

**LAS MENOS IDÓNEAS PARA AMAR: UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO DE LA PREFERENCIA DE LAS PAREJAS HETEROSEXUALES POR SOBRE LAS PERSONAS SOLAS PARA ADOPTAR<sup>1</sup>**

**THE LESS SUITABLE PEOPLE TO LOVE: AN ANALYSIS FROM THE GENDER PERSPECTIVE OF THE PREFERENCE OF HETROSEXUAL COUPLES OVER SINGLE PEOPLE TO ADOPT**

Diana Moscoso<sup>2</sup>  
diana95mr@hotmail.com

**RESUMEN**

La Constitución de 2008 reconoció a la familia en sus diversos tipos. Hoy, doce años después de este hito histórico, aún existen normas que atentan contra este reconocimiento. El objetivo de este artículo es analizar la preferencia de la adopción de parejas heterosexuales por sobre personas solas del artículo 153 numeral 3 del Código de la Niñez y Adolescencia. En la primera sección se analiza en qué medida esta preferencia es una expresión de la protección legal que la ley le da al modelo de familia heteropatriarcal. En la segunda sección se analiza si esta norma vulnera el principio de igualdad y no discriminación de las mujeres adoptantes.

**PALABRAS CLAVE:** ADOPCIÓN, MONOPARENTALIDAD, INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

**ABSTRACT**

The constitution of 2008 recognized the diverse types of the family. Today, twelve years after this historical milestone, there are still rules that go against this recognition. The objective of this article is to analyze the preference of the adoption of heterosexual couples over single persons in article 153 numeral 3 of the Code on children and adolescence. The first section analyzes how this preference is an expression of the legal protection favoring the heteropatriarchal family model. The second section analyzes if this standard violates the principle of equality and non-discrimination of adopting women.

**KEY WORDS:** ADOPTION, MONOPARENTALITY, BEST INTEREST OF THE CHILD, EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION

Fecha de lectura: XX de XXXXX de 2020  
Fecha de publicación: XX de XXXXX de 2020

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por la abogada Cindy Aguiar Lozano PhD (c) Msc.

<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. PROTECCIÓN LEGAL AL MODELO DE FAMILIA HEGEMÓNICO: EL PELIGRO DE LA HOMOGENEIZACIÓN.- 2.1 UN INTENTO LEGISLATIVO DE DIVERSIFICACIÓN FAMILIAR.- 2.2 INTENTO HOMOGENEIZADOR DE FAMILIAS EN EL ECUADOR: OBSTÁCULOS PARA LA FORMACIÓN DE FAMILIAS DIVERSAS.- 3. LA FAMILIA MONOPARENTAL FRENTE AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. - 3.1 TENDENCIA ALEMANA – ESPAÑOLA Y TENDENCIA ANGLOSAJONA 3.2. PROPUESTA DE INTEGRACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA PARA UN ANÁLISIS ADECUADO DEL ARTÍCULO 153.3 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.- 4. CONCLUSIONES.-

### 1. INTRODUCCIÓN

Con la Constitución ecuatoriana de 2008, el Estado se convierte en un garante acérrimo de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, teniendo como deber primordial, brindar garantía del efectivo goce de estos<sup>3</sup>. Así también de manera progresista, por primera vez, se empieza a reconocer a las familias en sus diversos tipos, basando este reconocimiento en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes<sup>4</sup>.

Las familias<sup>5</sup> hoy en día se fundan en valores y principios con un alto nivel de abstracción, por lo que no es posible proponer ninguna regla que las defina en forma absoluta<sup>6</sup>. Hoy, la pluralidad es un elemento que se destaca en esta institución jurídica, ya que “no solo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino [...] también por una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad [...]”<sup>7</sup>.

Sin embargo, teniendo en cuenta que las instituciones jurídicas son un producto social, el concepto de familia es afectado debido a la variante realidad, característica de un proceso histórico, al cual se encuentra supeditado la vida en sociedad<sup>8</sup>; parecería que la sociedad aún no está del todo dispuesta a reconocer este cambio constitucional tan progresista. Por lo que, al final continúan existiendo normas que colocan a ciertas familias en situaciones de desigualdad frente a otras. Un ejemplo de esto es el artículo 153, numeral 3 del Código de la Niñez y Adolescencia -en adelante CNA-, mismo que

---

<sup>3</sup> Ver, Artículo 19, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez 12 de marzo de 2020.

<sup>4</sup> Ver, Artículo 67, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>5</sup> Existe una tendencia por llamarlas “familias” debido a su pluralidad.

<sup>6</sup> Alexander Barahona y Tatiana Ordeñana, *El Derecho de Familia en el nuevo paradigma constitucional*. (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2016), 29.

<sup>7</sup> Causa No. T-572, Corte Constitucional Colombiana, 26 de agosto de 2009.

<sup>8</sup> Causa No. T-572.

prescribe la priorización de “la adopción por parte de parejas heterosexuales constituidas legalmente, sobre la adopción por parte de personas solas”<sup>9</sup>.

Antes de iniciar el análisis, se debe entender que la adopción es una fuente filiatoria<sup>10</sup>. Es decir, por medio de ésta “los adoptantes y el adoptado adquieren todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parento filial”<sup>11</sup>. La adopción por tanto es “el estado jurídico mediante el cual se confiere al adoptado la situación de hijo del o de los adoptantes, y a éstos, los deberes y derechos inherentes a la relación paterno – filial [...]. Es el vínculo filial creado por el derecho”<sup>12</sup>.

En Ecuador, podemos ver la integralidad de la adopción, pues esta es plena, en la cual el hijo adoptivo se asimila en todos los aspectos jurídicos al hijo consanguíneo, extinguiendo así, el parentesco entre el adoptado y todos los miembros de la familia biológica<sup>13</sup>. Debido a que la finalidad de la adopción en Ecuador es resguardar el interés superior del niño, esta institución puede también ser definida como una “medida de protección -de carácter subsidiario- para restituir el derecho del niño a la familia”<sup>14</sup>.

De acuerdo a la legislación ecuatoriana, la adopción tiene como finalidad “garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados”<sup>15</sup>. Así también la Corte Nacional de Justicia, ha señalado que la institución de la adopción es una medida que busca garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes -en adelante NNA- a pertenecer a una familia y disfrutar de su convivencia para desarrollarse integralmente en los aspectos físico y emocional<sup>16</sup>. Queda claro entonces, que la adopción en Ecuador es concebida como un medio para que los NNA puedan tener una familia. Vale recalcar, que

---

<sup>9</sup> Artículo 153, Código de la Niñez y Adolescencia [CNA], R.O. Suplemento 737 de 03 de enero de 2003, reformado por última vez el 29 de julio de 2019.

<sup>10</sup> Así lo reconoce el artículo 326 del Código Civil ecuatoriano.

<sup>11</sup> María Pérez, “La filiación”, en *Derecho de familia y sucesiones*, ed. de Karla Templos (México: Nostra Ediciones, 2010), 139.

<sup>12</sup> *Id.*, 131.

<sup>13</sup> *Ver*, Artículo 67, CNA.

<sup>14</sup> Adriana Monesterolo, “La Adopción en el marco del Sistema de Protección de Derechos”, (ponencia transcrita, Seminario Internacional Legislar para Proteger a la Niñez y Adolescencia, 2018).

<sup>15</sup> *Ver*, Artículo 151, CNA.

<sup>16</sup> Resolución, 03-2019, Corte Nacional de Justicia, [Procedimiento Judicial para la Autorización de la Adopción de niñas, niños y adolescentes es el previsto en el capítulo iv, sección tercera, del título x del libro iii, arts. 284 y 285 del Código de la Niñez y Adolescencia], Registro Oficial 54 de 28 de agosto de 2019.

no existe un “derecho al hijo”<sup>17</sup> porque la institución de la adopción no es una vía para llenar el deseo de los adultos de ser padres o madres, sin más.

En materia de adopción, nuestro país es signatario de varios instrumentos internacionales que han realizado esfuerzos en materia de Derechos Humanos para reconocer el interés superior del niño en la adopción, como: la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas o el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. Todos ellos permiten abordar a la adopción como un medio para precautelar este principio -que será explicado con detalle más adelante-.

A pesar de todo el esfuerzo internacional y legislativo por salvaguardar los derechos de los NNA en esta materia, de acuerdo con estadísticas recientes, en el año 2019, 224 NNA contaban con una declaratoria de adoptabilidad concedida, sin embargo, en ese entonces, solo 67 familias eran consideradas aptas para adoptar<sup>18</sup>. Por esta falta de familias adoptantes, el 88% de los niños institucionalizados permanecen dentro de estos centros de acogida, a la espera de ser adoptados entre 6 y 9 años<sup>19</sup>. Podría mencionarse como una de las causas, los principios del CNA que desincentivan la formación de tipos de familia diversos.

Por lo anteriormente expuesto, a lo largo del presente ensayo, se pretende demostrar de qué manera el artículo 153 numeral 3 del CNA que prioriza la adopción por parte de parejas heterosexuales constituidas legalmente, por sobre la adopción de personas solas, protege un modelo de familia hegemónico, dificultando la formación del modelo de familia monoparental por elección. Además de realizar una distinción discriminatoria principalmente hacia las mujeres, ya que según las estadísticas, en Ecuador, el cien por ciento de las candidatas adoptantes solas, son de sexo femenino<sup>20</sup>. Estas aseveraciones serán explicadas con detalle en las dos secciones del presente ensayo. La primera tratará de explicar como a pesar del reconocimiento constitucional de los diversos tipos de familias, aún existen intentos homogeneizadores en la ley. Se analizarán las posibles causas de esta intención. En la segunda sección se realizará el test de igualdad propuesto por la Corte Constitucional Colombiana, para explicar por qué esta norma resulta

---

<sup>17</sup> Ver, Marisa Herrera, “¿Existe un derecho al hijo? El lugar y los límites de las técnicas de reproducción humana asistida”. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 35 (2017), 74.

