEMAS PARA RELACIONARSE CON EL RESTO DE LA SOCIEDAD.

La tercera afirmación de Knight es que los hogares de parejas GLBTT (homosexuales en su terminología) no son apropiados para [l@s niñ@s](#) y adolescentes “por su inestabilidad y por la hostilidad que tendrán de las familias naturales”.<sup>149</sup> Este ambiente inestable vulneraría el

---

<sup>149</sup> Knight, Robert. “Homosexual Parenting: Bad for Children, Bad for Society”. Pág. 185 T.P.

derecho de l@s niñ@s y adolescente a que su familia les proporcione “un clima de afecto y comprensión que permita el desarrollo de sus derechos y su desarrollo integral”.<sup>150</sup>

1. La Promiscuidad: A menudo se dice que las familias GLBTT no son espacios estables. Dicha afirmación está basada principalmente en otra afirmación: la promiscuidad de las personas componentes de este grupo. “El hombre homosexual promedio tiene 50 parejas sexuales cada año. Un estudio encontró que 43 por ciento de los hombres homosexuales blancos estimaron haber tenido sexo con más de 500 o más hombres, y 28 por ciento con 1000 o más. Únicamente 2 por ciento podrían considerarse monógamos”.<sup>151</sup> Sin embargo, quienes se basan en esta afirmación “... se basan básicamente en dos estudios conducidos hace más de veinte años y uno de los cuales estaba limitado a gays de la ciudad”.<sup>152</sup> Más aún, un estudio mucho más reciente y a nivel nacional en los Estados Unidos, dirigido por la Universidad de Chicago, concluye que la diferencia entre el número de parejas sexuales entre hombres heterosexuales y homosexuales “no es distanciada y es, bajo la mayoría de variables (como el número de parejas sexuales del año pasado y el número de parejas después de tener 18 años), estadísticamente insignificante”.<sup>153</sup> Más aún, bajo el argumento de la no promiscuidad y estabilidad, debería preferirse la adopción de parejas lésbicas como lo indica Ball nuevamente en un estudio, pues ellas son “más castas”.<sup>154</sup> Castañeda, una autora argentina considera, en cambio, que sí existen factores para pensar que l@s homosexuales son más promiscu@s (la historia de discriminación, el machismo, la liberación sexual y la posterior ilegalidad de grupos GLBTT) pero concluye diciendo:

Sí me queda claro que habría que ser muy inocente para exponer, como única explicación, que los homosexuales son promiscuos por ser homosexuales, sin más. Este tipo de generalización deriva más del estereotipo que del análisis. (...) Ahora bien, es evidente que sí existen homosexuales promiscuos, inestables, inmaduros, frívolos, etc., como también hay personas así entre la población

---

<sup>150</sup> Artículo 22, inciso 3 del Código.

<sup>151</sup> Knight, Robert. “Homosexual Parenting: Bad for Children, Bad for Society”. Pág. 191.

<sup>152</sup> Ball, Carlos. The Morality of Gay Rights. Pág. 131.

<sup>153</sup> IBIDEM. Pág 131. El estudio referido es: Laumann, Edward. “The Social Organization of Sexuality: Sexual Partners at the United States”. Chicago University Press. 1994.

<sup>154</sup> IBIDEM. Pág 131

heterosexual. Sin embargo, en este último caso, a nadie se le ocurre decir que se debe a que son heterosexuales. En el caso de los homosexuales, suele ser lo primero que se piensa.<sup>155</sup>

La población homosexual, bisexual y transexual, la lésbica y transgénerica en menor medida, tiene un estigma difícil de destruir por la epidemia del SIDA y por varios otros factores. Sin embargo este estigma contra poblaciones focalizadas no es inusual en nuestro país. La población negra o indígena tiene otros estereotipos difíciles de destruir por el racismo institucionalizado, que quizá podrían reflejarse en encuestas o cifras pero que, en realidad, son fruto de una sociedad que otorga poder a un solo tipo de personas que discriminan a otras. A pesar de estos estigmas, existen parejas GLBTT que gozan de gran estabilidad en nuestro país y que desmienten el prejuicio de la promiscuidad y la inestabilidad. Esto es importante en el tema de la adopción pues es imposible generalizar la condición personal identitaria de [l@s](#) adoptantes. No se podría decir, por ejemplo, [l@s negr@s roban más que l@s mestiz@s o blanc@s y por eso no son buen@s padres](#), incluso si las estadísticas así lo dijeran, pues los derechos y la ciencia nada tienen que ver con los prejuicios, considerando además que se requieren análisis amplios y complejos para dar dictámenes acerca de diferentes grupos y poblaciones. Para completar el requisito de idoneidad para la adopción debe verse el caso de la pareja o la persona en particular. Si bien puede haber personas GLBTT promiscuas la pareja adoptante bien puede tener otro estilo de vida y no por su mera orientación sexual podría ser catalogada como no idónea. En definitiva, las ciencias sociales no demuestran que por tener una orientación sexual diferente se deba ser más promiscuo o menos estable. Por tanto las parejas GLBTT no tienen porqué ser catalogadas per se de inestables. El argumento en cuestión no es válido pues un clima de afecto, comprensión y estabilidad puede venir sin problemas de parejas GLBTT y de este modo se garantizarían los derechos de [niñ@s](#) y adolescentes que pudieran ser adoptad@s

2. Dificultad social de relación: El segundo argumento de la tercera afirmación de Knight es quizás el más difícil de probar por las ciencias sociales, y el que más

---

<sup>155</sup> IBIDEM, Pág. 121

podría atentar contra los derechos de [l@s adoptad@s](#), y es el de la dificultad que tendrían [niñ@s](#) y adolescentes para relacionarse con las demás personas de la sociedad. Es decir, en la terminología sociológica vista anteriormente en este capítulo, la socialización secundaria podría traer problemas de estabilidad para [l@s niñ@s](#) y adolescentes. Esto podría atentar contra el derecho a la integridad personal de [niñ@s](#) y adolescentes recogido en el artículo 50 del Código, pues podrían ser sometidos a tratos crueles en espacios externos al hogar. Incluso los estudios más alentadores muestran que el primer contacto con la sociedad es complicado para [l@s adoptad@s](#) por parejas GLBTT. Sin embargo, no por ello se vuelve una imposibilidad:

Debemos ciertamente esperar que los hijos de padres homosexuales tendrán que lidiar con prejuicio, incomprensión, y posibles reacciones negativas de sus compañeros. Pero igualmente, eso también lo sufrirán hijos o hijas de parejas afroamericanas, padres apalaches pobres, padres divorciados, o padres con alguna discapacidad física. El hecho de que los progenitores de un niño o una niña sean diferentes de la mayoría (..) no es una razón apropiada para remover a un niño o niña de un hogar. Por esto, la preferencia sexual no debería hacer ninguna diferencia al respecto.<sup>156</sup>

A pesar de este argumento positivo, la situación en el Ecuador, como ya se explicó no es fácil pues existe mucho prejuicio y una situación de riesgo para personas GLBTT y por ende para sus [hij@s](#), lo cual podría poner en peligro a [l@s adoptad@s](#). Teresa Borja nos explica al respecto.

El niño necesita adultos que brinden cariño, seguridad, estabilidad y protección. Le conviene al niño tener más de un adulto que lo cuide y menos de 4 o 5. Quienes sean estos adultos no importa, lo importante es que sea gente estable y psicológicamente equilibrada. Los homosexuales pueden tener sin ningún problema estas características. (..) Se debe hacer una distinción. Existen sociedades abiertas y sociedades rígidas. Una sociedad rígida, con roles marcados y mucha represión, no permite adaptación en diversidad. Una sociedad abierta puede permitir la adaptación de los niños y de sus padres homosexuales. El Ecuador ya no es una sociedad rígida y está en un proceso de apertura por lo que creo que los niños podrían vivir con padres homosexuales.<sup>157</sup>

Es decir que a pesar de las dificultades que podrían tener [l@s adoptad@s](#) por parejas GLBTT en otros espacios distintos a la familia, sus derechos no serían necesariamente vulnerados y dependen del tratamiento que la pareja GLBTT le de al tema de la adopción. En este punto es importante señalar que la adopción, es en sí misma, una experiencia algo traumática para [niñ@s](#) y adolescentes [adoptad@s](#). “La adopción lleva consigo muchas

---

<sup>156</sup> Sanders, Gary. “Homosexual Parenting is Not Harmful to Children”. Pág. 199. T.P.

<sup>157</sup> Borja, Teresa. Entrevista personal. Quito 10 de diciembre de 2004

implicaciones emocionales para los adoptados así como para sus padres adoptivos (...) estudios muestran que a pesar de que en el desarrollo temprano de los niños adoptados (*1 a 5 años*) no hay diferencia a los de otros niños (...) Se piensa que ocurren patrones comunes de perturbación en el niño adoptado (*6 a 12 años*)”.<sup>158</sup> Por ende, es importante obtener ayuda psicológica para [niñ@s adoptad@s](#). En el caso de [niñ@s adoptad@s](#) por parejas GLBTT la situación es similar. Los grupos de apoyo para hij@s de parejas diferentes o familias diferentes son una manera de garantizar el desarrollo adecuado de l@s niñ@s y para fortalecer relaciones de padres e [hij@s](#) y encontrar apoyo en otras personas.<sup>159</sup>

También me gustaría señalar que se ha comprobado que “los niños adoptados necesitan ser informados que ellos son adoptados. (...) Cuando los niños tienen 6 o 7 años, el desarrollo de su personalidad a progresado al punto donde ellos pueden entender ambos conceptos, el de nacimiento y adopción (...)”.<sup>160</sup> Es importante para la construcción de un proceso identitario individual que [l@s adoptad@s](#) sepan de dónde vienen para tener relaciones saludables con sus padres. Esto está garantizado en el artículo 153, numeral 6, del Código además de que se garantiza [que l@s niñ@s](#) deben saber su origen, o sea, quien es su familia biológica a menos que exista prohibición expresa de esta última. En el caso de parejas GLBTT la situación no es diferente en cuanto a informar a [l@s hij@s](#) que pudieran adoptarse. Haciendo una analogía con los procesos de familias que sufrieron de racismo: “Los padres homosexuales que adopten deben hablar abiertamente con sus niños acerca de su adopción y de la discriminación que ellos sufrieron y que los niños podrían sufrir. Esto prepara a los niños para no sentir vergüenza y para estar preparados para reaccionar ante estas inquietudes”.<sup>161</sup> Y es que l@s niñ@s adoptad@s por parejas GLBTT se enfrentan a dos verdades complejas: la una, no ser hij@s biológic@s de la pareja que l@s ha criado, y la otra, vivir en un medio poco convencional. El autor Françoise Dolto en su libro, “Los niños y su derecho a la verdad” alude a la importancia de la verdad aduciendo que “decir la verdad, esa verdad que los adultos comunican a los niños, quienes no solamente la desean

---

<sup>158</sup> Comitee of Adoption. “Adoption of Children”. American Academy of Pediatrics Press. Illinois. 1967. S.N. T.P.

