



**Universidad Internacional del Ecuador**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

“ANDRÉS F. CÓRDOVA”

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS

TEMA

**LA RESTRICCIÓN DE LA ADOPCIÓN SÓLO A PAREJAS DE DISTINTO SEXO  
EN EL ECUADOR FRENTE AL DERECHO DEL SER HUMANO A NO SER  
DISCRIMINADO CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL**

AUTOR

Sara Elizabeth Paredes Garcés

DIRECTOR

Diego Zambrano Álvarez

QUITO, ECUADOR

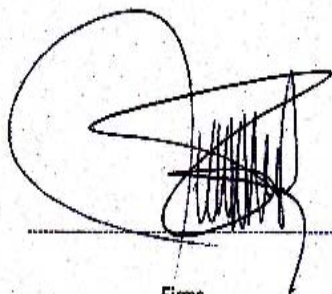
AÑO 2016



## CERTIFICACIÓN

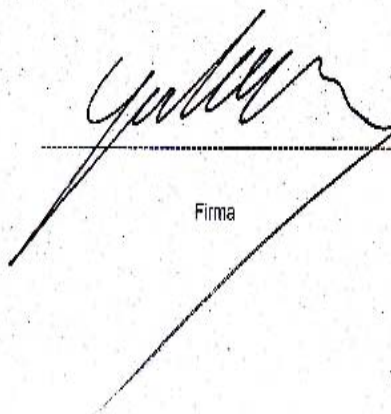
Yo, SARA ELIZABETH PAREDES GARCÉS, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido presentado anteriormente para ningún grado o calificación profesional y, que se ha consultado la bibliografía detallada

Cedo mis derechos de propiedad intelectual a la Universidad Internacional del Ecuador, sin restricción de ningún género o especial.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'S' followed by several vertical strokes and a horizontal line, all contained within a horizontal dashed line.

Firma

Yo, Abogado Diego Zambrano, certifico que conozco al (la) autor (a) del presente trabajo siendo responsable exclusivo tanto en su originalidad, autenticidad, como en su contenido.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Diego Zambrano', written in a cursive style above a horizontal dashed line.

Firma

## **DEDICATORIA**

A Dios, a mi adorado esposo Edgar Vinicio Morales, a mis atesorados hijos Alejandro y Victoria y, a mi amada madrecita Blanquita Garcés Massuht.

Sara Elizabeth Paredes Garcés

## **AGRADECIMIENTO**

Al cuerpo docente de la Universidad Internacional del Ecuador y de muy especial manera al maestro que supo ser verdadera guía y transmitir un bagaje de conocimientos para la realización de éste trabajo de investigación en calidad de director del mismo, doctor **Diego Zambrano Álvarez**.

Sara Elizabeth Paredes Garcés

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

CERTIFICACIÓN .....	iii
DEDICATORIA .....	iv
AGRADECIMIENTO.....	v
ÍNDICE DE CONTENIDOS .....	vi
RESUMEN.....	ix
ABSTRACT.....	x
INTRODUCCIÓN .....	1
Capítulo primero .....	4
Posibilidad jurídica de identificar normas inconstitucionales que forman parte de la Constitución.....	4
1.1 El Iusnaturalismo y el Positivismo.....	6
1.2 Poder Constituyente .....	8
1.3 Limitaciones del poder constituyente.....	12
1.3.1 Las limitaciones del poder constituyente derivado .....	14
1.3.2 Limitaciones del poder constituyente originario.....	16
1.3.2.1 Derechos fundamentales del ser humano, tanto individuales como colectivos.....	18
1.3.2.2 Principios de <i>Ius Cogens</i> y Derecho Internacional Público consuetudinario y convencional, como límites materiales al ejercicio de poder constituyente originario.....	20
1.4 Normas constitucionales inconstitucionales .....	22
Capítulo segundo.....	32
Los derechos de la adopción por parte de parejas del mismo sexo frente a los derechos del niño que pudiera llegar a ser adoptado.....	32
2.1 El alcance del principio del interés superior del niño .....	33

2.2 Antecedentes y aspectos generales sobre la adopción .....	36
2.2.1 La adopción en el derecho ecuatoriano .....	40
2.2.2 Características de la adopción en el derecho ecuatoriano .....	44
2.2.2.1 Irrevocabilidad .....	45
2.2.2.2 Emplazamiento del adoptado en la familia del adoptante con ruptura de cualquier vínculo jurídico del adoptado con su familia natural .....	45
2.2.2.3 Condicionamiento constitucional de que la adopción corresponde sólo a parejas de distinto sexo .....	46
2.2.3 El proceso de adopción en el derecho ecuatoriano .....	49
2.2.3.1 Etapa administrativa.....	52
2.2.3.2 Fase Judicial .....	54
2.3 La adopción en el derecho comparado .....	56
2.3.1 Chile .....	56
2.3.2 Colombia .....	58
2.3.3 Estados Unidos de Norte América .....	61
2.4 Los derechos a la adopción por parte de parejas del mismo sexo.....	64
2.5 Los derechos del niño frente a la adopción de parejas del mismo sexo....	66
Capítulo tercero .....	71
La restricción constitucional de la adopción por parte de parejas del mismo sexo, a la luz del principio de proporcionalidad .....	71
3.1 Principio de igualdad y no discriminación: distinción legítima e ilegítima entre personas .....	71
3.2 Principio de proporcionalidad .....	73
3.3 Análisis del artículo 68 de la Constitución de la República que restringe la posibilidad de adopción solo para parejas de distinto sexo .....	79
3.4 La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo .....	82
Conclusiones .....	85

Recomendaciones.....	87
Bibliografía .....	88



## RESUMEN

La presente investigación tiene como objeto de estudio el inciso 2º del artículo 68 de la Constitución de la República. Esta norma constitucional dispone que la adopción en el Ecuador se restringe sólo a las parejas de distinto sexo, hecho que, a nuestro criterio, puede vulnerar varios derechos constitucionales, entre ellos: la igualdad ante la ley y el derecho a no ser discriminado.

Para analizar si efectivamente la restricción constitucional señalada vulnera otras normas constitucionales, se ha indagado en la doctrina especializada sobre la posibilidad de existencia de normas constitucionales inconstitucionales. Esta construcción doctrinaria, analiza el sistema de jerarquización normativa dentro de la propia constitución, herramienta argumentativa que nos permitirá determinar si existe una real vulneración de derechos tanto para las parejas del mismo sexo, a quienes se les prohíbe adoptar; como para los menores de edad a quienes se les niega la posibilidad de ser adoptados.

**Palabras clave:** Adopción, orientación sexual, igualdad, discriminación, ser humano, Constitución.

## ABSTRACT

The following research is conducted on paragraph 2 in article 68 of the Constitution of the Republic. The objective is to show that this rule in Ecuador is restricted only to opposite-sex couples. The criteria can violate various rights of it constitutionals, including equality before the law and the right not to be discriminated against. The impact of this rule adoption in Ecuador studying constitutional feature that may set the criteria which can violate various rights, including equality before the law and the right not to be discriminated against.

To analyze the effeteness of the restriction on the constitutional designated violates other rules within the constitutional indication in the doctrine. Specialized on the possibility of existence of standards constitutional or unconstitutional. This construction doctrinal analyzes the system of nesting normative within its own constitution tool argumentative that allows us to determine if there is a real violation of rights for couples of the same sex, to whom this prohibits if adopted, as for the underage to whom this denies the possibility of being adopted.

**Keywords:** Adoption, sexual orientation, equality, discrimination, human being, Constitution.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo busca establecer si la decisión de la Asamblea Constituyente de Montecristi de restringir la adopción sólo a parejas de distinto sexo, tuvo como sustento criterios científicos y legales.

Los derechos de igualdad y la no discriminación entre seres humanos, se encuentran debidamente consagrados en la Constitución de la República del Ecuador y en diversos instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos. Estas normas constitucionales y supra constitucionales deben ser, observadas y respetadas por la propia Constitución de la República, más aún cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera al derecho a la igualdad como una norma de *iuscogens*, conforme se desprende de la Sentencia de 23 de Junio de 2005, Caso Yatama vs. Nicaragua, párrafos 184 -186.

El sistema jurídico ecuatoriano prohíbe la discriminación por razones de sexo u orientación sexual, conforme lo establece el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República. Este hecho supone un contrasentido, debido a que la norma constitucional citada; por una parte se consagra el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas, posibilita y reconoce la unión estable y monogámica entre personas del mismo sexo; y por otra, a renglón seguido, establece la prohibición de que las personas del mismo sexo puedan adoptar; hecho que ha criterio de la autora carece de fundamento constitucional, doctrinario o, jurisprudencia.