<sup>18</sup> Ver, Ecuador. Ministerio de Inclusión Económica y Social. Niños, niñas y adolescentes en proceso de adopción. Reporte mensual de septiembre (Quito: MIES, 2019), 9.

<sup>19</sup> Ecuador. Ministerio de Inclusión Económica y Social. Niños, niñas y adolescentes en proceso de adopción (Quito: MIES, 2018), 9.

<sup>20</sup> *Id.*, 13.

discriminatoria principalmente para las mujeres. El análisis estará fundamentado a la luz de la legislación ecuatoriana y mediante el uso de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, utilizados como eje de la investigación debido a su preferencia jerárquica dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano<sup>21</sup>.

## **2. PROTECCIÓN LEGAL AL MODELO DE FAMILIA HEGEMÓNICO: EL PELIGRO DE LA HOMOGENIZACIÓN.**

La Constitución de 2008 por primera vez, empieza a reconocer a la familia en sus diversos tipos, promoviendo, al mismo tiempo, la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes<sup>22</sup>. Pero ¿cuál es el alcance de este reconocimiento? A lo largo de la presente sección se expondrán las implicaciones del reconocimiento de familias en sus diversos tipos, utilizando Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte IDH, la Constitución y las leyes ecuatorianas. Con la finalidad de demostrar que, a pesar del esfuerzo normativo en materia de Derechos Humanos, aún existe una intención por coartar legislativamente, el reconocimiento a la diversidad familiar.

### **2.1 UN INTENTO LEGISLATIVO DE DIVERSIFICACIÓN FAMILIAR**

En virtud del cambio social que la institución ha experimentado, es preponderante evidenciar el reconocimiento de los diversos tipos de familia examinados por la doctrina y jurisprudencia. La Corte IDH ha sentado precedentes obligatorios en cuanto al reconocimiento y alcance de las familias en sus diversos tipos. Por medio de la Opinión Consultiva 17, ha establecido que los NNA tienen derecho a vivir en familia, llamada a satisfacer sus necesidades afectivas, psicológicas y materiales<sup>23</sup>. Así también en el caso *Atala Riffo y niñas vs Chile* la Corte IDH expuso que, dado que no existe un concepto único de familia, no puede protegerse un modelo particular de la misma<sup>24</sup>. Lo que implica que todos los tipos de familia deben ser reconocidos en igualdad de condiciones, sin proteger a un modelo sobre otro. El fundamento sustancial de la Corte es el artículo 17 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -en adelante CADH-, mismo que prescribe que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad

---

<sup>21</sup> El artículo 424 de la Constitución prescribe que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Ecuador prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

<sup>22</sup> Artículo 67, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>23</sup> Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva 17/2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 28 de agosto de 2002, párr. 71.

<sup>24</sup> Caso *Atala Riffo y niñas c. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, párr. 175.

y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”<sup>25</sup>. Aunque el artículo no habla del reconocimiento y protección de los diversos tipos de familia, por el principio jurídico de que “no se puede distinguir donde la ley no distingue, se debe entender que [...] existe una protección general para todas las familias, independientemente de cuál sea su composición”<sup>26</sup>. Además, el artículo refleja la amplitud del concepto y reconoce directamente su protección, como responsabilidad estatal.

Por otro lado, la CADH en su artículo 17, numeral 2, dispone que “se reconoce el derecho [...] a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación [...]”<sup>27</sup>. Este numeral ha sido interpretado por la Corte, a través de la Opinión Consultiva 24/17, donde se establece que “esa formulación no estaría planteando una definición restrictiva de cómo debe entenderse el matrimonio o cómo debe fundarse una familia”<sup>28</sup>. Según la Corte, este artículo tampoco implica necesariamente que la familia concebida mediante el matrimonio, sea la única forma de familia protegida por la Convención<sup>29</sup>.

De acuerdo al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el fundamento para considerarse familia, se da mediante el cumplimiento de requisitos mínimos, como “la vida en común, lazos económicos, una relación regular e intensa”<sup>30</sup>. Claramente, todos estos requisitos podrían ser cumplidos por una familia monoparental. Es más, el Comité señala la obligación de los Estados de indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales están reconociendo y protegiendo la diversidad familiar<sup>31</sup>. No hay nada que permita suponer que:

las familias monoparentales no pueden brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que esta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas<sup>32</sup>.

---

<sup>25</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Ecuador el 08 de diciembre de 1977.

<sup>26</sup> Ana Badilla, “El derecho a constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, s/l (s/f), 109.

<sup>27</sup> Artículo 17.2, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>28</sup> Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Opinión Consultiva 24/17, Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 24 de noviembre de 2017, párr. 182.

<sup>29</sup> *Ver*, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, párr. 75.

<sup>30</sup> Caso Balaguer c. España. Comité de Derechos Humanos, Fondo, 29 de julio de 1994, párr. 10.2.

<sup>31</sup> *Ver*, La familia, Observación General No. 19, Comité de Derechos Humanos, 1990, párr. 3.

<sup>32</sup> Caso Fornerón e hija c. Argentina, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, 27 de abril de 2012, párr. 98.

El reconocer a la familia en sus diversos tipos, implica también el reconocimiento de que el vínculo entre el progenitor y el hijo no necesariamente debe ser biológico, es por eso que se permite la maternidad subrogada o la adopción, cuya finalidad -como se dijo antes- es primordialmente que los NNA puedan tener una familia idónea. Sin embargo, es posible también concebirla como un medio para ejercer el derecho a fundar una familia, tomando en cuenta que este derecho se encuentra interconectado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La conexión se da porque el primer derecho, permite la realización de su proyecto de vida -si estuviese esto dentro de sus planes-, considerando que la Corte IDH “ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres”<sup>33</sup>.

Parecería entonces que, al existir el derecho a fundar una familia, en casos de adopción este derecho será ejercido por un acto de voluntad. Tamayo considera que “cada vez más la paternidad o maternidad se aleja más de la relación directa con la biología para convertirse en un hecho volitivo de tener un hijo”<sup>34</sup>. Es decir, la filiación ya no se determina solamente por el vínculo biológico, sino que “deviene cada vez más autónomo y orientado sobre la voluntad humana [...]. Siendo la evolución de costumbres lo que ha permitido este parentesco voluntario”<sup>35</sup>.

Así también, el artículo 15 del Protocolo de San Salvador establece que “Toda persona tiene derecho a constituir una familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna”<sup>36</sup>. Sin embargo, como ya se adelantó, estas disposiciones internas no pueden ser discriminatorias porque la normativa interamericana garantiza la protección a todas las familias e impide expresamente -por medio del artículo 17.2 de la CADH- que la legislación nacional establezca distinciones, exclusiones o restricciones a este derecho porque resultaría discriminatorio y contrario al estándar establecido por la normativa<sup>37</sup>.

## **2.2 INTENTO HOMOGENEIZADOR DE FAMILIAS EN EL ECUADOR: OBSTÁCULOS PARA LA FORMACIÓN DE FAMILIAS DIVERSAS**

---

<sup>33</sup> Caso Gelman c. Uruguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, párr. 97.

<sup>34</sup> Silvia Tamayo, “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, 6. (2013), 4.

<sup>35</sup> *Id.*

<sup>36</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, San Salvador, 17 de noviembre de 1988, ratificado por el Ecuador en fecha 25 de marzo de 1993.

<sup>37</sup> *Ver*, Ana Badilla, “El derecho a constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *s/l (s/f)*, 109.

A pesar de todo lo expuesto, por disposición constitucional, en Ecuador no se permite la adopción de las parejas homosexuales<sup>38</sup> -tema que no es materia de este ensayo- y por disposición legal, se da una preferencia a parejas heterosexuales por sobre personas solas para adoptar. Esta última, ¿va en contra del reconocimiento constitucional de diversidad familiar? Tener una norma que de una u otra forma limita la constitución de cierto tipo de familia, tiene como consecuencia que en la práctica no se esté reconociendo la diversidad familiar en igualdad de condiciones, y paralelamente se limite los derechos de los NNA en estado de vulnerabilidad.

A pesar de que la norma es disuasiva *per se*, se debe tener en cuenta que, durante la etapa administrativa, los funcionarios encargados de los procesos de adopción también pueden utilizar esta norma para impactar de varias maneras las prácticas, ejerciendo posiciones disuasivas que intentan convencer a los potenciales adoptantes de desistir de su solicitud, al explicarles de entrada, las bajas probabilidades que tienen de adoptar<sup>39</sup>.

Ante esto, surge la interrogante de ¿por qué se intenta disuadir la formación de este tipo de familias? Lo que el legislador supone es que un tipo de familia es más apto para cuidar a un NNA que otro, considerando a su vez que una familia tradicional sería más idónea que una monoparental por su sola composición, demostrando una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia, que no encuentra sustento en la CADH, al no existir un solo modelo de familia (la familia tradicional)<sup>40</sup>.

