

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Prohibición de adopción homoparental en Ecuador:
la (in) suficiencia del análisis interpretativo**

Nicolás Guevara Ruales

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogado

Quito, 20 de noviembre de 2022

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos:	Nicolás Guevara Ruales
Código:	00200810
Cédula de identidad:	1721937488
Lugar y Fecha:	Quito, 20 de noviembre de 2022

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

**PROHIBICIÓN DE ADOPCIÓN HOMOPARENTAL EN ECUADOR: LA (IN) SUFICIENCIA DEL ANÁLISIS
INTERPRETATIVO.¹**

**THE PROHIBITION OF ADOPTION BY SAME-SEX COUPLES IN ECUADOR: SUFFICIENCY OF
INTERPRETATIVE ANALYSIS**

Nicolás Guevara Ruales²
nguevarar@estud.usfq.edu.ec

RESUMEN

Proveniente de la lectura integral del ordenamiento jurídico ecuatoriano, no queda claro el alcance del derecho a la adopción por parte de personas no heterosexuales en el Ecuador. Frente a esto, se han dado dos posibilidades que, al menos en un inicio, parecerían tratarse de antinomias respecto a si hay o no una prohibición realmente. Ambas discusiones parecerían estar relacionadas al choque entre la voluntad constituyente plasmada en la *carta magna* y una norma del bloque de constitucionalidad. El presente trabajo analizará lo tocante a la adopción por parte de parejas del mismo sexo y el análisis interpretativo posible entre el choque de la voluntad constituyente y los derechos fundamentales de las personas.

PALABRAS CLAVE

Voluntad constituyente; antinomia; derechos fundamentales; bloque constitucional; jerarquía material.

ABSTRACT

Coming from the comprehensive reading in the Ecuadorian legal system, the scope of the right to adoption by non-heterosexual people in Ecuador is not clear. Derived from this, there have been two possibilities that, at least initially, would seem to be antinomies regarding whether or not there really is a ban. Both discussions would seem to be related to the clash between the constituent will embodied in the *carta magna* and a norm of the constitutional block. The present work will analyze what is related to the adoption by same-sex couples and the possible interpretive analysis between the clash of the constituent will and the fundamental rights of the people.

KEY WORDS

Constituent will; antinomian; fundamental rights; constitutional block; material hierarchy.

¹Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Mauricio Maldonado Muñoz.

² © 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. CONTEXTO SOCIAL DE LA FAMILIA EN ECUADOR.- 3. SER ADOPTANTE COMO DERECHO FUNDAMENTAL.- 4.LA ANTINOMIA.- 4.1. IDENTIFICACIÓN DE LA ANTINOMIA.- 3.2 SOBRE LA ADOPCIÓN MONOPARENTAL EN ECUADOR Y EL ARTÍCULO 159 DEL CNA.- 4.3 LA OPINIÓN CONSULTIVA OC 24/17.- 4.3.1 LA POSICIÓN DE LA CORTE IDH.- 4.3.2 EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD.- 4.3.3 EL VALOR DE LA OC 24/17 EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO 5. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y SU JERARQUÍA INTERNA.- 6. LA APLICACIÓN CONSTITUCIONAL.- 7. CONCLUSIONES.

1. Introducción

En los últimos años, el Ecuador ha realizado considerables avances para la comunidad LGBTIQ+, desde la despenalización de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo hasta la reciente y polémica sentencia entorno a la permisión del matrimonio igualitario. Pero lo cierto es que el entorno social actual está bastante alejado de lo podría poder considerarse seguro e incluyente para este colectivo. Si bien la problemática de persecución por parte del Estado, como en el Código Penal de 1997 que es la norma que condenaba las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, ya es algo del pasado, todavía perduran en el ordenamiento jurídico ecuatoriano trabas importantes para lograr esa inclusión y respeto a las diversas formas de orientación sexual y su derecho a formar una familia. Tal es el problema de la adopción por parte de parejas del mismo sexo, que en el contexto actual implica una incongruencia importante en el ordenamiento.

Sobre la base del análisis de la sentencia N°8-09-IC/21, que trata la adopción monoparental, se puede argumentar que la preferencia del sistema ecuatoriano debería ser el acogimiento familiar por sobre el acogimiento institucional, lo que, además, la propia sentencia identifica, mediante cifras, como un proceso que ha sido siendo complejo y que todavía no se ha conseguido, pues el sistema de adopción tiene algunas problemáticas sistemáticas profundas. La sentencia realiza un análisis referente a la posibilidad de adopción de personas solas en Ecuador, y no encuentra en ningún momento razón alguna que lo impida. La Corte emite la sentencia aclarando que cualquier persona soltera puede adoptar, siempre y cuando cumpla los requisitos establecidos en el artículo 159 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia.

Ahora bien, estos requisitos contemplan una exclusión en su numeral seis, aclarando que en casos de adopción por parte de parejas estas deben ser heterosexuales. Esto mismo es lo que abre un problema, pues la Corte nunca hace un estudio de la prohibición expresa del artículo 68 para parejas no heterosexuales. Lo primero referente a lo que, según creo, es una clara violación a los derechos humanos que enfrentan las parejas homoparentales para adoptar, pues si bien el artículo 159 del CNA coincide con el inciso segundo del artículo 68 de la Constitución del Ecuador que establece que "... la adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo", hay que recordar que la sentencia N°11-18-CN/19, a propósito del matrimonio igualitario, ha resaltado que la propia Constitución en su artículo 3 (1) establece que el derecho a la igualdad y no discriminación es un deber primordial del Estado, y así mismo, en su artículo 66 (4) reconoce que se garantizará el "Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación." Esto crea, entre estos artículos y el inciso 2 del artículo 68 que expresamente impide la adopción a parejas no heterosexuales, un obvio trato diferenciado entre parejas dependiendo de su orientación sexual.

En este mismo sentido, se debe recalcar la falta de coherencia que queda establecida dentro del ordenamiento. Este “dilema” ya no solo por la posible violación de derechos explicada. Si analizamos el contexto descrito esto supone la posibilidad de que cualquier persona no heterosexual, que busque conformar una familia monoparental, pueda seguir un proceso de adopción sin ningún problema, y que inclusive finalice con un resultado favorable, siempre que se sigan los requisitos del 159 del COA. Es decir, queda establecida la premisa de que toda persona no heterosexual podría adoptar, con la única excepción de que se encuentre casada con otra persona del mismo sexo, cosa que, bajo la óptica de la igualdad y no discriminación, parece no tener sentido.

2. El contexto social de la familia en Ecuador

En Ecuador “el contexto heteronormativo que significa lo ‘normal’ o que lo socialmente esperado es ser heterosexual.”³ Sigue siendo una narrativa impuesta. Esto, sin duda, es la base para criticar la adopción homoparental y sus implicaciones en la salud mental de los niños, niñas y adolescentes, sobre todo en cuanto a su desarrollo social y a la posible dificultad por parte de estos menores para poder entablar relaciones libres de estigma social. Sobre todo, es usual la argumentación basada en la necesidad social de la familia tradicional y la inmoralidad que implica aceptar otras formas de familia, especialmente al no estar basadas en esa heteronormatividad.

