

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**El impacto del Derecho Internacional de los Derechos
Humanos en la adopción homoparental en Ecuador**

María Emilia Andrade Alvarez

Jurisprudencia

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

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: María Emilia Andrade Alvarez
Código: 00206417
Cédula de identidad: 1726860768
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UNPUBLISHED DOCUMENT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>.

**EL IMPACTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA
ADOPCIÓN HOMOPARENTAL EN ECUADOR¹**

***THE IMPACT OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW ON HOMOPARENTAL ADOPTION
IN ECUADOR***

María Emilia Andrade Alvarez²
emiliaemiliaandrade@outlook.es

RESUMEN

Ecuador está en la obligación de respetar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, porque forma parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriano. Por otro lado, la institución de la adopción, tal y como se encuentra prevista en la norma constitucional, excluye del acceso a la misma, a personas del mismo sexo. La metodología utilizada fue de tipo cualitativo, es decir, el trabajo analizó, instrumentos internacionales, y precedentes que ha sentado la Corte Constitucional del Ecuador, respecto de temas como el valor jurídico de las Opiniones Consultivas, qué se ha entendido por instrumentos internacionales, su aplicabilidad directa, y por bloque constitucional. En este sentido, el trabajo encontró que la norma constitucional, está en tensión con el bloque de constitucionalidad ecuatoriano y visibilizó la necesidad de un cambio normativo, con el fin de evitar violaciones de derechos humanos y posible responsabilidad internacional.

PALABRAS CLAVE

Adopción homoparental, bloque de constitucionalidad, instrumentos internacionales, derechos humanos.

ABSTRACT

Ecuador has the obligation to respect International Human Rights Law, because it is part of the Ecuadorian constitutional block. On the other hand, the institution of adoption, which is part of the constitutional norm, excludes persons of the same sex from having access to it. The methodology used was qualitative, which means that the work analyzed international instruments and precedents established by the Constitutional Court of Ecuador, regarding issues such as the legal value of Advisory Opinions, what has been understood by international instruments, their direct applicability, and by constitutional block. In this sense, this work found that the constitutional norm is in tension with the Ecuadorian constitutional block and in need for a normative change to avoid human right violations and possible international responsibility.

KEY WORDS

Homoparental adoption, constitutional block, international instruments, human rights.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Daniela Salazar Marín.

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 con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO NORMATIVO.- 3. ESTADO DEL ARTE.- 4. MARCO TEÓRICO.- 5. FAMILIA.- 6. ADOPCIÓN EN ECUADOR Y ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 68 INCISO SEGUNDO DE LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR.- 7. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y ADOPCIÓN HOMOPARENTAL.- 8. DERECHOS DE LOS ADOPTANTES, PAREJAS HOMOSEXUALES.- 9. DERECHOS DE LOS ADOPTADOS.- 10. OPINIÓN CONSULTIVA OC – 24/17. – 11. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y SU APLICABILIDAD EN ECUADOR.- 12. NECESIDAD DE UN CAMBIO.- 13. CONCLUSIONES.

1. Introducción

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha establecido las obligaciones y deberes que los Estados deben respetar, en virtud de las obligaciones internacionales contraídas por los mismos. Obligaciones, que efectivamente Ecuador debe respetar, proteger y realizar, tanto en el plano universal, como regional. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, forma parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriano y tiene igual jerarquía normativa que la Constitución de la República del Ecuador, Constitución del Ecuador, o incluso mayor, en la medida en la que establezca derechos más favorables que la Constitución del Ecuador³.

Ahora bien, en Ecuador, a pesar de tener una Constitución garantista de derechos, mantiene dentro de su ordenamiento jurídico, ciertas normas y procedimientos, que resultan no estar acorde al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, creando de esa manera, tensión entre el derecho nacional y el Internacional de los Derechos Humanos. Es el caso de la adopción por parte de parejas del mismo sexo (adopción homoparental), por la redacción que la Constitución del Ecuador mantiene en el inciso segundo de su artículo 68⁴.

A pesar de ser un tema de gran preocupación e interés, dicha situación, no ha sido resuelta dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Sobre todo, teniendo en cuenta que, a raíz, de varias normas e instrumentos internacionales, se han discutido e

³ Ver apartado 11.

⁴ Artículo 68, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Tercer Suplemento 377 de 25 de enero de 2021.

incluso modificando instituciones relacionadas con personas parte de la comunidad LGBT, como es el caso del matrimonio igualitario, de esa forma sentando precedentes a seguir con otras instituciones, como podría ser, la adopción homoparental.

En este sentido, es fundamental determinar qué impacto tienen los parámetros establecidos a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al momento de analizar la adopción homoparental en Ecuador. En aras de resolver el problema planteado, la presente investigación analizará tratados, instrumentos internacionales de derechos humanos, en el plano universal y regional (sistema interamericano), normativa interna, así como qué precedentes se han establecido en distintas sentencias la Corte Constitucional del Ecuador.

Para dicho efecto, la propuesta metodológica es de tipo cualitativo, utilizando una técnica documental, es decir, se va a realizar un análisis normativo internacional e interpretaciones que se han realizado a la luz de dicha normativa, así como qué se ha establecido en el plano nacional sobre la aplicabilidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2. Marco normativo

En este apartado se enunciará qué normativa internacional (universal y regional) y nacional (ordenamiento jurídico ecuatoriano), prevé los derechos que amparan a las personas sujetas a la adopción homoparental (adoptantes y adoptados), así como la que rodea esta institución.

En el plano universal, la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵, establece derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero, porque precisamente fue proclamada, como un ideal común para todos los pueblos y naciones⁶.

En el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño⁷, ratificada por el Ecuador en 1990, con su órgano de tratado competente para examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes, el Comité de los Derechos del Niño⁸. En la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos

⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, París, 10 de diciembre de 1948.

⁶ Naciones Unidas, La Declaración Universal de Derechos Humanos, recuperado de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>, (último acceso: 15/10/2022).

⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Ecuador en 1990.

⁸ Artículo 43, Convención sobre los Derechos del Niño.

Civiles y Políticos, ratificado por el Ecuador en 1969, con su órgano de tratado competente para supervisar la aplicación del mismo, el Comité de Derechos Humanos⁹.

A nivel regional, se encuentran la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁰, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Convención Americana, ratificada por el Ecuador en 1977¹¹ y el Protocolo de San Salvador, protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificado por Ecuador, el 10 de febrero de 1993¹².

Los órganos competentes para conocer asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes, en virtud de la Convención Americana, son la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH (Ecuador reconoció y aceptó la competencia de la Corte IDH, en 1984), que tiene 2 funciones principales, una contenciosa y otra consultiva; y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, según el artículo 33¹³ del mismo instrumento. A pesar de que la CIDH fue creada por la Carta de la Organización de Estados Americanos, en su artículo 106, con el fin de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, de la que Ecuador es Estado parte desde 1950, en la Convención Americana, es donde se determina su estructura, competencia y procedimiento¹⁴.

Ahora bien, en el plano nacional, la Constitución del Ecuador, es una Constitución garantista de derechos, principalmente reconocidos en su artículo 11. A pesar de dicho reconocimiento, en el artículo 68, inciso segundo prevé sobre la adopción que, la misma corresponde solo a parejas heterosexuales¹⁵, redacción que podría ser entendida como una exclusión de parejas homosexuales o incluso personas solas del acceso a dicha institución, situación que iría en contra de varios derechos reconocidos por la misma Constitución.

⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, ratificada por el Ecuador en 1969.

¹⁰ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948.

¹¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Ecuador el 8 de diciembre de 1977.

¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, A-52: Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales "Protocolo de San Salvador", recuperado de <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos4a.htm>, (último acceso 24/10/2022).

¹³ Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁴ Carta de la Organización de los Estados Americanos, Bogotá, 30 de abril de 1948 ratificada por el Ecuador el 21 de diciembre de 1950.

¹⁵ Artículo 68, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Es importante mencionar que la misma en su artículo 426, inciso tercero reconoce el inmediato cumplimiento y aplicación de los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales¹⁶, en el mismo sentido, el artículo 11, numeral 3. En esta línea de ideas, es importante dejar claro que, no existe certeza en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, de si es que la aplicabilidad directa de los instrumentos internacionales, deja abierta la posibilidad de inaplicar normas infra constitucionales o incluso, inaplicar la propia Constitución del Ecuador.

Finalmente, el Código de la Niñez y Adolescencia, CONA, en su artículo 159, numeral 6, establece como requisito para las parejas adoptantes, el ser heterosexuales¹⁷.

3. Estado del arte

Históricamente la adopción ha sido considerada una institución social. Actualmente, Simon la define en base a las normas del CONA y entiende que es una institución de protección de niños, niñas o adolescentes que están privados permanentemente de su medio familiar y que, en virtud de esta institución, se establecen entre el adoptante y adoptado todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parento-filial¹⁸.