No se entiende cómo, por una parte, la Constitución de la República del Ecuador acoge una corriente contemporánea que ha venido desarrollándose en la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado, misma que legitima las uniones de hecho de personas del mismo sexo; y por otra, restringe los derechos de las personas del mismo sexo, cuando no se les permite adoptar.

Se hace necesario regular, legitimar y proteger las familias formadas por personas del mismo sexo, quienes por diversos motivos (formales e informales) conviven y tienen bajo su cuidado menores de edad. Esta necesidad normativa se ve restringida al momento en que la Constitución de la República del Ecuador y la ley

prohíben de forma expresa la posibilidad de que dichas parejas puedan adoptar a los menores de edad que se encuentran a su cuidado como hijos.

La propia Constitución de la República en su artículo 67 reconoce la familia en sus diversos tipos, el artículo 68 *ibídem* señala que la “unión estable y monogámica entre dos personas”–sin importar su sexo u orientación sexual– “generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio”.

La norma constitucional, sin motivación alguna, excluye la posibilidad de que las parejas del mismo sexo adopten a los hijos biológicos de sus compañeros o compañeras permanentes bajo la protección de la unión de hecho.

El trámite de adopción en el Ecuador está debidamente regulado y tutelado por el Estado ecuatoriano. Para que una persona acceda a la adopción se debe cumplir una serie de requisitos con el fin de precautelar los intereses tanto de los menores de edad, dentro de los cuales es de especial atención el interés superior del niño; como de los propios adoptantes.

Bajo la normativa legal vigente en el Ecuador un hombre o mujer homosexual bien podría adoptar un niño de forma individual, pues no existe prohibición alguna al respecto.

Esta investigación busca dar una mejor perspectiva de análisis, así como también busca brindar algunos elementos de juicio que permitan enfrentar la problemática planteada y encontrar alternativas que permitan garantizar el ejercicio de los derechos de las personas, consagrados en la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes.

La pretensión del presente trabajo investigativo es analizar dentro del marco legal y constitucional vigente, el tema de la adopción y la posibilidad de que parejas del mismo sexo accedan a la misma, esto en aplicación de los principios de igualdad, no discriminación, proporcionalidad y sobre todo se mire el interés superior del niño, cuyos derechos se ven vulnerados al negárseles la posibilidad de tener una familia y ser adoptados por una pareja del mismo sexo.

Para el efecto, en el capítulo primero se aborda el tema de la posibilidad jurídica de identificar normas inconstitucionales que forman parte de la Constitución. Para lo cual se realiza un estudio y análisis del iusnaturalismo y el positivismo; el poder constituyente; las limitaciones del poder constituyente derivado y originario donde se

hace una referencia a los derechos fundamentales del ser humano; los principios consustanciales al sistema político; la forma del estado democrático y de derecho; así como, a los principios del derecho internacional público; y, de las normas constitucionales inconstitucionales propiamente dichas y la posibilidad jurídica de identificarlas.

En el capítulo segundo, se aborda el tema de los derechos de la adopción por parte de parejas del mismo sexo frente a los derechos del niño que pudieran llegar a ser adoptados, para el efecto se hace un estudio y análisis de los siguientes subtemas: el alcance del principio del interés superior del niño; antecedentes y aspectos generales sobre la adopción donde se hace una referencia a la adopción en el derecho ecuatoriano; se hace un estudio de derecho comparado que toma como referencia países del continente americano, como son Chile, Colombia y Estados Unidos de Norte América, estos dos últimos, referentes donde la adopción por parte de parejas del mismo sexo ya es una realidad recientemente consagrada. Por último los subtemas de estudio y análisis del capítulo segundo comprenden: los derechos a la adopción por parte de parejas de mismo sexo y los derechos del niño frente a la adopción de parejas del mismo sexo, determinándose los derechos que se verían vulnerados y en pugna.

En el capítulo tercero, se aborda el tema de la restricción de la adopción respecto a parejas del mismo sexo a la luz del principio de proporcionalidad, para el efecto se hace un estudio y análisis de los siguientes subtemas: el principio de igualdad y no discriminación haciéndose una diferenciación entre distinción legítima e ilegítima entre personas; el principio de proporcionalidad que se articula a través de tres criterios, sub principios o tests escalonados de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido propio o estricto, aplicados a la norma constitucional restrictiva; análisis del artículo 68 de la Constitución de la República que por una parte reconoce la unión de hecho entre parejas del mismo sexo y por otra restringe la posibilidad de adopción sólo para parejas de distinto sexo, concluyendo el trabajo de investigación con las respectivas conclusiones, recomendaciones, referencias bibliográficas y anexos correspondientes.

## Capítulo primero

### Posibilidad jurídica de identificar normas inconstitucionales que forman parte de la Constitución

Es a partir de los movimientos revolucionarios de Europa y Norteamérica de fines del siglo XVIII, que se configura la nueva concepción del Estado de Derecho y se deja de lado el absolutismo monárquico predominante en la edad media. El estado moderno, heredero del pensamiento ilustrado, predominantemente liberal de la época, permitió el traslado de la concepción del poder constituyente desde el rey, hacia la nación, en principio y posteriormente, haciéndola radicar en el pueblo (Ávila, 2011).

Para Ramiro Ávila (2011, p.107) en el modelo del estado absoluto “la autoridad (monarca, rey, emperador, inca) determina las normas y las estructuras del poder”, mientras que en el modelo de derecho o estado legal de derecho “la ley determina la autoridad y la estructura de poder”.

La teoría del poder constituyente se relaciona con la idea de construcción de un orden jurídico fundacional, originario y auto referente, cuyo origen teórico puede ser referenciado por el pensamiento que inspiró el proceso de la Revolución Francesa en 1789, de la mano de Sieyés, con su ensayo titulado “¿Qué es el Estado Llano?”, en el cual sostiene que “antes de la nación y por encima de ella, sólo existe el derecho natural” (Carpizo, s/f, p.142) e identifica al poder constituyente con el pueblo auto convocado como su titular legítimo.

El poder constituyente que es anterior a la propia Constitución, como obra humana que es, pertenece intransferiblemente al pueblo y es capaz de definir al poder constituido, el mismo que se ejerce a través de sus representantes. (Luque, 2011, p.6)

Son varios los aspectos que se desprenden del poder constituyente y el de su titularidad es uno de los más complejos, puesto que si bien en el orden normal de la teoría, este corresponde intransferiblemente al pueblo, su ejercicio muchas veces responde a una ideología en la que se impone el quién puede ser, en lugar de quien debe, detentarlo, ejercicio que bien puede estar en manos de un dictador o bien una clase social y no el pueblo (Luque, 2011). Carpizo al respecto sostiene que “El poder

constituyente es sinónimo de pueblo y soberanía. El poder constituyente es el pueblo que decide un orden jurídico, que construye una Constitución”(s/f, p.150).

En este punto cabe distinguir entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado, el primero es el que establece un orden jurídico fundacional y el segundo es el encargado de aprobar enmiendas o reformas constitucionales (Luque, 2011, p.4). De esta forma, el primero se muestra aparentemente incondicionado e ilimitado, aspecto sobre el que nos detendremos más adelante; en tanto que el segundo, al ser una derivación del primero, se sujeta a lo dispuesto por aquel (Luque, 2011, p.7).

Germán Bidart Campos (2000, p.478) citado por Luque (2011, p.4) señala que “el Poder Constituyente puede ser originario y derivado, [...]. El Poder Constituyente es originario cuando se ejerce en la etapa fundacional del estado, para darle nacimiento y estructura; a su vez el Poder Constituyente es derivado cuando se ejerce para reformar la constitución”

Por tanto como forma primigenia, el poder constituyente originario se encuentra fuera del orden jurídico pues se crea sin consentimiento de una norma superior y anterior que le confiera competencia y procedimiento para crear la norma constitucional desde el punto de vista formal; sin embargo, de acuerdo con la posición teórica que suscribo, ha de observarse aquellos límites que provienen del Derecho Natural, de los valores intrínsecos al ser humano, a partir de los cuales se derivan los Derechos (Luque, 2011), es así que Domingo García Belaunde y Francisco Javier Días Revorio en la presentación de la obra traducida de Otto Bachof (1951, p.16) “Normas constitucionales inconstitucionales”, dicen:

Desde este especial punto de vista, la defensa de las normas constitucionales inconstitucionales supone el abandono de las tesis más estrictamente positivistas o, si se quiere, del concepto de Constitución en sentido puramente formal. Sin embargo, ello no supone necesariamente suscribir tesis iusnaturalistas, sino solamente encontrar un fundamento a esa superioridad de ciertos valores fundamentales [...]