Esto nos ayuda a entender, más allá de las leyes, el estigma con el que se percibe a las personas LGBTIQ+ y como esto ha venido influyendo históricamente en el desarrollo tardío de su derecho a la igualdad y no discriminación. Tan es así que nuestra propia Constitución priva del derecho a la adopción a parejas no heterosexuales de forma expresa. Cosa bastante disonante para un modelo basado en el garantismo y el aseguramiento de derechos fundamentales, como formar una familia.

Además de esto, proveniente de la lectura de las normas relevante sobre la materia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, no queda claro el alcance del derecho a la adopción por parte de personas no heterosexuales en el Ecuador. Frente a esto, se han dado dos posibilidades que, al menos en un inicio, parecerían tratarse de antinomias respecto a si hay o no una prohibición realmente. Ambas discusiones parecerían estar relacionadas al choque entre el texto constitucional y una norma del bloque de constitucionalidad.

3. Ser adoptante como derecho fundamental

³ Carlos Silva, *‘Creo que soy bisexual y temo que mis padres me rechacen’*. El Universo, 2022.

Es imprescindible identificar si el derecho a la adopción es un derecho fundamental. Si bien, como se verá, a ojos de la Opinión Consultiva 24/17, es claro el favor al derecho a la adopción por parte de cualquier persona, es claro también que debemos identificar si tal derecho obedece a la categoría de un derecho humano. Esto traerá más claridad en el caso de una posible antinomia, pues todo artículo referente a derechos humanos en la *carta magna* marca una favorabilidad importante dentro del planteamiento de solución de antinomias como también se analizará más adelante.

Ferrajoli señala que “cada ordenamiento puede contener catálogos más o menos amplios de derechos fundamentales o incluso no contener ninguno.”⁴ Esto da la libertad de decidir a cada Estado cuales son esos derechos fundamentales. Pero es sustancial poder hacer una definición formal sobre su naturaleza para poder saber si el derecho a la adopción es uno de estos y por ende protegido con carácter especial por la Constitución del Ecuador.

En atención a esto, Ferrajoli ha definido como derechos fundamentales a “[...] los derechos de los que todos son titulares en cuanto personas naturales o en cuanto ciudadanos, o bien, si se trata de derechos-potestad, en cuanto capaces de obrar en cuanto ciudadanos capaces de obrar.”⁵ Lo que queda claro de esta definición precedente es que los derechos llamados fundamentales tienen el rasgo compartido de la universalidad. Es decir, hay clases enteras de sujetos que son titulares de este tipo de derechos. Pero de esto es importante aclarar que el concepto de “universalidad” es relativo. Este es un concepto que realmente comprende un posicionamiento específico de los sujetos referente a lo que se predica o, dicho de otra forma:

[...], no todos los derechos fundamentales corresponden a todos los seres humanos y no todos los seres humanos son titulares de los mismos derechos fundamentales. [...], los únicos derechos que corresponden indistintamente a «todos» los seres humanos son los que, precisamente, llamaré “humanos” y que son hoy, en todos los ordenamientos avanzados, el derecho a la vida y las libertades fundamentales, el *habeas corpus* y las demás garantías penales y procesales.⁶

En esta explicación encontramos una herramienta importante para depurar nuestro análisis. Si bien existen diversos tipos de derechos fundamentales, y cada uno de ellos corresponde a universalidades específicas, es claro que los derechos humanos siempre serán catalogados como fundamentales para todas las personas. Es decir, no todo derecho fundamental es un derecho humano, pero todo derecho humano es un derecho fundamental. Al menos bajo la óptica señalada (esto es, una visión estipulativa, no meramente descriptiva)⁷. Por lo que, la clasificación más importante es la

⁴ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris: Teoría del derecho y la democracia* (Roma: Editorial TROTT, S.A., 2016), 685.

⁵ *Ibid.*

⁶ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris: Teoría del derecho y la democracia*, 686.

⁷ Hay algunos actores que señalan que, de hecho, no existe ninguna diferencia de entidad entre estos derechos, que, por lo demás, pertenecen a una misma tradición (por ejemplo, Maldonado Muñoz, M. Los derechos fundamentales. Un

referente a derechos humanos, pues “[s]e trata de los únicos derechos universales en el sentido sustancial [...], en cuanto pertenecen, indistintamente, a todas las personas naturales y por ello, al menos hoy, a todos los seres humanos.”⁸ De tal manera que, siguiendo la teoría de Ferrajoli, los derechos humanos son aquellos que les pertenecen a las personas naturales solo por el hecho de serlo. Aclaración del todo importante, pues entender esta distinción permite identificar cual es la universalidad de sujetos que protege uno u otro derecho, y así al catalogar a un derecho como humano, podemos asegurar que el mismo es susceptible de ser ejercido por cualquier persona.

Esto sirve para identificar la situación de las parejas adoptantes, pues está claro, bajo este análisis, que el derecho a crear una familia es un derecho humano. Y no solo que es un derecho reconocido en la Constitución, además es un derecho consagrado en tratados internacionales suscritos por el Estado ecuatoriano.

En Ecuador, la norma constitucional dispone en el artículo 67, lo siguiente:

Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.⁹

Por el sentido plural en que empieza la disposición, se puede ver que la protección a la familia implica un respeto a la diversidad en que se pueda presentar la formación de dicha familia. Y, añadido a esto, se debe recordar que Ecuador ha suscrito la Convención Americana de Derechos Humanos, en la cual en su artículo 17 se consagra la protección a la familia¹⁰, y también al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹¹. Todo esto obliga a afirmar que este derecho a la libre constitución de una familia es un derecho humano.

Ahora, queda claro que, dentro de las diversas formas de hacerlo, una forma de constituir una familia es mediante la adopción. Además, el ordenamiento jurídico ecuatoriano lo permite y lo reconoce como tal. De hecho, la norma constitucional protege a todo miembro familiar, especialmente a los menores en su artículo 69 numeral 6 al señalar que “[l]as hijas e hijos tendrán los mismos

estudio conceptual. Santiago de Chile: Olejnik, 2018). En este trabajo, sin embargo, consideraré relevante dicha diferencia, por lo que continuaré con la argumentación que he delineado.

⁸ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris: Teoría del derecho y la democracia*, 698.

⁹ Artículo 67, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁰ Artículo 17.- Protección a la Familia.-1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

¹¹ “Artículo 10 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.” ONU Asamblea General. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 de diciembre de 1966, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción.” Con lo cual queda claro que la adopción es una forma mediante la cual se puede constituir una familia en Ecuador.

Esto último es especialmente importante, porque el rol que desempeñan ciertos derechos humanos, en determinados contextos, es aquel de apuntalar o permitir el goce de otros derechos, por ejemplo, los llamados “derechos de tercera generación”. La idea es conseguir garantizar que los derechos de generaciones anteriores se cumplan a cabalidad. Claro que “[e]sta clasificación en generaciones, [...], es puramente metodológica y no implica jerarquización alguna, al menos desde un enfoque integral de los derechos humanos.”¹² En el presente caso, se puede notar que el derecho a ser adoptante es una garantía al derecho de constituir una familia, pues hay casos en que personas o parejas podrían no tener forma de procrear, o simplemente no estar interesadas en hacerlo mediante un embarazo propio.