En este sentido, sobre la adopción homoparental, Daza indica que para formar una familia, únicamente se requiere que las personas, sin distinción de su sexo biológico, se unan para construir un proyecto de vida en común, y precisamente, como parte de este proyecto, se encuentran en la libertad de elegir si desean o no tener descendencia, y la forma en la que lo harán, como es la adopción¹⁹.

Situación que para Suquinagua es acertada, pues indica que se considera a la familia como un conjunto dinámico, que ha evolucionado conforme a la realidad social de cada región y precisamente, este desarrollo ha desembocado en una nueva realidad jurídica que redefine la concepción clásica de la familia tradicional, para incluir otros modelos de familia, como es la homoparental por adopción²⁰. Es así como, esta

¹⁶ Artículo 417, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁷ Artículo 159, Código de la Niñez y Adolescencia, R.O. 737 de 03 de enero de 2003, reformado por última vez R.O de 17 de enero de 2022.

¹⁸ Farith Simon, *Manual de derecho de familia* (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2021), 430.

¹⁹ Julie Daza, “Avances en la aprobación de la adopción de parejas del mismo sexo en Colombia - Una visión jurídica-”, en *Derecho de familia: nuevos retos y realidades*, ed. Ángel Acedo y Antonio Silva (Madrid: Dykinson, S.L, 2017), 89 – 102.

²⁰ Alicia Suquinagua Yascaribay, “Adopción homoparental como garantía de acceso al derecho a una familia e identidad en Ecuador”, *Santiago* (2022): 22-37.

redefinición del concepto de familia tradicional, ha tenido un gran impacto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, enriqueciendo la discusión sobre temas como matrimonio igualitario y adopción monoparental.

Además, Suquinagua considera que esta redefinición de familia tradicional, responde a una doble necesidad social, la primera es igualdad de derechos y la segunda, acceso a un hogar seguro, para los niños, niñas y adolescentes ²¹.

Por otro lado, los estándares internacionales han sido claros en establecer que, el concepto de derechos humanos, ha sido pensado históricamente, como un medio para imponer límites a las formas abusivas de uso del poder por parte del Estado²². Los principios, reglas, normas imperativas y estándares que componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, han fijado tanto obligaciones negativas, como positivas a los Estados. Por lo que se ha delimitado, qué se debe y no se debe hacer, a fin de evitar violaciones a los derechos y lograr la plena realización de los mismos²³.

Finalmente, es importante señalar que los instrumentos internacionales, y los derechos contenidos en los mismos, han pasado a formar parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriano y justo por esta razón la norma constitucional hace referencia a instrumentos internacionales de derechos humanos y no solo a tratados internacionales de derechos humanos²⁴.

4. Marco teórico

Las relaciones entre el Derecho Internacional y el derecho interno (que no siempre son tranquilas y armónicas), clásicamente han sido explicadas por las teorías monista y dualista, a su vez, dando una solución al conflicto que puede llegar a existir entre el derecho nacional y el internacional de los derechos humanos²⁵. Conflicto que en el tema de estudio es de gran relevancia, pues la redacción de la norma del inciso segundo del artículo 68, de la Constitución del Ecuador referente a la adopción homoparental en

²¹ Alicia Suquinagua Yascaribay, “Adopción homoparental como garantía de acceso al derecho a una familia e identidad en Ecuador”, 23.

²² Los estándares internacionales en materia de derechos humanos y políticas migratorias, Informe de Avances de la Investigación sobre Revisión de estándares internacionales en materia de derechos humanos y políticas migratorias, Organización Internacional para las Migraciones, junio 2007.

²³ Los estándares internacionales en materia de derechos humanos y políticas migratorias, 2007, pág.3.

²⁴ Daniela Salazar Marín et al., “La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador”, *FORO: Revista de Derecho*, n.º 32 (2019), 130.

²⁵ Carrillo de la Rosa, Yezid, y Oscar Manuel Ariza Orozco. 2019, “Teorías Aplicables Al Derecho Internacional E Interamericano De Derechos Humanos”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo* n. 11 (2019):110-122. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.11-num.21-2019-2503>.

Ecuador, se ve inmersa en una contradicción, con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁶.

La teoría monista sostiene la existencia de dos órdenes jurídicos en relación de subordinación, uno y el otro²⁷. Al respecto, existen corrientes doctrinarias, conforme el sistema jurídico que se adopte: monismo con primacía del Derecho Nacional, monismo con primacía del Derecho Internacional y monismo radical²⁸.

Para el monismo con primacía del Derecho Nacional, el ordenamiento nacional es único y jerárquicamente superior al internacional, es decir está subordinado al interno. El monismo con primacía del Derecho Internacional, al que defienden autores como Kelsen y Vendross, indica que el derecho internacional prima sobre el nacional. De esta última corriente, se desprenden dos más: monismo radical y monismo moderado²⁹.

El monismo radical sostiene que toda norma de derecho interno contraria al derecho internacional es nula *ab-initio* (desde el principio), es decir, del derecho internacional depende la validez del nacional. En contraposición está el monismo moderado, el mismo indica que la norma interna opuesta al derecho internacional, no es nula *ab-initio*, de hecho debe ser transformada por el Estado, caso contrario, procedería la responsabilidad internacional³⁰.

Una tercera corriente doctrinaria es la teoría conciliadora que parte de la unidad de dos ramas jurídicas en un sistema único, sin aceptar la relación de subordinación entre un sistema y otro³¹.

Por otro lado, está la teoría dualista, a decir de Saltos, la misma reconoce que el ordenamiento jurídico internacional y el interno, son diferentes, independientes, separados y que nunca llegan a fundirse. Precisamente, esta separación, es el motivo de que no exista conflicto entre ambos, pues poseen características diferentes. Características

²⁶ Como se revisará más adelante, para el Ecuador, tras un pronunciamiento de la Corte Constitucional, todos los derechos reconocidos en instrumentos internacionales forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

²⁷ Fernando Gamboa, *Manual de Derecho Internacional Público* (Chile: Ediciones ChileAmérica CESOC, 1992), 35.

²⁸ De la Rosa y Ariza, "Teorías Aplicables Al Derecho Internacional E Interamericano De Derechos Humanos", 116 – 177.

²⁹ De la Rosa y Ariza, "Teorías Aplicables Al Derecho Internacional E Interamericano De Derechos Humanos", 117-118.

³⁰ *Ibid.*, 118.

³¹ *Ibid.*, 119.

como, diferentes fuentes, diferentes sujetos, diferente poder de coacción y diferentes ámbitos territoriales³².

5. Familia

Previo a definir a la adopción, es fundamental revisar el concepto jurídico de “familia”, para Simon no existe una definición normativa expresa y uniforme de familia, precisamente por la diversidad de formas familiares que existen actualmente³³. Además, aclara que en Ecuador no existe una definición general de la misma³⁴. Sin embargo, la Constitución del Ecuador, sí reconoce a la familia en sus diversos tipos³⁵. Ahora bien, existen definiciones doctrinarias que en general señalan respecto de la familia, que son personas que mediante relaciones de matrimonio o parentesco (un vínculo jurídico), que puede ser por consanguinidad, afinidad o adopción, la ley les atribuye algún efecto jurídico³⁶.

El Comité de Derechos del Niño, reconoce que “familia”, entendida bajo lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, hace alusión a una variedad de estructuras que se ocupan de la atención, cuidado y desarrollo de los niños y señala que los modelos familiares en la práctica son cambiantes³⁷.

El Comité de Derechos Humanos, es claro en sugerir que no hay una definición uniforme del concepto familia y reconoce que hay diversos tipos de la misma, a modo ejemplificativo, señala a las familias monoparentales y parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos³⁸.

Por su parte, la Corte IDH, constata en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, que la Convención Americana no protege un solo modelo tradicional de familia, de hecho, indica que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y puede abarcar lazos familiares en los que las partes tienen vida en común, fuera del matrimonio³⁹.

³² Gioconda Saltos Saltos, *Manual de Derecho Internacional Público (2A. ED)*, (Quito: Corporación de estudios y publicaciones (CEP), 2017), 8-9.

³³ Farith Simon, *Manual de derecho de familia*, 31.

³⁴ *Ibid.*, 32.

³⁵ Artículo 67, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

³⁶ Fernando Fueyo, *Derecho Civil*, tomo IV, Editorial Universo, Santiago de Chile, 1959, p.16, citado en Farith Simon, *Manual de derecho de familia*, 31-32.

³⁷ Observación General No. 7 (2006): Realización de los derechos del niño en la primera infancia, párr. 19.

³⁸ Observación general No. 19: La familia (artículo 23), párr. 2.

³⁹ Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, reparaciones y costas, 24 de febrero de 2012.