<sup>159</sup> Existen varias organizaciones que brindan este apoyo, incluso en la red. Por ejemplo [http://www.adoptionopen.com/gay\\_adoption.html](http://www.adoptionopen.com/gay_adoption.html), <http://www.familyhelper.net/arc/gay.html>, <http://www.proudparenting.com>

<sup>160</sup> IBIDEM. 31

<sup>161</sup> Ramírez, Cinthya. Entrevista personal. Quito, 9 de diciembre de 2004

de forma inconsciente, sino que la necesitan y tienen derecho a conocerla. La verdad puede ser dolorosa a menudo pero, si se dice, permite al sujeto reconstruirse y humanizarse”.<sup>162</sup>

A todo esto debe considerarse que el artículo 178 del Código garantiza que niñ@s y adolescentes [adoptado@s](#) recibirán asesoría y orientación para garantía de sus derechos y fortalecer vínculos familiares. Así mismo, la protección estatal garantizada en el artículo 97 obliga al Estado a adoptar planes y acciones para que l@s niñ@s adoptad@s, por parejas GLBTT por ejemplo, pudieran superar escollos difíciles por la homofobia internalizada. Más aún, el Código en su artículo 6 y la Convención en su artículo 2 estipulan la igualdad y la prohibición de discriminación en razón de orientación sexual<sup>163</sup>, para niñ@s y adolescentes y para sus padres, por lo que existiría protección en este caso también.

En definitiva, a pesar de que no sería fácil, sobre todo para [l@s primer@s niñ@s hij@s](#) de parejas GLBTT, afrontar ciertos ambientes que pudiesen ser hostiles como la escuela o el barrio, sus derechos, en especial el de integridad personal, no se vulnerarían si se toman medidas adecuadas como la información, la preparación y el apoyo de ciertos grupos. Más aún el artículo 8 del Código dice que es una corresponsabilidad de la familia, el estado y la sociedad garantizar la protección y el ejercicio de los derechos de [l@s niñ@s](#). En la actualidad existen parejas GLBTT con sus [hij@s](#)<sup>164</sup> y debe ser el Estado quien garantice espacios sanos y seguros para estas familias, y las que posiblemente vendrán amparadas por la ley o no, y no sean castigadas por la negligencia estatal. En definitiva, no habría vulneración al derecho de integridad personal, teniendo que tomar responsabilidad al respecto la familia, la escuela, el Estado y la sociedad, siguiendo el derecho de l@s niñ@s a saber la verdad.

### II.3.D. LA AGENDA GLBTT

---

<sup>162</sup> López, Norma. “El derecho a la identidad y sus implicancia en la adopción”. Ed. Universidad. Buenos Aires. 1998. Pág 153

<sup>163</sup> En la Convención se refiere a la no discriminación “sexo y a cualquier otra condición”.

<sup>164</sup> No existen estudios en el Ecuador que muestren el número de parejas GLBTT que conviven con sus hij@s. De mi investigación, personal, que no ha sido ni de lejos un trabajo de campo que pueda arrojar una cifra real del número de parejas, he encontrado 8 solamente en la ciudad de Quito.

La última afirmación del estudio de Knight nos dice que “... el asunto [*de la adopción de parejas GLBTT*] está motivado más por el avance de poder de la agenda homosexual que por la preocupación de que es mejor para los niños y niñas”.<sup>165</sup> En lenguaje jurídico, se estaría violando el interés superior de l@s niñ@s al adoptarlos por razones políticas. A menudo se ha pensado que temas como este de la adopción están basados en las luchas de género más que en los derechos de l@s niñ@s. Sin embargo, el tema de la adopción es un complejo sistema en donde se entremezclan los derechos de adoptantes y [adoptad@s](#). La afirmación de la agenda GLBTT topa un tema controversial, el de ser padre o madre “por las razones equivocadas”.<sup>166</sup> Es demasiado subjetivo afirmar que el deseo de tener [hij@s](#) y darles un hogar, traspasando el conocimiento y el cariño propios de la condición humana, sea en base a una agenda o una motivación gremial.

Ser padres o madres (como el matrimonio) trae preguntas fundamentales acerca de nuestras necesidades y capacidades como seres humanos para participar en relaciones que impliquen cuidado (...) La capacidad de dar a los demás, incluyendo a los niños y las niñas, es una parte integral de nuestra humanidad (...) Las parejas de gays y lesbianas (o individualmente) no actúan de manera egoísta o por motivaciones políticas. Al final, esa decisión personal trasciende objetivos políticos; es un asunto que va hasta el fondo de lo que significa ser humano porque lleva consigo la decisión de amar y cuidar a un joven, vulnerable y altamente dependiente otro (...) Lo que está detrás de esto, es que negar a gays o lesbianas la oportunidad de ser padres o madres –o hacerlo más difícil- es negarles sus necesidades y capacidades humanas básicas de amar y cuidar a otros seres humanos”.<sup>167</sup>

Nuestra Constitución garantiza el derecho a las personas a decidir sobre el número de hijos que puedan procrear, adoptar, mantener y educar en su artículo 39. Esa decisión es propia de la pareja, y nadie puede argumentar que ese deseo natural, de ser padres o madres, sea menos legítimo en ciertos casos que en otros, menos aún considerando la mera orientación sexual. En definitiva, no habría vulneración del interés superior puesto que la paternidad o la maternidad como hechos humanos no pueden tener una lectura política meramente, y como ya se vio, para juzgar el interés superior de l@s niñ@s debemos analizar los casos de manera individual.

#### **II.4. LAS CIENCIAS HUMANAS Y LA VULNERACIÓN DE DERECHOS**

---

<sup>165</sup> Knight, Robert. “Homosexual Parenting: Bad for Children, Bad for Society”Pág 185

<sup>166</sup> Wardle, Lynn. “The Potential Impact of Homosexual Parenting on Children”. Pág. 852

<sup>167</sup> Ball, Carlos. The Morality of Gay Rights.Pág 135-137

José Luis Pedreira, premio Nacional de España de Investigación Científica en temas psicosociales y Co-redactor de la Ley de adopción de 1987, en su investigación afirma que:

El Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid y el Departamento de Psicología Evolutiva de la Universidad de Sevilla han realizado un estudio financiado por la Oficina del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, siendo su Presidente el Sr. Ruiz Gallardón, cuyos resultados se han venido presentando en diversos foros científicos y profesionales españoles durante los dos últimos años. Una Tesis Doctoral en la Universidad de Burdeos dirigida por el Prof. Bouvard y realizada por el Paidopsiquiatra Stéphane Nadaud, incluye el seguimiento de 58 niñ@s de una cuarentena de parejas homoparentales que ejercían la guarda legal. Conclusiones comunes a ambos estudios indican que el desarrollo psico-social de los niñ@s adoptados y criados en familias homoparentales adquieren niveles cognitivos, de habilidades y competencias sociales, de relación con otros chic@s y personas adultas y de identidad sexual que son totalmente equiparables con los niñ@s que se educan y desarrollan en familias de corte heterosexual convencional.<sup>168</sup>

La “American Academy of Pediatrics” a concluído que: “Los niños que crecen con 1 o 2 padres homosexuales tienen la misma capacidad emocional, cognitiva, social y sexual que aquellos niños al cuidado de padres heterosexuales.”<sup>169</sup> El sexólogo y médico ecuatoriano Carlos Velasco, coordinó uno de los pocos estudios con temática GLBTT en el Ecuador.<sup>170</sup> En su investigación tuvo la oportunidad de hacer contacto con aproximadamente 3000 personas GLBTT y conoció varias familias. Para él: “las parejas GLBTT deberían adoptar. (...) Desde mi visión heterosexual, antes de esta investigación yo pensaba que estas personas no podrían criar hijos. Mi familia dice que no pueden ni deben tener hijos, y ahora yo discuto con ellos porque ellos no han visto lo que yo ví”.

Así mismo existen otros estudios citados en esta misma tesina que tienen conclusiones similares que desvirtuarían científicamente la afirmación que las parejas GLBTT no son idóneas para la adopción.

En el anterior numeral, traté de enunciar los posibles derechos que las parejas GLBTT adoptantes vulnerarían a [l@s niñ@s](#) y adolescentes que serían [adoptad@s](#). He mostrado

---

<sup>168</sup> Pedreira, Jose Luis. “Homosexualidad, Parentalidad y Adopción”. Pág 12

<sup>169</sup> A.A.P. “Technical Report: Co parent or Second Parent Adoption by Same Sex Partners”. Pág 14.

<sup>170</sup> El nombre el estudio es “Investigación de enfermedades de transmisión sexual en poblaciones clave”. El estudio será publicado en los próximos meses y es un estudio de campo con investigación vivencial y participativa que duró un año y medio en todo el Ecuador.

estudios actualizados y aceptados por la comunidad científica, que comprueban que dichos derechos no se vulnerarían. Sin embargo, las ciencias sociales traen consigo una mayor variación que las ciencias exactas. Existen estudios, citados en este mismo trabajo y en otras fuentes, que argumentan exactamente lo contrario a lo defendido por mi parte, con menos o más legitimidad, dependiendo del país en que se encuentren (los países escandinavos, Holanda, Suiza, Estados Unidos<sup>171</sup>, España, Dinamarca, Bélgica, Sudáfrica por ejemplo tienen mayores argumentos a favor de la paternidad y maternidad GLBTT desde la ciencia que el resto del mundo). Más aún, este tipo de estudios no existen en el Ecuador, o países vecinos, creando más dudas al respecto. Sin embargo, como se ha demostrado en esta misma investigación, muchos estudios que buscan probar que la adopción y la paternidad y maternidad GLBTT son negativas y deberían ser impedidos, vienen cargados de una fuerte carga de prejuicio y direccionamiento. Hay triunfos científicos innegables como que la “American Psychoanalytic Association” y la “American Academy of Pediatrics” aseguren que los padres y madres GLBTT puedan adoptar e insten al gobierno a que “terminen con los obstáculos para que los gays puedan adoptar” o que la misma “American Association of Pediatrics” reconozca la paternidad y maternidad GLBTT y recomiende la coadopción “de parejas homosexuales”.<sup>172</sup> Desde una ciencia como la psicología que deja poco margen a la especulación, y donde hay una generalización en cuanto a temas como el de cambio de roles de la sociedad contemporánea, la obtención de referentes diversos en toda la esfera social y la idea de refundar la familia con nuevos componentes, la razón parece ser para las parejas GLBTT. A pesar de esto queda la duda que desde la propia ciencia no haya un dictamen tajante.

Sin embargo, este capítulo inició con una premisa: el principio de falsificación poperiano. Más allá de cualquier duda, esta investigación rompe con la afirmación de que sólo las parejas heterosexuales son idóneas para adoptar. En cada estudio analizado, incluso los más pesimistas, jamás se comprobó el prejuicio de la promiscuidad en un cien por ciento, o el desprestigiado “volverse homosexual” en todos los casos, o el llamado daño psicológico en

---

<sup>171</sup> La mayoría de estudios usados en esta tesina son de Estados Unidos debido a que es el país que más estudios ha realizado, sobre todo, por las posiciones encontradas entre estados de ese país respecto al tema y por la credibilidad de sus Asociaciones y grupos científicos.