Comenzando por el hecho de que el derecho a crear una familia es un derecho de primera generación. Hoy en día, a estos derechos “se los califica como derechos civiles y políticos, que por esa razón son conocidos como la primera generación de los derechos humanos”¹³. Y, al menos en nuestro ordenamiento, la Convención Americana de Derechos Humanos ha consagrado una serie de derechos civiles y políticos entre los que se destacan: el derecho a la vida, el derecho a la personalidad jurídica, la protección a la familia y los derechos del niño, entre otros. El objeto de estos derechos se centra en “la tutela del desarrollo de la libertad, la seguridad y la integridad física y moral de las personas, así como de su derecho a participar en la vida pública.”¹⁴

Pero, estos derechos, para su pleno desarrollo, requieren de la aplicación de derechos complementarios. Como ya se dijo, “[l]os derechos de tercera generación, [...], sirven de complemento a los de las dos generaciones anteriores en cuanto se refieren a la creación de condiciones concretas para el ejercicio de estos últimos.”¹⁵ En último término, aunque son posibles distintas clasificaciones y distinciones en “generaciones”, usar esta etiqueta ayuda a comprender algunos problemas de detalle. Cosa que sucede en el caso del derecho a ser adoptante, ya que la adopción es una institución familiar que sirve para poder cumplir con el derecho a crear una familia. Este último es un derecho de primera generación. Y, visto como un complemento, no se podría entender uno de ellos desprendido del otro. Si bien no son el mismo derecho, su comprensión complementaria hace que ambos derechos sean derechos humanos. Además, visto desde este punto,

¹² Agustín Grijalva, “¿Qué son los Derechos Colectivos?”, *Los derechos colectivos. Hacia su efectiva comprensión y protección* (2009), xv.

¹³ Pedro Nikken, “El concepto de Derecho Humanos”, *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 18.

¹⁴ José Luis Torres, “Naturaleza e historia de los Derecho Humanos”, *Espiga*, 12.

¹⁵ Agustín Grijalva, “¿Qué son los Derechos Colectivos?”, xvi.

prohibir o restringir su acceso podría ser una manera de distorsionar ya no solo el derecho a crear una familia, sino a la igualdad ante la ley, derecho humano consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos. Idea que se estudiará más adelante en este trabajo.

4. La antinomia

4.1. Identificación de la antinomia

A partir del problema explicado hay que demarcar claramente la conversación que debe llevarse a cabo para dar con la posible solución. En ese sentido, es importante remarcar que la posible incompatibilidad encontrada marca una discusión en torno a una norma dentro de la propia Constitución. Ello, con relación al texto de la Constitución y, por su lado, a la Opinión Consultiva OC 24/17 y la sentencia sobre adopción monoparental (8-09-IC/21). Pero esto no es suficiente para poder decir que existe una antinomia, por lo que el primer paso es identificar si realmente se trata de un caso que conforme los supuestos para una antinomia en el ordenamiento.

Según Guastini:

Puede suceder –en verdad sucede continuamente– que dos normas dispongan para un mismo supuesto de hecho (una circunstancia o una combinación de circunstancias), **singular y concreto**, consecuencias jurídicas entre ellas incompatibles.¹⁶ (énfasis agregado)

Estas son las situaciones que se identifican como antinomias. Pero, aquí, hay un detalle importante. Hemos mencionado dos fuentes que hacen que el ordenamiento jurídico ecuatoriano pueda ser contradictorio, pero eso no hace *per se* que las normas incongruentes sean antinomias, pues para decir que existe una antinomia necesitamos siempre iniciar con la constatación de que

[...] las disposiciones normativas son (si no siempre, casi siempre) equívocas: es decir, admiten más de una interpretación. Y cada interpretación distinta hace que de una misma disposición se desprenda una norma distinta.¹⁷

Esto supone que pueden existir casos donde dos normas, si bien tienen un supuesto de hecho parecido, no contemplan realmente un mismo supuesto, por lo que su solución no requeriría siquiera de la intervención interpretativa, tan solo de identificar con claridad la semántica que describe el supuesto de hecho en la norma. O, por el contrario, podríamos hablar de una efectiva antinomia, pero donde la aplicación de la jerarquización normativa o su cronología sean más que suficientes para dar solución a la incoherencia del sistema sin requerir una interpretación exhaustiva.

4.2. Sobre la adopción monoparental en el Ecuador y el artículo 159 del CNA

¹⁶ Riccardo Guastini, *Interpretar y argumentar* (Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2014), 117.

¹⁷ Riccardo Guastini, *Interpretar y argumentar*, 121.

La adopción monoparental fue tema de un análisis en la sentencia 8-09-IC/21 de 18 de agosto de 2019, de la Corte Constitucional. En este caso, lo primero a mencionar es que, a pesar de haber sido una solicitud rechazada por improcedente, en ella se desarrolló la situación de la adopción monoparental en el Ecuador y se da claridad sobre el desarrollo del derecho a adoptar y ser adoptado, por lo que es de importancia para este estudio. Siendo lo relevante que la adopción monoparental claramente es una condición jurídica posible en nuestro ordenamiento. Y, valor trascendental para este trabajo, se ve claramente que se trata de una figura que no impide la posibilidad de ser adoptante a ninguna persona más allá de las prohibiciones del propio artículo 159 del CNA:

Requisitos de los adoptantes. - Los candidatos a adoptantes deben cumplir los siguientes requisitos: 1. Estar domiciliados en el Ecuador o en uno de los estados con los cuales el Ecuador haya suscrito convenios de adopción; 2. Ser legalmente capaces; 3. Estar en pleno ejercicio de los derechos políticos; 4. Ser mayores de veinticinco años. 5. Tener una diferencia de edad no menor de catorce ni mayor de cuarenta y cinco años con el adoptado. La diferencia mínima se reducirá a diez años cuando se trate de adoptar al hijo del cónyuge o conviviente, en los casos de unión de hecho que cumpla con los requisitos legales. Estas limitaciones de edad no se aplicarán a los casos de adopciones entre parientes. Tratándose de parejas, los límites de edad se aplicarán al cónyuge, o conviviente más joven; **6. En los casos de pareja de adoptantes, ésta debe ser heterosexual y estar unida por más de tres años, en matrimonio o unión de hecho que cumpla los requisitos legales;** 7. Gozar de salud física y mental adecuada para cumplir con las responsabilidades parentales; 8. Disponer de recursos económicos indispensables para garantizar al adoptado la satisfacción de sus necesidades básicas; y, 9. No registrar antecedentes penales por delitos sancionados con penas de reclusión.¹⁸ (énfasis agregado)

De la lectura de este artículo, se puede ver claramente que no hay nada que pueda hacer suponer que no existe la posibilidad de ser adoptante siendo una persona no heterosexual y soltera. De hecho, la norma es tan clara que, al seguir su tenor literal, en el numeral 6, podemos caer claramente en cuenta que la única prohibición en este sentido viene dada por el presupuesto de “[e]n los casos de pareja de adoptantes [...]” Es decir, la heterosexualidad parental es una condición que se analizará junto a la situación jurídica de matrimonio o unión de hecho, por lo que bien se establece concordancia con el segundo inciso del artículo 68 de la Constitución que prohíbe a parejas no heterosexuales ser adoptantes. De hecho, la Corte es suficientemente clara cuando apunta que:

[...] es claro que las personas solas pueden adoptar, en este sentido, se observa que actualmente los procesos de adopción pueden ser solicitados por personas solas como familias monoparentales y **por parejas, siempre que estas cumplan con los requisitos legales que para el efecto establezcan las autoridades pertinentes.**¹⁹ (énfasis agregado)

Es decir, para el análisis de la Corte Constitucional, está claro que esto supone que al momento de formar una familia no existe ningún problema jurídico para que una persona, con total

¹⁸ Artículo 159, Código de la Niñez y Adolescencia [CNA]. R.O. Suplemento 737 de 3 de enero de 2003.