6. Adopción en Ecuador y artículo 68 inciso segundo de la Constitución del Ecuador

Respecto de la adopción, ha sido considerada como “la medida más idónea para garantizar una familia a niños, niñas y adolescentes que se encuentran privados de ella y que no pueden ser cuidados por sus familias de origen”⁴⁰. Desde 1992 en el Ecuador la adopción se rige estrictamente bajo el régimen pleno, que tiene dos efectos principales, 1) el hijo adoptivo se asimila al hijo consanguíneo para todos los efectos y 2) con la adopción se termina la relación de parentesco entre el adoptado y los miembros de su familia de origen⁴¹.

Ahora bien, la Constitución del Ecuador establece que, “[l]a adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”⁴², la misma se trata de una norma imperativa, que debe respetarse en todos los casos, con independencia de la voluntad del sujeto⁴³. A este respecto, se debe señalar que, su texto es sumamente claro, en el sentido de que utiliza la palabra “solo”, que según el diccionario de la RAE significa, “que está sin otra cosa o que se mira separado de ella”⁴⁴, por lo que esa expresión indicaría que se está excluyendo de esta institución a todas las personas que estén por fuera de la categoría “parejas de distinto sexo”.

Lo anterior, leído a la luz y en concordancia con otras disposiciones sobre la adopción homoparental, como es el CONA que establece requisitos para la adopción, entre ellos “6. [e]n 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”⁴⁵, lleva a concluir, que en efecto, se establecen requisitos expresos, que puede derivar en una prohibición de la adopción homoparental. Situación que como se revisará más adelante, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la presente investigación, podría resultar discriminatoria y violatoria de ciertos derechos.

Sin embargo, es fundamental señalar que, en Ecuador se permite la adopción de personas solas (familia monoparental), categoría no reconocida expresamente en dicho artículo. De hecho, se permite con fundamento en el artículo 153⁴⁶ del CONA, en el

⁴⁰ Farith Simon, *Manual de derecho de familia*, 425.

⁴¹ Farith Simon, *Manual de derecho de familia*, 430.

⁴² Artículo 68, Constitución de la República del Ecuador.

⁴³ Farith Simon, *Introducción al estudio del derecho*, (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2018), 109.

⁴⁴ Solo, la, Diccionario de la lengua española, Edición de Tricentenario, Actualización 2021, recuperado de <https://dle.rae.es/solo?m=form>, (último acceso 4/11/2022).

⁴⁵ Artículo 159.6, Código de la Niñez y Adolescencia.

⁴⁶ Artículo 153, Código de la Niñez y Adolescencia.

Acuerdo Ministerial No. 135 publicado el 15 de noviembre de 2019 (Manual de Procesos de la Gestión de Adopciones Nacionales) y en el pronunciamiento de la Corte Constitucional, en una acción de Interpretación de Normas Constitucionales en el dictamen No. 8-09-IC/21⁴⁷, en el que indica que es evidente que personas solas puede adoptar, y precisamente que en la práctica se observa que los procesos de adopción son solicitados por familias monoparentales (personas solas)⁴⁸.

En este sentido, es clave resaltar que la Corte Constitucional, a pesar de que el artículo 68 inciso segundo, podría haber sido entendido como excluyente de la adopción de personas solas, pues no están expresamente reconocidas en dicha norma, de hecho de su lectura literal, se entendería que es una categoría excluida, reconoce que la misma en la práctica, se permite. Situación, que podría también ser extendida e interpretada a favor de las parejas del mismo sexo.

Además, es importante mencionar que en el voto salvado del ex Juez Constitucional Ramiro Ávila Santamaría, sobre el dictamen No. 8-09-IC, indica sobre el artículo 68 inciso segundo de la Constitución del Ecuador que,

Si la norma constitucional se basa en un prejuicio, sin demostración fáctica alguna además, de que toda pareja homosexual no brinda un ambiente para el ejercicio y desarrollo de los niños y niñas, podría ser una norma discriminatoria y contraria a otros principios constitucionales y que se reconocen en instrumentos internacionales de derechos humanos. [...] Existe, pues, una tensión entre la prohibición constitucional establecida en la Constitución y otros derechos y principios establecidos en la Constitución y otros instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables en el Ecuador [...] ⁴⁹.

Añade que, de hecho, aún es cuestionable, el saber si existe en la norma una prohibición de adopción por parte de parejas del mismo sexo o identidad sexual⁵⁰. Lamentablemente, la situación jurídica de las familias homosexuales, con el objetivo de adoptar, hasta la actualidad, no ha sido resuelta.

En esta línea de ideas, una vez que se ha analizado la concepción de la adopción homoparental, a la luz de lo establecido por la Constitución del Ecuador, en el siguiente apartado se va a verificar qué parámetros se han establecido, tanto en los instrumentos y tratados internacionales, sobre los derechos de los adoptantes y de las personas adoptadas,

⁴⁷ La Corte Constitucional del Ecuador es el máximo órgano de interpretación constitucional y en consecuencia la máxima instancia de interpretación de la Constitución, a través de sus dictámenes y sentencias, según los artículos 429 y 436.1 de la Constitución del Ecuador.

⁴⁸ Dictamen No. 8-09-IC/21, Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, 18 de agosto de 2021, párr. 29.

⁴⁹ Dictamen No. 8-09-IC/21, Voto Salvado, Ramiro Ávila Santamaría, párr. 16.

⁵⁰ Dictamen No. 8-09-IC/21, Voto Salvado, Ramiro Ávila Santamaría, párr. 17.

y cómo estos parámetros generan tensión e incluso, posible responsabilidad internacional para el Ecuador.

7. Derecho Internacional de los Derechos Humanos y adopción homoparental

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (que forma parte del bloque de constitucionalidad y tiene igual jerarquía normativa que la Constitución del Ecuador, o incluso mayor, en la medida en la que establezca derechos más favorables que la Constitución del Ecuador⁵¹), establece las obligaciones y deberes que los Estados deben respetar, en virtud de las obligaciones y deberes contraídos, por el derecho internacional y, especialmente al ser Estados partes de determinados tratados internacionales de derechos humanos. Ahora bien, las obligaciones asumidas pueden ser, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos⁵².

Es necesario resaltar que tanto los tratados internacionales (que comprometen a los gobiernos a adoptar medidas y leyes internas compatibles con las obligaciones y deberes previstos en los mismos), como el derecho consuetudinario son la parte medular del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero existen otros instrumentos, como son declaraciones, directrices, principios, entre otros, que también son fundamentales para el desarrollo de los mismos⁵³.

Ahora bien, Ecuador por voluntad soberana, a lo largo de su historia ha adquirido compromisos jurídicos en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este sentido, hay normas e instituciones internacionales de derechos humanos que le generan a Ecuador una variedad de responsabilidades, que deben ser atendidos tanto en el ámbito nacional, como en el internacional⁵⁴.

En el siguiente apartado, se hará alusión tanto a lo establecido por el sistema universal de derechos humanos, es decir a la Organización de las Naciones Unidas, que nació el 24 de octubre de 1945, tras la ratificación de la Carta de la ONU (documento fundacional de la Organización)⁵⁵, y en el que Ecuador fue admitido como Estado parte

⁵¹ Ver apartado 11.

⁵² Naciones Unidas, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, recuperado de <https://www.ohchr.org/es/instruments-and-mechanisms/international-human-rights-law>, (último acceso: 23/10/2022).

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ José Valencia, “Áreas de gestión internacional del Estado ecuatoriano en Derechos Humanos”, *Revista del Centro Andino de Estudios Internacionales No.4* (2002), 105 – 114.

⁵⁵ Naciones Unidas, La Organización, recuperado de <https://www.un.org/es/about-us>, (último acceso: 23/10/2022).

desde el 21 de diciembre de 1945⁵⁶; como al sistema regional, es decir, al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, iniciado formalmente con la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Novena Conferencia Internacional Americana en 1948, donde también fue aprobada la Carta de la OEA⁵⁷, de la que Ecuador es Estado miembro desde 1889⁵⁸.

Es necesario aclarar que, se hace alusión a derechos de los adoptantes y derechos de los adoptados⁵⁹, porque no se puede hablar del derecho a adoptar o derecho a ser adoptado estrictamente. Esto en base a que, la adopción, no es ni fue creada como un instrumento de satisfacción de los deseos o aspiraciones de los adoptantes, al contrario, es un mecanismo de protección de los niños, niñas y adolescentes, independiente de los deseos de las personas adoptantes⁶⁰. En la misma línea, tampoco puede hablarse de un derecho del menor a ser adoptado, porque esta institución no obliga a nadie a adoptar, de hecho, el menor a lo que sí tiene derecho es, a ser cuidado, educado y protegido, situación que tiene como medio a la adopción⁶¹.