<sup>172</sup> Artículo de prensa. <http://www.planetout.com/pno/news/article.html?2002/06/07/2> Julio 7, 2002

el universo de los casos estudiados. Es decir, desde los estudios científicos, incluso los más subjetivos, el afirmar que “solamente las parejas heterosexuales son idóneas para la maternidad y la paternidad” es una hipótesis falsa, pues hay casos que demuestran lo contrario. Por lo cual, después de esta comprobación se debe elaborar una nueva hipótesis, fundada en la anterior pero incorporando los puntos falseables en la misma. Dicha hipótesis será formulada en el capítulo final de esta tesina.

Es importante hacer una última observación en cuanto a la aseveración científica anterior que acaso desmiente –o mejor dicho “falsea”- lo propuesto por Popper. Las ciencias sociales, a diferencia de las ciencias exactas, trabajan con seres humanos cambiantes e impredecibles. Las relaciones humanas no son siempre causa-efecto y por ende no se pueden juzgar solamente por hechos verificados o no verificados. Las ciencias sociales, entonces, trabajan, como dice el citado Francis Mondimore, desde la humanidad. Es fundamental, de este modo, que la ciencia jurídica, por medio de los derechos humanos, que han pretendido a lo largo de su “corta existencia” hablar desde la mencionada humanidad, aclaren el panorama de lo posible e imposible, de lo bueno y lo malo, de lo justo y lo injusto en este terreno no siempre fácil de las ciencias sociales.

## **CAPÍTULO III**

*El derecho de igualdad ante la ley es una de las bases de la teoría y práctica del sistema de derechos humanos. Sin embargo, la normativa, la jurisprudencia y la doctrina nos indican que no todo trato desigual es discriminatorio. Este capítulo busca confrontar a la norma del Código a este derecho tan básico, para ver si en realidad el impedir que parejas GLBTT adopten, es un trato desigual como se ha planteado por la legislación, o si, en detrimento de las personas GLBTT y de la sociedad, es un trato discriminatorio.*

### **III.1. DIFERENCIACIÓN ENTRE TRATO DESIGUAL Y TRATO DISCRIMINATORIO**

#### **III.1.A. EL DERECHO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN**

La igualdad ha sido un tema fundamental en la historia de la humanidad y ha sido discutida por diversas áreas del conocimiento tales como la filosofía, la sociología y el derecho. Es importante, antes de hacer análisis posteriores, entender la naturaleza de la igualdad. “Que dos cosas sean iguales entre sí no es ni justo ni injusto, es decir no tiene por sí mismo ni social ni políticamente valor alguno. Mientras que la justicia es un ideal, la igualdad es un

hecho”.<sup>173</sup> Es decir, el tema de la igualdad, desde el enfoque jurídico, es inseparable al tema de la justicia. Esa es precisamente la diferencia de la igualdad entre cosas y de la igualdad entre seres humanos, que en el un caso se presenta como un hecho, mientras que en el otro la igualdad se presenta como un valor y como un derecho inherente a nuestra condición humana. Al ser un valor, el problema de la igualdad es la percepción de lo que creemos como personas y como sociedad que es, y debe ser, precisamente igual. Este “problema de equiparación”, como lo llama Bobbio, es aquel en el “cual uno se encuentra frente al problema de asignar ventajas o desventajas, beneficios o gravámenes, en términos jurídicos, derechos o deberes, a una pluralidad de individuos pertenecientes a una determinada categoría”.<sup>174</sup> El problema de fondo, siempre será, en definitiva, “la igualdad entre quiénes y la igualdad en qué”.<sup>175</sup> En definitiva, la igualdad se presenta como un reto de justicia y de verdadera interpretación filosófico-jurídica.

Sin embargo, el derecho a la igualdad ha sido reconocido en todos los instrumentos internacionales y es “uno de los principios trascendentales del derecho internacional de los derechos humanos”.<sup>176</sup> Así, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano el artículo 2 dispone que: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. El artículo 7 continúa con la misma noción y estipula que “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción derecho a igual protección ante la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación de tal discriminación”.<sup>177</sup> En esa misma línea, el artículo 2 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, garantiza la igualdad ante la ley. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nuevamente, en el artículo 2 se estipula la igualdad ante la ley, con la diferencia que cada uno de los Estados Partes se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio los derechos contenidos en dicho pacto sin discriminación

---

<sup>173</sup> Bobbio, Norberto. Igualdad y Libertad. Pág. 59

<sup>174</sup> IBIDEM

<sup>175</sup> IBIDEM. Pág. 69

<sup>176</sup> O Donnell, Daniel. Protección Internacional de los derechos humanos. Pág. 369

<sup>177</sup> Declaración Universal de los derechos del hombre.

alguna. Posteriores artículos son más específicos en cuanto a la igualdad de quiénes y en qué.<sup>178</sup> Igualmente la Convención Americana en sus artículos 1.1 y 24 comprometen a los estados a respetar y garantizar los derechos de las personas de igual manera, sin discriminación. Otros instrumentos internacionales que prohíben de manera específica los tipos de discriminación son: Convención Internacional sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial de 1965, Convención Internacional sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la mujer de 1979, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, los Convenios 100 y 111 e la OIT sobre las igualdad de Remuneración y la Discriminación de Empleo y Ocupación, entre otros. Sin embargo, ninguno de estos instrumentos tiene explícita la prohibición expresa de orientación sexual (o por edad, o por deficiencias físicas) lo cual en teoría no es necesario “pues este vacío subraya la importancia de la interpretación de la cláusula abierta que figura en los instrumentos prohibiendo la discriminación basada en ‘otra condición social’”.<sup>179</sup> Es decir, el sistema internacional de derechos humanos se ha preocupado de garantizar el principio de igualdad en abstracto, que viene de manera inseparable con la prohibición de discriminación. Es importante además recordar que “en el ámbito internacional, el derecho a la igualdad y no discriminación se encuentra reconocido, tanto como principio de interpretación como derecho autónomo”.<sup>180</sup> Esto implica que al igual que con el principio de interés superior [de los niños](#), es fundamental entender la importante labor hermenéutica que está de por medio cuando hablamos de este derecho-principio de igualdad y no discriminación.

El concepto de discriminación, ha logrado establecer de manera más clara los límites de la justicia dentro del tema de la igualdad y es por eso que se lo incluye de manera frecuente junto al derecho de igualdad. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación racial define a la discriminación como:

“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base 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

---

<sup>178</sup> Artículo 3 (hombres y mujeres), Artículo 20.2 (prohibición de regular legalmente el odio nacional, racial y religioso), Artículo 23.4 (entre esposo y esposa), Artículo 24.1 (igualdad de [los niños](#)).

<sup>179</sup> O Donnell, Daniel. Protección Internacional de los derechos humanos. Pág 373

<sup>180</sup> Sistema Internacional ONU. “Venezuela en cuanto a discriminación a mujeres”. Pág 7.

objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales (en razón de su raza)”

El empleo de la misma definición casi de manera textual en varios instrumentos (Convención Internacional sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, por ejemplo), busca consagrarla como definitiva para efectos del sistema internacional de derechos humanos. La discriminación, en consecuencia, está prohibida en toda la legislación internacional de derechos humanos dándole así más consistencia y un modo de resolución uniforme al problema de equiparación y de igualdad propuesto por Bobbio. Es, en definitiva, obligación de los Estados no discriminar. La Corte Interamericana nos dice al respecto:

Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.<sup>181</sup>

Vale aclarar que la discriminación dentro del derecho se ha hecho una distinción entre discriminación de jure y de facto. La discriminación de jure es aquella en donde “la legislación que establece diferencias formales entre los derechos de distintas categorías de las personas” y de facto, “que consiste en la aplicación en forma discriminatoria de la legislación que no encierra criterios discriminatorios”.<sup>182</sup> Ambas discriminaciones, en todo caso, no son permitidas, y en algunas decisiones el Comité de Derechos Humanos de la ONU se ha pronunciado diciendo que el Pacto Internacional prohíbe tanto la discriminación de jure como la de facto.<sup>183</sup> Es importante realizar esta distinción, sin embargo, para explicar si la norma del Código es en efecto discriminatoria o no, y de ser así analizar su carácter.

### III.1.B.DESIGUALDADES PERMITIDAS

Existen dos desigualdades permitidas dentro de la legislación de derechos humanos: la acción afirmativa y la diferenciación. Ambas están íntimamente relacionadas a tal punto

---

<sup>181</sup> C.I.D.H. “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. parr. 85

<sup>182</sup> O Donnell, Daniel. Protección Internacional de los derechos humanos Pág. 375

<sup>183</sup> Opinión Consultiva OC-18/03

que forman parte de la misma categoría de desigualdades permitidas. Sin embargo, me parece adecuado separarlas, más con propósitos académicos que por nada, pues facilitará la conclusión de esta tesina.

1. La acción afirmativa: La llamada “acción afirmativa” o “discriminación positiva” busca desigualar para igualar. La acción afirmativa nos dice que “el trato igual, no necesariamente significa trato no discriminatorio”. Esto puede verse claramente en la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso “Plessy vs. Ferguson” en donde los jueces:

(...) justificaron constitucionalmente la segregación racial en lo que se refería al uso a la distribución y uso de los asientos en los medios de transporte colectivo. Esta decisión se fundó en el presupuesto de que la segregación no es incompatible con el trato igual. En otras palabras, y siguiendo los argumentos de la Corte en ‘Plessy’, es posible tratar en forma igual a las personas y, a la vez, segregadas.<sup>184</sup>

Esta doctrina, ha pasado a la historia con el nombre de “separados pero iguales” demostrando que el trato igual, en el caso en particular, que ambas poblaciones negra y blanca tenían por igual la transportación pero de manera separada, puede ser discriminatorio. Posteriormente la misma corte Suprema en el caso “Brown vs. Board of Education” consideraría que la segregación racial en las escuelas públicas –es decir tener escuelas para blancos y escuelas para negros- constituía discriminación forzando la unificación del sistema educativo. “El punto central del argumento del tribunal estaba basado sobre las dificultades psicológicas de los estudiantes negros al saberse discriminados y tratados como inferiores cuando eran enviados a escuelas especiales para negros”.<sup>185</sup> Sin embargo, la acción afirmativa cobró importancia y nació como término con la Orden Ejecutiva 11246 del presidente

---

<sup>184</sup> Saba, Roberto. “Discriminación, trato igual e inclusión”. De La aplicación de los tratados internacionales sobre Derechos humanos por los tribunales locales. Pág. 7

<sup>185</sup> IBIDEM, 9.

Lyndon Johnson's 1965 que ordenaba a los contratistas del gobierno “tomar acciones afirmativas a favor de los empleados que sean parte de minorías en todos los aspectos de contratación y empleo. Los contratistas deben tomar acciones específicas para asegurar la igualdad en contratación y deberán documentar estos esfuerzos”.<sup>186</sup> La acción afirmativa se entiende como: “Medidas que suponen la creación de mecanismos o la utilización de políticas de carácter diferenciado para favorecer a personas o colectivos que están o han estado discriminados, o que se encuentran en una situación de desventaja”.<sup>187</sup> Sin embargo, la acción afirmativa tiene limitantes. En el caso “[California v. Bakke](#)” la Corte Suprema de Justicia de EEUU señaló que “mayores oportunidades para las mayorías no deben venir a expensas de los derechos de la mayoría. La acción afirmativa sería injusta si termina siendo una discriminación a la inversa”.<sup>188</sup> Es decir que como tal la acción afirmativa tiene como limitante el respeto al principio de igualdad y no discriminación. La segunda limitante viene del carácter temporal de la acción afirmativa pues esta dura hasta que las inequidades de facto existan en la sociedad buscando “corregir justamente las posiciones asimétricas y/o de desigualdad evidenciadas en un menor tiempo que en el que se requeriría si tal acción no hubiere sido tomada”.<sup>189</sup>

---

<sup>186</sup> “Affirmative Action”. S.N S.A

<sup>187</sup> García Añón, José. “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo”. Universidad de Valencia.