¹⁹ Sentencia No. 8-09-IC/21. Corte Constitucional, 18 agosto de 2021, párr. 33.

independencia de su orientación sexual, pueda adoptar. Cosa distinta para parejas. Motivo que se presta, al menos en inicio, para ser interpretada de formas distintas pues, si como se analiza páginas arriba, la prohibición de adopción a parejas no heteronormadas se basa en conceptos morales, donde se considera que la condición de heteronormatividad es importante para el interés superior de un niño, no hace sentido que se le dé un trato diverso a la adopción por parte de las personas no heterosexuales dependiendo de la situación de su estado civil.

Lo que corresponde ahora es entender cómo esta resolución de la Corte Constitucional puede hacerse compatible con la norma constitucional del artículo 68 inciso 2. La norma constitucional prohíbe (*ad litteram*) que parejas no heterosexuales adopten. Cosa que no es desdicha por la Corte en la sentencia estudiada. En el caso del CNA, la resolución deja en claro que toda adopción por personas solas debe sujetarse a su artículo 159, y de este no se desprende que exista ninguna prohibición para personas solas no heterosexuales.

Esto deja, en consecuencia, la existencia, aquí no de un supuesto de hecho, sino dos. Mientras la *carta magna* prohíbe la adopción en cuanto a parejas no heterosexuales, la ley establece que en cuanto a personas solas que quieren formar familia no existe impedimento constitucional. Todo, bajo la perspectiva señalada. No hay incompatibilidad alguna entre las normas estudiadas: no hay dos soluciones distintas a una misma hipótesis de hecho, hay dos supuestos con sus respectivas consecuencias jurídicas. Por un lado, está la situación de parejas, y, por otro distinto, la situación de personas solas. Pero, innegablemente, no se puede dejar de señalar, que de ahí nace una incoherencia axiológica. La norma permitiría que las personas no heterosexuales adopten a menos que tengan una unión jurídica de pareja.

En este mismo sentido, la resolución de la Corte presenta un problema. Como vimos, si bien no hay una antinomia lógica, la Corte debía responder y dilucidar el alcance de la norma sobre adopción monoparental, ya que, como explicamos, de la lectura de la propia norma se presta a interpretación sobre si cabe o no la adopción monoparental para personas no heterosexuales. Por eso, hubiese sido de gran utilidad que la Corte, en cumplimiento de sus funciones, establezca la jurisprudencia necesaria para esclarecer este “dilema”.

4.3.La opinión consultiva OC 24/17

La opinión consultiva OC 24/17 ha servido de referencia justamente sobre la igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Uno de sus ejes ha sido la revisión de los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo, y ha sido citada en algunos países de la región como Colombia e incluso aquí mismo en Ecuador. La misma ha sido un hito importante en el avance de

derechos para parejas del mismo sexo ya que, de acuerdo con ello, los Estados deben garantizar la figura de matrimonio para estas parejas, lo que incluye un análisis muy amplio sobre el derecho de las personas a formar una familia sin una discriminación basada en las preferencias sexuales de las personas.

Su análisis aquí es de relevancia dado que de la misma se desprende una serie de derechos que, como dice la Corte IDH, a pesar de no estar mencionados explícitamente en la Convención, es evidente que se extienden a una protección integral a las personas que formen familias no convencionales junto a la tradicional heteronormatividad. La misma Corte ya había mencionado en ocasiones anteriores que “en la Convención ADH no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo en particular de la misma.”²⁰

[...] una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual. Todas estas modalidades requieren de protección por la sociedad y el Estado, [...] la Convención no protege un modelo único o determinado de familia.²¹

Por lo que en este punto es prudente ver el alcance de la misma opinión consultiva y verificar si trastoca lo referente a la adopción homoparental. Así, es indispensable hacer mención del criterio que ha expuesto la Corte IDH a lo largo de esta opinión, analizar brevemente su valor en nuestro ordenamiento y finalmente ver si estamos ante una antinomia. Solo después de este proceso podemos ver si en efecto puede existir un dilema entre los derechos fundamentales y la letra de la constitución, y si existe una forma de solucionarlo de ser este último el caso.

4.3.1. La posición de la Corte IDH

Comenzando por el análisis del criterio de la Corte, se puede observar la extensión que se le da a los artículos de la convención. Toda esa extensión está basada en la obligación estatal de tener que garantizar y respetar todo derecho fundamental reconociendo el alcance que estos pueden tener y la necesidad de poder, una vez identificada toda implicación alrededor de esos derechos, darles el trato que merecen. Es así como la Corte ha estimado que en los casos de familia:

[...], la Corte considera que el alcance de la protección del vínculo familiar de una pareja de personas del mismo sexo trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales. Como fue constatado por este Tribunal, las implicaciones del reconocimiento de este vínculo familiar permean otros derechos como los derechos civiles y políticos, económicos, o sociales así como otros internacionalmente reconocidos. Asimismo, la protección se extiende a aquellos derechos y

²⁰ Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 142, y 172.

²¹ OC-24/17, Opinión Consultiva sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, San José de Costa Rica, 24-11-17, párr. 179

obligaciones establecidos por las legislaciones nacionales de cada Estado **que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales.**²² (énfasis añadido.)

Es decir, el alcance a la protección del derecho a la familia va más allá de cuestiones patrimoniales como los beneficios de compensación laboral o seguros de salud. La protección integral de este derecho requiere analizar toda situación en derechos y obligaciones declarados a las parejas heterosexuales, como la adopción y asegurárselas a las personas no heterosexuales que ejerzan su derecho a formar una familia. Por lo que podemos concluir que la adopción, al ser un derecho reconocido a las parejas heterosexuales, debería ser extendido a las parejas no heterosexuales legalmente constituidas. En resumen, no hacer diferenciación alguna entre el tipo de parejas para otorgar o no derechos como el derecho a la adopción, pues este es un derecho derivado del vínculo familiar que protege la convención.

En esta línea, la misma OC aclara que “[...] La Corte recuerda que el objeto y fin de la Convención Americana es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, sin distinción alguna.”²³ Con lo que alude a la necesidad de respetar el derecho a la igualdad ante la ley, ceñido en el artículo 24 de la convención, y del cual la propia Corte señala que:

Asimismo, la Corte considera que los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías (orientación sexual e identidad de género), la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, **esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso.** Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, **conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma.**²⁴ (énfasis añadido)

Por lo tanto, esto impone la obligación de justificar la medida diferenciadora en el ordenamiento, cosa que no se puede sostener en el Ecuador, como se verá más adelante en el examen de proporcionalidad. Como se dijo anteriormente, el “sentido” de la norma constitucional que prohíbe la adopción homoparental está fundado en consideraciones meramente morales, de las que no podemos llegar a decir que se puede alcanzar beneficios “claramente superiores a las restricciones”.

²² Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 198.

²³ Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 189.

²⁴ Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 81.

De lo cual se desprende, a juicio de la Corte, que la falta de consenso en cuanto al respeto pleno de derechos de minorías sexuales “no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.”²⁵ Por ello, no se puede pensar que cualquier argumento basado en la moralidad individual, e incluso representada esa moralidad por la mayoría de personas, es una justificación válida para privar de derechos a otro grupo de personas.

La situación en el Ecuador, como ya se ha identificado, permite entender que, si bien la prohibición perjudica a personas no heterosexuales, lo cierto es que lo hace en tanto se hable de parejas constituidas legalmente, pues a personas solas no heterosexuales no les recaería tal prohibición. Lo que nos lleva a pensar que realmente no existe un objetivo que se pueda calificar de imperioso o necesario como lo requiere la Corte, pues si se entiende que la prohibición nace de pensar que las familias constituidas por líderes de hogar no heteronormados son perjudiciales para la crianza adecuada de menores o que son socialmente nocivas, tendríamos que vernos obligados a asumir que toda persona no heterosexual no es apta para adoptar independientemente de su condición sentimental o estado civil, cosa que, como ya se dijo, no hace nuestro ordenamiento.

4.3.2. Examen de proporcionalidad

Ahora bien, como se vio *ut supra*, la Corte estima necesario realizar un examen que pueda dar, de forma objetiva, una respuesta sobre la necesidad o no de este tipo de restricciones que vulneran el derecho de igualdad ante la ley. Este examen siempre debe estar guiado por la búsqueda de la legitimidad frente a los ojos de la convención, lo que se traduce en que se debe tomar en cuenta la protección de los derechos fundamentales y que esto suponga mayores favores que los que se busca coartar. Siendo esto así, la Corte estima que el examen pertinente debe considerarse que es el de proporcionalidad para analizar la pretendida “colisión” entre grupos de personas al ejercer el mismo derecho, en este caso la adopción. En ese sentido, la Corte Constitucional ha identificado que “[...] Si la medida restrictiva tiene consecuencias desventajosas para un grupo humano comparado con el goce o realización del grupo que ejerce derechos, entonces la afectación al derecho a la igualdad será mayor.”²⁶ Es decir, para este caso, se requiere identificar si el ejercicio del derecho a adoptar por parte de personas del mismo sexo afecta o menoscaba el ejercicio del derecho a adoptar por parte de personas heterosexuales.

²⁵ Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 219.

²⁶ Sentencia No. 11-18-CN/19. Corte Constitucional, 12 junio de 2019, párr. 18.

Como ya se ha dejado entrever repetidamente, el análisis sobre el interés superior del niño no es relevante en este caso. La prohibición constitucional no versa sobre la posibilidad de la adopción homoparental en sí misma, sino más bien sobre si es posible hacerlo bajo alguna de las “figuras jurídicas” de pareja. Por lo que no hay razón alguna para entender que la misma prohibición tenga fundamento en la protección de menores.

La regla “[l]a adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.”, es claramente una medida que beneficia a las parejas heterosexuales y que no deja dudas sobre su exclusión a parejas no heterosexuales. Por lo que, el análisis correspondiente tiene como norte identificar una relación causal entre el poder ser adoptante por parte de unos frente al mismo ejercicio por parte de otros. La norma prohibitiva no deja ver que exista un supuesto en el que la posibilidad de adoptar por parte de parejas no heterosexuales afecte en alguna medida la posibilidad de las parejas heterosexuales. No existe conexión alguna entre la posibilidad de los unos frente a los otros, entendiendo que en ningún sentido se espera un permiso o que exista un condicionamiento de cualquier tipo por parte de algún tipo de adoptante hacia otro tipo de adoptante. Así, se puede entender que no existe realmente ningún “objetivo imperioso” que justifique algún tipo de necesidad de hacer diferenciación entre personas para otorgar o no el derecho a poder ser adoptantes.

En consecuencia, es claro que no existe una razón determinante que no sea la de la satisfacción de creencias morales de raíz conservadora, lastimosamente reflejadas en una prohibición constitucional, que permita la posibilidad de realizar una diferenciación en el reconocimiento de este derecho. El ejercicio del derecho a ser adoptante por parte de las parejas no heterosexuales no implica ninguna afectación a otros derechos de terceras personas. Esto es, no existe un daño real, tangible o medible a parejas heterosexuales en busca de ejercer el mismo derecho, ya que no limita, restringe o tan siquiera influye en su derecho. Siendo así, que una diferenciación por la orientación sexual de las parejas no encuentra razón de ser para este análisis. En otras palabras, la posibilidad de ser adoptante a ojos de la Convención ADH es un derecho a ser protegido sin distinción de quien sea el que ejercite tal derecho o cual sea su estado civil.

4.3.3. El valor de la OC 24/17 en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

La sentencia sobre matrimonio igualitario (N.º 11-18-CN/19) hace un análisis sobre la naturaleza jurídica de los instrumentos internacionales y su alcance en el país que es bastante clara. En esta, la Corte Constitucional cita al menos 16 artículos constitucionales en los que se hace referencia a los instrumentos internacionales que aparecen como fuente de derechos y garantías, y el alcance que llegan a tener. A partir de esto la Corte inicia delimitando la diferencia jurídica de los tipos de instrumentos internacionales existentes:

En el derecho internacional encontramos dos tipos de instrumentos internacionales: los convenios y los demás instrumentos internacionales de derechos humanos, como declaraciones y resoluciones de organismos de protección de derechos humanos. Lo que tienen en común ambos, para efectos de comprender la invocación de la Constitución, es que deben tratar sobre derechos humanos. Las diferencias tienen que ver con la forma de aprobación. Mientras los primeros requieren ratificación, en el caso del Ecuador, a través de control de constitucionalidad, aprobación parlamentaria y depósito del instrumento; los demás instrumentos requieren suscripción, cuando son declaraciones por ejemplo, o emisión de resoluciones de organismos internacionales de derechos humanos.²⁷

Por lo tanto, se evidencia que la Corte no toma como relevante la diferencia que existe entre los diversos tipos de instrumentos internacionales. Siempre es consciente de su valor, respeta el concepto diferenciador de cada uno de ellos y tiene claro sus alcances. Sin embargo, a párrafos seguidos recuerda que el artículo 426 de la Constitución, siendo el más importante para este tema y el que resume claramente lo que se ha venido diciendo, señala que “Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación”²⁸ Después de esto, señala que, a efectos de la Constitución del Ecuador, ha dejado claro que los instrumentos internacionales en el Ecuador, siempre que se refieran a derechos fundamentales y garantías, son normas de inmediato cumplimiento y aplicables de forma directa. Por esta razón, la Corte concluye:

En Ecuador, la distinción que hace la doctrina internacional entre tratados y otros instrumentos internacionales, para efectos del reconocimiento de derechos y desarrollo de su contenido, es **irrelevante**. Todos los derechos reconocidos en instrumentos internacionales forman parte del sistema jurídico ecuatoriano.²⁹ (énfasis añadido)

De esto, y de lo dicho anteriormente, no solo se comprende la importancia constitucional que cobran los derechos fundamentales en el Ecuador. Además, deja claro que la protección a esos derechos es de tal envergadura que no es tema de importancia en donde se hayan consagrado tales derechos. En suma, queda claro que para el ordenamiento jurídico ecuatoriano termina siendo en extremo relevante darle prioridad a los derechos fundamentales y su garantía, sin importar el nivel normativo donde se establezcan. Pero, todavía más, la Corte señala que:

De todo lo dicho, se desprende que las opiniones consultivas son una interpretación con autoridad por parte de un órgano supranacional: la Corte IDH, cuya competencia nace de un tratado internacional del que el Ecuador es parte, y que Ecuador tiene la obligación de cumplir de buena fe, **sin que se pueda "invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado."** Los derechos y las garantías que se derivan de la interpretación auténtica de la Corte IDH a la CADH, que constan en las opiniones consultivas, son parte del sistema

²⁷ Sentencia No. 11-18-CN/19. Corte Constitucional, 12 junio de 2019, párr. 25.