Al asumir la posición de que ambas teorías -iusnaturalismo y positivismo- no son excluyentes se defiende la posibilidad de la existencia de normas constitucionales inconstitucionales, tesis que se pretende sustentar en el presente trabajo, que no concibe la idea de una Constitución que violente principios esenciales del ser humano, consagrados en la propia Constitución.

Para Carlos Santiago Nino (s/f, p.47), el derecho constitucional se ha enriquecido con la superación del presupuesto, característico de la dogmática jurídica tradicional, de que se trata de una disciplina autosuficiente [...], en igual sentido Ferrajoli (1989, p.360) sostiene que el constitucionalismo moderno “ha incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado”, es así que lo que antes instruía el Derecho Natural ahora lo hace el Derecho constitucional positivizado.

Para Jorge Tapia Valdés (2008, p.129) “el proceso constituyente de tipo originario no se ubica en el campo de las normas, sino principalmente de los valores y principios: *pacta sunt servanda*, libertad, igualdad, justicia, irretroactividad de la ley penal, *non bis in idem*, dignidad del ser humano, etc”, valores y principios que se transforman en derechos, que bajo un esquema que define al Estado como “constitucional de derechos y justicia” lo rigen plenamente.

El hecho es que luego de la Segunda Guerra Mundial la jurisprudencia y doctrina alemana establecieron la posibilidad de existencia de normas constitucionales inconstitucionales, ante lo cual se muestra como una posibilidad de resolver el conflicto, la jerarquización de las propias normas constitucionales (Szmulewicz y Montes, 2005, p.365), que tienen en la cúspide a los principios y valores del Derecho natural que han sido positivizados y, que se refieren a los derechos humanos, inmanentes e inherentes a la persona desligados de cualquier condición. De esta forma se relaciona el positivismo jurídico –Derecho positivo– con el iusnaturalismo –Derecho Natural– que ya no se muestran ajenos (Bachof, 1951)

Es así que en el presente capítulo, se pretende analizar algunos de los aspectos más generales de la teoría del poder constituyente, su naturaleza, su clasificación, debiéndose establecer quiénes son sus titulares y cuáles son sus límites materiales, en vulneración de los cuáles podríamos hablar de la posibilidad de la existencia de normas constitucionales inconstitucionales.

## **1.1 El Iusnaturalismo y el Positivismo**

A partir de la Segunda Guerra Mundial con las atrocidades cometidas por el hombre en contra de sí mismo, la corriente de iusnaturalismo toma fuerza (Szmulewicz



y Montes, 2005) y es justamente en Alemania donde autores como Otto Bachof miran al iusnaturalismo y al positivismo a modo de teorías complementarias y, no excluyentes, cuya convivencia se muestra indispensable y necesaria dentro del marco del texto constitucional (Bachof, 1951).

El iusnaturalismo ligado a la naturaleza del hombre evoluciona a través de diversas corrientes y pensadores que, adoptan una postura desde la teología, la necesidad, la historia, el racionalismo hasta la naturaleza de las cosas, bajo la idea en común de la existencia de un derecho natural que está por encima de la voluntad del hombre, el cual viene a complementarse justamente con ese arbitrio o voluntad que demanda el iuspositivismo (Bachof, 1951).

El conflicto entre ambas teorías tiene como premisa, la distinción entre moral y derecho, en tanto una y otra teoría, vendrían a sostener o vedar una relación. (Kelsen, 1979, p.80)

Para el iusnaturalismo el positivismo no encuentra otro antecedente que el derecho natural, ajeno a la voluntad del hombre, mientras que el positivismo lo niega en lo principal. (Vázquez, 2001, p.129)

El iuspositivismo no concibe la existencia de unos valores que se encuentren por encima del derecho escrito y, la voluntad de quienes hacen las leyes, es decir, por sobre la ley no existe nada, la ley es la ley sin embargo, autores como Guido Fassó (1990) miran al iusnaturalismo por encima del derecho positivo, sobre el cual prevalece en caso de conflicto, admite la tendencia dualista de un iusnaturalismo ontológico, tradicional o clásico que distingue plena y separadamente al derecho natural del derecho positivo, que mira al primero como anterior y superior. Por otra parte el derecho natural deontológico busca la coincidencia de uno y otro desde una perspectiva ética y monista, que mira al derecho positivo y natural como uno solo, concebido el primero bajo los principios y valores inmanentes al ser humano, los cuales fundamentan el único y auténtico derecho positivo. (Llanos, 1995)

De esta forma para la autora si bien la concepción iuspositivista es la que prima dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, la misma no es suficiente y requiere del apoyo de la concepción iusnaturalista sustentada en los principios y valores inmanentes al ser humano para complementarse y definir al Derecho.

## 1.2 Poder Constituyente

Germán Bidart Campos (1986, p.107) define al poder constituyente como “la competencia, capacidad o energía para constituir o dar constitución al Estado, es decir, para organizarlo, para establecer su estructura jurídico-política”, facultad soberana de intransferible titularidad del pueblo.

El poder constituyente está llamado a decidir sobre los principios esenciales mínimos sobre los que se asentará el ordenamiento jurídico, que ha de regir la instauración y funcionamiento de los poderes constituidos, que tienen como norma suprema a la Constitución, que una vez concebida hace que el poder constituyente desaparezca, a fin de que los poderes constituidos funcionen sin tener que subordinarse a aquel (Nogueira, 2009)

Es así que Humberto Nogueira Alcalá (2009, p.231), señala:

Puede sostenerse que la doctrina del poder constituyente es una síntesis de la doctrina roussoniana de la soberanía del pueblo y de la concepción de Montesquieu de la separación de poderes, como lo sostiene Jellinek y Zweig. Así, la Asamblea Constituyente es quien expresa la soberanía nacional y establece la Constitución. La doctrina del poder constituyente posibilita a la Asamblea ejercer un poder tal como le plazca a la nación dárselo, confiando a los representantes extraordinarios los poderes necesarios en tales ocasiones, los cuales, puestos en lugar de la nación, ejercen la potestad de establecer la Constitución; la voluntad común de los representantes extraordinarios vale por la voluntad de la nación misma. Una vez terminada dicha obra cuyo producto es la Constitución, el poder constituyente cesa y surgen los poderes constituidos que sustentan su actuación en su previsión constitucional. Surge, así, la separación nítida entre poder constituyente y poderes constituidos o instituidos por la Constitución y subordinados a la misma.

Cabe distinguir entre poder constituyente y poderes constituidos. Los últimos son creados por el poder constituyente que los establece y no por ello dejan de ser diferentes e independientes, uno en relación con otro, en el sentido de que no admiten interferencia pues cumplen roles distintos, el uno para dar vida al texto constitucional y los otros para gobernar a través de dicho texto constitucional, es el poder constituyente un poder de origen, creador, ilimitado formalmente, que cumple una sola función que se agota con la instauración del orden constitucional y no gobierna, mientras que los poderes

constituidos son poderes derivados, creados por la constitución, limitados por ella, que cumplen múltiples funciones para gobernar (Nogueira, 2009).

En el caso ecuatoriano, el Estado constitucional de derechos y justicia se caracteriza por regir en él una Constitución donde los derechos son de aplicación directa frente a las vulneraciones de que son objeto (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art.11 num.3). De esta forma a criterio de la autora la Constitución como norma suprema que deriva del pueblo, es la que otorga validez formal y material a todo el sistema y ordenamiento jurídico instituyéndose en fuente primaria del Derecho constitucional.

El constitucionalismo democrático se define por principios básicos que no pueden ser desconocidos por el poder constituyente (Oyarte, 1998, p.67), entre los cuales tenemos la soberanía popular, la separación de poderes, la tutela de los derechos humanos, la dignidad de la personas humana, etc., (Oyarte, 1998) en este sentido el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano dice que, en “Toda la sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”, ataduras que no necesariamente deben determinarse de forma expresa en el texto constitucional pues, se encuentran implícitas en el mismo (Oyarte, 1998, p.67-70 ).

La constitucionalización de los derechos humanos y su desarrollo es una regla más que una excepción, pues estos son pilares fundamentales sobre los cuales se asienta el constitucionalismo moderno que los mira como un fin (Nogueira, 2009). Los derechos humanos también se presentan como normas morales, dotadas de un contenido axiológico, que ha sido positivado dentro de la Constitución (Carpizo, s/f), cuyo valor normativo para la autora es trascendental y definitorio del Estado constitucional de derechos y justicia.