<sup>188</sup> Caso “Regents of the University of California v. Bakke”. 438 U.S. 265 (1978) Docket Number: 76-811.

<sup>189</sup> Cevallos Arévalo, Ricardo. “Trato y atención preferente para las personas con discapacidad. S.N.

Las acciones afirmativas se dan en cuanto a la discriminación de hecho.  
Según la Observación General 18 del Comité de Derechos Humanos de  
la ONU:

En un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto.<sup>190</sup>

En la misma línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos indica que: “El principio de igualdad también puede, a veces, obligar a los Estados a tomar una acción afirmativa, con carácter temporal, con objeto de atenuar o eliminar condiciones que causen o ayuden a perpetuar la discriminación, incluyendo las vulnerabilidades o desventajas que padecen grupos particulares, como las minorías y las mujeres”.<sup>191</sup> No sería, entonces, descabellado pensar por ejemplo, que las personas GLBTT sean consideradas como sujet@s de acciones afirmativas por su discriminación histórica. La acción afirmativa cobra mayor importancia en nuestro país bajo el ordenamiento jurídico actual. En la Constitución Política del Ecuador se define al Estado como “social de derecho”.<sup>192</sup> Es decir, un estado que interviene en asuntos sociales y “cuya función es promocional, esto es, utiliza medidas de estímulo, incentivación o alentamiento para favorecer la realización de acciones o fines considerados como ventajosos.”<sup>193</sup> Finalmente, quiero concluir diciendo que la acción afirmativa, se aleja del término igualdad, y se acerca más al de equidad. “Equidad remite desde la igualdad a la consideración de la especificidad, de la diferencia. Se involucra con la justicia social distributiva”.<sup>194</sup>

2. La diferenciación no discriminatoria: El segundo tipo de desigualdad permitida por la ley es la diferenciación, distinción o trato diferente. “Según los órganos internacionales para la protección de los derechos humanos, no todo trato diferente

---

<sup>190</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación general 18. Sobre la no discriminación. Del 11 de octubre de 1989. Párrafo 10.

<sup>191</sup> IBIDEM, Párr. 338.

<sup>192</sup> Artículo 1 de la Constitución Política del Ecuador

<sup>193</sup> García Añón, José. “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo”.

<sup>194</sup> Arrupe, Olga Elena. “Igualdad, diferencia y equidad”. Pág. 1

constituye discriminación, aun cuando la distinción se funde en uno de los criterios enumerados en las disposiciones de los instrumentos internacionales sobre discriminación”.<sup>195</sup> Esto claro, siempre y cuando no anule o menoscabe derechos ni libertades. De hecho, hay muchos tratamientos diferentes contemplados por los instrumentos internacionales y las legislaciones nacionales. Por ejemplo, “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminatorias”.<sup>196</sup> Así mismo, “en el ámbito público y privado recibirán atención prioritaria, preferente y especializada los niños y adolescentes, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, las que adolecen de enfermedades catastróficas de alta complejidad y las de la tercera edad”.<sup>197</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho dicha distinción de términos para diferenciar el trato desigual del discriminatorio:

El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.<sup>198</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, así mismo, ha dicho al respecto del trato desigual:

... por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, a la dignidad humana (...) Existen, en efecto, ciertas desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia.

No habrá pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón, o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de trato del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parte de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresan de modo proporcionado una fundamental conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que en alguna manera repugnan a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.<sup>199</sup>

---

<sup>195</sup> O Donnell, Daniel. Protección Internacional de los derechos humanos. Pág. 373.

<sup>196</sup> Artículo 1.2 del Convenio No 111 sobre la Discriminación en materia de Empleo y Discriminación.

<sup>197</sup> Artículo 47 de la Constitución Política del Ecuador respecto a los grupos vulnerables.

<sup>198</sup> C. I.D.H. “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A N° 18. párr. 84

<sup>199</sup> C.I.D.H.; Opinión Consultiva OC 4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización.

En esta opinión vale rescatar que una de las características del tratamiento desigual para que no llegue a ser discriminatorio consiste en que no debe contrariar a la justicia, a la razón y a la naturaleza de las cosas. Sin embargo, dicho argumento es subjetivo y no lo suficientemente claro para zanjar las dudas que puedan existir entre desigualdad y discriminación, aunque claro, es importante en la labor hermenéutica. Es importante que la Corte haya afirmado, además, que las normas deben reflejar diferencias de hecho sustancialmente diferentes y que no repugnen la unidad y dignidad de la naturaleza humana. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

... sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que eso contraríe la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran.<sup>200</sup>

De esta opinión Consultiva es importante recalcar uno de los requisitos que distinguen al trato discriminatorio del desigual como es una justificación objetiva y razonable. Además, nuevamente aparece el tema de la acción afirmativa, ligado de manera íntima al de trato desigual, buscando proteger a los grupos más débiles. Finalmente:

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos una distinción de trato por parte del Estado no será discriminatoria, siempre y cuando los objetivos de la norma y la medida que establece el tratamiento diferenciado sean lícitos; la distinción se base en desigualdades reales y objetivas entre las personas; y se observe el principio de proporcionalidad entre medios empleados y fin perseguido.<sup>201</sup>

En definitiva, el tratamiento desigual se distingue del discriminatorio por las siguientes razones:

1. Se admite siempre que sea una discriminación positiva del Estado a un grupo vulnerado, débil o que requiera protección especial
2. Debe ser razonable y objetivo.
3. No debe causar detrimento en los derechos humanos de ninguna persona

---

<sup>200</sup> C.I.D.H. “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A N° 17. Párr 46.

<sup>201</sup> Sistema Internacional ONU. “Venezuela en cuanto a discriminación a mujeres”.

4. No puede irse en contra de la dignidad humana
5. No puede contrariar la justicia ni la naturaleza de las cosas
6. La distinción se base en desigualdades reales y objetivas entre las personas.
7. Debe existir proporcionalidad entre medios empleados y fin perseguido

### **III.2. LA NORMA DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ SOMETIDA AL “TEST” DEL TRATO DISCRIMINATORIO**

En esta tesina he buscado separar el trato desigual del trato discriminatorio. Así mismo, dentro del trato desigual marqué dos categorías, la del trato desigual propiamente dicho y la de la acción afirmativa. Quisiera empezar, precisamente, con este tema de la acción afirmativa.

Como se ha comprobado, los grupos GLBTT han sido discriminados por el estado ecuatoriano, y en general por la mayoría de países de corte occidental. Este grupo ha sido discriminado tanto de jure como de facto y ha sido, en definitiva, un grupo vulnerado por el Estado y la sociedad. Sin embargo, el propio Estado ecuatoriano en su Constitución, en la sección 5ª que trata de los grupos vulnerables (equivocadamente nombrado así pues el grupo per se no es vulnerable, precisamente por el derecho a la igualdad, sino que la sociedad o el estado lo han vulnerado) no incluye a los grupos GLBTT. Hay un debate al respecto. Ruse, por ejemplo opina que no deben existir acciones afirmativas a favor de los grupos GLBTT.

Hemos de confesar que (como a muchas otras personas) los argumentos presentados a favor de la contradiscriminación no nos parecen muy convincentes (...) por valioso que pueda ser el fin que se pretende alcanzar, se corre el riesgo de tratar a algunas personas como medios (...) Quienes estuvieran fuera del cupo y no pudiesen obtener el codiciado puesto de trabajo o ingresar a la universidad, serían personas cuyos intereses se estarían sacrificando en el bien de los demás.<sup>202</sup>

---

<sup>202</sup> Ruse, Michael. La homosexualidad. Pág 292

La aseveración de Ruse, sin embargo, no tiene cabida dentro de nuestro sistema jurídico. Las acciones afirmativas son, como ya vimos, medidas temporales que buscan igualar a las personas desiguales basadas en una historia de prejuicio y discriminación.

Así, la distinción de trato por parte del Estado, se convierte en una obligación frente a los grupos más vulnerables, tales como los indígenas, los ancianos, los niños y los adolescentes, las minorías religiosas, las mujeres, las personas con discapacidad, los homosexuales, las personas que salen de los centros de reclusión, los extranjeros, entre otros, dado que se encuentran en estado de vulnerabilidad en lo que respecta al goce cabal de sus derechos humanos, lo que se evidencia en su ubicación en los índices más bajos de desarrollo humano.<sup>203</sup>

Bajo esta perspectiva, me parece que el grupo GLBTT debe tener un trato especial por parte del Estado ecuatoriano, incluso si no hay reconocimiento constitucional como “grupo vulnerable”, considerando que la discriminación histórica, fue, en mucho, causada precisamente por nuestro propio Estado (se penó la homosexualidad hasta hace menos de una década a sabiendas que el derecho penal sólo se ocupa de acciones que ofenden a la sociedad en su conjunto). El aforismo romano: las cosas se deshacen de la misma manera en que se hacen –tratando de decir que el estado debe solucionar la discriminación que él mismo impulsó- es muy ilustrativo al respecto, en especial con la definición de estado social de derecho que posee el estado ecuatoriano. Una de estas medidas sería a favor de poder ejercer de manera plena el derecho a desarrollar la personalidad y a formar una familia. Esta aclaración inicial acerca de la acción afirmativa a favor de personas GLBTT es importante para entender la lógica de pluralidad de derechos que conlleva el tema de adopción por parte de parejas GLBTT.

Hecha esta aclaración, creo que es pertinente que se haga una suerte de “test discriminatorio” al artículo 159, numeral 6 del Código considerando que el derecho de igualdad ante la ley "prohíbe todo trato discriminatorio que tenga su origen en una norma legal" <sup>204</sup> y por ende los Estados deben mantener libre de disposiciones discriminatorias a su ordenamiento. Este será un ejercicio jurídico pero también político, por la naturaleza de

---

<sup>203</sup> Sistema Internacional ONU. “Venezuela en cuanto a discriminación a mujeres”. Pág 3. El subrayado es mío.

<sup>204</sup> CIDH Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Ser. A No. 4, párrafo 53 (que examina el cumplimiento de la medida en virtud de la Convención Americana). Párrafo 55.

toda norma jurídica y porque creo que ayudará a evidenciar con más claridad si en verdad se trata de una distinción o de un trato discriminatorio.