²⁸ Artículo 426, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

²⁹ Sentencia No. 11-18-CN/19. Corte Constitucional, 12 junio de 2019, párr. 30.

jurídico ecuatoriano, y tienen que ser observados en Ecuador por toda autoridad pública en el ámbito de su competencia.

En consecuencia, los derechos y las garantías reconocidos en **la Opinión Consultiva OC24/17, que interpreta con autoridad la CADH, forman parte de lo que se ha conocido como bloque de constitucionalidad**, o, como lo denomina la Corte IDH, son parte del **corpus inris**, y esto quiere decir que tienen la misma jerarquía normativa constitucional y son directa e inmediatamente aplicables en el sistema jurídico ecuatoriano.³⁰

La opinión consultiva, al ser una interpretación de la CADH realizada por la Corte IDH, cumple con este requisito (como lo ha dicho la Corte Constitucional, lo que nos libra de la obligación de formular otro tipo de justificaciones al respecto). Se trata del bloque de constitucionalidad. En este caso, si bien podemos afirmar que el tipo de norma manda que la adopción homoparental es un derecho fundamental y por lo tanto la constitución lo reconoce como más favorable a los derechos de las personas, ahora cabe cuestionarnos si aquí existe una antinomia en nuestro ordenamiento. Siendo así las cosas, queda preguntarse si existe una antinomia entre una norma expresa de la Constitución y el contenido de la CADH, así como ha sido interpretado por la Corte IDH, en la línea similar a lo sucedido, según ciertas reconstrucción en el caso del matrimonio igualitario.

En el presente caso se puede observar que dos normas, el inciso segundo del artículo 68 de la Constitución y la CADH, así como ha sido interpretado por la Corte IDH, prevén consecuencias jurídicas distintas para el mismo supuesto de hecho. Por un lado, la Constitución prohíbe de forma expresa la posibilidad de ser adoptantes a parejas no heterosexuales. Mientras que, por el otro, la CADH, de acuerdo a la interpretación de la Corte IDH, prohíbe coartar derechos a las personas por su orientación sexual (incluyendo el derecho a la adopción); de lo que surge que, para justificar un trato discriminatorio, deben existir hechos que vayan en detrimento del ejercicio de derechos de otras personas al momento de ejercer el derecho que se pretende limitar. Cosa que, como se puede ver, no se configura en este supuesto. La antinomia existe.

Además, como ya se puede notar, la aplicación del criterio jerárquico, en este caso particular, recae en una zona gris. Como se indicó, la OC pertenece al bloque de constitucionalidad. Esto también implica un “enfrentamiento” derivado de normas dentro de la propia carta magna, pues la propia Constitución establece la necesidad de dar prevalencia a toda norma que sea más favorable a derechos independientemente de su fuente normativa, como es en este caso la opinión consultiva 24/17.

Así, al poder afirmar que se está ante dos normas dentro del bloque de constitucionalidad pero que le dan diferentes consecuencias jurídicas al mismo supuesto jurídico, es claro que hablamos de una antinomia. Además, distinto al anterior caso, esta sí requiere de un análisis interpretativo, pues

³⁰ Sentencia No. 11-18-CN/19. Corte Constitucional, 12 junio de 2019, párr. 38 y 39.

estamos hablando de dos normas que se contraponen y de las que podemos afirmar que al menos nos plantean la duda sobre su jerarquía, pues si bien la constitución es clara en cuanto la prohibición, también se puede ver que la misma ha sido clara en dar prevalencia a todo derecho fundamental independientemente de su fuente. Por ello, el siguiente paso es analizar la situación de estas normas dentro del bloque de constitucionalidad.

5. El bloque constitucional y su jerarquía interna

Es bien sabido que hay ciertas normas y principios dentro del bloque de constitucionalidad que, en principio, le da a todo ese bloque una supremacía frente a otras normas. El problema en el presente caso es que se enfrentan dos normas que se encuentran dentro de ese bloque constitucional. El segundo inciso del artículo 68 de la propia carta magna frente a una resolución nacida del máximo órgano interpretativo de la CADH, la Corte IDH, que, como ha quedado claro, pertenece a este bloque y, por tanto, al ordenamiento jurídico ecuatoriano. Sin embargo, se ha podido identificar la “discrepancia” que estas normas presentan frente a un mismo caso, pues el propio texto constitucional es contradictorio respecto a la literalidad de la prohibición que estamos estudiando frente a su extremo cuidado hacia la protección de derechos fundamentales. Lo que indiscutiblemente conlleva a una antinomia y, consecuentemente, la necesidad de resolverla; como acertadamente señala Prieto Sanchís:

[...], la fuerza normativa de la constitución se juega en este capítulo, una fuerza que puede verse frustrada tanto por acción como por omisión, ya que la existencia de lagunas y de antinomias convierte en inaplicables y por tanto en ineficaces las propias normas constitucionales: estas últimas encarnaran un “deber ser” jurídico que, sin embargo, se ve desmentido por el “ser” legal.³¹

Por lo que ahora corresponde identificar la jerarquía que tienen ambas normas para así solucionar este problema jurídico.

Una posible visión al respecto se puede observar en el voto salvado de la sentencia N°11-18-CN/19 (matrimonio igualitario) en la que el entonces juez Hernán Salgado ha dicho que “[...] si el objeto del control constitucional es garantizar la supremacía de la Constitución, es claro que sus disposiciones no son susceptibles de ser controladas, pues ésta constituye su propio canon o parámetro de constitucionalidad.”³² Pero atender a este precepto no sería del todo preciso, pues “El texto denominado constitución puede o no gozar de supremacía jerárquica, según que se consideran o no válidas las leyes que entran en contradicción con el mismo, [...]”³³. Además, es claro en el presente caso que, se pudo identificar la necesidad de ejercer ese preciso control al verse enfrentadas dos

³¹ Luis Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos* (Madrid: Editorial Trotta, SA., 2013), 75-76.

³² Sentencia No. 11-18-CN/19. Corte Constitucional, Voto salvado, 12 junio de 2019, párr. 19.

³³ Luis Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos*, 155.

normas de rango constitucional, aunque una pertenezca a la literalidad de la Constitución, lo cierto es que como se ha podido ver, cabe la posibilidad de que en el análisis se imponga el uso de la opinión consultiva sobre el texto constitucional, puesto que la propia Constitución obliga a establecer toda preferencia en favor de los derechos humanos (sobre cualquier “norma” del ordenamiento).