Bajo este contexto, se trastoca la eventual y tajante distinción que habría entre la moral y el derecho, cuando las normas morales pasan a formar parte del Derecho positivo, convirtiéndose además en parámetro determinante de interpretación jurídica y, parámetro para la determinación de la validez material de cualquier otra expresión normativa (Vázquez, 2001). Para Ferrajoli (1989, p.360), el constitucionalismo moderno “ha incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado” a esto se suma lo que la doctrina conoce como

bloque de constitucionalidad (Caicedo, 2009, p.6), es decir, aquellos normas y principios que si bien no se encuentran positivados en el texto constitucional, se instituyen en un referente constitucional a través de diversos medios como son las decisiones de tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los propios tratados internacionales ratificados por el Ecuador, cuyos textos no se encuentran completamente positivizados en el texto constitucional (Caicedo, 2009).

El poder constituyente que da origen a la Constitución, que tiene como único y exclusivo titular en un sistema democrático al pueblo, encuentra una de sus limitaciones cuando, las decisiones de la mayoría atacan aquellos fundamentos materiales tanto explícitos como implícitos, que contemplan los derechos humanos (Tapia, 2008).

Raúl Gustavo Ferreyra, sostiene que:

El hombre inventó la constitución positiva, escrita, codificada, porque descubrió que el Derecho natural no era suficiente marco ni soporte racional. E inventó el escalonamiento o gradación jerárquica de las normas para asegurar que la norma mayor no debe ser reformada con base en los procesos previstos para la creación cotidiana del Derecho ni por las autoridades que ejercen el poder constituido. Por eso es la Ley Mayor, fundamento del Derecho constitucional y éste de todo el Derecho. (2013, p.381)

La constitución como fundamento de validez de los sistemas jurídicos, no se limita a programar un conjunto de procedimientos dirigidos a posibilitar la planificación y despliegue de la coerción a cargo de los poderes constituidos, sino además de tutela de los derechos humanos concebidos no sólo como derechos subjetivos, sino también como reglas objetivas del sistema y, como tales, líneas de acción que deben asegurar un uso correcto de la fuerza estatal (Ferreyra, 2010).

Dentro del poder constituyente se distinguen, el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado (Luque, 2011).

En líneas generales Raúl Gustavo Ferreyra, dice respecto del poder constituyente originario:

... El poder constituyente originario es el que da nacimiento a la primera constitución o ley mayor estatal, norma jurídica prescriptiva que programa la arquitectura y control de las funciones de los poderes del Estado y confiere estatus a los derechos fundamentales de las personas o grupos de ellas. Se trata del lenguaje prescriptivo por excelencia, en razón de que todo el resto de las disposiciones subconstitucionales del sistema jurídico,

al fundar su validez en la Ley Mayor, pueden ser consideradas en forma rudimentaria, como derivaciones o apéndices del discurso prescriptivo constitucional. (2010, p.571)

El poder constituyente originario se caracteriza por no admitir la preexistencia de ordenamiento jurídico alguno (Oyarte, 1998). Es originario porque no admite otro predecesor, que organiza jurídicamente y de forma al Estado, a través de la Constitución, que se instituye en su fin inmediato (Oyarte, 1998). Es un poder autónomo libre de injerencias, fuente de todo Derecho positivo, capaz de auto definir la estructura y el ordenamiento jurídico del Estado desde un inicio (Carpizo, s/f).

El poder constituyente originario tiene un carácter de extraordinario pues, no opera como cualquier otro poder, su titular es el pueblo a través de sus representantes y surge frente a determinados momentos históricos que demandan su presencia. Es un poder ilimitado en razón de que el soberano, el pueblo, puede admitirlo cuantas veces quiera y lo necesite (Carpizo, s/f).

El poder constituyente originario admite como único y exclusivo titular al pueblo. Carente de fundamento jurídico, su fundamentación la encuentra en sí mismo en cuanto, expresión soberana de un pueblo (Carpizo, s/f).

Sobre el poder constituyente derivado, constituido o reformador, Rafael Oyarte (1998, p.71) dice “El poder constituyente derivado es el facultado para proceder a la reforma constitucional, poder que emana de la Constitución, lo que lo convierte en un poder condicionado, con características de supra ordenación y subordinación a la voluntad del constituyente originario”.

La definición transcrita caracteriza al poder constituyente derivado por ser un poder condicionado por la Constitución, con el solo fin de su enmienda o reforma, entendiéndose que la Constitución como cuerpo normativo de creación humana, dentro de la dinámica social resulta incapaz de prever las condiciones, necesidades y requerimientos políticos, sociales y jurídicos a futuro. En la forma, el poder constituyente se encuentra condicionado a lo dispuesto por la constitución y, en lo material se encuentra sujeto a los principios fundamentales que inspiran la Constitución que ha de reformar (Oyarte, 1998).

Como un poder condicionado, el poder constituyente derivado está limitado por los preceptos determinados por la propia Constitución, a los cuales debe sujetarse (Oyarte, 1998). Si bien el titular del poder constituyente derivado es el pueblo, este se

materializa a través del texto constitucional. Otra característica es la supra ordenación frente a la voluntad del constituyente originario una vez reformada la Constitución, así prevalece la voluntad del constituyente derivado frente a la del constituyente originario, aquí encuentra su naturaleza de poder constituyente, por su capacidad de reforma frente al poder constituyente originario (Oyarte, 1998). Sin embargo, el poder constituyente derivado no es un poder supremo y absoluto, pues encuentra limitaciones en la propia Constitución a la cual debe sujetarse, pero también fuera de ella en aquellas fuentes que, limitan al propio poder constituyente originario (Oyarte, 1998).

El poder constituyente derivado tiene como fin la reforma de la Constitución, como poder creado y regulado por ella, está sometido a más de las reglas y principios propios del poder constituyente originario, a otras reglas jurídicas preexistentes, es así que, el poder constituyente derivado no puede apartarse de lo dispuesto por la Constitución, sus limitaciones son formales en cuanto al procedimiento a seguir la reforma y, materiales –explícitas e implícitas- en cuanto a la sujeción de los principios fundamentales que inspiran la Constitución que ha de reformar (Oyarte, 1998).

En cuando a sus limitaciones es importante hacer referencia a lo que la doctrina denomina cláusulas pétreas o intangibles, definidas como principios y valores que se encuentran dentro del texto constitucional y, que son irreformables por así determinarlo el mismo (Sagues, 2009), si bien no todas las constituciones especifican cuáles son sus cláusulas pétreas (Serna, 2011), la ecuatoriana si lo hace, en sus artículos 441 y 442 que determinan respectivamente que procede la “enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución” así como procede la reforma parcial “que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

### **1.3 Limitaciones del poder constituyente**

El surgimiento del poder constituyente originario obedece a causas muy particulares de refundación del Estado, aun cuando estrictamente aparece con la

fundación del mismo a través de la elaboración de la primera Constitución que da origen a la personalidad jurídica del Estado. Lo cierto es que el poder constituyente originario no admite límites en el Derecho positivo interno, es un poder incondicionado que tiene como único fundamento la voluntad del soberano, el pueblo (Nogueira, 2009). Por otra parte admite límites materiales internacionales que le resultan ineludibles y que tienen que ver con las obligaciones internacionales asumidas de diversas formas, por dar un ejemplo a criterio de la autora; la fundación del Estado ecuatoriano, a través de la Constitución de 1830 no pudo eludir los compromisos internacionales asumidos antes de ser una República independiente y que se traducían básicamente en los costos de la guerra independentista.

El poder constituyente derivado se muestra frente al originario como un poder condicionado y limitado por la propia Constitución, por tanto admite límites jurídicos dentro del Derecho positivo, tanto interno como internacional (Nogueira, 2009).

Ahora bien, en el marco de la Constitución vigente en Ecuador, si aceptamos estas premisas de la doctrina tradicional sobre el poder constituyente, y nos preguntamos sobre la naturaleza del poder revisor de nuestra Constitución y de la Asamblea Constituyente, al tenor de lo dispuesto por los artículos 441, 442 y 443 de la Constitución de 2008, se llegaría a la conclusión de que estamos ante un “poder constituyente derivado” que trata sobre la enmienda y la reforma parcial de la Constitución, en los términos arriba apuntados. Por otra parte la Constitución de 2008 en su artículo 444 establece ya un condicionamiento a la asamblea constituyente, mismo que no se encontraba inscrito en la Constitución de 1998, mostrándose por tanto el tema de la Asamblea Constituyente dentro del marco de la Constitución vigente como un poder constituyente derivado, pues se encuentra supeditado o regulado por una norma jurídica preexistente, en los términos arriba apuntados, no así la Asamblea Constituyente de 2008 que no se encontraba supeditada o regulada por norma jurídica alguna preexistente, por tanto se puede decir que la Constitución de 2008 es la expresión de un proceso constituyente originario fidedigno.