#### h. La objetividad de la norma

El trato desigual que se da a las parejas GLBTT debería ser objetivo. Es importante considerar que las investigaciones científicas no han podido comprobar que padres o madres GLBTT son padres o madres poco apt@s o peores que los padres y las madres heterosexuales. Tampoco se ha podido comprobar que sus hij@s tengan detrimento psicológico o social respecto a l@s hij@s de parejas heterosexuales. Es decir, que la ciencia (la psicología, la antropología, la sociología, la historia) no ha podido comprobar que las personas GLBTT no puedan ser idóneas para la paternidad y la maternidad. No puedo pensar en algo más objetivo que las ciencias. Por ende, tampoco puedo pensar que el artículo 159 sea objetivo. Nuestr@s congresistas son parte de una sociedad que tiene una homofobia y un heterosexismo internalizados. Por esta razón, no sería sorprendente que una norma sea basada en prejuicio, la antítesis natural de la objetividad, y no en parámetros objetivos como la ciencia o estudios de investigación que no existen en nuestro país. La diputada Irene Simonsen del Partido Liberal en Dinamarca, previo al debate en el Parlamento del proyecto, hoy ya aceptado, acerca de adopción de parejas GLBTT propuesto por el Partido Socialista expresó su preocupación: “Nosotros estamos en un dilema porque los únicos argumentos en contra de que se permita la adopción a parejas homosexuales son emocionales, y yo no puedo pararme frente al Parlamento y argumentar mis emociones”.<sup>205</sup> En nuestro país la situación es más grave que tener que argumentar sobre emociones. La ex diputada y presidenta de la Comisión del Niño y la Familia del Congreso Nacional a la época del debate del Código, economista Cecilia Calderón, al ser preguntada acerca de si este artículo, violaba o no el principio de igualdad, afirmó no estar segura “de la existencia de un artículo así”<sup>206</sup>, y explicó que el problema radica en que “solo pueden adoptar parejas que se han constituido en matrimonio o unión libre y como el matrimonio y la unión libre para homosexuales no existe, no pueden adoptar”.<sup>207</sup> Se ignora, así, la prohibición expresa de que parejas heterosexuales no puedan adoptar en el artículo

---

<sup>205</sup> Copenhagen Post. “Gays Adoption”. 30 de noviembre de 2002. P.T.

<sup>206</sup> Entrevista con la Economista Cecilia Calderón. Guayaquil, 10 de de enero de 2005

<sup>207</sup> IBIDEM.

159, numeral 6. Más aún, “en una pareja entre dos hombres el uno no puede hacer de papá y el otro no puede hacer de mamá” (...) si se lleva al niño al Registro Civil y el funcionario les pide el apellido del padre no van a poder poner ambos su apellido por ley”.<sup>208</sup> El afirmar que deben haber dos roles tradicionales en un hogar, niega de cajón la posibilidad del concepto de “familias” y fortalece la idea de la familia nuclear. Más grave, ignora postulados científicos ya expresados que argumentan que el cambio de los roles de género y la monoparentalidad, por poner dos ejemplos, existen. Por todas estas razones, la norma en cuestión no es objetiva.

i. La razonabilidad de la norma

La expedición del artículo 159, numeral 6 del Código debió haber sido libre de pasiones y presiones, pero además debe cumplir con el principio de razonabilidad. La razonabilidad de acuerdo a la Corte:

Implica un juicio de valor y, aplicada a una ley, una conformidad con los principios del sentido común. (...) Siendo razonable lo justo, lo proporcionado y lo equitativo, por oposición a lo injusto, absurdo y arbitrario, es un calificativo que tiene contenido axiológico que implica opinión pero, de alguna manera, puede emplearse jurídicamente como, de hecho, lo hacen con frecuencia los tribunales, pues toda actividad estatal debe no solamente ser válida sino razonable.<sup>209</sup>

En el tema de la razonabilidad, me permito transcribir los antecedentes del acta que regula las adopciones por parte de los homosexuales en Suecia.

En Suecia hoy, varios niños crecen bajo el cuidado de adultos que son homosexuales. En algunos casos, estos adultos homosexuales han incorporado a sus hijos de relaciones heterosexuales previas. Hay incluso casos donde los niños nacen en relaciones homosexuales y crecen como los hijos de esa pareja.

Investigaciones sugieren de manera clara que, en general, las parejas homosexuales registradas pueden ofrecer al niño adoptado, un buen ambiente para su crianza y llenar así sus necesidades, incluso tomando en cuenta las sensibilidades que pudieran presentarse cuando un niño tiene padres homosexuales. Los casos donde un niño de uno de los miembros de la pareja homosexual es legalmente adoptado, pueden beneficiar al niño al proveerle de seguridad financiera, social y legal. El Gobierno y el Riksdag (el parlamento sueco) en consecuencia, han considerado que es en el mejor interés del niño que adultos homosexuales registrados como pareja bajo la ley, puedan aplicar para adopciones, y que cualquier impedimento general que impida estas adopciones deba ser removido.

---

<sup>208</sup> IBIDEM

<sup>209</sup> Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 13, párr. 33

Estos antecedentes, muestran razonabilidad. Es decir, reconocen hechos preexistentes, analizan pros y contras, se basan en el interés superior de l@s niñ@s, se valen de estudios científicos, etcétera, para expedir el acta que justifica la adopción por parte de parejas homosexuales (en su terminología). En este caso se usa el sentido común (que es diferente al prejuicio común) pero no sólo eso, pues debe considerarse para la interpretación lo justo, lo proporcionado y lo equitativo.

En el Ecuador, “la adopción homosexual no se discutió para nada (...) si se hubiese estipulado que los homosexuales puedan adoptar, la mayoría de diputados se hubiesen opuesto”.<sup>210</sup> Desde luego, el hecho de que no haya sido topado siquiera el tema de la diferenciación hecha por la norma es también responsabilidad de los grupos GLBTT, que al no poder ser una comunidad, y por ende carecer de un proyecto común, no han tenido la suficiente fuerza para poder exigir derechos. Sin embargo, más allá de eso el simple hecho de que esta norma que impide la adopción a parejas GLBTT no se haya discutido nos da pautas de que esta no es una norma razonable. Qué más absurdo, que más injusto y que más arbitrario que no se haya discutido esta diferenciación legal y se la haya asumido como “natural”. El sentido común no puede decirnos que personas GLBTT en la sociedad ecuatoriana serán mal@s padres o madres y que l@s adoptad@s sufrirán, sin dudas, algún daño. Se debe tener mucho cuidado en confundir el prejuicio generalizado con el sentido común. El sentido común no es un sentimiento instintivo y generalizado como puede creerse, sino por el contrario un ejercicio de reflexión.

La acción subjetivamente razonable no es la instintiva, promovida por pautas innatas, como el hambre primaria. Los irracionales son sujetos de tales conductas y sólo de ellas. Un producto de la inteligencia es razonable si no incluye paradojas internas. La acción subjetivamente razonable no es aleatoria, que responde al esquema mental de «salga lo que salga», ni la fatalista del «sea lo que está escrito». Es una acción que se orienta hacia una meta previamente elegida, aunque luego resulte que no se alcanza plenamente.<sup>211</sup>

Entonces, si la razonabilidad debe ser considerada por sus fines sociales y personales, en el caso de la norma en cuestión, el fin buscado por la norma debe ser razonable también. El limitar el número de parejas adoptantes poniendo requisitos como el de la edad de l@s adoptantes o exigir que dispongan de recursos económicos que garanticen la satisfacción de las necesidades del adoptante, por poner dos ejemplos, que realiza el

---

<sup>210</sup> IBIDEM

<sup>211</sup> Fernández de la Mora, Gonzalo. “El imperativo de razonabilidad”. Pág 1-2.

artículo 159, numeral 6, es razonable para conseguir el objetivo de la adopción como medida de protección. El hecho que no se permita la adopción por parte de parejas GLBTT no es en sí mismo razonable, pues como ya se ha intentado demostrar, no ha sido un ejercicio venido de la razón, que no acepta una realidad de la destrucción de paradigmas familiares antiguos y que, en definitiva, desde el punto de vista legislativo, no reúne los requisitos de razonabilidad. En conclusión, la justificación de la norma es a priori, sin ser un ejercicio de la razón o de sentido común. Más grave aún, sin considerar que quizás lo razonable es que existen [niñ@s](#) que viven bajo el cuidado de parejas GLBTT a expensas del ordenamiento y debería regularse esa situación. Lo razonable debe discutirse, debe analizar pros y contras sustentados para no caer en la mera discrecionalidad. La norma en cuestión no tiene eso, ni siquiera se discutió, solo hizo la diferenciación entre heterosexuales y no heterosexuales. Por todo esto, considero que la distinción no es razonable.

j. El posible detrimento a los derechos de las personas que puede causar la norma

Debemos analizar que la adopción es una institución donde conviven pluralidad de derechos, los de l@s adoptantes y los de [l@s](#) adoptad@s. En cuanto a [l@s](#) adoptantes, sin duda que hay detrimento al derecho de formar una familia, al derecho al desarrollo de la personalidad, al mismo derecho a la igualdad, incluso al “derecho a no migrar”.<sup>212</sup> Más aún si consideramos que la adopción es uno de los pocos mecanismos viables para obtener descendencia para las parejas GLBTT. Existen otros como el vientre de alquiler (que no es lícito en nuestra legislación), la paternidad o maternidad “por conveniencia” (en donde hay una ficción –conocida o desconocida por las partes- de que el padre y la madre son heterosexuales para formar una familia de carácter temporal) o la inseminación artificial (en el caso de las mujeres, aunque cabe anotar que la otra mujer seguramente no podría coadoptar y por ende no podría ser madre, bajo la legislación ecuatoriana), entre otras alternativas nacidas de la necesidad y la imaginación, lejos de

---

<sup>212</sup> Marta Cecilia Ruiz, en su ponencia sobre las causas para la migración de ecuatorian@s a Holanda, dijo que en su investigación descubrió que muchas personas no abandonaban el país solamente por la pobreza y la falta de oportunidades económicas, como a menudo se cree, sino que un importante porcentaje lo hacía porque se ha sentido discriminado en el Ecuador, porque se sentía insatisfecho y porque no tenía oportunidades de desarrollar libremente su personalidad. De este porcentaje, una parte importante eran personas GLBTT. Foro “Un Mundo Diverso es Posible”. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito. 25 de junio de 2003

la legalidad. Estos obstáculos en el camino de la posible descendencia de parejas GLBTT demuestran el deseo de impedir que se concreten ciertos derechos para personas GLBTT que se traduce en el sentimiento de desventaja ya señalado. En definitiva, hay un detrimento obvio de varios derechos de las personas GLBTT.

En cuanto a [l@s adoptad@s](#), es importante considerar que los derechos de [l@s niñ@s](#) y adolescentes prevalecen sobre los derechos de l@s demás y como tal habrá que considerarlos de manera prioritaria en el tema de adopción. Sin embargo, cada caso debe verse de manera particular para analizar si, en efecto, hay detrimento de derechos reconocidos, bajo el principio de interés superior. Lastimosamente, por el candado legal analizado páginas atrás, dicho principio no podría aplicarse en ciertos casos causando el detrimento, que consiste precisamente, en que no se podría analizar el interés superior bajo esta norma. En definitiva, existe un detrimento a los derechos de las partes que son parte de la adopción.

k. La posible vulneración a la dignidad humana de la norma

El artículo 159 numeral 6 dice, entre líneas y después del análisis de esta tesina, que la adopción de [niñ@s](#) por parte de parejas GLBTT no es posible por el daño que sufrirían [l@s adoptad@s](#) y por la incapacidad de [l@s](#) personas GLBTT para ejercer la paternidad y la maternidad. Como ya se dijo anteriormente, el objetivo de las normas que impiden obtener derechos de familia, es negar la posibilidad humana de establecer lazos de cariño dentro de un ambiente sano por parte de personas GLBTT, usando como justificación afirmaciones prejuiciadas y sin soporte científico social. Se vulnera la dignidad humana también cuando no se reconoce a [l@s niñ@s hij@s](#) de parejas GLBTT un trato similar a [l@s hij@s](#) de parejas GLBTT, con argumentos, muy usuales, como el de que [l@s niñ@s](#) “también se van a volver como ellos” que, además, no poseen soporte científico. Por ende, la norma vulnera la dignidad humana.