El hecho de observar a estos postulantes como menos idóneos para criar a un NNA, pone en duda que, en la práctica, se efectivice el reconocimiento de diversos tipos de familia en Ecuador y da paso a que se vea como modelo ideal a la familia biparental heterosexual. Parecería ser un intento de homogenización familiar, ya que con preferencias como las del artículo 153.3 del CNA se está reforzando un modelo de familia, expandiéndose la suposición de que éste es el medio ideal para el desarrollo de los NNA, al estar formado por padre y madre quienes cumplen con funciones diferenciadas y presuntamente complementarias de reproducción y crianza<sup>41</sup>. Contradiendo así, lo que la Corte IDH ha señalado en varias ocasiones, cuando analiza el interés superior del niño frente a este tipo de situaciones filiatorias y destaca la

---

<sup>38</sup> Artículo 68, Constitución de la República del Ecuador.

<sup>39</sup> Ver, Irene Salvo Agogliá, "Narrativas de mujeres que adoptan monoparentalmente en Chile", *Revista de Psicología* 25 (2016), 6.

<sup>40</sup> Ver, Caso Atala Riffó y niñas c. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, párr. 145.

<sup>41</sup> Ver, Dino Di Nella, Elisabet Almeda y Rosa Ortiz, "Perspectiva no androcéntrica en los estudios sobre familias monoparentales", *Athenea Digital* (2014), 190.

necesidad de evaluar comportamientos parentales específicos. Mientras se analizan los efectos negativos en el desarrollo del niño, por medio de evaluaciones probadas, no especulativas, ni basadas en presunciones estereotipadas que generalizan características personales de los padres frente a concepciones tradicionales de familia<sup>42</sup>.

A pesar de que en la realidad social se percibe una diversidad familiar, como son las: Familias monoparentales, ensambladas o reconstituidas, de crianza, homoparentales, entre otras y que estas son un intento por romper con la concepción de “familia ideal”, desafiando al patriarcado<sup>43</sup>. Parecería que el Estado se esfuerza por proteger ciertos modelos homogéneos como el de la familia nuclear. En este caso ¿por qué si la Constitución reconoce la diversidad familiar, las leyes aún colocan trabas para hacer efectiva esta diversidad? En este contexto, hay cuatro razones que expongo a continuación.

En primer lugar, la idea de la familia patriarcal se encuentra arraigada en la cultura ecuatoriana. Debido a que la dinámica de la familia, es la base inicial, primaria de cuidado, formación y protección de la personalidad de los NNA que la integran, ésta se conecta con la cultura del entorno social en el que se desarrolla<sup>44</sup>. Es decir, el núcleo familiar se desenvuelve de acuerdo con la cultura social del momento, por lo cual esta estructura es tan cambiante. El núcleo del patriarcado es el discurso de la dicotomía hombre – mujer que tiene una relación dominio – sumisión. Si traspolamos este concepto a la familia, su característica fundamental se convierte en la necesidad del hombre por asumir la función económica y la de la mujer por asumir la tarea de reproducción asociada a la crianza y al rol afectivo a los hijos<sup>45</sup>.

En segundo lugar, esta idea patriarcal de la supuesta necesidad dicotómica produce que se confundan los conceptos de género y sexo dentro de las relaciones de poder de la familia. Se debe entender que el sexo se explica anatómica, fisiológica y biológicamente,

---

<sup>42</sup> Ver, Caso Atala Riffo y niñas c. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, párr. 109 y Caso Fornerón e hija c. Argentina. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, 27 de abril de 2012, párr 98.

<sup>43</sup> Ver, Dino Di Nella, Elisabet Almeda y Rosa Ortiz, “Perspectiva no androcéntrica en los estudios sobre familias monoparentales”, *Athenea Digital* (2014), 190.

Patriarcado definido como “Un sistema histórico de dominación de lo masculino a lo femenino, en el que se subordina y se priva a quienes se les atribuye características femeninas del acceso al ejercicio de derechos” en Ramiro Ávila, “Género derecho y discriminación ¿Una mirada masculina?”, *Repositorio Digital Universidad Andina Simón Bolívar* (2012), 7.

<sup>44</sup> Ver, Alexander Barahona y Tatiana Ordeñana, *El Derecho de Familia en el nuevo paradigma constitucional* (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2016), 19.

<sup>45</sup> Ver, Gibran Castañeda, “Familia y Sistemas de parentesco: una contribución sociológica al estudio jurídico de la familia”, en *Derecho de Familia*, coord. de Fausto Álvarez (México: Escuela libre del Derecho, 2012), 62.

mientras que el género se define con los significados o roles que cada sociedad le atribuye a este hecho<sup>46</sup>. De acuerdo con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), el sexo se refiere a las diferencias biológicas entre hombre y mujer, mientras que el género se refiere a las identidades, funciones y atributos que son construidos socialmente para la mujer y el hombre y el significado social que se da a cada uno de ellos<sup>47</sup>. Por ejemplo, en una sociedad patriarcal sería común afirmar que los niños juegan fútbol y las mujeres a las muñecas y no al revés, ya que este tipo de sociedades asigna un rol diferenciado y muchas veces incompatible al género masculino y femenino. Esta construcción social del género es la que va creando ciertos tipos de opresión femenina ya que cuando la sociedad otorga un rol relacionado con el género femenino, es complicado oponerse a esta tarea otorgada. En el caso analizado, el artículo 153.3 del CNA supone que es ideal que el hombre cumpla con el rol de género asignado dentro de la familia (el protector, económicamente estable, fuerte, sostenedor de la familia) y la mujer, a quien comúnmente se asocia con tareas del hogar (quien cocina mejor, quien se encarga de la tarea, cuidado y apoyo emocional de los hijos e hijas). Por lo que, no se puede concebir como lo más idóneo, una familia conformada por solo una mujer, cabeza del hogar que pueda cumplir con roles de género, hasta este entonces asignados para hombres y mujeres de manera diferenciada e incompatible.

Otra de las normas que reflejan esta dicotomía entre sexo y género es la del artículo 318 del Código Civil, mismo que prescribe que “los célibes y los que se hallaren en estado de viudez o divorcio no podrán adoptar sino a personas del mismo sexo que el del adoptante”<sup>48</sup>. Este artículo refuerza la idea de que el ordenamiento ecuatoriano aún ve a ciertos roles de género relacionados directamente con el sexo del adoptante ya que por ejemplo alienta la creencia de que un hombre deberá criar a otro hombre porque solo él podría demostrarle el rol de género asignado a su sexo.

Si bien estos roles asignados en la actualidad se han ido atenuando, llegando a desaparecer en varios núcleos familiares, es una tendencia aún presente en el imaginario de la sociedad ecuatoriana. De allí subyace la preferencia que le da la legislación a una familia adoptante constituida preferentemente por un hombre y una mujer que pueda

---

<sup>46</sup> Ver, Resolución 52, Consejo de la Judicatura [Directrices a la Ley para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres], Registro Oficial 569 de 03 de octubre de 2018.

<sup>47</sup> Ver, Análisis del artículo 2 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Recomendación General, Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, 16 de diciembre de 2010, párr. 5.

<sup>48</sup> Artículo 318, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez R.O. 96 de 8 de junio de 2019.

seguir con estos roles y patrones culturales asignados. Hay que tener en cuenta que “las trasgresiones a estas normas podrían generar discriminación y violencia hacia las personas involucradas”<sup>49</sup>, porque la sociedad aún rechaza la idea del hombre realizando labores de cuidado o crianza. Con esto podría explicarse por qué en Ecuador no existe ningún candidato a adoptante solo y más bien, el cien por ciento de las aplicantes que desean formar un hogar monoparental, son mujeres.

En tercer lugar, la visión androcéntrica del derecho ecuatoriano del siglo XXI demuestra el origen de la invisibilización de formas familiares diversas. Esta visión consiste en que “toda la organización familiar, social y política gira alrededor de lo masculino y desde su punto de vista. La palabra del hombre adulto es incuestionable, atiende las necesidades del ‘ser humano’ e invisibiliza la palabra de otras diversidades”<sup>50</sup>. Si las normas son escritas e interpretadas desde una visión androcéntrica, se corre el riesgo de no escuchar otras voces reales y latentes. Si se habla solo desde la posición del hombre, no es posible visibilizar de la misma manera a todas las formas familiares, principalmente aquellas en las que la figura del hombre es ausente o carece de hegemonía<sup>51</sup>. Por lo que, esta visión estaría llena de prejuicios sociales que legitiman la autoridad masculina como “jefe de familia” y limitan el reconocimiento de núcleos familiares diversos<sup>52</sup>.

Finalmente, considerando que no existe evidencia científica clara que demuestre que las familias conformadas por parejas heterosexuales son efectivamente más beneficiosas para el bienestar psicológico de un NNA, ni más idóneos para criarlos que una persona sola -evidencia que será expuesta en la segunda sección del presente ensayo; el nivel de idoneidad de una familia que subsiste en el imaginario del legislador puede ser explicado por los siete sesgos que existen en la literatura sobre familia, explicados por Margrit Eichler.

El primero, es el sesgo monolítico, que consiste en la tendencia por tratar a una familia como una estructura uniforme en experiencias y funciones<sup>53</sup>. Es decir, se cree que

---

<sup>49</sup> José de la Rubia y Sandra Ramos, “Machismo, victimización y perpetración en mujeres y hombres mexicanos”, *Estudios sobre las culturas contemporáneas*, 22. (2016), 39.

<sup>50</sup> Ramiro Ávila, “Género derecho y discriminación ¿Una mirada masculina?”, *Repositorio Digital Universidad Andina Simón Bolívar* (2012), 7.

<sup>51</sup> Ver, Alexander Barahona y Tatiana Ordeñana. *El Derecho de Familia en el nuevo paradigma constitucional*. (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2016), 25.