El determinar qué es un poder constituyente originario y qué es un poder constituyente derivado resulta de trascendental importancia, dados los límites que uno y otro pueden encontrar, distinguiéndose para José María Serna (2011, p.472) dos tipos de límites: los materiales –explícitos e implícitos– que hacen referencia a prohibiciones de

reforma explícitas a través de las llamadas cláusulas de intangibilidad o, implícitas que aún no estar expresamente determinadas se las sobreentiende y atañen aún, al poder constituyente originario, por otra parte se encuentran los límites formales que dicen relación con cuestiones de procedimiento de reforma constitucional.

### **1.3.1 Las limitaciones del poder constituyente derivado**

Los *límites materiales explícitos* del poder constituyente derivado se establecen a través de los principios pétreos o cláusulas de intangibilidad, entendiéndose por tales aquellos aspectos que no pueden ser tocados por el reformador y que están expresamente determinados en la Constitución. Son temas sobre los cuales el constituyente originario consideró excluirlos de cualquier debate para una futura reforma del texto constitucional, limitación que se establece en base a la importancia del tema en cuestión, entendiéndose que dichos principios pétreos o cláusulas de intangibilidad comprenden aspectos centrales para el modelo constitucional y no cuestiones superfluas que pudieran cambiar, sin modificar la fisonomía del sistema jurídico constitucional.

Muchas constituciones establecen en su texto principios o cláusulas de este tipo. Dentro de la Constitución vigente en Ecuador, el artículo 441 establece lo que se puede reformar al determinar, que “la enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará: [...]”, estas parecerían ser las llamadas cláusulas pétreas, en concordancia con aquello el artículo 84 *ibídem* dice “[...] En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas, ni los actos de poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.”

En cuanto a los *límites materiales implícitos* del poder constituyente derivado, existen diversas teorías que la doctrina agrupa, la existencia de principios, valores y normas que no pueden estar sujetos a reforma constitucional<sup>1</sup> aun cuando no exista prohibición constitucional expresa al respecto (Nogueira, 2009). El problema radica en

---

<sup>1</sup> Para Hauriou citado por Serna de la Garza (2011, p.205), existen principios no escritos que sirven de fundamento a cualquier Constitución, mismos que se anteponen y superponen a ella; para Bachof, hay un derecho “suprapositivo” que obliga y limita al “legislador constituyente”, y para Bidart, existen principios pétreos “implícitos”, si bien admite que esto significa que no pueden ser abolidos, pero sí reformados.



establecer cuáles son esos principios, valores o normas, al respecto existen diversos criterios dado que se trata de un problema de subjetividad, ahora el problema no sólo está en establecer cuáles son esos principios sino además se debe establecer quién sería el órgano competente para determinarlos (Nogueira, 2009), que en el Ecuador sería la Corte Constitucional, que realiza control previo y, mediante un dictamen establece el procedimiento de enmienda o reforma.

Lo cierto es que existen principios, valores y normas que se relacionan con la esencia de la Constitución, cuya prohibición de reforma no requiere estar consignada de forma expresa en la Constitución pues están por encima de la Constitución y el poder constituyente, aún del originario (Nogueira, 2009). Para Benito Aláez Corral (1999) el derecho internacional vendría a ser el único límite material efectivo, sin embargo, no compartimos esta tesis, pues se desconoce aquellos valores y principios universales que configuran los derechos humanos, la libertad, la igualdad, la dignidad del ser humano, etc., y que están aún sobre el poder constituyente originario, además el propio Benito Aláez Corral (1999, p.173) sostiene que “El Derecho internacional, en general, y el comunitario, en particular, ocupan en el ordenamiento la posición que les atribuye la Constitución del Estado”, además, el autor Aláez (1999, p.176) sostiene además que:

...no se puede hablar de límites materiales a la reforma constitución provenientes del “derecho externo del Estado”, sino que determinadas normas de la Constitución estatal o todas ellas representan, a la inversa, una condición de validez infranqueable para el derecho externo del Estado, subordinado jerárquicamente a la norma cúspide del derecho interno.

Resultaría ilógico, por decir lo menos, el desconocer dentro del poder de reforma de la Constitución que existen principios que no pueden ser abolidos como, el principio democrático o el de separación de poderes (Nogueira, 2009), pues los mismos sustentan las bases de un Estado constitucional y democrático (Nogueira, 2009), no cabe en cualquier reforma la conculcación de derechos y garantías fundamentales o el desconocimiento de los acuerdos internacionales o normas imperativas del *iuscogens*, de acuerdo con la definición que realiza la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Nogueira, 2009).

Sobre las normas de *iuscogens*, la opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la página 93 sostiene que:

No existe un catálogo cerrado que indique cuáles son las normas de *juscogens*, pues no hay aparentemente criterios que permitan identificarlas. Son los tribunales los que determinarán si una norma puede ser considerada como *juscogens*, “para efectos de invalidar un tratado”. Estas normas son límites a la voluntad de los Estados, por lo que forman un orden público internacional, con lo que se convierten en normas de exigibilidad *erga omnes*. Las normas de derechos humanos son, por su trascendencia, normas de *juscogens* y, en consecuencia, fuente de validez del ordenamiento jurídico internacional. Los derechos humanos deben ser respetados de forma igualitaria, puesto que se derivan de la dignidad humana y, por lo tanto, conllevan la necesidad que el reconocimiento y protección de los mismos se realice sobre la base de la prohibición de discriminación y la exigencia de igualdad ante la ley.

Que el poder constituyente derivado u originario pueda desconocer principios, valores y normas que son parte esencial de la Constitución en un Estado constitucional democrático, es como decir que el constituyente tiene el poder de suprimir la democracia o los derechos humanos, lo cual es un absurdo jurídico en tanto la Constitución como instrumento político normativo está destinado a garantizar precisamente aquellos principios, valores y normas.

### **1.3.2 Limitaciones del poder constituyente originario**

Cuando el poder constituyente originario crea el orden jurídico interno a través de la Constitución, se desenvuelve sin ligaduras como un poder ilimitado formalmente.

Esto no significa que el poder constituyente originario no tenga límites en el orden jurídico externo, el derecho internacional y sobre todo el derecho internacional de los derechos humanos, que se muestran como límites al poder constituyente que se restringe a un territorio específico y delimitado (Serna, 2011). El derecho internacional y las convenciones internacionales que forman parte del derecho interno obligan al Estado, en razón de una previa aprobación y ratificación, independientemente aún del poder constituyente originario (Nogueira, 2009).

A esas limitaciones se suman las que autores como Carpizo (s/f) y Tapia (2008) denominan “metajurídicas”, entendiéndose por las mismas aquellas cuestiones que rebasan el ámbito de lo jurídico estrictamente definido, señala Carpizo entre ellas, las siguientes:

- a) De finalidad, ya que persigue el objetivo de establecer un orden jurídico y no la anarquía;
- b) De índole histórica y sociológica, dado que no se puede desconocer la evolución histórico-política de la nación, y tendrán influencia en él la propia ubicación geográfica y el poder de los países vecinos, así como factores que derivan de la estructura económica; y,
- c) De índole política, lo que La Salle señaló como factores reales de poder en la comunidad.(Carpizo, s/f, p.152)

Encontrándose el poder constituyente originario sin limitaciones en el ordenamiento jurídico interno, este debe observar aquellas ajenas a dicho orden, que deben y son observadas por el constituyente en razón de una obligación de orden internacional o simplemente como consecuencia de una realidad social que, lo define y responde a un lugar y tiempo específicos (Carpizo, s/f).

Jorge Tapia Valdés (2008, p.121) replantea el tema de los límites metajurídicos y señala que “la globalización de los derechos fundamentales, de los principios consubstanciales a la democracia, y del *iuscogens*<sup>2</sup> así como la multiculturalización del Estado-Nación”, establecen nuevos límites al poder constituyente originario democrático.

La relativización del concepto de soberanía en tiempos de integración y globalización trae consigo sus consecuencias, además hay que considerar que el conflicto en el poder constituyente originario se ubica fuera del ámbito normativo del derecho interno pues tiene relación con valores y principios universales que configuran los derechos humanos, la libertad, la igualdad, la dignidad del ser humano, etc., entendiéndose que el problema relativo a su fuente no puede plantearse en términos del derecho positivo vigente (Tapia, 2008).