1. El posible contrariamiento a la justicia o a la naturaleza de las cosas por parte de la norma

En cuanto a lo que concierne “a la justicia” de la norma es complejo dar un dictamen al respecto. Sin embargo, sabemos que el Derecho busca, como uno de sus fines, la justicia. Es decir, que si bien el derecho no es un sinónimo de justicia, es uno de los medios más idóneos para conseguirla. Nuestra Constitución es protectora de derechos humanos, y garantiza en varios de sus principios el cumplimiento pleno de los mismos, lo cual es corroborado por la serie de instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador que tienen jerarquía constitucional. Como se explicó, nuestra Constitución prohíbe la discriminación en razón de orientación sexual. Sudáfrica, es el otro país que garantiza la no discriminación en razón de la orientación sexual. Sudáfrica, que ha tenido una historia de discriminación tan o más terrible que la nuestra, permite la adopción de parejas homosexuales y posee legislación antidiscriminación, inexistente en nuestro país.<sup>213</sup> Sudáfrica es un país justo, en la medida que cumple con las obligaciones que el pacto social con sus ciudadan@s y la comunidad internacional, representado en su constitución, le exigen. “La crisis familiar es tan grave que el problema menos importante ahora es el de permitir tener familia a los homosexuales”.<sup>214</sup> Sin duda que la migración, la pobreza, los múltiples hogares destruidos por varias razones son problemas que deben ser abordados. Sin embargo, dar una jerarquía de importancia, y poner a la problemática GLBTT en la última posición, demuestra, desgraciadamente que buena parte de los funcionarios del Estado ecuatoriano, como por ejemplo l@s congresistas, no entienden la responsabilidad jurídica que conlleva nuestra Constitución y los instrumentos internacionales. El Estado ecuatoriano no ha podido asimilar dicha responsabilidad, no ha podido aplicar de manera correcta los derechos y principios garantizados en nuestra Carta Magna para adultos GLBTT y para niñ@s cuyo interés superior sería el de ser adoptad@s por este tipo de parejas. La norma en cuestión me parece un ejemplo claro de la incoherencia

---

<sup>213</sup> Cabe señalar que Sudáfrica también ratificó también La Convención el 16 de junio de 1995.

<sup>214</sup> Entrevista con la Economista Cecilia Calderón. Guayaquil, 10 de de enero de 2005

entre lo enunciado y lo cumplido y, como tal, el artículo 159, numeral 6 del Código es una norma injusta, que no se garantiza lo estipulado en la Constitución.

Respecto al contrariamiento del orden natural de las cosas podría pensarse a priori, que la descendencia para personas GLBTT no es natural. Sin embargo, mantener ese argumento desvirtuaría la institución de la adopción, por ejemplo, puesto que las personas estériles, por analogía, tampoco podrían tener descendencia naturalmente y no deberían buscarse soluciones a esta imposibilidad. Como vimos, nuestra época plantea una reestructuración del orden familiar y de modelos familiares tradicionales. El orden natural de las cosas, aquello que no cambia con el tiempo, es el deseo de formar una familia, de extender la personalidad a otr@s, de proteger, cuidar y amar a alguien más. En la misma línea, el orden natural es que l@s niñ@s desposeid@s de un medio familiar tengan la posibilidad de tener uno donde reciban cuidado y puedan satisfacer sus necesidades y derechos. La adopción por parte de parejas GLBTT no desvirtúa, por ende el orden natural, sino que deconstruye la idea de la institución familiar.

m. La distinción basada en desigualdades reales y objetivas entre las personas por parte de la norma

La norma en cuestión hace una diferenciación inequívoca: las parejas GLBTT no pueden adoptar mientras que las parejas heterosexuales si lo pueden hacer. Es decir, que debería existir una desigualdad real y objetiva que permita que este trato diferente no sea discriminatorio entre unas parejas y otras. Como vimos, las ciencias no pudieron comprobar que haya una diferenciación significativa entre parejas heterosexuales y parejas GLBTT, y opiniones como la de la American Psychiatric Association corroboran que la distinción es irracional. Más aún, el propio Código permite que personas GLBTT puedan ser adoptantes idóne@s, pues no hay prohibición en razón de la orientación sexual cuando una persona sola desea adoptar. Detrás de la norma pareciera haber otro miedo del que ya se habló anteriormente. “La presión ejercida por parejas homosexuales para adoptar conjuntamente es un estrategia, un as bajo la manga,

para conseguir los derechos y beneficios del matrimonio”.<sup>215</sup> Hay gran temor por parte y poca apertura para tratar el tema por parte del poder legislativo y otros sectores como la Iglesia Católica para aceptar el matrimonio o un símil de éste para parejas GLBTT<sup>216</sup>, y ésta bien podría ser la causa principal de la distinción. Sin embargo es nuestro Estado mismo el causante de ello. Nuestro Congreso, tanto en la expedición del Código de Niñez y el, en trámite, Código de Familia en reiteradas ocasiones “pidió criterios a la Iglesia Católica”<sup>217</sup>; así mismo, cuando en la redacción del Código de Familia se estipulo a la unión de hecho como unión de dos personas, “todas las iglesias mayoritarias, sobre todo las cristianas, mandaron sus cartas de queja”.<sup>218</sup> De este modo, se puede observar que las desigualdades reales y objetivas, no parecen ser medidas con criterios científicos, sino más bien religiosos y se justifican en el miedo a otorgar derechos de familia a las personas GLBTT. Muestra de ello, que las personas solas no deben tener el requisito de heterosexualidad exigido para parejas. Hay entonces un doble trato desigual que las parejas GLBTT reciben: el uno con relación a parejas heterosexuales que sí pueden adoptar y, el otro, con respecto a personas solas no heterosexuales que también pueden hacerlo. Se ha pretendido que la desigualdad debe darse en pro del interés de l@s niñ@s pero como se explicó anteriormente, esta norma impide que cada caso sea analizado individualmente, y por el contrario bien podría ser atentatoria al principio de interés superior. Existen parejas GLBTT en nuestro país que conviven con niñ@s y adolescentes como una familia y que demuestran que pueden hacerlo bastante bien, sólo que no se han investigado a fondo a estas familias. Por todo esto, la norma no se basa en una igualdad real y objetiva.

n. La proporcionalidad entre medios empleados y fin perseguido de la norma

El objetivo el artículo 159, numeral 6 del Código -norma enunciativa, de carácter procedimental que califica la idoneidad de l@s adoptantes- es, o debería ser, en

---

<sup>215</sup>

<sup>216</sup> En este aspecto me gustaría mencionar que el tratadista y sacerdote, Monseñor Larrea Holguín, se negó rotundamente a siquiera topar el tema y canceló la entrevista planeada conmigo para el día 6 de enero de 2004.

<sup>217</sup> Entrevista con la Economista Cecilia Calderón. Guayaquil, 10 de de enero de 2005

<sup>218</sup> IBIDEM.

definitiva, asegurar que los objetivos de la adopción se cumplan de manera cabal. Como analicé en el primer capítulo de esta tesina, dichos objetivos, traducidos en derechos, son el de ser una medida de protección de la niñez y adolescencia, por un lado, y el de proveer a l@s niñ@s y adolescentes un medio familiar idóneo para su desarrollo, por otro. Nuevamente, estos objetivos no se cumplen permitiendo únicamente la adopción a parejas heterosexuales como medio de consecución. Hay, de este modo, un desfase entre el objetivo y cómo cumplirlo. Tampoco se puede hablar de proporcionalidad cuando se vulneran derechos, cuando al excluir del supuesto legal a cierto grupo de personas no se garantiza los objetivos inicialmente planteados y sobre todo, cuando no se considera la igualdad en las diferentes categorizaciones (heterosexual-padre/madre, GLBTT-incapaz relativo). Cuando hablamos de los requisitos de idoneidad en el primer capítulo de esta tesina, se mencionaron varios parámetros para determinar la estabilidad, el nivel cultural y educativo, las posibilidades económicas, las razones de la adopción por parte de la pareja, la capacidad afectiva de l@s adoptantes entre otras, para garantizar el mejor medio familiar posible a l@s adoptad@s. No es proporcional, de ningún modo, que todas esas directrices y que todos esos parámetros, en caso de cumplirse, se anularan por la sola condición de la orientación sexual. Por todo esto la norma no es proporcional entre medios y fines.

### **III.3 COLOFÓN Y PROPUESTA DE LA NUEVA NORMA JURÍDICA**

Esta tesina ha topado un tema complejo dentro de la legislación. La norma jurídica, contenida en el artículo 159, numeral 6 del Código de Niñez y Adolescencia, que fue objeto de este estudio, después del análisis jurídico e interdisciplinario, resulta ser discriminatoria. Sin embargo, por si quedase alguna duda, me parece que debe considerarse lo expresado alguna vez por Guillermo de Ockham con su teoría de la navaja. Cuando en un mismo problema se presentan dos posibles soluciones y se torna difícil cual tomar “(...) hay que cortar y simplificar. La respuesta más simple será la correcta. Mientras más sencilla, más bella y más simple sea la propuesta más cercana estará a la verdad”.<sup>219</sup> Nuestro problema se resume en dos posiciones: aquella que dice que no se debe permitir la adopción a parejas

---

<sup>219</sup> Pérez, José Luis. Historia de la Filosofía. Pág. 113

heterosexuales y aquella que dice que si, que toda pareja no heterosexual, es decir GLBTT, puede y debe adoptar. Si usamos la Navaja de Ockham para “cortar este problema” tenemos que la solución más simple y más bella, no es considerar que, de hecho, por el interés de l@s niñ@s, o por el bienestar de la sociedad o por la incapacidad para ejercer la paternidad y la maternidad de algún grupo humano se deba separar, crear categorías y etiquetas de lo correcto e incorrecto, para que cierto colectivo de personas no puedan tener una familia; la solución más simple y más bella es considerar que todas las personas somos iguales en derechos y oportunidades, que somos iguales en nuestra maravilla y en nuestro pavor, que somos iguales más allá del prejuicio y, que, sobre todo, somos iguales en que tenemos la innegable e innata posibilidad y necesidad de amar para formar vínculos de familia, desde las entrañas más profundas de nuestra humanidad. A mí, no me cabe duda de cual es la solución más simple y más bella para resolver este problema tan complejo pero al mismo tiempo tan simple.