<sup>52</sup> *Id.*

<sup>53</sup> Ver, Margrit Eichler, “Cambios familiares: Del modelo patriarcal al modelo de responsabilidad individual”, en *El género en el derecho. Ensayos críticos*, ed. de Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 468.

una estructura particular va a cumplir necesariamente con ciertas funciones. Esta guarda íntima relación con la confusión conceptual expuesta con antelación entre género y sexo, ya que esta estructura veía como miembros indispensables de la familia a un hombre y una mujer debido a sus funciones necesariamente diferenciadas. Parte de la idea de que “una adulta y un adulto heterosexuales y su prole biológica o adoptiva es la singular ‘mejor’ forma de familia para lidiar con cualesquiera problemas se hayan identificado”<sup>54</sup>.

El segundo sesgo es el conservador, mismo que se encarga de hacer comparaciones desfavorables entre las familias actuales y del pasado, culpándolas por deformar el modelo tradicional. Desde este sesgo, concepción romántica de la familia nuclear, se obvian los aspectos negativos de algunas, como la agresión física a las esposas, el incesto u otros tipos de abuso<sup>55</sup>. Por lo tanto, este produce una denigración simultánea a otros tipos de familia, viéndolas como disfuncionales o no tan aptas para la crianza de NNA.

Otro sesgo es el sexista, que carga a la mujer el deber de crianza y cuidado de los hijos. Este sesgo asume que hay una división de trabajo natural de las funciones familiares dentro de un hogar<sup>56</sup>. Debido a que las normas consuetudinarias otorgan al hombre el deber de ostentar la autoridad en la familia y ser su proveedor, mientras que la mujer debe subordinarse al hombre y dedicarse a la crianza y cuidado de su descendencia<sup>57</sup>. Puede notarse, que también existe una relación entre este sesgo y la unión sexo – género, expuesta con antelación.

Por otro lado, está el sesgo etario, que considera que las interacciones familiares deben ser analizadas desde la perspectiva de las personas de edad madura, dejando de lado los puntos de vista de la niñez y de la vejez, mismos que son ignorados en gran medida o por completo<sup>58</sup>. En el artículo 153.3 del CNA el hecho de que exista una preferencia legal de un tipo de familia frente a otro demuestra que se está hablando desde una visión androcéntrica porque asume que los NNA desean pertenecer sin más, a una familia biparental. Ignorando, además, que hay hombres y mujeres sin pareja que cumplen con las condiciones necesarias -los requisitos prescritos por el artículo 159 del CNA- y desean concretar su proyecto de vida con un hijo o hija pero no pueden, porque la ley hace preferencias desde una visión netamente subjetiva.

---

<sup>54</sup> *Id.*, 469.

<sup>55</sup> *Ver, Id.*

<sup>56</sup> *Ver, Id.*, 470.

<sup>57</sup> *Ver, Id.*

<sup>58</sup> *Ver, Id.*

El quinto sesgo que impide el reconocimiento en igualdad de condiciones, de todos los tipos de familia es el microestructural, que explica los comportamientos de los miembros del núcleo familiar “a través de lo que sucede dentro de la unidad, más que de un esfuerzo por entender cómo son afectados aquellos por factores externos”<sup>59</sup>. En el caso de análisis, históricamente se asocian los comportamientos negativos de los hijos que provienen de un hogar monoparental, con la estructura de este tipo de familias. Es decir, al realizarse un análisis del comportamiento de los miembros del núcleo familiar, no se toman en cuenta factores externos que afectan a estas familias (violencia, alcoholismo, entre otros) y asumen que los comportamientos negativos de los NNA son consecuencia de la experiencia de estos niños dentro de sus unidades familiares, sin más. Esto refuerza la creencia de que las familias monoparentales son disfuncionales *per se*, como si vivir en pareja fuera garantía suficiente para que no existan estos factores externos que pudieran poner en riesgo a los NNA. Por tanto:

la opción por un proyecto familiar diferente se interpreta como el efecto de una experiencia personal y familiar disfuncional [...]. Es como tener y vivir en pareja fuera por sí solo garantía suficiente para el desarrollo psíquico y social del niño (a)<sup>60</sup>.

En un informe, afectado por este sesgo, realizado por el Instituto Internacional de Estudios sobre la Familia de Madrid en el año 2015, se expusieron cifras alarmantes de hogares que crecieron sin la figura paterna, concluyendo que los NNA que crecen sin esta figura resultan más agresivos<sup>61</sup>, con menos autocontrol y escaso sentido de culpabilidad<sup>62</sup>. Es decir, se asocia la disfuncionalidad familiar con la monoparentalidad como una de las causas; sin tomar en cuenta que este tipo de familias generalmente son producto de divorcios problemáticos y que estas separaciones suelen darse por razones de violencia intrafamiliar, alcoholismo o un sinnúmero de situaciones que influyen en el comportamiento conflictivo de los miembros del núcleo familiar. Por lo tanto, hay una necesidad latente de entender el contexto externo que los afecta, para evitar caer en conclusiones prejuiciosas. Solo entendiendo este contexto y realizando estudios serios de

---

<sup>59</sup> Ver, *Id.*

<sup>60</sup> María Jociles, Ana Rivas y David Poveda, “Las representaciones expertas sobre las solicitantes individuales en los procesos de adopción”, *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares* 78 (2012), 548.

<sup>61</sup> Ver, N. Vaden-Kierman y otros "Household Family Structure and Children's Aggressive Behavior: A Longitudinal Study of Urban Elementary School Children", *Journal of Abnormal Child Psychology* 23 (1995).

<sup>62</sup> Ver, María Calvo, *La importancia de la figura paterna en la educación de los hijos: estabilidad familiar y desarrollo social*. Madrid: Instituto Internacional de Estudios Sobre la Familia, 2015, 9.

la personalidad humana, se podrá visualizar un panorama diverso que incluya varias tipologías de familia, sin que estas sean vistas como disfuncionales simplemente por su composición.

Estudios psicológicos que analizan los comportamientos conflictivos desde la personalidad humana, consideran que algunos de los factores que podrían afectar a los NNA son la “desintegración familiar, estilos de crianza, [...], desinterés de los padres, adicciones, hijos predilectos, hijos no deseados, por citar algunas”<sup>63</sup>. En ninguna de las posibles causas asociadas a las conductas problemáticas de los niños y niñas está la monoparentalidad como una causa autónoma de afectación psicológica a los NNA. Por lo que la afirmación de que las familias monoparentales generan *per se* problemas a sus miembros, carece de objetividad y es una vez más un reflejo de la visión limitada y estereotipada del concepto de familia.

El sexto sesgo es el racista, que según Eichler “deprecia a familias pertenecientes a grupos culturales o racialmente no dominantes que tienden a ser “racializados”<sup>64</sup>. Es decir, se da más valor a determinados grupos raciales sobre otros. Este sesgo existe durante etapa de selección de los NNA, cuando los adoptantes tienen la opción de exponer al Comité de Asignación Familiar sus expectativas respecto de la etnia de los NNA. En el año 2019, el 0% de adoptantes, tenía la expectativa de un niño o niña afroecuatoriano y solo el 1% tenía la expectativa de adoptar a un NNA perteneciente a la etnia montubia<sup>65</sup>. Esta tendencia permite evidenciar la continuidad de un pensamiento racista, pues este sesgo de la familia, que además las degrada, desemboca en tratos desiguales y en la creación de lazos socio-afectivos excluyentes.

Finalmente, el séptimo sesgo que explicaría por qué las familias monoparentales son consideradas como menos idóneas para adoptar a NNA en Ecuador es el sesgo heterosexista que trata a las familias heterosexuales como las naturales, concluyendo el postulado de que la capacidad de crianza se relaciona con la orientación sexual. Aunque parecería un debate ya superado, durante la redacción de la Constitución en el año 2008, aún se presentaban discursos con este sesgo: “Históricamente las sociedades de poder familiar han sido y son el matrimonio y el patriarcado, es decir, quienes han tenido el

---

<sup>63</sup> Patricia López, Asunción Barreto y Eddy Mendoza, “Bajo rendimiento académico en estudiantes y disfuncionalidad familiar”, *Revista Medisan*, 19 (2015), 3.

<sup>64</sup> Margrit Eichler, “Cambios familiares: Del modelo patriarcal al modelo de responsabilidad individual”, en *El género en el derecho. Ensayos críticos*, ed. de Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 470.

<sup>65</sup> Ver, Ecuador. Ministerio de Inclusión Económica y Social. Niños, niñas y adolescentes en proceso de adopción. Reporte mensual de septiembre (Quito: MIES, 2019), 8.

cuidado de los hijos”<sup>66</sup>. “Si no defendemos esa unión de hombre y mujer y esta institución que es el matrimonio entonces no tenemos absolutamente nada, el Estado defiende a la familia coma entre comas, en sus diversos tipos, no hay diversos tipos de familias”<sup>67</sup>. Incluso mujeres asambleístas expusieron su disconformidad con normas de reconocimiento de los diversos tipos de familia ya que según ellas:

La familia es la célula básica de la sociedad [...] constituida por la unión entre un hombre y una mujer cuyo principal objetivo es la procreación para la permanencia de la sociedad. [...] Por lo tanto, la familia es una unión esencialmente heterosexual<sup>68</sup>.