8. Derechos de los adoptantes, parejas homosexuales

Los derechos humanos, son inherentes al ser humano, sin ningún tipo de distinción, para el caso que nos ocupa, independientemente de su orientación sexual.

Sobre la orientación sexual, la Corte IDH, tanto en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile⁶², como en la OC-24/17, señala que la misma es una categoría protegida por la Convención Americana, contra la discriminación⁶³ y en consecuencia, “ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir de modo alguno, los derechos de una persona

⁵⁶ Naciones Unidas, Estados Miembros, recuperado de <https://www.un.org/es/about-us/member-states>, (último acceso: 15/10/2022).

⁵⁷ CIDH, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ¿Qué es la CIDH?, recuperado de <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm?File=/es/cidh/mandato/que.asp>, (último acceso 24/10/2022).

⁵⁸ OEA, Estados Miembros, recuperado de https://www.oas.org/es/estados_miembros/default.asp, (último acceso 24/10/2022).

⁵⁹ Se hará alusión a los derechos que en consideración de la investigación, son los más relevantes, aclarando que, hay un sinnúmero de derechos adicionales a los mencionados, que se pueden ver involucrados en el problema en desarrollo y no van a ser analizados.

⁶⁰ Rosa Moliner, “Adopción, familia y derecho”, *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho* (2012), 98-135.

⁶¹ Rosa Moliner, “Adopción, familia y derecho”, 98 – 135.

⁶² Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, párr. 91.

⁶³ Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 71

a partir de sus orientación sexual, su identidad de género y/o expresión de género”⁶⁴. Derechos que serán desarrollados en los siguientes apartados.

8.1. Derecho a la igualdad y no discriminación

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 1⁶⁵, reconoce la igualdad en dignidad y derechos en la que nacen todos los seres humanos. Es importante señalar que no hace distinción alguna, respecto de las características de dichos seres humanos. También reconoce, igual protección contra toda discriminación⁶⁶. En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, prohíbe toda discriminación y garantiza igual protección contra toda discriminación⁶⁷.

El Comité de Derechos Humanos, en la observación general No. 18, indica que el Pacto prohíbe la discriminación en cualquier esfera, entonces al aprobar una ley, cualquier Estado Parte, debe velar porque se cumpla y el contenido de dicha ley no sea discriminatorio⁶⁸.

El artículo 1.1⁶⁹ de la Convención Americana, prevé el respeto a derechos y libertades reconocidas en la misma, sin discriminación alguna. Sobre este derecho la Corte IDH, en la sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, indica que, los criterios según los cuales está prohibido discriminar, no son un listado taxativo y que la expresión “cualquier otra condición social”, debe ser interpretada, desde una perspectiva más favorable a la personas⁷⁰. Sobre todo, indica que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual, “no se limita a la condición de ser homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas”⁷¹.

Del mismo modo, en la Opinión Consultiva OC- 24/17, señala que los Estados deben abstenerse (obligación negativa) de realizar acciones que vayan dirigidas directa o indirectamente a crear situaciones de discriminación⁷². Además, que el incumplimiento de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, mediante

⁶⁴ Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 78.

⁶⁵ Artículo 1, Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

⁶⁶ Artículo 7, Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

⁶⁷ Artículo 26, Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

⁶⁸ Observación general No. 18: No discriminación, párr. 12.

⁶⁹ Artículo 1.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁷⁰ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, párr. 85.

⁷¹ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, párr. 133.

⁷² Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 61.

cualquier trato diferente⁷³, que resulte discriminatorio, que no persiga finalidades legítimas, que sea innecesario o desproporcionado, genera responsabilidad internacional⁷⁴.

Sobre las diferencias de trato que resultan discriminatorias, la Corte IDH, recuerda que, la falta de acuerdo en un país sobre el respeto de los derechos de personas que se distinguen por su orientación sexual, no es argumento válido para negarles o restringirles derechos o para continuar con discriminación histórica y estructural de la que esas personas han sido objeto⁷⁵.

En el plano nacional, la Constitución del Ecuador reconoce que todas las personas son iguales y gozarán de los mismo derechos, deberes y oportunidades, sobre todo que, nadie puede ser discriminado por razones de orientación sexual y que la ley sancionará toda forma de discriminación. Además, indica que el Estado adoptará medidas afirmativas, a fin de promover la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad⁷⁶.

En este sentido, es clave indicar que las leyes y políticas del Estado suelen ser una fuente de discriminación de personas lesbianas, gays y bisexuales⁷⁷, como a criterio de este trabajo, puede llegar a ser el caso de la redacción del inciso segundo de la Constitución del Ecuador, al excluir a las parejas homosexuales, del acceso a la adopción. Esto, teniendo en cuenta que, el Estado tiene la obligación de asegurarse que sus propias leyes, no discriminen a las personas por su orientación sexual, para no violar el derecho internacional⁷⁸.

8.2. Derecho a tener una familia

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se reconoce que los hombres y las mujeres tienen derecho a fundar una familia⁷⁹, sin delimitar en virtud de qué relaciones, reconoce dichos derechos, es decir, no indica si es en virtud de relaciones

⁷³ No todo trato diferente es discriminatorio, lo es, cuando no se persigue finalidades legítimas, es innecesario y/o desproporcionado.

Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 63.

⁷⁴ Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 63.

⁷⁵ Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 83.

⁷⁶ Artículo 11.2, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁷⁷ Fichas de datos, Igualdad y no discriminación, Oficina del Alto Comisionado de la Organización de las Naciones Unidas, pág 1.

⁷⁸ Fichas de datos, Igualdad y no discriminación, pág 2.

⁷⁹ Artículo 16, Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

heterosexuales u homosexuales. Además, indica que la familia, tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado⁸⁰.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce el derecho de constituir una familia y recibir protección para ella⁸¹. De la misma manera, la Convención Americana en su artículo 17, reconoce la protección a la familia, indicando que debe ser protegida por la sociedad y el Estado, y reconoce el derecho del hombre y la mujer a fundar una familia⁸². Además, la Convención Americana protege el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja homosexual⁸³. Finalmente, el Protocolo de San Salvador, igualmente reconoce expresamente, el derecho de toda persona a constituir una familia y a la protección de la misma⁸⁴.

Es importante recordar que, hay una nueva realidad jurídica que redefine la concepción clásica de la familia tradicional, para incluir otros modelos de familia, como es la homoparental por adopción⁸⁵. En ese sentido, las parejas homosexuales, tienen derecho a constituir una familia, y que el Estado proteja la misma.

8.3. Derecho a la vida privada

En su artículo 12, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, prevé el no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada⁸⁶. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 5⁸⁷, reconoce el derecho que toda persona tiene a la protección de la Ley contra ataques abusivos a su vida privada y familiar.

La Convención Americana, del mismo modo, en su artículo 11⁸⁸, reconoce que nadie (sin hacer distinción) puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, entre otras, y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias.

La Corte IDH, se ha pronunciado sobre la inviolabilidad de la misma y señala que el ámbito de la vida privada de las personas, se caracteriza por ser un espacio de

⁸⁰ Artículo 16, Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

⁸¹ Artículo 6, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

⁸² Artículo 17, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁸³ Reconocimiento de derechos de personas LGBTI, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OAS/Ser.L/V/II.170, Doc. 184, 7 de diciembre de 2018, párr. 220.

⁸⁴ Artículo 15, Protocolo de San Salvador.

⁸⁵ Alicia Suquinagua Yascaribay, “Adopción homoparental como garantía de acceso al derecho a una familia e identidad en Ecuador”, 22-37.

⁸⁶ Artículo 12, Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

⁸⁷ Artículo 5, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

⁸⁸ Artículo 11, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

libertad, que debe estar exento de injerencias abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Dicho derecho, no se limita a la privacidad, de hecho, se desarrolla en otras esferas, como es la capacidad para desarrollar su propia personalidad, aspiraciones, definir sus relaciones personales⁸⁹, entre otras.

A este respecto, es clave indicar que la vida privada de las personas homosexuales, se ve afectada porque se ven impedidos de desarrollar su derecho a formar una familia, cuando están excluidos de la posibilidad de ser padres por medio de la institución de la adopción⁹⁰, como es el caso de lo previsto por la norma constitucional ecuatoriana, que excluye a personas del mismo sexo del acceso a la adopción.

9. Derechos de los adoptados

9.1. Protección especial a la niñez

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 24, establece que, todo niño tiene derecho sin discriminación alguna a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto de la sociedad, familia y del Estado⁹¹. La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3, establece que los Estados se comprometen a asegurar al menor la protección y cuidado necesarios, para su bienestar, tomando todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas⁹².

En este sentido, se debe tener a la adopción como una medida de protección a favor del niño, niña y adolescente, a fin de que se le garantice una familia idónea, siempre y cuando, se encuentre en la aptitud social y legal para ser adoptado⁹³.