Sin embargo, tampoco nos puede cegar el romanticismo. El deber ser posible, que se opone al sustancialismo, iba a ser, y es, la tónica de esta tesina. Es por esto que la proposición de una nueva norma jurídica debe incorporar los elementos falseables que puedan ser aplicables en la realidad. Reconociendo la homofobia internalizada, la dificultad del Estado en promover políticas de igualdad y no discriminación, las recomendaciones de tener una familia heterosexual y, finalmente, la realidad de que los procesos para lograr la equidad entre personas toman tiempo y deben ser progresivos, la propuesta de la nueva norma, debería de ir a la par con otras normas jurídicas del Código<sup>220</sup>, diciendo: “En los casos de pareja de adoptantes, se priorizará la adopción de parejas heterosexuales sin que esto implique impedir a parejas GLBTT que puedan adoptar”.<sup>221</sup> Algún día, cuando vivamos en verdadera diversidad y el Derecho sea aplicado de manera más acertada, estoy seguro, que deberá hacerse una nueva falsificación a la norma propuesta este momento, estipulando que para esta realidad psicológica-social y derecho que es la adopción, todas las personas serán

---

<sup>220</sup> Por ejemplo el Art. 153, numeral 9 del Código. “En los casos de adopción de niños, niñas y adolescentes pertenecientes a las nacionalidades indígenas y afroecuatorianas, se preferirá a adoptantes de su propia cultura”. En el mismo artículo el numeral 2, indica que se preferirá la adopción nacional y la internacional; y el numeral 3, del mismo artículo, prioriza la adopción de parejas pro sobre la de personas solas.

<sup>221</sup> Sería importante, por ejemplo, establecer en el reglamento aún por expedirse una cuota de adopciones para parejas GLBTT o algún mecanismo que asegure que las parejas GLBTT no sean privadas de este derecho. He suprimido el “legalmente constituidas” porque esto impediría que parejas GLBTT puedan adoptar.

igualmente idóneas para ejercerla en cumplimiento cabal de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

## CONCLUSIONES

1. El concepto de niñez ha variado a lo largo del tiempo, mutando de acuerdo a las circunstancias históricas. En la actualidad, la concepción, acerca de l@s niñ@s vist@s como “útiles adultos”, o la visión de “l@s menores”, bajo el sistema de situación irregular, han sido superados. En nuestro país, bajo El Código de Niñez y Adolescencia, y la Convención Sobre los Derechos del Niño se establece el sistema de protección integral. L@s niñ@s son ahora sujet@s plen@s de derecho y ciudadan@s desde el nacimiento de acuerdo a nuestra Constitución Política. Para la garantía de sus derechos existe el principio de interés superior, reconocido en la Constitución y en la Convención, que servirá como norma paraguas y como un medio interpretativo. Los derechos de l@s niñ@s priman sobre los de l@s demás y, adicionalmente, hay reconocimiento de atención prioritaria por parte del Estado pues se lo ha considerado un “grupo vulnerable” por la Constitución. En el tema de adopciones deberá atenderse a todos los derechos, pero en especial al de vivir en un medio familiar idóneo y a otros como el derecho a ser consultad@. Así mismo, en el complejo tema de la adopción el principio de interés superior garantizará el cumplimiento pleno de sus derechos.
2. La adopción es una institución que ha cambiado en relación proporcional con respecto a la percepción de niñ@s y adolescentes. Desde Roma, donde la adopción era una medida que buscaba el beneficio del *pater* para extender la tradición y la familia, pasando por la visión caritativa de la Iglesia Católica, por las poco rígidas

reglas del Código Napoleónico, que hacían primar a la autonomía de la voluntad, o por el sistema de situación irregular, llegamos finalmente al sistema de protección integral del Código y la Convención, y al de protección familiar Constitucional. Bajo nuestro sistema, en la actualidad, la adopción solo se entiende como una institución de orden público y una medida de protección cuyo objetivo principal es el de darles a niños, niñas y adolescentes privad@s permanentemente de su medio familiar, una nueva familia que sea idónea y pueda garantizar el cumplimiento de sus derechos. Una institución como la de la adopción, para ser entendida en su entera dimensión, debe ser planteada desde la humanidad. Las normas del Código de Niñez y Adolescencia, que reemplazan al Código de Menores y la Código Civil en el tema de adopción deben mirar siempre al interés superior de l@s niñ@s.

3. La situación social y personal de las personas GLBTT es aún difícil en el Ecuador. Aún, debido a la homofobia internalizada y al heterosexismo, existen muchos prejuicios contra este colectivo. En el mundo se ha pasado de usar el término “homosexual” (que pasó de la aprobación, al pecado, a la medicalización, al delito y finalmente a la reivindicación) por el de GLBTT por la perspectiva de inclusión y de comunidad. En el Ecuador, lastimosamente, aún no se puede hablar de una comunidad GLBTT con un proyecto político que pueda equiparar las desigualdades existentes o con un deseo de convivencia. Sin embargo sí se puede hablar de los colectivos GLBTT como parte de una subcultura y una contracultura que comparten referentes, una historia de discriminación y una cosmovisión diferente desde la orientación sexual y el rol de género. Aún la ciencia tiene mucho que desmentir acerca de los prejuicios de la sociedad ecuatoriana en cuanto a personas GLBTT para frenar la discriminación de iure y de facto.
4. La situación jurídica de las personas GLBTT en el Ecuador es inconsistente. La Constitución del Ecuador reconoce el derecho a la igualdad y prohíbe la discriminación en razón de la orientación sexual, lo cual es una gran responsabilidad desde el punto de vista jurídico. Así mismo, otros instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador reconocen este derecho. Sin embargo, la

propia Constitución limita los derechos de familia de las personas GLBTT cuando estipula de manera específica que la unión de hecho es entre hombre y mujer. Así mismo, desconoce la discriminación histórica y no le da la categoría de “grupo vulnerable”. Sin embargo, por los principios de interpretación constitucional, se deduce que la nuestra es una constitución protectora de derechos humanos, incluyente y que protege las diversas formas de organización familiar. Es decir que, jurídicamente, hay inconsistencias. En el tratamiento puntual de personas GLBTT cabe mencionar que el Estado ecuatoriano se mantiene como uno de los mayores violadores de los derechos de personas GLBTT.

5. La institución de la familia se ha deconstruido a tal punto que ahora se habla de una “crisis de paradigmas”. La composición familiar, según la antropología, es relativa a cada cultura y un modelo de organización familiar absoluto no existe. La familia nuclear al ser una generalidad cultural puede hacernos pensar que es el modo natural de organización por la falacia etnocentrista y por que es un hecho naturalizado, pero no es así. La familia tiene tres características fundamentales: la preparación de l@s individu@s, el ser la institución fundamental y el de ser una institución cambiante. Por este constante cambio, es ahora más adecuado hablar de familias. El estado ecuatoriano, por el proceso de socialización secundaria, por vivir en simbiosis con la familia y por reconocer que la familia es una institución cambiante que se adapta a las circunstancias, le ha dado el reconocimiento, protección, carácter democrático y jerarquía constitucional necesaria, aún sin definirla expresamente como concepto. A pesar de esto, varios cuerpos normativos de menor jerarquía que la Constitución Política, como el Código Civil, mantienen un modelo de familia nuclear como el ideal y desconocen el concepto de “familias”.
6. El artículo 159, numeral 6 prohíbe que parejas no heterosexuales, es decir, parejas GLBTT adopten. En esta norma se hace una distinción aduciendo que en el mejor interés de l@s niñ@s estas parejas no podrían adoptar. Sin embargo, los estudios a favor de la adopción por parte de personas GLBTT, y las recomendaciones de asociaciones científicas de vasta credibilidad, cada vez son más favorables dentro de

la comunidad científica, sin que éstos, tampoco, sean infalibles, pero sí suficientes para desacreditar los estudios que niegan de plano la posibilidad de maternidad y paternidad de parejas GLBTT, sin que se comprueben violaciones a los derechos de l@s niñ@s adoptad@s. Las dos únicas excepciones al derecho a la igualdad son la acción afirmativa a favor de grupos discriminados históricamente, como es el colectivo GLBTT, y el trato desigual, que debe reunir las características de: ser razonable y objetivo, no causar detrimento a derechos humanos de otras personas, no irse contra al dignidad humana, no contrariar la justicia ni la naturaleza de las cosas, basarse en desigualdades reales y objetivas de las personas, ser proporcional entre medios empleados y fin perseguido. Cabe señalar además, que las normas jurídicas son un ejercicio político y jurídico. Sin embargo, en un estado de derecho como es el nuestro, lo político debe estar siempre subordinado a lo jurídico y no viceversa. La norma del Código de Niñez y Adolescencia, contenida en el artículo 159, numeral 6, después de haber sido sometida al test de discriminación es discriminatoria. En adición esta norma forma un candado, pues, al haber norma expresa contra la adopción de parejas GLBTT, no permite la interpretación del principio del interés superior, pudiendo vulnerar derechos de niñ@s y adolescentes, e impidiendo que se concrete uno de los objetivos del principio que es ser un puente hacia la diversidad cultural.

7. El Ecuador debería suprimir o rediseñar este artículo considerando que forma un candado que impide la interpretación de interés superior y menoscaba derechos a personas GLBTT. Siguiendo el principio de falsificación poperiano se debe crear una nueva hipótesis científico-social pues la de “solo las parejas heterosexuales son idóneas para la maternidad y paternidad” no es suficiente, ya que, los estudios científicos demostraron que la orientación sexual de padres o madres GLBTT no viola los derechos de interés superior, identidad, desarrollo integral, integridad personal y al desarrollo de la personalidad. Reconociendo la homofobia internalizada, la ineptitud del Estado en promover políticas de igualdad y no discriminación y la lentitud de los procesos de equiparación, la nueva norma, contenida en el artículo 159, numeral 6 debería decir: “En los casos de pareja de

adoptantes, se priorizará la adopción de parejas heterosexuales sin que esto implique impedir a parejas GLBTT que puedan adoptar” debiendo además adoptarse mecanismos que aseguren que personas GLBTT puedan adoptar a manera de acción afirmativa.