Aunque el debate constituyente giró en torno a dos posiciones -la heteropatriarcal y androcéntrica- *versus* la visión más garantista de derechos, según Ordeñana y Barahona, ninguna de las dos posiciones fue acogida en forma transversal<sup>69</sup>. Por un lado, se dio paso a una norma constitucional que reconoció a la familia en sus diversos tipos, pero por otro, se mantuvo la restricción del matrimonio o la adopción a personas del mismo sexo<sup>70</sup>. Dado que la norma objeto de análisis se publicó en el año 2003 y para el año 2008 aún no se habían superado este tipo de sesgos, es notable que el artículo 153 numeral 3 del CNA, fue afectado de similares prejuicios.

A pesar de que en Ecuador sí es posible constituir una familia monoparental por medio de la filiación derivada de la adopción, la preferencia de parejas heterosexuales por sobre personas solas para adoptar, está privilegiando un modelo biparental y heterosexual homogéneo. Ya que claramente promueve la disminución de familias monoparentales adoptantes, sin que exista evidencia científica - psicológica que justifique esta diferenciación -este tema se ampliará en la siguiente sección-. Al final, el artículo 153.3 del CNA impide que el reconocimiento constitucional de todos los tipos de familias en el Ecuador sea llevado a la práctica, ignorando que las familias monoparentales pueden

---

<sup>66</sup> Debate del artículo 67 de la Constitución, Acta C-07-08-098, Asamblea Constituyente del Ecuador, 17 de julio de 2008 citado por Alexander Barahona y Tatiana Ordeñana, *El Derecho de Familia en el nuevo paradigma constitucional* (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2016), 93.

<sup>67</sup> *Id.*, intervención Asambleísta Cesar Rohon.

<sup>68</sup> *Id.*, intervención Asambleísta Rossana Queirolo.

<sup>69</sup> *Ver*, Alexander Barahona y Tatiana Ordeñana, *El Derecho de Familia en el nuevo paradigma constitucional* (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2016), 93.

<sup>70</sup> Restricción del matrimonio homosexual que fue superada recientemente por la Causa No. 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional ecuatoriana sobre matrimonio igualitario del 12 de junio de 2019.

ser un impulso decisivo para la pluralidad y diversidad familiar<sup>71</sup>, pero además, vulnerando el interés superior de NNA por varias razones.

En primer lugar, como resultado de la aplicación del interés superior, el NNA puede gozar de otra serie de derechos. La Convención de los Derechos del Niño<sup>72</sup>, toma este principio como referencia para garantizar todos los derechos contemplados en ese instrumento<sup>73</sup>. En el caso de la adopción monoparental el derecho que se satisface *prima facie*, es el derecho de los NNA a tener una familia. Esto no implica de modo alguno que esta deba necesariamente ser una familia tradicional, porque para garantizar este derecho podrían ser también tomadas en cuenta varias de las diversas estructuras familiares existentes<sup>74</sup>. Además, considerando el reconocimiento constitucional a la diversidad familiar, cualquiera de estas formas familiares -siempre que cumplan con los requisitos del artículo 159 del CNA y que puedan garantizar el bienestar del NNA-, no deberían ser descartadas. Principalmente porque “la adopción sirve para dar una familia a un niño [...] [y por lo tanto] este derecho podría realizarse en el seno de cualquier tipo de familia protegida por la Constitución”<sup>75</sup>, ya que lo realmente importante para garantizar el interés superior del niño es la capacidad de hacerse cargo del cuidado del NNA que necesite ser acogido por ella<sup>76</sup>. Como ya se expuso, las cifras de niños a la espera de una familia adoptante en Ecuador, son alarmantes. En el año 2019, 224 NNA estaban a la espera de una familia, con solo 67 familias en posibilidad de adoptarlos<sup>77</sup>. La clara desproporción de adoptantes, sumada al desincentivo de familias monoparentales por artículos como el 153.3 del CNA o el 318 del Código Civil que como regla general impide la adopción monoparental de NNA de distinto sexo al del adoptante, reducen el universo de posibles familias adoptantes, perjudican el derecho mismo de los NNA a tener una familia<sup>78</sup>, vulnerando su interés superior.

En segundo lugar, la Corte IDH señala que para asegurar en la mayor medida posible la prevalencia del interés superior, se deben otorgar cuidados y medidas

---

<sup>71</sup> Ver, Dino Di Nella, Elisabet Almeda y Rosa Ortiz, “Perspectiva no androcéntrica en los estudios sobre familias monoparentales”, *Athenea Digital* (2014), 190.

<sup>72</sup> En sus artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40.

<sup>73</sup> Ver, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva 17/2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 28 de agosto de 2002, párr. 59.

<sup>74</sup> Ver, Roberto de Felice, “Interés superior prohíbe la restricción del derecho de adopción a las solas parejas de personas heterosexuales”, *Revista de Derecho Internacional Privado* 31 (2016), 392.

<sup>75</sup> Ver, *Id.*, 393.

<sup>76</sup> Ver, *Id.*

<sup>77</sup> Ver, Ecuador. Ministerio de Inclusión Económica y Social. Niños, niñas y adolescentes en proceso de adopción. Reporte mensual de septiembre (Quito: MIES, 2019), 9.

<sup>78</sup> Ver, *Id.*, 392.

especiales de protección”<sup>79</sup>. En ambos casos, la necesidad de adopción de medidas proviene de la situación específica de los NNA, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia<sup>80</sup>. A pesar de que en Ecuador existen este tipo de medidas<sup>81</sup>, la sola existencia de ellas no es suficiente para garantizar el interés superior ya que es necesario “no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño”<sup>82</sup>. En el análisis concreto, el artículo 153.3, impide esta ponderación porque la ley supone *erga omnes* que lo más beneficioso para el NNA será siempre una pareja heterosexual. Sin tomar en cuenta que podrían existir casos donde una persona sola, resulte ser más idónea que una pareja heterosexual para adoptar. Por ejemplo, un NNA con discapacidad, con una candidata a adoptante sola, que tenga conocimiento en el tratamiento y cuidado de estos casos particulares que deban ser descartadas frente a una opción de pareja heterosexual; niños que al consultarles prefieren, por cualquier motivo, tener solo un padre o una madre. Estas situaciones son algunas de las tantas que podrían surgir en el análisis de cada caso, mismas que merecen un análisis especial, que podría ser arrebatado por esta norma legal, vulnerando así, el interés superior del niño.

Por otro lado, con el fin de alcanzar una protección efectiva de su interés superior, existe la obligación estatal de incluir su opinión en las decisiones de procesos administrativos y judiciales que los involucren, para matizar razonablemente, el alcance de participación de los NNA en los procedimientos<sup>83</sup>. En este punto, la responsabilidad de las casas de acogida, unidades de adopción estatal y autoridades judiciales, deben tomar responsablemente la opinión de los NNA, sin sesgos ni prejuicios. Además deben dar principal atención al pronunciamiento de los menores de edad, ya que ellos son los principales actores de un proceso de adopción. En la práctica ecuatoriana, se puede observar que ciertos funcionarios que se encuentran a cargo del cuidado de esta disposición, no tienen el conocimiento ni la formación necesaria para guiar la consulta hacia los NNA de una manera saludable y con una perspectiva de derechos humanos. Por lo que prefieren dar supremacía a una ley que asume que el NNA siempre preferirá una pareja heterosexual por sobre una persona sola, algo que resulta contrario a la doctrina de

---

<sup>79</sup> Ver, Opinión Consultiva 17/02, párr. 51, Fornerón c. Argentina, párr. 49, Atala Riffo y niñas c. Chile, párr. 108.

<sup>80</sup> Ver, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva 17/2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 28 de agosto de 2002, párr. 60.

<sup>81</sup> El Título VI del CNA, prescribe varias medidas de protección para NNA.

<sup>82</sup> Opinión Consultiva 17/2002, párr. 61

<sup>83</sup> Ver, Opinión Consultiva 17/2002, párr. 102.

protección integral, la cual coloca a los NNA como sujetos de derechos con capacidad de opinar respecto de las decisiones que les conciernan y no como un objeto más de protección. Esta suposición que realiza la ley contraría al interés superior del niño porque limita su participación libre y efectiva en este tipo de decisiones. La Corte IDH, de manera reiterada ha señalado que para garantizar el interés superior de los NNA, es necesario que ellos participen en la determinación de sus derechos, “procurando el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”<sup>84</sup>, con el artículo analizado, este derecho podría ser obstruido e incluso arrebatado.

Por todo lo expuesto, resulta preponderante destacar la necesidad de que las distinciones que se realizan para preferir un modelo de familia u otro, sean justificadas con más objetividad, ya que de lo contrario se estaría inobservando el reconocimiento constitucional de la diversidad familiar. Y, a su vez, vulnerando el interés superior del niño por disposiciones como las del artículo 153.3, que impiden realizar un análisis del caso concreto en la selección de la familia idónea para el NNA. Además, minimizando su opinión, suponiendo su “deseo universal de siempre ser parte de una familia de estructura biparental”<sup>85</sup>, cayendo una vez más en una interpretación adultocéntrica que sigue viendo a la niñez como objeto de protección<sup>86</sup>.

### **3. LA FAMILIA MONOPARENTAL FRENTE AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.**

El principio de igualdad es el ente rector para el ejercicio de derechos. Así la norma constitucional ecuatoriana señala que: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, estado civil [...]”<sup>87</sup>. Asimismo, el cuerpo legal precitado reconoce que se garantizará el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación<sup>88</sup>. “El principio de la igualdad y no discriminación es transversal en todo el cuerpo normativo de la CADH”<sup>89</sup>. Por lo que este postulado anuncia una obligación para los Estados de no incluir disposiciones internas que sean discriminatorias.

---

<sup>84</sup> Opinión Consultiva 17/2002, párr. 102.