9.2. Interés superior del niño

Previo a enunciar dónde y en qué medida ha sido entendido el principio del interés superior del niño, es necesario indicar que es un concepto jurídico indeterminado, que tiene una formulación abierta⁹⁴. Una forma de regulación del interés superior, a fin de que no se preste a discrecionalidades abusivas, es definirlo o asociarlo, al cumplimiento del bienestar, desarrollo integral o derechos de los niños⁹⁵.

⁸⁹ Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 86 – 87.

⁹⁰ Andrea Davide Ulisse y Vanessa Coria, “El derecho a la vida privada: de la Independencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo”, *Opinión y debate, Corte IDH*, 2.

⁹¹ Artículo 24, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁹² Artículo 3.1, Convención sobre los Derechos del Niño.

⁹³ Adriana Monesterolo Lencioni, “Adopción en el marco del Sistema de Protección de Derechos”, (Seminario Internacional, Legislar para Proteger a la Niñez y a la Adolescencia, de UNICEF, 2018).

⁹⁴ Farith Simon, *Manual de derecho de familia*, 453.

⁹⁵ Farith Simon, *Manual de derecho de familia*, 457.

Ahora bien, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3.1, indica que en todas las medidas concernientes a niños, que se tomen en las instituciones públicas o privadas de bienestar social, deben tener una consideración primordial al interés superior del niño⁹⁶.

El Comité de los Derechos del Niño, indica respecto la adopción, en la observación general No. 14 que, el derecho del interés superior se refuerza aún más, y que debe ser determinante al tomar una decisión relacionada con esta institución y con otras cuestiones⁹⁷.

En la misma línea, en la observación general No. 20, es claro en expresar sobre los adolescentes y modalidades alternativas de cuidado que,

Hay pruebas contundentes de que permanecer durante estancias prolongadas en instituciones de gran tamaño y, aunque en grado mucho menor, estar sujeto a modalidades alternativas de cuidado, como acogimiento o atención en pequeños grupos, tiene un impacto desfavorable en los adolescentes⁹⁸.

La Constitución del Ecuador, en su artículo 44⁹⁹, reconoce que el Estado, sociedad y familia, deben promover de manera prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y deben asegurar el ejercicio pleno de sus derechos, atendiendo al principio de su interés superior. La Corte Constitucional del Ecuador, ha indicado en varias sentencias, como son la No. 048-13-SEP-CC y 064-15-SEP-CC, que debe ser interpretado como un principio rector y como un principio cardinal, respectivamente¹⁰⁰.

Ahora bien, el respeto al derecho de las niñas y niños a vivir en familia mediante la adopción, constituye una de las vías para lograr el cumplimiento del interés superior del niño, porque la adopción se ha sido instituida como un mecanismo para proteger y garantizar los derechos de las niñas y niños¹⁰¹. En ese sentido, la adopción dirigida por el interés superior del niño, buscaría asegurar la centralidad de las niñas, niños, dándoles las herramientas necesarias para que alcancen su desarrollo integral y personal¹⁰².

9.3. Derecho a tener una familia

⁹⁶ Artículo 3.1, Convención sobre los Derechos del Niño.

⁹⁷ Observación General No. 14 (2013): sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 38.

⁹⁸ Observación general núm.20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, Comité de los Derechos del Niños, Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/20, de 6 de diciembre de 2016.

⁹⁹ Artículo 44, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁰⁰ Sentencia 184-18-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, 29 de mayo de 2018, Pág. 55

¹⁰¹ Sergio Medina, “El interés superior del niño por medio de la adopción: una visión histórica”, *Revista de Lenguas Modernas*, No. 11 (2009), 273.

¹⁰² Sergio Medina, “El interés superior del niño por medio de la adopción: una visión histórica”, 273.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su preámbulo, indica que reconocen a la familia como un grupo fundamental de la sociedad. En su artículo 20¹⁰³, que los niños que han sido privados temporal o permanentemente de su medio familiar, tienen derecho a la protección y asistencia especial del Estado y que los Estados deben garantizar cuidado para los mismos. Entre dichos cuidados figura la adopción, sin hacer distinción alguna, sobre las condiciones o requisitos específicos a aplicarse en dicha institución.

A este respecto, es importante señalar que se debe conceptualizar a la adopción como una medida para restituirle al niño, su derecho a la familia¹⁰⁴, porque la finalidad última de la adopción es precisamente garantizarle al niño un ámbito familiar, donde pueda desarrollarse¹⁰⁵.

9.4. Derecho a ser escuchado

El Comité de los Derechos del Niño, en su observación general No. 5, ha identificado como principio general, el derecho del niño a expresar su opinión libre en todos los asuntos que afectan al niño y a que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones¹⁰⁶. En tal sentido, indica que este principio “[...] implica que se trate de conocer la opinión de determinados grupos de niños sobre cuestiones concretas [...]”¹⁰⁷, y a modo únicamente ejemplificativo, sugiere la importancia de escuchar la opinión de los niños adoptados y de los niños que se encuentran en familias de adopción, sobre las leyes y las políticas en materia de adopción¹⁰⁸.

En el mismo sentido, sobre las modalidades alternativas de acogimiento, la observación general No. 12, establece que deben introducirse en los Estados, mecanismos para garantizar que los niños que estén en modalidades alternativas de acogimiento,

¹⁰³ Artículo 20, Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁰⁴ Adriana Monesterolo Lencioni, “Adopción en el marco del Sistema de Protección de Derechos”, (Seminario Internacional, Legislar para Proteger a la Niñez y a la Adolescencia, de UNICEF, 2018).

¹⁰⁵ Vidal Basilio Mario, “Derecho a tener una familia: Adopción Homoparental, entre prejuicios y realidades”, *Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo*, 10.

¹⁰⁶ Observación General No. 5 (2003): Medidas Generales de Implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/5, 3 de octubre de 2003.

¹⁰⁷ Observación General No. 5 (2003): Medidas Generales de Implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 12.

¹⁰⁸ Observación General No. 5 (2003): Medidas Generales de Implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 12.

puedan expresar sus opiniones y que esas opiniones se tengan en cuenta en los asuntos relativos a su acogimiento¹⁰⁹.

Ahora bien, es fundamental, resaltar la relevancia que tiene y tendrá que los niños sean escuchados, a fin de regular leyes y políticas en normas de adopción, para el caso que nos ocupa, adopción homoparental.

10. Opinión Consultiva OC – 24/17

La Corte IDH, en ejercicio de su función consultiva, emitió la Opinión Consultiva OC – 24/17, el 24 de noviembre del 2017. Se consideró necesario incluir un apartado especial, a fin de enunciar los parámetros específicos que ha establecido la misma, que a criterio del presente trabajo, son aplicables a la adopción homoparental. Criterios que son fundamentales, entendiendo que en Ecuador, a raíz de la misma se ha interpretado una de las instituciones jurídicas más importantes a la luz de parejas homosexuales, el matrimonio igualitario¹¹⁰.

El 18 de mayo de 2016, la República de Costa Rica, presentó una solicitud de Opinión Consultiva, sobre la interpretación y alcance de los artículos 11.2¹¹¹ (Protección de la Honra y de la Dignidad), 18¹¹² (Derecho al Nombre) y 24¹¹³ (Igualdad ante la Ley) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1 del mismo instrumento¹¹⁴.

A decir de la Corte IDH, la respuesta a esta Opinión Consultiva es de crucial importancia, porque precisamente permite que los países de la región (en este caso Ecuador), precise las obligaciones estatales en relación con los derechos de las personas LGBT, en el marco de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos a todas personas bajo su jurisdicción¹¹⁵.

A este respecto, reconoce que el alcance de la protección del vínculo familiar de una pareja de personas del mismo sexo, se extiende a aquellos derechos y obligaciones establecidos por las legislaciones de cada Estado, que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales¹¹⁶. En esta línea, teniendo en cuenta que bajo lo establecido por la Constitución del Ecuador, se establece que la adopción corresponde a parejas

¹⁰⁹ Observación General No. 12 (2009): El derecho del niño a ser escuchado, Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

¹¹⁰ Ver sentencias Sentencia 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19, de la Corte Constitucional del Ecuador.

¹¹¹ Artículo 11.2, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹¹² Artículo 18, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹¹³ Artículo 24, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹¹⁴ Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 1.

¹¹⁵ Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 21.

¹¹⁶ Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 198.

heterosexuales, situación que lleva consigo el reconocimiento de varios derechos, dicho reconocimiento, debería ser extendido a parejas del mismo sexo.

Asimismo, la Corte IDH observa que existen medidas administrativas, judiciales y legislativas, que los Estados pueden adoptar para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo, o incluso, podrían optar por extender las instituciones ya existentes, a las parejas compuestas por personas del mismo sexo, cuando consideren que no es necesaria la creación de una nueva figura jurídica¹¹⁷. Aplicando este parámetro, nuevamente a la adopción, esta institución podría ser extendida a parejas del mismo sexo, considerando que más adelante se analizará los cambios normativos, que necesariamente esta extensión acarrearía consigo.