## BIBLIOGRAFÍA

1. A.A.P. “Technical Report: Co parent or Second Parent Adoption by Same Sex Partners”. Publicación Pediatrics, número 341. 2002. Pág 14
2. “American Association of Pediatrics”. Artículo de prensa. Julio 7, 2002 <http://www.planetout.com/pno/news/article.html?2002/06/07/2>
3. Alston, Philip El Interés Superior del Niño: Hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales, UNICEF, 1997.
4. Anna Leah, ponencia “Derechos y diversidad”. Foro “Un Mundo Diverso es Posible”. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito. 25 de junio de 2003
5. Amnistía Internacional. “Tratamiento médico forzoso en instituciones del estado”. 2002. [http://www.amnistiainternacional.org/publica/ct\\_crmenes/capitulo4.pdf](http://www.amnistiainternacional.org/publica/ct_crmenes/capitulo4.pdf)
6. Amnistía Internacional. “Los derechos humanos y la orientación sexual e identidad de género” 31 de marzo de 2004. <http://web.amnesty.org/library/Index/ESLACT790012004>
7. Arrupe, Olga Elena. “Igualdad, diferencia y equidad”. Pág. 1 <http://www.campus-oei.org/equidad/Arrupe.PDF>
8. AULA. Ciencias Sociales. Editorial Cultural. Madrid 1992. Pág. 93

9. Austin, Ben. "Homosexuals and the Holocaust".  
<http://www.mtsu.edu/~baustin/homobg.html>.
10. Ardila, Rubén. Tesis Doctoral. "Homosexualidad y psicología". Bogotá. 1998.
11. Bailey, J.M. "Sexual Orientation of Gay Fathers". Publicación Developmental Psychology. 1995. Pág. 31. P.T.
12. Ball, Carlos. The Morality of Gay Rights. Routledge Ed. New York. 2003
13. Benedict, Ruth. Patterns of Culture. Cambridge Press. Massachussets. 1959.
14. Bobbio, Norberto. Igualdad y Libertad. N.S.N.S.
15. Borda, Guillermo. Manual de derecho de familia. Editorial Perrot. Buenos Aires.
16. Borja, Teresa. Entrevista personal. Quito 10 de diciembre de 2004
17. Bossert, Gustavo A., Manual de derecho de familia, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.
18. Calderón, Cecilia. Entrevista sobre el artículo 159, numeral 6 del Código de Niñez y Adolescencia. Guayaquil, 10 de de enero de 2005
19. Cameron, D. "Homosexuality and the Family". Psychological Reports 282. 1999.
20. "Canadian Adoption Act". Vigente desde Apr. 30, 2003.  
<http://www.gov.nl.ca/hoa/statutes/a02-1.htm>
21. Castañeda, María. La experiencia homosexual. Ed. Paidós. México. 2000.
22. Castells, Manuel. La era de la información. Tomo I, Economía, Sociedad y Cultura. Siglo XXI. 1999.
23. Cavell, M. The Psychoanalytic Mind: From Freud to Philosophy. Harvard University Press, 1993.
24. Cevallos Arízaga, Benjamín. Historia del Derecho Civil Ecuatoriano, Tomo Primero, Talleres Gráficos Nacionales, Quito, 1963. Pág. 353.
25. Cevallos Arévalo, Ricardo. "Trato y atención preferente para las personas con discapacidad". Comisión Andina de Juristas. 2002.
26. C.I.D.H. "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados". Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

27. C.I.D.H.; Opinión Consultiva OC 4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización.
28. C.I.D.H. “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A N° 17. Párr 46.
29. C.I.D.H. Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 13,
30. Código de Niñez y Adolescencia. EDIMPRES S.A. Quito, Julio 2003.
31. Comité de Derechos Humanos. Observación general 18. Sobre la no discriminación. Del 11 de octubre de 1989. Párrafo 10.
32. Constitución Política de la República del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. Mayo, 2002
33. Convenio No 111 sobre la Discriminación en materia de Empleo y Discriminación
34. Copenhagen Post. “Gays Adoption”. 30 de noviembre de 2002. P.T.
35. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas. 1948.
36. “Estreno mundial película Alexander”.  
<http://mx.news.yahoo.com/041203/2/1bdj1.html>
37. Fernández de la Mora, Gonzalo. “El imperativo de razonabilidad”.  
<http://www.galeon.com/razonespanola/r100-imp.htm>
38. Ferrajoli, Luigi. “Prólogo”. Del libro Infancia, Ley y Democracia Ediciones De Palma. 1998 Pág. 16
39. Foucault, Michel. Historia de la Sexualidad. Tomo 1, La voluntad del saber”. Siglo 21 Editores. México, 1995.
40. Frayser, Suzanne. Varieties of Sexual Experience: An Antropological Perspective on Human Sexuality. HRAF Press. 1985.
41. García Añón, José. “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo”. Universidad de Valencia. <http://www.uv.es/CEFD/2/garcia.html>

42. García, Maínes Emilio. “Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia”. Del libro Infancia, Ley y Democracia.
43. Golombok, Susan “Do Parents Influence the Sexual Orientation of Their Children: Findings from a longitudinal Study of Lesbian Families”. What is a Parent? A Socio Legal Analysis Hart Publishing- 1999.
44. Gray, Patrick. An Anthropological Look at Human Sexuality. Johnson and Kolodny. 1998. P.T
45. Giddens, Anthony. Sociología. Ed. Planeta. 2000
46. Golombok, S. “Do Parents Influence the Sexual Orientation of Their Children: Findings from a longitudinal Study of Lesbian Families”. Publicación: Developmental Psychology. 1996. Pg. 151. P.T
47. González de Cancino, Emilssen, Manual de derecho romano. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
48. Green, R. “Sexual Identity of 37 Children Raised By Homosexual or Transgender Parents”. American Journal of Psychiatry. 1978
49. Grosman, Cecilia. Derechos del niño y de la familia. Ed. Universidad. Buenos Aires. 1998.
50. Huerta Guerrero, Luis Alberto. Derechos fundamentales e interpretación constitucional. Comisión Andina de Juristas. Perú. Diciembre de 1997.
51. Kemelmajer, Aída. El derecho de familia y los nuevos Paradigmas. Tomo 3. Rubinzal-Culzoni. Editores. Buenos Aires. 1999.
52. Knight, Robert. “Homosexual Parenting: Bad for Children, Bad for Society”. Family Research Council Insight. Mayo 1994.
53. Kottak, Conrad Phillip. Antropología. Una exploración de la diversidad humana con temas de la cultura hispana. McGraw-Hill. España. Pág. 41
54. Larrea Holguin, Juan. Derecho Civil del Ecuador: Filiación, estado civil y alimentos, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1985.
55. Light, Donald. Sociología. Mc Graw Hill. 1991.
56. López, Norma. “El derecho a la identidad y sus implicancia en la adopción”. Del libro Los derechos del niño en la familia. Ed. Universidad. Buenos Aires. 1998. Pág 153

57. Méndez Costa, María Josefa, Derecho de familia, Rubinzal-Culzoni, 2001.
58. Mesa, Olga. “Principales tendencias en el tratamiento jurídico de la adopción”. Tomado del libro Los derechos de familia y los Nuevos Paradigmas. Tomo 3. Rubinzal-Culzoni Ed. Buenos Aires 1999.
59. Monroy Cabra, Marco Gerardo. Derecho de familia y de menores. Ediciones Librería del Profesional, Séptima edición, Bogotá 2001.
60. Mondimore, Francis. Una historia natural de la homosexualidad. Paidós Ed. Barcelona 1998.
61. Munroe, Robert. Cross-Cultural Human Development. Books Cole Publishing Company. 1975.
62. Murphy, Robert. Amor y Dependencia. Norton Company. 1990. Pág. 8.
63. O Donell, Daniel. Protección Internacional de los derechos humanos. Comisión Andina de Jusristas. Segunda Edición.
64. Parraguez, Luis. Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Ediciones UTPLJ, Cuenca, 1999.
65. Parraguez, Luis. Clase sobre el matrimonio en el Ecuador. Cátedra de Derecho de Familia. 15 de Septiembre de 2003.
66. Parraguez, Luis. Clase sobre las bases constitucionales de la familia. Cátedra: Derecho de Familia. 8 de septiembre de 2003
67. Parraguez, Dr. Luis; Dra. Monesterolo, Adriana; Amores, Dra. Betty. “Segundo Borrador Del Proyecto De Reglamento General Del Código De La Niñez Y Adolescencia”. Versión del 6 de septiembre de 2004
68. Pea, Janic. “Technical Report: Coparent or Second Parent Adoption by Same \_Sex Parents”. Publicación Pediatrics. 2002.
69. Pedreira, Jose Luis. “Homosexualidad, Parentalidad y Adopción”. Psiquis. Madrid. 2001.
70. Pérez, José Luis. Historia de la Filosofía. Ed. Espacio. Barcelona, España. 1993.
71. Petit, Eugene. Tratado elemental de derecho romano. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1994
72. Pilotti, Francisco. “Manual de procedimientos para la formación de la familia adoptiva”. Derecho a tener derecho. UNICEF. 1988..

73. Popper, Karl. La investigación científica. Editorial Tecnos. Barcelona. 1985
74. Ramirez, Cynthia. Entrevista personal. Quito, 9 de diciembre de 2004
75. Renault, Mary. El muchacho Persa. Ed. Espejo de tinta. México. 1974
76. Regents of the University of California v. Bakke”. 438 U.S. 265 (1978) Docket Number: 76-811. De <http://www.now.org/nnt/08-95/affirmhs.html>
77. Reyes, Wendy. El interés superior del niño. Tesina de grado USFQ. 2002 Pag 92
78. Robbins, Richard, Cultural Anthropology, Peacock Publishers, Itasca Illinois, 2001.
79. Roca Trías, Encarna. “Derechos humanos y derecho de familia”. De Los derechos de familia y los Nuevos Paradigmas. Tomo 1. Rubinzal-Culzoni Ed. Buenos Aires 1999. Pág. 69-70.
80. Rossel Saavedra, Enrique, Manual de Derecho de Familia, Editorial Jurídica de Chile”, Santiago, 1991.
81. Rueda, Ricardo. “La adopción desde sus raíces hasta hoy”. Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogota, 2002.
82. Ruiz, Marta Cecilia. Foro “Un Mundo Diverso es Posible”. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito. 25 de junio de 2003
83. Ruse, Michael. La homosexualidad. Cátedra Editores. Madrid, 1989.
84. Russell, Paul. 100 Gays. Editorial Juventud. Barcelona 1997.
85. S.A. “El concepto de identidad”. Cita de Erich Fromm. <http://www.geocities.com/centrotecnicas/id.html>
86. S.A. “The Bell Curve”. [http://www.mediatransparency.org/tft/bell\\_curve.htm](http://www.mediatransparency.org/tft/bell_curve.htm)
87. S.A. “Affirmative Action”. 1996. <http://www.now.org/nnt/08-95/affirmhs.html>
88. Saba, Roberto. “Discriminación, trato igual e inclusión”. De La aplicación de los tratados internacionales sobre Derechos humanos por los tribunales locales. Segunda Edición
89. Sanders, Gary. “Homosexual Parenting is Not Harmful to Children”. Publicación: In the family. 1998. Pág.184.
90. Segall, Marshall. Human Behavior in Global Perspective. Allyn and Bacon Press. 1990.
91. Simons, Farith. Clase magistral “Principio de interés superior del Niño”. Cátedra: Derechos de Niños y adolescents. 10 de marzo de 2004.

92. Standford University. "Homosexuality".  
<http://plato.stanford.edu/entries/homosexuality/> T.P.
93. Streck, Lenio Luiz. "O Direito de familia, a crise de paradigmas e o estado democrático de direito: um esboco crítico". De Los derechos de familia y los Nuevos Paradigmas. Tomo 1. Rubinzal-Culzoni Ed. Buenos Aires 1999.
94. "Spartacus Internacional Gay Guide". 2003. De Más: Gays al poder. México, 2004.
95. Tribunal de Justicia europeo. "Grant contra South-West Trains Ltd". 17-2-98. Res. C 249/96
96. UNICEF, "Adopción internacional", Siena, Italia, 1999. Pág. 2 Wray, Alberto, El menor ante la ley, Corporación Editora Nacional, Quito, 1991.
97. Velasco, Carlos. Entrevista personal. 5 de enero de 2005.
98. Vécovi, Enrique. Teoría general del proceso. Editorial Temis. Bogotá. Pág. 8
99. Wardle. Lynn. "The Potential Impact of Homosexual Parenting on Children". University of Illinois Law Review. 1997.
100. Williams, Mary. Homosexuality: Opposing Viewpoints. Opposing Viewpoints series. San Diego. 1999.
101. Wolf, Margery. The house of Lim. Prentice Hall, 1968.
102. Zannoni, Eduardo, Derecho de familia, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981.