Blumenwitz Dieter y Sergio Gaete Rojas (1981, 137-8), respecto de las limitaciones del poder constituyente originario señalan que la ilimitación del mismo “es únicamente positiva, sin que puedan violarse los límites impuestos por el Derecho Natural, derivados de la naturaleza del hombre y que ningún procedimiento, mayoría, ni unanimidad podría contrariar sin apartarse del Proyecto Creador y de sus fines trascendentales”. El profesor Julio César Trujillo (1994, p.70) al respecto sostiene que el

---

<sup>2</sup> A las normas de *juscogens* las define el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 como normas imperativas de Derecho Internacional que son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto, que no admiten “acuerdo en contrario” (Convención de Viena sobre el derechos de los tratados, 1969).

poder constituyente originario se somete “a las normas morales superiores que inspiran la vida de la sociedad civil; sobre todo, a las limitaciones o exigencias impuestas por el respeto a la dignidad de la persona humana”. Bidart Campos (1962, p.524), sobre el poder constituyente originario sostiene que si bien el mismo no se encuentra limitado por el derecho positivo, esto no significa que sea ilimitado “porque sabemos que por encima de las instancias positivas se halla el derecho natural o la justicia, que imponen criterios de valor contra los cuales la voluntad humana no puede válidamente atropellar”. Por último Rafael Oyarte (1998, p.68) sostiene que este poder constituyente “no es absoluto; su ilimitación es solo positiva, por lo cual no se podría inferir que el poder soberano del pueblo, a través del poder constituyente, pueda romper las barreras de la juridicidad.”

Ajeno al sistema normativo, el poder constituyente originario responde a un lenguaje metajurídico que en alguna forma legítima su existencia, lo delimita e impone sus limitaciones, lenguaje que no resulta ser arbitrario y anárquico pues responde a lineamientos históricos, sociales, políticos y económicos que sustentan universalmente el sistema democrático constitucional (Tapia, 2008).

Para Jorge Tapia Valdés (2008, p.132) estos límites se agrupan en tres categorías: “1) derechos fundamentales del ser humano, tanto individuales como colectivos; 2) principios consubstanciales al sistema político y a la forma del estado democrático y de derecho; y, 3) principios de *IusCogens* y Derecho Internacional Público consuetudinario y convencional que, según la opinión más general, prevalecen sobre la voluntad y la soberanía del Estado-Nación”, en este sentido se observa como aún el poder constituyente originario no se muestra omnípotente y, responde a derechos y principios que se encuentran, más allá de cualquier Constitución.

### **1.3.2.1 Derechos fundamentales del ser humano, tanto individuales como colectivos**

Para el doctor Julio Prado Vallejo (1985, p.I) “los Derechos Humanos son en sí anteriores a toda ley positiva”, se poseen por la mera condición humana. La legitimidad de un Estado está ligada a su reconocimiento, en el Ecuador es obligación del Estado el garantizarlos, respetándolos y haciéndolos respetar de conformidad con lo que dispone el artículo 11, número 9 de la Constitución de la República del Ecuador; por otra parte

el reconocimiento de un Estado no condiciona la existencia de tales derechos que valen por sí mismos y se miran por encima de cualquier Estado o Constitución, es así que para García Pelayo (1993, p.150), la legitimidad de los derechos humanos “no radica en que hayan sido reconocidos por el Estado, sino que, por el contrario, el Estado tiene legitimidad en cuanto que es expresión y garantía de tales derecho” (García Pelayo, 1993, p. 150)

El abolir los derechos humanos no le es permitido al constituyente, así como tampoco lo es, la privación de los mismos a determinadas personas y grupos sociales. Por el contrario éste se instituye en el garante principal de los mismos, considerando que un Estado constitucional y democrático tiene a la Constitución y a su poder como medio para alcanzar dicho fin (Nogueira, 2009). Es así que el poder constituyente está sometido “al respeto de los derechos humanos, cuya plena vigencia es norma fundamental orientadora del Estado, lo cual implica su reconocimiento, respecto, armonización, tutela y promoción” (Cumplido y Nogueira, 1994, 131).

Es así que el estado moderno se organiza jurídicamente para garantizar los derechos individuales y colectivos del ser humano, sin los cuales resulta imposible hablar de un Estado de Derecho que se configura a raíz de la Revolución Francesa como límite del Estado absolutista y monárquico, donde el Derecho y la Ley tenían como único regente al rey, soberano con poderes omnímodos que decidía aún sobre la vida y la muerte de las personas.

Dentro del Estado de Derecho, a criterio de la autora la evolución histórica del constitucionalismo tiene como último fin garantizar los derechos humanos, así se encuentra estructurada la Constitución de la República que da un paso más allá y define al Ecuador ya no como un Estado de Derecho sino como un “Estado constitucional de derechos y justicia” (Constitución de la República del Ecuador, 2008), la primacía de los derechos humanos dentro de la Constitución ecuatoriana resulta ser un hecho irrefutable. La Constitución y las leyes en el Ecuador se encuentran condicionadas por tales derechos que se muestran superiores y anteriores al Estado, instituyéndose de esta forma, en límites materiales del poder constituyente originario.

### **1.3.2.2 Principios de *IusCogens* y Derecho Internacional Público consuetudinario y convencional, como límites materiales al ejercicio de poder constituyente originario.**

Como normas superiores, son características del *iuscogens* y el *iusnaturale*, el ser inderogables en esencia y el ubicarse en el peldaño más alto del ordenamiento jurídico (Gómez Robledo, 2003).

Las normas del *iuscogens* son antiguas, para Zlata Drnas de Clément su idea en el “sentido más próximo al actual, aunque con limitaciones, podemos hallarla en el *juspublicum* romano (derecho no derogable por la voluntad de las partes), concepción que luego pasaría al Código napoleónico” (s/f, p.1), sin embargo, su desarrollo en tiempos modernos ha sido básicamente doctrinario y jurisprudencial, adquiere su real valor a través de su consagración en el derecho positivo internacional con la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados de 1969 que entro en vigor en enero de 1980, es así que dentro del Derecho internacional se establece un orden jerárquico que da primacía en la cúspide piramidal a las normas del *iuscogens* internacional como normas imperativas para los Estados (Robledo, 2003), que deja de lado la retórica imperante hasta el momento y establece un verdadero derecho de subordinación en el orden internacional, a normas inexorables y superiores que atienden, no solo el interés particular de los Estados sino de la comunidad internacional en su conjunto (Robledo, 2003).

Para autores como Echeverri (2011, p.206) el *iuscogens* “pese a ser un concepto sumamente antiguo, cada vez ha cobrado mayor importancia en el escenario multilateral tornándose, de esa manera, es la verdadera Constitución jurídico-política del orden público internacional”.

Dentro de las normas de *iuscogens* internacional es importante aceptar la tesis mayoritaria e irrefutable que establece como parte de las mismas a los asuntos relacionados con los derechos humanos (Echeverri, 2011).

El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 determina que:

[...] una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que

no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo valor (Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1969)

De esta forma queda definida la norma del *iuscogens* internacional. Por su parte, el artículo 64 *ibídem* establece que “si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará” (Convención de Viena sobre el derecho de los tratados), de esta forma se establece de forma excepcional que las normas del *iuscogens* no son absolutas pues admiten la posibilidad de ser modificadas a través del tiempo e incluso derogadas por otras normas del *iuscogens*.

De la definición general ante dicha se desprende que una norma de *iuscogens* es en esencia inderogable, su cumplimiento es obligatorio para todos los Estados como norma imperativa de derecho internacional general (Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1969), por tanto resulta imprescindible su estricta determinación en cuanto a los asuntos que lo comprenden, son normas del *iuscogens* claramente definidas aquellas “normas concernientes a la estructura internacional (como la proscripción del uso de la guerra) o a la protección del Corpus Iuris Internacional de Protección (verbigracia, asuntos relacionados con los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Penal Internacional).” (Echeverri, 2011, p.206)

En relación al principio de igualdad ante la ley, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, (CIDH, 2003), declara en el párrafo 101 que:

...este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *juscogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *juscogens*.

En cuanto al Derecho Internacional Público consuetudinario y convencional, se dirá, que el primero se muestra muy importante porque vincula a toda la comunidad internacional independientemente de la ratificación de tratados, por otra parte la incidencia del segundo resulta evidente dentro de un mundo globalizado que demanda relaciones que rebasan el concepto de soberanía, al flexibilizarla o ceder aun parte de ella a través de procesos integracionistas, confundiéndose bajo la imperante teoría del monismo las normas del Derecho Internacional Público del cual forman parte las normas de Derechos Humanos y de Derecho Humanitario, con las del derecho interno de los Estados<sup>3</sup>.