La Corte IDH considera fundamental que, siempre y cuando existe voluntad de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, dicho vínculo es merecedor de igualdad de derechos y protección, sin importar la orientación sexual de sus contrayentes¹¹⁸.

Concluye respecto de la necesidad de la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos (sin determinar algún vínculo en específico) entre personas del mismo sexo que,

Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo [...] ¹¹⁹.

Aspecto que, a consideración de la investigación, llega a ser fundamental para la regulación de la adopción homoparental en Ecuador, teniendo en cuenta que la Corte IDH, no ha determinado un vínculo específico entre personas del mismo sexo al que es aplicable dicha conclusión. Por lo tanto, tal y como indica la Corte, para el efecto puede ser necesaria la modificación de figuras existentes, lo que a consideración del trabajo, es precisamente lo que sucede con la adopción homoparental.

Finalmente, la Corte IDH emite la opinión, en la parte pertinente al tema en desarrollo, decidiendo por unanimidad que, es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas

¹¹⁷Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 217 - 218.

¹¹⁸ Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 225.

¹¹⁹ Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 228.

homosexuales, sin discriminación con respecto a las parejas heterosexuales¹²⁰. Nuevamente hace alusión a figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, sin determinar específicamente a qué figuras le es aplicable dicha opinión. A entendimiento del trabajo, le es aplicable a la institución jurídica de la adopción, que le es ya reconocida a las parejas heterosexuales.

10.1. Valor jurídico de las Opiniones Consultivas: Opinión Consultiva OC-24/17

Las Opiniones Consultivas, son el resultado de la función consultiva¹²¹ que posee la Corte IDH, a diferencia de su jurisprudencia, que es el resultado de su función contenciosa¹²², jurisprudencia que tiene efecto vinculante entre las partes.

A la luz de lo establecido por la Corte IDH, se ha determinado que la emisión de una Opinión Consultiva obliga a todos los Estados miembros de la OEA, pues constituyen una interpretación autorizada del alcance de las obligaciones internacionales, que los Estados han asumido a través de la ratificación de tratados internacionales¹²³.

Ahora bien, la Corte Constitucional del Ecuador, ha establecido que no es posible desconocer el razonamiento que se plasma mediante la Opiniones Consultivas, por parte de la Corte IDH¹²⁴. Además, conforme se desprende de varios dictámenes, ha dado cuenta de que los estándares fijados por las Opiniones Consultivas, son de mucha importancia al momento de llevar a cabo su función argumentativa dentro de las decisiones emitidas por la Corte Constitucional¹²⁵, es el caso de cuando definió la naturaleza del derecho a la libertad de expresión y del derecho a la rectificación¹²⁶. Argumentos con los cuales, se ha reforzado la obligatoriedad de las Opiniones Consultivas como instrumentos vinculantes para los Estados parte de la Convención Americana¹²⁷.

Situación que para Hitters, no es del todo cierta pues a pesar de que, en efecto sostiene la relevancia de los efectos jurídico e innegables que tienen estas opiniones, a su

¹²⁰ Opinión Consultiva OC-24/17, párr.8.

¹²¹ Artículo 64, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹²² Artículo 61, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹²³ Daniela Salazar Marín et al., “La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador”, 130.

¹²⁴ Daniela Salazar Marín et al., “La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador”, 132.

¹²⁵ *Ibid.*, 133.

¹²⁶ Sentencia 11-18-CN/19, 12 de junio de 2019, párr. 35.

¹²⁷ Daniela Salazar Marín et al., “La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador”, 141.

criterio esta función interpretativa, no es vinculante en sentido propio. Asimismo, sostiene que las Opiniones Consultivas auxilian a los Estados en la aplicación de los tratados relativos de derechos humanos, sin la necesidad de someterlos a formalismos o sanciones, que podría llevar el proceso contencioso¹²⁸.

De todas formas, es fundamental indicar que, el desconocer este tipo de Opiniones Consultivas, que son interpretaciones realizadas por el órgano auténtico autorizado para el efecto, podría acarrear responsabilidad internacional para el Estado ecuatoriano¹²⁹, situación que la propia Corte Constitucional reconoce en la Sentencia No. 10-18-CN/19, donde indica que, la Corte IDH, ha establecido la obligación de tener en cuenta, su jurisprudencia y sus propios precedentes o lineamientos, porque es la interprete última de la CADH y porque es el órgano jurisdiccional competente para establecer responsabilidad de un Estado parte, por la violación a la Convención Americana¹³⁰.

11. Bloque de constitucionalidad e instrumentos internacionales y su aplicabilidad en Ecuador

Los términos “bloque de constitucionalidad” surgen en el Derecho francés, en una decisión del Consejo Constitucional en 1971, en la que se denota la naturaleza y fuerza constitucional de varios derechos fundamentales, no reconocidos de manera expresa en su Constitución¹³¹. Se ha definido al mismo como, el instituto jurídico que integra valores, principios y reglas del sistema jurídico, que no se encuentran expresamente previstos en los artículos de la Constitución, pero que se entienden incluidos en el texto constitucional, con igual fuerza normativa y aplicación inmediata y directa, porque la propia Constitución hace una remisión a los mismos¹³².

El bloque de constitucionalidad ecuatoriano se encuentra previsto en la Constitución del Ecuador, en su artículo 11, numeral 3, “[I]os derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor

¹²⁸ Juan Carlos Hitters, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de derechos humanos? control de constitucionalidad y convencionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (2008), 131-155.

¹²⁹ Daniela Salazar Marín et al., “La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador”, 134.

¹³⁰ Sentencia 10-18-CN/19, Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, 12 de junio de 2019, párr. 78.

¹³¹ Danilo Caicedo, “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución”, *Foro: Revista de Derechos*, No.12 (2009), 7.

¹³² Danilo Caicedo, “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución”, 12.

público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”¹³³, en el mismo sentido, su artículo 426, indica que,

[...] [A]plicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, [...]. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación [...]¹³⁴.

Es claro que no está en duda, la aplicación directa de tratados internacionales ratificados por el Ecuador, que tengan derechos más favorables que la Constitución, como son la Convención sobre los Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador. Esto, en virtud de que el artículo 2 de la Convención de Viena, ratificada por el Ecuador en 2005, determina que por tratado se entiende al acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, que puede constar en un instrumento única o en más instrumentos conexos¹³⁵.

Sin embargo, existe nuevamente una gran discusión, en lo referente a determinar qué instrumentos, además de los tratados independientemente de su denominación, son los que abarcan los términos “instrumentos internacionales”. En los siguientes párrafos, se revisará, específicamente qué se ha dicho sobre la inclusión en dichos términos, de las Opiniones Consultivas, emitidas por la Corte IDH.

A decir del ex Juez la Corte Constitucional en su voto salvado a la sentencia 10-18-CN/19, “la Opinión Consultiva OC-24/17 no constituye un instrumento internacional”¹³⁶. No obstante, se debe tener claro que, el Pleno de la Corte en la misma sentencia indicó que, su interpretación (de la Corte Constitucional) debe allanarse a la interpretación que la Corte IDH haya hecho sobre la Convención Americana, porque la Corte IDH estableció la obligación de tener en cuenta su jurisprudencia y precedentes o lineamientos¹³⁷.

En ese marco, es fundamental indicar que, la misma Corte, en la Sentencia 184-18-SEP-CC de 29 de mayo de 2018, indica expresamente sobre la Opinión Consultiva,

¹³³ Artículo 11.3, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹³⁴ Artículo, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹³⁵ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Viena, 23 de mayo de 1969, ratificada por el Ecuador el 2 de noviembre de 2005.

¹³⁶ Voto Salvado, Sentencia 10-18-CN/19, Corte Constitucional del Ecuador, Hernán Salgado, 12 de junio de 2019, párr. 20.

¹³⁷ Sentencia 10-18-CN/19, párr. 78.

[E]n la Opinión Consultiva OC24/17, instrumento internacional que, por expresa disposición del artículo 424 [...] se entiende adherido al texto constitucional y es aplicación directa, inmediata y preferente, en tanto su contenido sea más favorable para el efectivo ejercicio y protección de los derechos reconocidos[...]¹³⁸.

Es decir, de la lectura literal, se desprende que la Corte Constitucional, hizo expresamente referencia a la Opinión Consultiva, como un instrumento internacional.