<sup>85</sup> Opinión Consultiva 17/2002, párr. 102.

<sup>86</sup> Diana Marre y Beatriz San Román, “El ‘interés superior’ de la niñez en la adopción en España: entre la protección, los derechos y las interpretaciones”, *Scripta Nova* 16 (2012), 9.

<sup>87</sup> Artículo 11, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>88</sup> Artículo 66.4, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>89</sup> Luz Sánchez y Rodrigo Uprimmy. “Igualdad ante la ley”. *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. 2da. Ed. Colombia: Konrad Adenauer, 2019, 709.

Para empezar, es fundamental tener claro que el tratar a ciertas personas de forma distinta que a otras, no necesariamente implica que este trato sea discriminatorio o atentatorio de derechos. Por tanto, se debe diferenciar entre trato desigual o diferenciado y trato discriminatorio. Los factores que implican una diferencia de trato entre personas son permitidas, en la medida que sean razonables, proporcionales y objetivas<sup>90</sup>. De modo que, para llevar a cabo la tarea de determinar si un trato desigual o diferenciado, es un trato discriminatorio, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado el test de igualdad y no discriminación con el fin de determinar si esta diferenciación es o no razonable<sup>91</sup>. Al finalizar el test, la preferencia hacia las parejas heterosexuales legalmente constituidas, deberá cumplir con los requisitos del test para que la norma sea admisible dentro del bloque de constitucionalidad ecuatoriano; caso contrario, la norma resultará discriminatoria.

Para los fines de este estudio, explicaré tres tendencias de análisis respecto de este test: La que proviene de la tradición alemana y española. Una segunda, que es aplicada por las cortes estadounidenses y finalmente la que procede de un intento de integración realizado por la jurisprudencia colombiana<sup>92</sup>, la misma que armoniza integralmente la pretensión de este ensayo, con los principios constitucionales de la nación, pues la Corte Constitucional ecuatoriana en varias sentencias ha señalado como crucial, el control de convencionalidad como una herramienta para asegurar la vigencia de derechos humanos por medio de un adecuado y completo control de las normas infraconstitucionales.

### **3.1 TENDENCIA ALEMANA - ESPAÑOLA Y TENDENCIA ANGLOSAJONA**

La tradición alemana y española del test, exige que el objetivo del trato diferenciado sea legítimo. Requiere primero, que la medida que se adopta para alcanzar este objetivo sea constitucionalmente válida; en segundo lugar, que sea adecuada o idónea para alcanzarlo. En tercer lugar, que el trato diferenciado sea necesario e indispensable. Es decir, que no exista otra medida menos onerosa. Finalmente, insta a realizar un análisis de proporcionalidad en sentido estricto -si puede haber una distinción menos gravosa de lo que se ha determinado para obtener el fin propuesto, se aplique esta y no la más onerosa<sup>93</sup>. Por lo tanto, para que no exista discriminación en el trato diferenciado: 1. La

---

<sup>90</sup> Amaury Reyes Torres, “El principio de igualdad y no discriminación como límite al margen de apreciación en el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo”, *American University Law Review* 29 (2014), 776

<sup>91</sup> Daniel Vásquez, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar* (México: UNAM), 78.

<sup>92</sup> *Id.*

<sup>93</sup> *Id.*, 79

decisión de la diferenciación debe estar fundada en un fin aceptado constitucionalmente y 2. La consecución de dicho fin debe ser necesaria, adecuada o idónea y proporcional en sentido estricto<sup>94</sup>.

Por otro lado, la tradición de corte anglosajón realiza un análisis con escrutinios de distinta intensidad. Existiendo un escrutinio leve, débil o de relación razonable en materias económicas, tributarias, política internacional, distribución de competencias, análisis de normatividad constitucional derogada y ausencia de amenaza para el derecho en cuestión. Para esto debe existir un interés estatal legítimo y dicho trato debe ser potencialmente adecuado para alcanzarlo<sup>95</sup>. Debido a que el presente análisis no contempla ninguna de estas materias, este tipo de escrutinio no será explicado con mayor detalle.

En segundo lugar, contempla el test con un escrutinio intermedio, que debe ser realizado en casos en los cuales existen derechos no imperiosos pero importantes en juego, donde hay categorías de género, discapacidad o edad. Donde exista un análisis de medidas afirmativas. Casos donde exista afectación a un derecho no fundamental y finalmente en casos donde existan indicios de arbitrariedad que afecten la libre competencia<sup>96</sup>. En estos casos se exige que el fin sea legítimo, constitucionalmente importante y que el medio sea adecuado y efectivamente conducente para alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial<sup>97</sup>. Una vez más, dado que el análisis materia del presente ensayo no contempla ninguna de estas categorías, este tampoco será utilizado en las líneas siguientes.

En tercer lugar, la tendencia anglosajona crea el test estricto, mismo que se realiza cuando existe un criterio sospechoso de discriminación, cuando hay regulaciones de derechos fundamentales, en casos donde existen grupos en situación de marginación y cuando hay medidas que crean privilegios de ciertas personas frente a otras<sup>98</sup>. En estos casos el test se realiza de la siguiente manera: i) Se verifica que el fin de la medida sea legítimo, importante e imperioso; ii) El medio que se escoja debe ser adecuado, conducente y necesario. Es decir, no puede ser reemplazado por un fin menos lesivo; iii)

---

<sup>94</sup> Luisa Conesa Labastida, “La tropicalización del principio de proporcionalidad: la experiencia de Colombia y México en el ámbito de la igualdad”, *Revista de Derecho Político* 77 (2010), 362.

<sup>95</sup> Daniel Vásquez, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar* (México: UNAM), 90.

<sup>96</sup> *Id.*, 90

<sup>97</sup> *Id.*, 89

<sup>98</sup> *Id.*, 91

Debe haber un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, donde se exige que los beneficios de la medida excedan claramente las restricciones impuestas<sup>99</sup>.

### **3.2 PROPUESTA DE INTEGRACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA PARA UN ANÁLISIS ADECUADO DEL ARTÍCULO 153.3 DEL CNA.**

La Corte Constitucional colombiana ha realizado una especie de integración de los tres criterios del test alemán (adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), utilizando estos criterios para integrarlos con distintos niveles de intensidad propuestos por la Corte Suprema de Estados Unidos (intensidad estricta, intermedia y baja). Debido a que esta es una forma más completa de realizar el test de igualdad, es la que se utilizará para el análisis del artículo 153.3 del CNA.

El primer paso para realizar el test utilizando esta propuesta integrada es “determinar en qué nivel de intensidad se debe aplicar el test para determinar los criterios y proceder al análisis”<sup>100</sup>. Para que se realice el test estricto es necesario, en primer lugar, que exista un criterio sospechoso de discriminación. El artículo 153.3 del CNA prescribe que se debe priorizar “la adopción por parte de parejas heterosexuales constituidas legalmente, sobre la adopción por parte de personas solas<sup>101</sup>. Hay dos observaciones que deben hacerse respecto del artículo precedente. La primera es que el artículo hace una diferenciación en virtud de la orientación sexual. En términos de la Corte IDH, la orientación sexual es una de las categorías protegidas por la Convención<sup>102</sup>. Según la Corte, “ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno [...] puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”<sup>103</sup>. Las consecuencias al emplearse una de estas categorías es que la distinción debe ser fundamentada rigurosamente. Además, que en estos casos se invierte la carga de la prueba, quedando en manos de la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito discriminatorio<sup>104</sup>.

La segunda observación es que el artículo 153.3 prefiere a las parejas constituidas legalmente por sobre las personas solas para adoptar, mostrando una clara preferencia basada en el estado civil. En este sentido vale señalar que la Corte Constitucional ecuatoriana dentro de sus pronunciamientos ha indicado que el artículo 11.2 de la

---

<sup>99</sup> *Id.*, 88.

<sup>100</sup> *Id.*, 93.

<sup>101</sup> Artículo 153, CNA.

<sup>102</sup> *Ver.*, Caso Atala Riffo y niñas c. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, párr. 239.

<sup>103</sup> Caso Atala Riffo y niñas c. Chile, párr. 239.

<sup>104</sup> *Ver.*, Caso Atala Riffo y niñas c. Chile, párr. 124.

Constitución, enumera categorías protegidas que pueden ser sospechosas de discriminación si se las utiliza para diferenciar. El mencionado artículo prescribe que “nadie podrá ser discriminado por razones de [...] orientación sexual [y] estado civil”. Por lo que queda demostrado que ambas categorías utilizadas en el artículo 153.3 del CNA son sospechosas de discriminación.

El segundo requisito para que el test sea estricto es que con la norma se estén regulando derechos fundamentales. La adopción al ser una medida que garantiza la satisfacción del interés superior de NNA, permite que una serie de derechos fundamentales se ejerzan simultáneamente. Por ejemplo, el derecho a tener una familia permite que se materialicen otros derechos fundamentales como lo son “la integridad, la salud, la educación y el cuidado”<sup>105</sup>.

Así también, desde el punto de vista del adoptante subyace el derecho a la familia y al libre desarrollo de la personalidad. Si bien no existe un derecho a ser padres, este artículo toma a la adopción como un medio para alcanzar un fin específico, que, en este caso, es formar una familia; ya que como se vio en la primera sección, “[e]l derecho a la familia es un derecho-fin al que toda persona puede aspirar sin discriminación alguna”. Además, este derecho puede encasillarse en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, mismo que se encuentra en el preámbulo de la Convención Americana cuando prescribe que “los derechos esenciales del hombre [...] tienen como fundamento los atributos de la personalidad humana”<sup>106</sup>. Derecho esencial intrínseco al ser humano<sup>107</sup>, como por ejemplo la libertad, entendida como “autodeterminación en relación con el proyecto de vida”<sup>108</sup>. Así, la Corte IDH ha determinado que el libre desarrollo de la personalidad abarca

la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones [...] y definir sus propias relaciones personales [...], la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres<sup>109</sup>.