Las normas del Derecho Internacional Público consuetudinario y convencional como límite del poder constituyente se configuran en el marco de aplicación de las relaciones mutuas entre los Estados que cada día son más influyentes y decisivas. Desconocer el orden internacional no es una opción para los Estados, que no pueden subsistir en aislamiento. Cabe destacar que en el caso de los derechos humanos, los tratados son especiales porque no responden a la lógica contractual de beneficio mutuo, dado que son los Estados quienes adquieren todas las obligaciones y las personas todos los derechos.

Las restricciones impuestas por el Derecho Internacional Público al Poder Constituyente Originario no se refieren únicamente a los posibles casos o hipótesis de responsabilidad internacional del Estado frente a otros estados o sujetos de derecho internacional por las violaciones de sus obligaciones conforme el Derecho internacional consuetudinario o convencional, bilateral o multilateral. Hoy se extienden a la necesidad de adaptar cuerpos jurídicos nacionales, aun fundamentales, a las exigencias del derecho y la jurisdicción internacionales. La circunstancia de que ello haya sido puesto de manifiesto primeramente solo en materia de derechos humanos y restricciones arancelarias, no cambia el hecho de que el Estado soberano y la nación en cuanto Poder Constituyente Originario, tienen hoy una posición de mayor subordinación respecto de la voluntad suprema manifestada en el *IusCogens* de la época de la globalización. (Tapia, 2008, p.132)

#### **1.4 Normas constitucionales inconstitucionales**

La Constitución ecuatoriana de 2008 al definir al Ecuador en su artículo 1 como un “Estado constitucional de derechos y justicia”, supera la concepción legalista del Estado de Derecho que concebía a la Constitución como un mero instrumento político

---

<sup>3</sup> Mientras el monismo mira al derecho interno e internacional como parte de un único sistema jurídico el dualismo los diferencia como dos sistemas separados y aún contrapuestos (Montaño, 2000).



más no como una norma plena es así que “la teoría constitucional más moderna ha traído, entre otras innovaciones, el poner de manifiesto el carácter político–valorativo de toda Carta Fundamental normativa. Superada la visión de la Constitución como una norma programática, los autores se preocuparon en poner de manifiesto el carácter normativo, directamente vinculante de la Ley Suprema”. (Szmulewicz y Montes, 2005, p.369)

Bajo el esquema del “Estado constitucional”, se desprenden dos elementos que destacan en la Constitución de la República, para autores como Córdova (2012, 274) el uno establece una realidad plenamente normativa y el otro el establecimiento de esa realidad sustentada en un contenido jurídico material que contempla valores, principios, derechos y garantías.

Así las cosas, resulta relevante desenmarañar la posibilidad de existencia de normas constitucionales inconstitucionales, Pilar Mellado Prado y Yolanda Gómez Sánchez (1984, p.177) en un ensaño desarrollado en torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del artículo 57 de la Constitución Española de 1978, en referencia a la preferencia del varón a la mujer en el orden sucesorio español, por entender que se trata de una verdadera conculcación del principio de igualdad, señalan acertadamente que “aceptar la existencia de normas constitucionales inconstitucionales supone abrir un camino, no dudamos que altamente peligroso, por el que puede llegarse a cuestionar el contenido de los textos constitucionales, cuando éstos han supuesto el baluarte inquebrantable del ordenamiento jurídico”.

Sin embargo, las mismas autoras (1984, p.177) advierten algo que también es muy cierto frente a un tema que “supone igualmente cuestionar la infabilidad del constituyente capaz, en este caso, de aceptar normas constitucionales que vulneren los propios principios fundamentales que la Constitución pretenda implantar, lo que, a su vez, supone aceptar la existencia, dentro del Texto constitucional, de valores superiores de carácter supra positivo”.

Es un hecho que el constituyente como ser humano no es infalible, más aún, puede actuar con determinados apegos o desapegos y dentro de una determinada coyuntura, así mismo es un hecho para la autora que existen valores y principios que están más allá de la Constitución de cualquier Estado, que se traducen en los derechos que son inmanentes al ser humano y por tanto no los otorga ni la Constitución, ni el Estado, pues frente a tales derechos no cabe más que su reconocimiento, promoción,

tutela y desarrollo progresivo, conforme lo prescrito en el artículo 11, número 8 de la Constitución de Montecristi.

El doctor Julio Prado Vallejo (1985, p.I), señala que “Los Derechos Humanos no son producto de una ley ni originarios de un sistema jurídico ni otorgados por un gobierno. Ellos valen por sí mismos y nacen de la naturaleza del hombre. Lo que hace un sistema jurídico es reconocerlos, garantizarlos, promoverlos”

Iván Escobar Fornos (1998, p.59) señala que “existen dos corrientes doctrinales antitéticas relacionadas con la inconstitucionalidad de ciertas normas de la Constitución y las reformas a la misma: la positivista y la iusnaturalista.”, es así que dentro del positivismo jurídico no se concibe una disposición constitucional que sea inconstitucional, esto resulta en un contrasentido, la corriente que admite lo contrario está influenciada por el iusnaturalismo y surge después de la segunda guerra mundial en Alemania, Escobar (1998, p.61) advierte que:

La existencia de una ley superior incorporada expresa o tácitamente por la Constitución explica la inconstitucionalidad de otras normas constitucionales de menor rango que se le oponen. Esta superioridad es tomada por la Constitución (Derecho positivo) de otro orden jurídico como es el Derecho Natural, estimado como superior, supra positivo, pues vincula al positivo. El Derecho natural limita al mismo poder constituyente.

Es en 1951 cuando Otto Bachof formula la tesis de las *Verfassungswidrige Verfassungsnormen* cuya traducción sería normas constitucionales inconstitucionales (Bachof, 1951), en su obra se enfrenta directamente con la problemática planteada, parte de dos supuestos, la violación de la Constitución escrita y la violación del derecho constitucional no escrito (Bachof, 1951).

Para Bachof (1951) los casos que contempla la ruptura de la Constitución escrita, son:

- a) La inconstitucionalidad de normas constitucionales ilegales;
- b) La inconstitucionalidad de leyes reformadoras de la Constitución;
- c) La inconstitucionalidad de normas constitucionales que contradicen a normas constitucionales de rango superior;
- d) La inconstitucionalidad a través de la “mutación de la naturaleza” de las normas constitucionales. Invalidez sin decisión expresa; y,

e) La inconstitucionalidad por la infracción del derecho constitucional metapositivo positivado.

Respecto de la violación del derecho constitucional no escrito, Bachof (1951) establece los siguientes casos:

a) La inconstitucionalidad por la lesión de los principios constitutivos no escritos del texto constitucional;

b) La inconstitucionalidad por la contradicción del derecho constitucional consuetudinario;

c) La inconstitucionalidad (invalidez) por la contradicción del derecho metapositivo no positivado.

A criterio de la autora de los casos planteados por Bachof, los de mayor validez y relevancia para el Derecho son aquellos que tienen que ver con la violación de la Constitución escrita, porque el presente trabajo tiene como objeto de estudio el inciso 2º del artículo 68 de la Constitución de la República, norma constitucional que dispone que la adopción en el Ecuador se restringe sólo a las parejas de distinto sexo, hecho que, a nuestro criterio, puede vulnerar varios derechos consagrados en la Constitución de la República, entre los cuales destacan el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a no ser discriminado.

Es así que de los casos que contempla Bachof para la ruptura de la Constitución escrita, la más interesa es la que tiene relación con la inconstitucionalidad de normas constitucionales que contradicen a normas constitucionales de rango superior, pues se muestra aplicable a la problemática planteada que se desarrolla bajo la premisa de un orden jerarquizado dentro de la propia Constitución.

Esta cuestión puede parecer paradójica a primera vista ya que una norma constitucional evidentemente no puede contravenirse a sí misma. Sin embargo, pudiera suceder que una norma constitucional de carácter secundario, en particular, una norma constitucional exclusivamente formal, contravenga una disposición constitucional fundamental de carácter material, lo que ha recibido, de hecho, la atención de reconocidos teóricos de la Constitución como KRÜGER y GIESE, que han reconocido la posibilidad de que una norma constitucional de rango inferior por una contradicción tal sea inconstitucional e inválida. (Bachof, 1951, p.76)

Es así que a través de su postura Otto Bachof supera el formalismo positivista, al plantear la eficacia de la norma constitucional desde dos puntos de vista uno formal y

otro material, contenido en las normas de rango superior que han sido positivizadas dentro del propio texto constitucional y que provienen de un derecho supra-positivo, el Derecho Natural.

Ahora esta positivización no comprende todo el contenido del Derecho Natural sino tan solo aquellos elementos que demandan ser tomados en cuenta por el Derecho Positivo y que tienen como baluarte a los Derechos Humanos.