En un inicio lo intuitivo es pensar que, al haber una norma constitucional, esta es indiscutiblemente superior dentro del bloque y que por ello su aplicación es claramente la que debe entenderse como prevalente. Pero lo cierto es que en el ordenamiento ecuatoriano la discusión no parecer ser tan sencilla, pues la norma constitucional ha dispuesto que:

En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.³⁴

A ello hay que sumar el principio de directa e inmediata aplicación de los derechos (art. 11 num. 3.). Lo que, en otras palabras, significa que la propia ley fundamental considera que los derechos tienen una importancia de la que no depende de su posición normativa en el ordenamiento, sino que tal importancia deviene de, o está justificada en, sí mismos (de su valor particular para el sistema). Lo que quiere decir que, como ya se señaló en páginas anteriores, gracias a la propia letra constitucional, se eleva su rango al de la Constitución. Lo que en principio parecería reforzar este “dilema”, pues esto en suma compone el supuesto de que estaríamos ante un conflicto normativo de igual nivel. Cosa que dificulta establecer la supremacía o preferencia de una norma frente a otra. Además, la letra constitucional impone este pensamiento al permitir una holgada posibilidad de fuentes de derechos fundamentales que no requieren ser reconocidos exclusivamente en la carta magna, tal como lo señala en su artículo 11 numeral 8:

El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.³⁵

Es decir, la Constitución da prevalencia a estos derechos sea cual sea su fuente. Este estándar, se entiende, debe tener la misma importancia que como si estuviesen consagrados expresamente en el mismo texto constitucional. Lo que quiere decir que, en el problema jurídico que nos aqueja, ambas normas serían de la misma jerarquía, pues la relevancia en cuanto a derechos fundamentales le daría esa prevalencia a la posibilidad de la adopción homoparental, pero la letra constitucional sigue siendo clara al establecer una prohibición expresa.

³⁴ Artículo 11 N° 5, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

³⁵ Artículo 11 N° 8, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

El problema, en consecuencia, no se puede resolver bajo la aplicación del criterio jerárquico. Se requiere de otro criterio. No es la jerarquía material ni la jerarquía formal las que “resuelven” el problema. La jerarquía formal tiene por objeto “un aspecto de la nomodinámica del derecho: específicamente aquel referente a las *normas sobre la producción de normas* que, en un determinado sistema, regulan la creación y la modificación del derecho.”³⁶ Esto es, la jerarquía dada por la propia producción de normas en el sentido más estricto. En este sentido no mediará nada más que la conocida consecuencia lógica de que la norma que nace de otra superior no puede contradecir a la norma que permite que se dé su nacimiento. Un principio básico en el desarrollo del Derecho que no identifica problema alguno. En el caso de la jerarquía material, donde “las fuentes están ordenadas de acuerdo con una norma del sistema que establece tal jerarquía”³⁷ Cosa que explica Guastini que “no es que la invalidez de una fuente se infiera de su inferioridad jerárquica, previamente constatada, sino al contrario la inferioridad jerárquica de una fuente se infiere del hecho de que está destinada a sucumbir cuando entre en conflicto con otra fuente.”³⁸ Con esto nos referimos al supuesto de que junto a dos normas hay una tercera que identifica cuál de las dos primeras normas debe ser usada con prevalencia jerárquica; pero no es este el problema del caso, sino la aplicación pro persona (art. 11 num. 5). Esta prevalencia no distingue igual o diferente jerarquía. Lo que en este caso significa que esta última norma, de rango constitucional, manda a preferir una solución de antinomias en la que la “favorabilidad” en materia de derechos humanos es la regla.

Dentro de esa línea, es posible argumentar que la literalidad de la norma constitucional presupone un límite en este sentido interpretativo. Pero hay que identificar que el texto constitucional impone la literalidad desde un estándar específico en el artículo 427:

Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán **en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente**, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.³⁹ (énfasis añadido)

Es decir, si bien la literalidad es la primera observancia en cuanto interpretación, siempre que exista una duda sobre la aplicación, como en el presente caso, esta debe ajustarse a la favorabilidad de los derechos de las personas. De hecho, el artículo 11 num. 5, no se refiere de modo alguno a este problema: la preferencia que establece es incondicional. La intención garantista de la *carta magna* impone de forma inequívoca la prevalencia de los derechos sobre otras normas u otras

³⁶Mauricio Maldonado Muñoz, “De nuevo sobre el matrimonio igualitario en el Ecuador: algunas perplejidades argumentativas”, *Pro manuscripto* (2022), 5.

³⁷ Mauricio Maldonado Muñoz, “De nuevo sobre el matrimonio igualitario en el Ecuador: algunas perplejidades argumentativas”, 5.

³⁸ Riccardo Guastini, *Teoria e delle fonti* (Mailan, 1988), 124.

³⁹ Artículo 427, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

consideraciones, incluso constitucionales al utilizar la palabra “norma” en sentido amplio, como ya se explicó. Sumado a ello el principio de “integralidad” de la interpretación.

Como se ve, se debe concluir que el problema dado entre la Constitución y un tratado, en cuanto a derechos humanos, encuentra su solución en la propia disposición constitucional que da relevancia a los derechos humanos. De hecho:

El problema en el caso ecuatoriano no existe: en caso de contradicción, la solución de la antinomia no está dada por el principio jerárquico, sino por la aplicación de la norma que sea más favorable (Art. 11, N.º 5, CE) señalamiento que se particulariza en la relación Constitución – tratados internacionales en materia de derechos humanos (Arts. 417, 424, 426 y 428 CE). Se debe tener presente que la orden de aplicar la norma más favorable no solo es en caso de contradicción entre Constitución y tratado, sino entre cualquiera de las normas que integran el ordenamiento jurídico e incluso la jurisprudencia, la que será aplicable como precedente solo en el evento de reconocer el derecho de mejor manera, pues si el legislador, el constituyente o cualquier órgano competente y con potestad normativa lo hace, se aplicará esta y no aquella.⁴⁰

Siendo así, es claro que la antinomia estudiada tiene una solución determinada, y que la norma prevalente es, sin duda, la más favorable a derechos, lo que en este caso es la posibilidad de la adopción homoparental. Sin embargo, no podemos dejar de lado la obviedad de que el texto constitucional, de forma literal, es bastante específico al señalar que “La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.”⁴¹ Esto hace caer consecuentemente en una duda: ¿se requiere activar alguna herramienta en la Constitución para poder hacer de esta una norma aplicable? Este planteamiento es sensato, pues si bien se ha establecido la prevalencia de derechos, es bien sabido que la rigidez de la Constitución requiere de un mecanismo para poder modificar el texto constitucional cuando este es claro, como en el presente caso.

6. La aplicación constitucional

Como ya se ha podido ver, el ordenamiento jurídico ecuatoriano es sumamente favorable a los derechos humanos. Además, queda claro que el establecer una diferenciación al derecho a ser adoptante entre las personas solo por su elección de pareja es una vulneración al derecho humano de igualdad ante la ley y el de poder crear una familia, y que los mismos no encuentran una justificación objetiva en nuestro ordenamiento. Siendo así, lo que corresponde ahora es poder identificar cual es el camino idóneo que debe seguir el Estado para subsanar esta vulneración.