Finalmente, este derecho implica “el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma como vivir su vida”<sup>110</sup>, manejando su proyecto de vida y de familia<sup>111</sup>. El

---

<sup>105</sup> Causa No. C- 104/16, Corte Constitucional Colombiana, 02 de marzo de 2016.

<sup>106</sup> Preámbulo, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>107</sup> Que puede ser limitado por el Estado ante circunstancias específicas determinadas por la ley.

<sup>108</sup> Kevin Villalobos. “El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad”(tesis de grado, Universidad de Costa Rica, 2012), 211.

<sup>109</sup> Caso Artavia Murillo y otros c. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre 2012, párr. 143.

<sup>110</sup> Caso Atala Riffo y niñas c. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, párr. 137.

<sup>111</sup> *Ver*, Caso Atala Riffo y niñas c. Chile, párr. 139.

crear una preferencia que en la práctica da mínimas probabilidades a las mujeres de ejercer una maternidad responsable en solitario, libre de prejuicios y estereotipos, sin duda vulnera también el derecho a su libre desarrollo de la personalidad. Por lo tanto, puede afirmarse que en este caso sí existe una regulación de derechos fundamentales, por lo que se cumple el segundo requisito para que la distinción sea sometida a un test estricto.

El tercer requisito es que existan grupos en situación de marginación. En este caso el grupo que tiene una desventaja normativa en temas de adopción es aquel conformado por personas solas, sin vínculo matrimonial o de unión de hecho. Además, considerando que el cien por ciento de las personas solas que desean adoptar en Ecuador, son mujeres<sup>112</sup>, esta distinción afecta principalmente a este grupo. En general, es claro que este sí ha sido un grupo históricamente vulnerable ya que hasta el día de hoy, “se enfrentan a grandes rezagos producto de muchos años de discriminación y, aun cuando han alcanzado conquistas que les permiten mostrar su potencial, todavía no se encuentran en la situación que les corresponde”<sup>113</sup>. En el caso objeto de análisis, una mujer legalmente capaz, con los recursos económicos para garantizar el bienestar del NNA, con salud física y mental adecuada para cumplir con sus responsabilidades parentales<sup>114</sup> y con toda la capacidad de brindar amor, apoyo y afecto; ve limitado su derecho a formar una familia, por el solo hecho de no tener a un hombre que legitime su idoneidad como madre.

Finalmente, el cuarto requisito para que proceda un test estricto, es que existan situaciones de privilegio de ciertas personas frente a otras. Un privilegio definido como “la exención de una obligación o ventaja exclusiva o especial que goza alguien por concesión de un superior o por determinada circunstancia propia”<sup>115</sup>. En el artículo 153.3 del CNA se está otorgando una ventaja especial -a las parejas heterosexuales por sobre las personas solas para adoptar-. En virtud de una orden legislativa que sería la “concesión de un superior”, al que se refiere el concepto previo.

Por lo tanto, dado que la diferenciación del artículo 153.3 cumple con los cuatro requisitos necesarios para que se realice un test estricto de igualdad y no discriminación, este será realizado a continuación. De acuerdo con la Corte Constitucional colombiana hay tres pasos que deben seguirse para saber si un trato desigual resulta o no

---

<sup>112</sup> Ver, Ecuador. Ministerio de Inclusión Económica y Social. Niños, niñas y adolescentes en proceso de adopción. Reporte mensual de septiembre (Quito: MIES, 2019), 13.

<sup>113</sup> Diana Lara, *Grupos en situación de vulnerabilidad* (México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015), 47.

<sup>114</sup> Algunos de los requisitos objetivos exigidos por el CNA en su artículo 159.

<sup>115</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed. Madrid: Editorial Espasa, 2014., s.v. “privilegio”.

discriminatorio. i) El fin de la medida debe ser legítimo, importante e imperioso. ii) El medio debe ser adecuado, conducente y necesario o indispensable, lo que implica que no pueda ser reemplazado por un fin menos lesivo. iii) Debe haber un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, que los beneficios de la medida excedan claramente las restricciones impuestas<sup>116</sup>.

Respecto de la necesidad de que el fin de la medida debe ser legítimo importante o imperioso. Como ya se vio con antelación la finalidad de la adopción es garantizar el derecho de los NNA a tener una familia permanente y definitiva, además de lograr su desarrollo integral en el pleno disfrute de otros derechos<sup>117</sup> ¿Es este fin legítimo? Para Jaime Araújo, para que el fin sea legítimo éste debe reunir dos características: No debe estar prohibido, es decir el fin debe estar permitido por la Constitución y debe ser relevante<sup>118</sup>. En este caso, la búsqueda por garantizar una familia a los NNA, salvaguardando su interés superior, claramente está contemplada en los artículos 45, 67, 69 de la Constitución del Ecuador, mismos que prescriben varios de los derechos que tienen los NNA, entre ellos el derecho a tener una familia y el deber del Estado de garantizarla. Además, la Corte IDH expresamente ha señalado que el “objetivo general de proteger al principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso”<sup>119</sup>.

En segundo lugar, el medio debe ser adecuado, conducente y necesario o indispensable, lo que implica que no pueda ser reemplazado por un fin menos lesivo. Aquí hay una importante observación que debe hacerse. La finalidad que persigue la norma es garantizar una familia “idónea”, es decir la familia más adecuada y apropiada<sup>120</sup> para criar a un NNA. En términos simples, para ser considerada idónea deberían verificarse los requisitos objetivos del artículo 159 del CNA, porque ¿de qué otra manera podríamos juzgar una familia idónea – no idónea, sin caer en presiones y pasiones ideológicas?

---

<sup>116</sup> Ver, Luisa Conesa, “La tropicalización del principio de proporcionalidad: la experiencia de Colombia y México en el ámbito de la igualdad”, *Revista de Derecho Político* 77 (2010), 362.

<sup>117</sup> Ver, Artículo 1 y 151, CNA.

<sup>118</sup> Ver, Jaime Araújo. “Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2006), 853.

<sup>119</sup> Caso Atala Riffo y niñas c. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, párr. 108.

<sup>120</sup> Ver, Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed. (Madrid: Editorial Espasa, 2014), s.v. “idóneo”.

Esta es justamente la observación necesaria para entender que el medio no es adecuado, conducente ni necesario para garantizar a los NNA una familia idónea<sup>121</sup>. En este caso, el artículo 153.3 del CNA, destaca la creencia del legislador de que una familia heterosexual casada o con unión de hecho es la más idónea para adoptar *versus* una persona sola, cayendo en varios sesgos, explicados en la primera sección de este ensayo.

Por tanto, surge la interrogante de si esta preferencia ¿es una medida adecuada para lograr proteger el interés superior del NNA? Al respecto se debe indicar que no existe evidencia científica que demuestre una crianza superior o de más calidad por parte de las parejas heterosexuales constituidas legalmente en matrimonio o unión de hecho. Ciertos psicólogos destacan la influencia insustituible “sobre el crecimiento y desarrollo del niño y la importancia del papel que tiene el padre para orientar a los hijos en la adquisición de un preciso rol sexual”<sup>122</sup>. Sin embargo, esta tendencia, más allá de perpetuar un ejercicio tradicional de la asignación de roles de acuerdo al sexo, olvida que una mujer podría perfectamente lidiar con distintos roles de género asignados por la sociedad, porque como se explicó en la primera sección, estos roles no necesariamente son inseparables del sexo masculino o femenino. En este caso la mujer podría al mismo tiempo criar a su hijo -rol típicamente asignado para la mujer-, trabajar y ser el sustento del hogar, cumpliendo con otros roles asignados históricamente solo para hombres. En la misma línea, la preconcepción de que los niños criados por una persona sola tendrían necesariamente dificultades para definir roles de género y sexuales permite demostrar una visión estereotipada de la familia<sup>123</sup> que impide que un NNA en situación de abandono, goce de la protección de una familia idónea. Por lo tanto ¿hasta qué punto esta preferencia es adecuada para alcanzar sus fines? Esto permite referir ciertos estudios que se han hecho sobre el tema, mismos que:

desestiman que las familias adoptivas monoparentales representen un mayor factor de riesgo para el proceso adoptivo, y, por el contrario, [...] estas adoptantes viven experiencias de crianza sustancialmente similares a las de parejas de adoptantes y tienden a tener el mismo éxito que las parejas en su desempeño parental. Incluso, algunos estudios muestran

---

<sup>121</sup> El TEDH ha señalado que cuando hay una distinción de tratamiento entre los diversos tipos de familia, se requiere que la medida alcance el objetivo buscado y que para lograr ese objetivo sea necesario excluir ciertas categorías de personas. Caso *Karner c. Austria*, Tribunal Europeo de DDHH, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de julio de 2003, párr. 41.

<sup>122</sup> Rocco Quaglia, “El papel del padre en el desarrollo del niño”. *Revista de Psicología INFAD*, 2. (2007), 167.

<sup>123</sup> *Ver*, Caso *Atala Riffo y niñas c. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, párr.124 – 125.

que pueden ser más capaces de enfrentar adopciones de niños con necesidades especiales<sup>124</sup> [...]. Otro estudio realizado con hijos adolescentes de adoptantes monoparentales concluye que no existen complejidades adicionales ni elementos psicopatológicos en este tipo de adopciones y que, incluso, existen mayores oportunidades de desarrollo positivo y creatividad para ellos<sup>125</sup>.