Además, el Pleno de la Corte Constitucional, en la sentencia No. 11-18-CN/19, establece sobre la Opinión Consultiva OC 24/17 que, los derechos y garantías reconocidos por la misma, forman parte de lo que se ha conocido como bloque de constitucionalidad, y eso significa que, “tienen la misma jerarquía normativa constitucional y son directa e inmediatamente aplicables en el sistema jurídico ecuatoriano”¹³⁹. También, en su decisión establece sobre la Opinión Consultiva OC-24/17 que, “es una interpretación auténtica y vinculante de las normas de la CADH, que forma parte del bloque de constitucionalidad para reconocer derechos o determinar el alcance de derechos en Ecuador”¹⁴⁰.

Asimismo, se debe señalar que el legislador constituyente utilizó las palabras “instrumentos internacionales”, por sobre otros términos como, convenciones o tratados, razón por la cual se permite la directa aplicabilidad no solo de tratados o convenciones efectivamente ratificadas por el Ecuador, sino de otro tipo de instrumentos, como son las interpretaciones autorizadas que realizan los organismos internacionales de derechos humanos respecto de la convención cuyo cumplimiento supervisan, siempre y cuando tal como reza el artículo de la Constitución sean más favorables que las propias normas establecidas en la misma¹⁴¹.

De todas formas, a pesar de que la discusión sobre la inclusión de las opiniones consultivas en los términos utilizados por la Constitución del Ecuador “instrumentos internacionales”, no ha sido resuelta por unanimidad, es claro que se ha reconocido por parte de la Corte Constitucional la obligatoriedad y misma jerarquía normativa constitucional, de los derechos y garantías reconocidos en la Opinión Consultiva OC-24/17, sobre todo teniendo en cuenta que en la Sentencia 184-18-SEP-CC, la Corte hizo alusión a la misma como un instrumento internacional y en la Sentencia 11-18-CN/19 se determina que forma parte del bloque de constitucionalidad.

¹³⁸ Sentencia 184-18-SEP-CC, pág. 58.

¹³⁹ Sentencia 11-18-CN/19, párr. 39.

¹⁴⁰ Sentencia 11-18-CN/19, pág. 62.

¹⁴¹ Daniela Salazar Marín et al., “La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador”, 131.

Ahora bien, es fundamental recordar que el artículo 424 de la Constitución del Ecuador, en su inciso segundo reconoce expresamente, “[l]a Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”¹⁴².

Para Simon y en concordancia con lo previsto por la Constitución, en Ecuador los tratados o convenios internacionales de derechos humanos, ratificados por el Ecuador, prevalecen sobre toda norma del ordenamiento jurídico o acto del poder público, incluso sobre la Constitución del Ecuador, siempre y cuando los mismos reconozcan derechos más favorables que esta¹⁴³. Teniendo en cuenta que, esta jerarquía por encima de la Constitución del Ecuador, no le es reconocido a todo el instrumento internacional, únicamente a las disposiciones que sean más favorables a los derechos humanos¹⁴⁴.

A pesar de que, queda claro la aplicación directa de tratados e instrumentos internacionales, que reconozcan derechos más favorables a los previstos en la Constitución del Ecuador, no existe certeza dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, si es que esta aplicabilidad directa deja abierta la posibilidad de inaplicar normas infra constitucionales o incluso, inaplicar la propia Constitución del Ecuador. Por este motivo, en base a todo lo expuesto, en el siguiente apartado se revisará cuál es la solución propuesta a esta tensión que existe entre el bloque de constitucionalidad y la Constitución del Ecuador, respecto de la adopción homoparental.

12. Necesidad de un cambio

Conforme se ha planteado en el apartado anterior, el bloque de constitucionalidad reconoce que los derechos previstos expresamente en la Constitución, no son taxativos y su reconocimiento es únicamente enunciativo, en ese sentido, los derechos que no constan en la Constitución del Ecuador, se incorporan al texto constitucional por remisión a los instrumentos internacionales¹⁴⁵. En esta línea, es evidente la tensión existente entre el bloque de constitucionalidad y la propia Constitución del Ecuador, a luz de la adopción homoparental.

¹⁴² Artículo 424, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁴³ Farith Simon, *Introducción al estudio del derecho*, 57.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Sentencia No. 11-18-CN/19, párr. 140.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el interés superior del niño y demás derechos revisados en el apartado 9, deben ir en armonía con la obligación del Estado ecuatoriano de proteger los derechos de las personas homosexuales revisados en el apartado 8 y sobre todo, el derecho a la igualdad y no discriminación, es necesario un cambio a la concepción normativa, con el objetivo de dar fin a esta tensión existente, porque el segundo inciso de artículo 68, podría resultar violatorio de derechos y garantías que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, el control constitucional, es un mecanismo por el cual se busca neutralizar del ordenamiento jurídico, toda norma carente de validez, es decir que sea contraria a la Constitución¹⁴⁶. Este control puede tener varias clasificaciones, a efectos del presente trabajo, se utilizará la clasificación según el órgano que realiza el control, estos son difuso y concentrado; y según el nivel de abstracción, esto es abstracto y concreto.

El control difuso, consiste en que el control constitucional, lo realizan todos los jueces que administran justicia¹⁴⁷ y el concentrado, le corresponde a un ente centrado y especializado¹⁴⁸, en el caso de Ecuador, la Corte Constitucional.

12.1. Consulta de norma

Según el artículo 428¹⁴⁹ de la, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuando un juez ya sea de oficio o a petición de parte considera que una norma jurídica es contraria a la Constitución del Ecuador o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que contenga derechos más favorables que la Constitución, debe suspender la causa y remitirla a la Corte Constitucional. De esta norma, se desprende el control concreto de constitucionalidad, porque se necesita de un caso concreto, para evidenciar la constitucionalidad de una norma.

En este sentido, es necesario indicar que, la consulta de norma se presenta como un mecanismo de control a fin de garantizar la supremacía de la Constitución, frente a normas menores¹⁵⁰. Además, el artículo 428 de la Constitución del Ecuador,

¹⁴⁶ Roberto Gómez, “El control constitucional en el Ecuador. Una aproximación teórica y filosófica”, *FORO: Revista de Derecho*, n.38 (2022), 123.

¹⁴⁷ Roberto Gómez, “El control constitucional en el Ecuador. Una aproximación teórica y filosófica”, 131.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Artículo 428, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, R.O. Suplemento 52, de 22 de octubre de 2009, reformado por última vez R.O. de 03 de febrero de 2020.

¹⁵⁰ Hugo Loján, “La consulta judicial de constitucionalidad de normas, la tutela efectiva y el debido proceso” (Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2015), 8.

expresamente indica que se analiza la compatibilidad de “disposiciones jurídicas”¹⁵¹ y si lo que se busca es garantizar la supremacía de la Constitución, es claro que sus propias disposiciones no son susceptibles de ser controladas¹⁵². Por lo tanto, la situación de la adopción homoparental, no puede ser resuelta por esta vía, porque en ese caso se estaría analizando el segundo inciso del artículo 68 de la Constitución, es decir, una norma constitucional.

Además, considerando, que el artículo 68 inciso segundo de la Constitución del Ecuador es lo suficientemente claro, al utilizar el término “solo”, cuando habla de a quién le corresponde la adopción, excluye de esta institución a todas las personas que estén por fuera de la categoría “parejas de distinto sexo”. Sobre todo, si la norma es leída con el artículo 159, numeral 6 del CONA, que expresamente prevé una condición o requisito para que la adopción se lleve a cabo, no cabe interpretación alguna, y una sentencia modulativa de los efectos de la norma por parte de la Corte Constitucional, no tiene cabida, porque la norma no es oscura o ambigua.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el segundo, que el artículo 427 de la Constitución del Ecuador, prevé que, “[l]as normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad [...]”¹⁵³. Al verificar que la norma es clara, no se profundizará en el análisis de los métodos de interpretación de la Constitución del Ecuador.

12.2. Acción Pública de Inconstitucionalidad

Según el artículo 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el control abstracto busca garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, a través de la eliminación de incompatibilidades entre normas constitucionales y demás disposiciones que integran el ordenamiento jurídico¹⁵⁴. Dicho control le compete a la Corte Constitucional¹⁵⁵ y el artículo 75, de la misma ley, indica que la acción de inconstitucionalidad es una de las vías para ejercer dicho control.

Ahora bien, esta acción está prevista en contra de enmiendas y reformas constitucionales, resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales, leyes,

¹⁵¹ Artículo 428, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁵² Voto Salvado, Sentencia 10-18-CN/19, Corte Constitucional del Ecuador, Hernán Salgado, 12 de junio de 2019, párr. 26.

¹⁵³ Artículo 27, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁵⁴ Artículo 74, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

¹⁵⁵ Roberto Gómez, “El control constitucional en el Ecuador. Una aproximación teórica y filosófica”, 136.

decretos leyes de urgencia económicas y demás normas con fuerza de ley, actos normativos y administrativos de carácter general¹⁵⁶, categorías en las que no están previstas normas constitucionales.