Es cierto que la Constitución establece dos posibles trámites de reforma constitucional: la enmienda y la reforma parcial. Pero primero se debe estudiar la idoneidad de la posibilidad de

⁴⁰ Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional*, 84.

⁴¹ Artículo 68, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

cualquiera de ellas en cuanto a derechos humanos. Porque, como se ha ido describiendo a lo largo de este trabajo, es evidente que estos derechos tienen un trato especial y una importancia preponderante en el ordenamiento, lo que nos obliga a cuestionarnos la aplicación de un trámite de reforma constitucional.

En nuestro ordenamiento, estos trámites implican necesariamente el uso de, bien sea un procedimiento legislativo determinado, o bien de un mecanismo de democracia directa. Pero el uso de estas herramientas, en materia de derechos humanos está proscrito. La propia Corte Constitucional ha señalado lo que sigue:

[...] las normas y las prácticas discriminatorias no deben ser convalidadas por procedimiento legislativo alguno ni aún por procesos de democracia directa. Una norma o práctica discriminatoria aprobada democráticamente estaría en contra de la obligación general de respetar y garantizar derechos sin discriminación, que conste en el artículo 3 (1) de la Constitución.⁴² (énfasis añadido)

Esto se debe a que el acto de someter a los derechos de las minorías a un sistema de votación contraviene los sistemas de democracia. Esta praxis solo traería consigo la institucionalización de prácticas discriminatorias. Ahora, no se puede negar que se requiere de un procedimiento para poder aplicar la norma más favorable. Pero uno de estos procedimientos de reforma no puede en este caso ser aplicado porque necesariamente, sea cual sea el tipo preferido, se requerirá la aplicación ya sea de democracia directa o un procedimiento legislativo. Lo que implicaría necesariamente caer en la no observancia al artículo 3 numeral 1 de la Constitución sobre la no discriminación a derechos.

En esta misma línea, la Constitución dispone que “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación [...]”⁴³ Este precepto es de gran relevancia, porque refleja la protección del ejercicio de derechos en Ecuador. La idea sustancial de este es garantizar la aplicación de derechos humanos para todas las personas sin que medien actos que pudiesen permitir vulnerar la aplicación de estos. Por ello, tampoco se puede pensar en las reformas cuando de derechos humanos se trata, pues es del todo claro que la Constitución, en el artículo precedente, ha establecido la norma para brindar una facilidad en la aplicación de estos derechos y sobre todo garantizar su “directa e inmediata aplicación.” Pretender un trámite de reforma para el ejercicio de cualquier derecho humano implica interponer trabas a la aplicación directa de los derechos humanos y, sobre todo, presupone la necesidad de violar la inmediatez de la aplicación a la que el Estado está obligado. Lo que podría dejar al Ecuador en una

⁴² Sentencia No. 11-18-CN/19. Corte Constitucional, 12 junio de 2019, párr. 25.

⁴³ Artículo 424, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

situación de incumplimiento de sus obligaciones internacionales, ya que como se analizó, este es un derecho consagrado en instrumentos internacionales suscritos por el país.

A pesar de identificar que cualquier trámite de reforma en cuestión de derechos humanos es inaplicable, existen otros mecanismos válidos para la aplicación constitucional. El idóneo en este caso es el de interpretación constitucional. La Corte Constitucional, en virtud del artículo 436 numeral 1, que habilita a este Corte a “Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.”⁴⁴, hace de esta un mecanismo idóneo para la realización de este propósito. Esta herramienta no solo es la más idónea, además es completamente necesaria. Como se ha venido estudiando, un derecho como la adopción puede tener varias interpretaciones dentro del ordenamiento, por lo cual requiere del máximo órgano para dilucidar este “dilema”.

Con ello, se busca dejar clara la necesidad de una solución a la antinomia que fue planteada en este trabajo por parte de este órgano competente. Este paso es fundamental, pues si bien la Constitución dispone la aplicación “directa e inmediata”, no debemos olvidar que la problemática estudiada en este trabajo trasciende de una antinomia entre normas del más alto rango. La Corte Constitucional requiere pronunciarse sobre la posición del derecho de los adoptantes en el Ecuador. A partir de una sentencia de la Corte, esto ya sería suficiente para la aplicación permisiva para la adopción sin discriminación del estado civil del adoptante. Esto pariendo del hecho que cualquier trámite de reforma es contrario a la protección de derechos y que la interpretación constitucional es meramente necesaria para aclarar la situación del derecho a ser adoptante como derecho humano.

7. Conclusiones

Como se pudo identificar, el ser adoptante es un derecho derivado del derecho humano a poder formar una familia. Si bien hay varios tipos de derechos fundamentales, los derechos humanos gozan de un trato especial en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La función garantista del derecho a ser adoptante, lo coloca como un derecho humano más. El no observar esta lógica permitiría la vulneración ya no solo el derecho a formar una familia, también el derecho de igualdad ante la ley.

La antinomia identificada recae entre dos normas que, bajo la inclusión del bloque de constitucionalidad, tiene rango constitucional: el propio texto constitucional y la CADH, como ha sido interpretada por la Corte IDH en la OC 24/17. Este último no requiere de una discriminación técnica en cuanto “instrumento internacional” pues la Constitución es muy clara en establecer la

⁴⁴ Artículo 436, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

irrelevancia de este análisis en cuanto temas de derechos humanos. Por esto, esta opinión consultiva pasa a ser parte de nuestro ordenamiento, y, dado su desarrollo en derechos humanos, esa integración sucede en rango constitucional.

De esta integración está claro que, para nuestro ordenamiento, la diferenciación de derechos entre parejas heterosexuales y no heterosexuales no tiene fundamento justificable en virtud del derecho a formar una familia. Este derecho no solo se funda en la protección patrimonial, sino también otros derechos como los civiles, políticos, económicos o sociales. Por lo cual, las parejas no heterosexuales requieren ser granizadas con los mismos derechos que las heterosexuales. Además, no hacerlo conlleva la necesidad de justificar la diferenciación del derecho a la igualdad ante la ley. Cosa que se vio no es posible en el examen de proporcionalidad, pues no hay beneficios superiores en la prohibición estudiada. No hay nada en la norma que obligue o condicione el derecho a ser adoptantes por parte de las parejas heterosexuales si se reconoce la misma posibilidad para parejas no heterosexuales.

Finalmente, en ese sentido, la Constitución ha dispuesto la supremacía de las normas favorables a derechos humanos. Es clara la necesidad de una herramienta para la aplicación del derecho a ser adoptante para las parejas no heterosexuales en el Ecuador. Sobre todo, requiere de una interpretación y análisis respecto a la antinomia planteada y resuelta en este trabajo. Si bien se necesita que la Corte se pronuncie sobre el tema, la sola emisión de una sentencia que declare a la adopción como derecho humano sería suficiente para dar luz verde a la adopción por parte de parejas no heterosexuales, pues es claro la prevalencia en materia de derechos en nuestro ordenamiento. Y, conjunto a ello, utilizar algún mecanismo de reforma constitucional vulneraría el precepto constitucional del artículo 3.1 que garantiza el efectivo goce de derechos sin discriminación.