Por lo tanto, parecería que la distinción que realiza el artículo 153.3 no es necesaria. Es preciso visibilizar, que para lograr el bienestar de un NNA existe otro medio diferente al de la preferencia a las parejas heterosexuales legalmente constituidas, lo cual incluye el análisis del caso concreto. Así, con la eliminación de este enunciado legislativo, el juzgador tiene un contexto limpio para decidir con base en el interés superior del NNA, aplicando lo que resulte más favorable de acuerdo a la situación que lo recubra. Dado que no es posible invocar el principio del interés superior del niño contra norma expresa<sup>126</sup>, el numeral tres del mencionado artículo, en lugar de permitir la realización de los fines en materia de adopción, terminaría entorpeciendo el cumplimiento del fin pretendido.

Además, es muy importante destacar que de acuerdo con la Corte IDH, la determinación del interés superior del niño, debe hacerse en virtud de la evaluación de comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar del desarrollo del niño según cada caso concreto, no en razón de daños o riesgos especulativos que caigan en estereotipos o normas generalizadas sobre preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de familia<sup>127</sup>. El priorizar legislativamente a las parejas heterosexuales, asume *erga omnes*, que la adopción monoparental es menos idónea para el NNA, especulando sobre las realidades de estas familias. El hecho de preferir a cierto tipo de familia -heterosexual, biparental- por sobre otra, sin que esa preferencia sea idónea y la menos lesiva para alcanzar el fin, resulta un impedimento para que se realice un análisis del caso concreto produciendo que las autoridades administrativas y judiciales prefieran a una pareja heterosexual por sobre un potencial adoptante solo, suponiendo que esto es lo mejor para el interés superior del

---

<sup>124</sup> Feigelman y Silverman 1977; Groze 1991; Pakizegi 2007; Groze y Rosenthal 1991; Haugaard, Palmer y Wojslawowicz 1999 en Irene Salvo. “Narrativas de mujeres que adoptan monoparentalmente en Chile: dispositivos de intervención y prácticas de resistencia”. *Revista de Psicología*, 25. (2016), 30.

<sup>125</sup> Behnaz Pakizegi, “Adolescent Adoptees of Single Mothers by Choice”, *International Journal of Humanities and Social Science* 2 (2012), 173.

<sup>126</sup> Artículo 11, CNA.

<sup>127</sup> Ver, Caso Atala Riffo y niñas c. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, párr. 109.

niño, sin un sustento objetivo. Como lo establece la Corte: “ la determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental [...] no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño”<sup>128</sup>.

Por lo tanto, a pesar de que la norma persigue un fin legítimo -brindar a los niños del derecho a tener una familia “idónea” constituida por dos personas para brindarles mayor seguridad y salvaguardar el interés superior del niño-. El medio -preferencia de parejas heterosexuales por sobre personas solas para adoptar-, resulta inadecuado ya que la idoneidad está siendo juzgada desde una visión heteropatriarcal y homogénea de la familia. Asimismo, de acuerdo a la Corte IDH, la sola referencia del principio del interés superior del niño, sin probar en concreto los riesgos o daños que podría conllevar cierta situación -en este caso el tener una persona sola adoptante- no puede servir para la restricción de un derecho protegido, en este caso, el derecho a formar una familia en igualdad de condiciones. La Corte señala que los daños alegados deben ser concretos, específicos y sustentarse en evidencia técnica, con dictámenes de expertos e investigadores<sup>129</sup>. Como ya se explicó, no existe evidencia técnica que logre confirmar que efectivamente una familia monoparental podría resultar perjudicial para el NNA.

Finalmente, el último requisito necesario para que una diferenciación no resulte discriminatoria, es que exista un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, que los beneficios de la medida excedan claramente las restricciones impuestas. En este caso, el beneficio principal producto de la norma debería ser que cada vez más NNA puedan tener familias adoptantes idóneas, que les garanticen el pleno disfrute de sus derechos. Por tanto, la preferencia que se da a las parejas heterosexuales por sobre las personas solas, no es proporcional, debido a que este trato desigual sacrifica principios y valores de mayor envergadura que los que se pretende satisfacer por medio de esta distinción. En apariencia, esta norma legal actúa en torno a la protección del NNA, en el entendido que la familia tradicional es la más idónea para el cuidado de los hijos. Pero esto perpetúa el estereotipo de discriminación hacia las personas solas y en especial a las mujeres que pretenden adoptar. A su vez, la aplicación de este principio resulta incompatible con el interés superior del niño porque no garantiza que los NNA puedan tener una familia, sino que impide la formación de este tipo de familias, mientras reduce el universo de familias adoptantes -porque las desincentiva-, impidiendo que los NNA puedan tener más posibilidades de ser adoptados.

---

<sup>128</sup> Caso Atala Riffo y niñas c. Chile, párr. 39.

<sup>129</sup> *Ver*, Caso Atala Riffo y niñas c. Chile, párr 108-110.

Considerando que “la discriminación se configura cuando existe una distinción arbitraria, esto es, una distinción carente de justificación objetiva y razonable”<sup>130</sup>, el artículo 153.3 sí resulta discriminatoria ya que no es la vía menos lesiva, ni adecuada para garantizar una familia “idónea” a los NNA. El hecho de que en materia de adopción no se esté aplicando el criterio más lesivo -la prohibición-, ya que las personas solas pueden adoptar en Ecuador, no implica que el principio de preferencia prescrito en el artículo 153.3 sea el menos lesivo, ya que una vía para garantizar una familia idónea sería realizar acoger o descartar esta preferencia luego del análisis del caso concreto. Además, no existe un criterio razonable y objetivo -libre prejuicios vistos desde la estructura homogénea biparental y heteropatriarcal de familia-, algo que sin duda es cuestionable considerando que Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia que busca garantizar la igualdad de derechos y oportunidades y principalmente reconoce abiertamente la diversidad familiar. Por todo lo expuesto, en esta esfera de análisis, la preferencia que la ley establece a las parejas heterosexuales constituidas legalmente en unión de hecho o matrimonio, por sobre las personas solas, no es adecuada para lograr un fin constitucionalmente válido, pues viola varios derechos constitucionales correspondientes al derecho a la igualdad, no discriminación, y protección de todo tipo de familias.

#### **4. CONCLUSIONES**

Con la vigencia de la Constitución de 2008, se reconoció a la familia en sus diversos tipos, con la intención de que este reconocimiento implicaría un cambio radical para la realidad social ecuatoriana. Sin embargo, doce años después de este hito histórico, aún existen normas de rango infraconstitucional que contrarian la Carta Magna. Pues la realidad muestra que día a día normas como las del artículo 153.3 del CNA, continúan vulnerando varios intereses y derechos fundamentales que ponen en mayor desventaja a ciertos sectores de la sociedad -en este caso principalmente NNA en situación de vulnerabilidad y las candidatas adoptantes mujeres- debido a que los diversos cuerpos legales, aún no se armonizan con el escenario constitucional vigente.

Considerando que las normas son una construcción social, resulta inevitable que los valores sociales se impregnen en las mismas. El derecho, al ser un instrumento que regula las relaciones sociales, “ha enraizado la subordinación femenina y el modelo

---

<sup>130</sup> Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC- 18/03, Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 17 de septiembre de 2003.

unívoco de familia en la conciencia personal y colectiva de la sociedad”<sup>131</sup>. Por tanto, a pesar del intento constitucional transformador, ciertas normas aun están plagadas de varios sesgos que impiden se dé un tratamiento libre prejuicios a la formación de familias distintas al modelo heteropatriarcal predominante hasta la fecha. Hoy, mujeres que están en la capacidad de amar a un niño o niña sin restricciones y cumplen con todos los requisitos objetivos que la ley exige, son consideradas menos idóneas para adoptar por el simple hecho de no haber constituido un vínculo legal con un hombre que pueda legitimar su idoneidad como madres. Provocando con esto, que limiten y menoscaben derechos de los principales protagonistas del proceso de adopción, que son los niños, niñas y adolescentes; evitando que estos gocen plenamente de la efectivización de su interés superior.

Finalmente, la norma en análisis deja ver que es el resultado de varios sesgos, está plagada de prejuicios patriarcales, y resulta discriminatoria, porque luego de realizar el test estricto de igualdad, no logra probar que efectivamente es el medio más idóneo y menos lesivo para alcanzar sus fines. Por todo lo expuesto, es necesario que la ley reconozca a todas las familias en igualdad de condiciones, garantizando el derecho a la igualdad y no discriminación, y además para que no se vulnere el derecho de los NNA a tener una familia que pueda brindarles las garantías objetivas de cuidado y bienestar. Este artículo busca visualizar el problema, ver su raíz y las consecuencias de este, con la finalidad de mejorar situaciones tangibles en la práctica. Esta es sin duda una tarea que interesa a todos y todas porque “cuando hay un hombre o mujer consiente de la discriminación y opresión que se produce en una sociedad patriarcal, hay cambios; y cuando hay cambios, hay esperanza de un mundo mejor”<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> Alexander Barahona y Tatiana Ordeñana, *El Derecho de Familia en el nuevo paradigma constitucional* (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2016), 25.

<sup>132</sup> Ramiro Ávila, “Género derecho y discriminación ¿Una mirada masculina?”, *Repositorio Digital Universidad Andina Simón Bolívar* (2012), 25.