En este sentido, nos encontramos en la imposibilidad de presentar una acción pública de inconstitucionalidad, para analizar la situación de la adopción homoparental, primero porque lo que se busca analizar es la compatibilidad de una norma constitucional con el bloque de constitucionalidad, no compatibilidad entre normas constitucionales y las demás disposiciones del ordenamiento jurídico y por otro lado, porque conforme el artículo 75, las normas constitucionales, no son una de las categorías previstas, en contra de las cuales se pueda presentar esta acción.

12.3. Reforma Constitucional

Finalmente, a pesar de todo lo que se ha indicado sobre la aplicabilidad directa de los instrumentos internacionales y bloque de constitucionalidad, dicha aplicación directa no es posible, a la luz de lo previsto para la adopción, porque para otorgar un alcance que no tiene (posibilidad de adoptar se extienda a parejas del mismo sexo), al inciso segundo del artículo 68 de la Constitución del Ecuador, es necesario otro tipo de proceso.

Entonces, teniendo claro que el cambio normativo sigue siendo necesario, se ha determinado que una modificación a lo previsto por el artículo 68, es la vía correcta para que el bloque de constitucionalidad y la propia Constitución, estén en armonía. Dicha modificación, consistiría en la eliminación del inciso segundo que prevé que, [1]a adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”¹⁵⁷.

Ahora bien, la Constitución del Ecuador, indica según los artículos 441¹⁵⁸, 442¹⁵⁹, y 444¹⁶⁰ que, la reforma constitucional procede por enmienda (parlamentaria o vía referéndum), reforma parcial o por asamblea constituyente. Se ha considerado a criterio de esta investigación, que la enmienda es la vía idónea, porque la propuesta de eliminar el inciso segundo del artículo 68, no excede los 4 límites materiales, que la enmienda no debe exceder. Estos límites son, no alterar la estructura fundamental de la Constitución del Ecuador, no alterar el carácter y elementos constitutivos del Estado, no establecer

¹⁵⁶ Artículo 75, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

¹⁵⁷ Artículo 68, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁵⁸ Artículo 441, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁵⁹ Artículo 442, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁶⁰ Artículo 444, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

restricciones a los derechos y garantías, y que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución¹⁶¹.

Sobre la no alteración de la estructura fundamental de la Constitución, que hace referencia a la parte orgánica de la misma, que se encuentra conformada por todas las disposiciones constitucionales que regulan, tanto las instituciones, como los órganos del Estado¹⁶², la propuesta de eliminación, no prevé modificación alguna a esta parte de la Constitución del Ecuador.

Sobre el no alterar el carácter y elementos constitutivos del Estado, este cambio al suponer únicamente la eliminación del inciso segundo del artículo 68, no tiene repercusión alguna en los artículos del 1 al 9 de la Constitución del Ecuador (que son los que, en principio forman parte de los elementos constitutivos del Estado), de hecho el cambio supondría el cumplimiento del artículo 3.1 de la misma, que indica que es un deber primordial del Estado, garantizar sin discriminación el goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales¹⁶³.

Sobre no establecer restricciones a los derechos y garantías, la propuesta busca de hecho, eliminar de la Constitución, palabras que excluyen del acceso a una institución a un grupo determinado de personas, que podría resultar violatoria de ciertos derechos, contenidos tanto en la propia Constitución del Ecuador, como en los distintos instrumentos internacionales. En este sentido, su eliminación no influye en modo alguno en la restricción del ejercicio de algún derecho o garantía, al contrario, estaría ampliando los mismos.

Sobre no modificar el procedimiento de reforma de la Constitución, como se observa, la propuesta de ninguna manera plantea, ni siquiera referirse a un situación relacionada con el procedimiento de reforma de la Constitución del Ecuador.

Tras el análisis realizado y al entender que dicho cambio constitucional, no excede ninguno de estos 4 límites, se determina que efectivamente la enmienda es la vía idónea, para hacerlo.

En este orden de ideas, la iniciativa para la enmienda la puede tener, 1) el Presidente o Presidenta de la República, 2) la ciudadanía, con el respaldo de al menos 8 por ciento de las personas inscritas en el registro electoral y 3) un número no inferior a la

¹⁶¹ Artículo 441, Constitución de la República del Ecuador, 2008

¹⁶² Carlos Gómez y Daniel Otero, *El decálogo del juez cerebro jurídico del constitucionalismo moderno*, (Editora: Universidad de Colombia, 2019), 82.

¹⁶³ Artículo 3.1, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional¹⁶⁴. A este respecto, es importante recordar que la adopción homoparental, es un tema que genera mucha polémica, por las distintas posturas que existen dentro del país, sobre las personas con una orientación sexual distinta a la de la mayoría, esto es, la homosexualidad. Sin embargo, queda claro, que los derechos humanos, le corresponden a las personas por el simple hecho de ser humanos, y por lo tanto, no dependen de la orientación sexual de las mismas.

A pesar de esa situación, el hecho de que una persona que se dedica a la política, para el caso que nos ocupa, Presidente de la República o Asambleísta, apoye un tema como es la adopción homoparental, implicaría un descontento por un gran porcentaje de la ciudadanía ecuatoriana, situación que evidentemente no le es favorable a los políticos y por lo tanto, es muy poco probable que dichas personas tengan esta iniciativa. Es por esta razón, que a consideración del trabajo de investigación, la enmienda debe ser impulsada por la ciudadanía, con el respaldo de al menos el 8 por ciento de las personas inscritas en el registro electoral.

Continuando con el procedimiento, como se espera que sea la ciudadanía, quien tenga la iniciativa, lo que sigue es el referéndum y si es que se logra obtener la mayoría de votos, el cambio propuesto, se convertiría en una enmienda a la Constitución del Ecuador. De todas formas, es necesario reconocer que el ejercicio práctico de esta propuesta es incluso utópica, sin dejar de lado que conforme lo analizado, es la vía idónea, prevista por la Constitución del Ecuador para resolver esta tensión.

13. Conclusiones

El estudio que se realizó, de los parámetros establecidos por la normativa, sentencias, pronunciamientos e interpretaciones, tanto en plano internacional, como nacional, a luz de los derechos que amparan a las personas sujetas a la adopción homoparental, permitió llegar a las siguientes conclusiones.

Primero, que el concepto de familia ha evolucionado, y se le debe protección a la misma, no solo entendida desde el modelo tradicional. Por otro lado, que la adopción en Ecuador, se encuentra exclusivamente prevista para parejas heterosexuales, pues de la redacción del inciso segundo del artículo 68 de la Constitución, se desprende una exclusión a personas que estén por fuera de los que se ha denominado “parejas de distinto sexo”.

¹⁶⁴Artículo 441, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Que sobre el valor jurídico de las Opiniones Consultivas, si bien no hay una solución uniforme a dicha discusión, la Corte Constitucional del Ecuador, ha determinado la obligación de tener en cuenta los precedentes o lineamientos establecidos por la Corte IDH, al ser la intérprete última de la Convención Americana y que las mismas junto con los demás instrumentos internacionales, forman parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriano. Además, que en los términos “instrumentos internacionales”, se encuentran incluidos tanto los tratados (cualquiera que sea su denominación), como los derechos y garantías reconocidos por las Opiniones Consultivas y en ese sentido son de directa e inmediata aplicación.

Ahora bien, como respuesta al problema propuesto se ha determinado que efectivamente, al analizar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriano, el mismo, no se encuentra en armonía con la Constitución del Ecuador, en lo referente a la exclusión de la adopción por parte de parejas del mismo sexo, y que esta tensión lleva consigo, la posibilidad de acarrear violaciones de derechos humanos, así como responsabilidad internacional, situación que se ve respaldada por la teoría monista moderada.

Sobre las limitaciones encontradas, se señala que la principal problemática es la reducida, por no decir nula jurisprudencia que hay respecto de la adopción homoparental, en Ecuador. Sin embargo, se deja claro que esta problemática fue suplida mediante el análisis de interpretaciones que ha realizado la propia Corte Constitucional sobre temas relacionados, como son adopción monoparental, matrimonio igualitario, inscripción de una menor, reconociendo como filiación el ser hijas de dos personas del mismo sexo. Por lo tanto, la limitación fue resuelta, sin dejar de lado la importancia que tendría que la Corte Constitucional se pronuncie al respecto.

Ante tales hallazgos, se recomienda un cambio normativo, que tenga como fin eliminar el segundo inciso del artículo 68 de la Constitución del Ecuador, para que de esa forma, el texto constitucional, no se encuentre en tensión o incluso resulte violatorio del bloque de constitucionalidad o de la propia Constitución del Ecuador. Específicamente, se propone trabajar sobre el proceso de enmienda, en virtud de que la propuesta de eliminación, no excede los cuatro límites materiales expuestos por la Constitución del Ecuador, en su artículo 441.