Pretender que todo el contenido de la Constitución sea plano, que el contenido de todas sus normas tengan la misma relevancia y valor, parece no tener mayor respaldo normativo puesto que de la sola lectura del texto constitucional, resulta evidente la existencia de una jerarquía de normas dentro y fuera de la propia Constitución (Szmulewicz Montes, 2005), en cuya cúspide se encontrarían aquellas normas que se refieren a los derechos humanos, a sus principios y valores; sin embargo, cabe destacar que en el marco constitucional vigente ecuatoriano al tenor de lo dispuesto por el artículo 11 numeral 6 “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”; Ávila (2008, p.61) al respecto explica que el concepto de igual jerarquía “quiere decir que cualquier clasificación sobre derechos humanos no implica jerarquización alguna”, es decir, no se trata de un problema de valor u orden o ubicación en el texto constitucional o pertenencia a una generación de derechos u otra, explica el mismo autor que “sostener estos argumentos no solo que atentarían contra la naturaleza de los derechos sino que establecerían jerarquías que, en su aplicación, implicarían situaciones evidentemente discriminatorias.” (Ávila, 2008, p.61)

Por otra parte al tenor de lo dispuesto por la Constitución de la República, aquel conjunto normativo de contenido constitucional que se encuentra fuera de su texto y se concibe como el bloque de constitucionalidad (Rodríguez, Arjona y Fajardo, 2013) se encuentra debidamente identificado y desarrollado es así que, el artículo 424 inciso 2º determina que “La 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 de poder público”(Constitución de la República del Ecuador, 2008), esto en concordancia con aquello que disponen los artículos 426 y 11 numeral 3, normas que tienen como referencia instrumentos internacionales de derecho humanos que tienen obvia

preeminencia frente a otras disposiciones, principios y valores de contenido constitucional, es así que el artículo 417 de la Constitución de la República determina que “[...] En caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Si bien la teoría planteada por Bachof que ha sido acogida por la jurisprudencia constitucional alemana (Szmulewicz y Montes, 2005) y por la doctrina (Szmulewicz y Montes, 2005), no resulta nueva, la misma dada su problemática no se ha desarrollado convenientemente (Szmulewicz y Montes, 2005). El hecho es que existen para la autora, vacíos legales inadmisibles pues bajo la normativa legal vigente en el Ecuador no se admite la posibilidad de que existan normas constitucionales inconstitucionales, un claro ejemplo de ello es que no existe un procedimiento u órgano competente que brinde una salida pronta a la problemática planteada, aun cuando nos quede el camino de la reforma constitucional como una solución al problema, dentro de las atribuciones que tiene la Corte Constitucional debería sumarse aquella que comprenda la posibilidad de existencia de normas constitucionales inconstitucionales. En el Ecuador se tiene por infalible y omnímoda la voluntad del constituyente, más aún se debe recordar que la Constitución es el fundamento del Estado constitucional de derechos y justicia, que es una obra humana y como tal siempre contendrá errores y será perfectible, admitir lo contrario a criterio de la autora no es más que afianzarla como un instrumento de poder que se encuentra al servicio de las clases dominantes y no del pueblo.

Para la autora la posibilidad de que existan normas constitucionales inconstitucionales es una realidad, pues no se puede entender de otra manera que se hayan presentado varias demandas de inconstitucionalidad de fondo y de forma respecto de las enmiendas constitucionales aprobadas por la Asamblea Nacional en diciembre del año pasado, cuando por esta vía por ejemplo se reforma el artículo 326 numeral 16 de la Constitución de 2008 y desaparece del ámbito del sector público la categorización de empleado y trabajador, quedando sometidos todos los trabajadores del sector público a la Ley Orgánica del Servicio Público, se elimina además de forma expresa del ámbito del sector público la contratación colectiva (Ecuador, Enmiendas constitucionales, 2015), procedimiento de impugnación que a criterio de la autora cabe si hablamos de un

poder constituyente derivado o de reforma, más no si hablamos de un poder constituyente originario, es así que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su Artículo 98 inciso 2º, señala que “La Corte Constitucional conocerá sobre las acciones de inconstitucionalidad respecto de cualquier acto normativo de carácter general y de cualquier acto administrativo con efectos generales...” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009)

Para Gottfried Dietze (1956) citado por Mellado y Gómez (1984, p.178) fue el Tribunal Constitucional de Baviera el que, a partir de 1948, adoptó una postura clara respecto a este problema, y comienza por aceptar que los derechos fundamentales existen fuera del Derecho positivo y que deben ser respetados aun antes de haber sido recibidos por el propio Derecho positivo. Con ello el Tribunal sentaba la opinión de que existe un Derecho supra-positivo merecedor del mismo respeto que el Derecho positivado. Cuando se habla de derecho natural, se entendería que la propuesta es que las normas positivas que contrarían a los valores ultra jurídicos son ineficaces; es decir, que no son derecho en sentido estricto (Mellado y Gómez, 1984). Cabe destacar que las resoluciones de los Tribunales alemanes atacaban las discriminaciones nocivas que se hacían contra ciertas personas, al violentar principios generales de la Constitución y los derechos fundamentales contenidos en ella como el de la igualdad de las personas ante la ley (Mellado y Gómez, 1984).

Es así que para la autora, en atención a la doctrina y jurisprudencia constitucional alemana antes citada, es perfectamente posible la existencia de normas constitucionales inconstitucionales. Además, a criterio de la autora si la constitución debe entenderse como un sistema, es posible que existan normas que no encajen en la matriz conceptual del mismo, es decir, dentro de un sistema que define al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, cabe la posibilidad de que existan normas dentro del texto constitucional que no encajen con tal definición y por tanto no pertenezcan a dicho texto, por razones de coherencia.

Quien se opone a la visión señalada podría decir que el poder constituyente como un poder soberano y supremo, no admite incongruencias o discordancias, que por tanto el texto de la Constitución es uno solo en su contenido, su valor es unitario, pues conforma una sola unidad que no puede ser condicionada, vulnerada o puesta entre

dicho en ninguna de sus partes, ante lo cual resulta inadmisibles que una norma constitucional pueda ser a la vez inconstitucional, sin embargo, como ya se dijo la Constitución y el constituyente no son infalibles, más aún cuando existe un Derecho supra-positivo que los limita y tiene como baluarte los derechos humanos (Szmulewicz y Montes, 2005).

Hoy en día resulta inconcebible una Constitución que vulnere tales derechos, que los omita o restrinja de una forma inaceptable. Pretender que el constituyente actúa sin desapegos ni falencias y que su sola voluntad, elimina cualquier transgresión que pudiera darse a principios fundamentales tales como el de la igualdad y no discriminación (Córdova, 2012), resulta por decir lo menos, ingenuo e irreal, dado el carácter plural y político que comprende el procedimiento de aprobación de un texto de constitucional. Que se piense que el poder constituyente no sea capaz de introducir solapadamente, con intención o sin ella, normas inconstitucionales dentro del texto constitucional, que puedan contravenir o poner en disputa principios fundamentales que le dan personalidad al sistema jurídico y como tal no pueden ser inobservados pues forman parte de la Constitución aún antes de su ratificación, es absurdo. Por tales motivos deben existir para estos casos los mecanismos jurídicos adecuados que permitan subsanar las contradicciones, incongruencias y excesos, que pueda contener el texto constitucional, dentro de un marco pacífico, democrático e institucional (Córdova, 2012).

Para el efecto, debe proveerse del procedimiento y órgano competente que resuelva la problemática, ante la posibilidad de existencia de normas constitucionales inconstitucionales, o en su defecto queda el camino de la reforma constitucional tal cual se encuentra regulada en la Constitución de la República, debiéndose considerar además que las y los asambleístas constituyentes pertenecen a varias tiendas políticas, debaten y deben llegar a acuerdos y ahí se puede deslizar alguna inconsistencia(Córdova, 2012).

Es así que Luis Córdova Castillo (2012, p. 273 - 283), señala que la:

Constitución y derechos fundamentales no pueden ser definidos mediante categorías meramente formales, sino que debe atenderse necesariamente a contenidos materiales. Así, si se considera que el poder constituyente y la Constitución son un medio, es posible entender que incluso las decisiones del constituyente pueden ser objeto de control constitucional [...]

La Constitución del Estado Constitucional no es una realidad meramente formal, sino principal y esencialmente material. Este contenido material está conformado por los derechos fundamentales (y el conjunto de valores y principios que los complementan) [...]

Sólo si se considera que el poder constituyente y la Constitución son un medio y no se les trata como fin será posible entender que incluso las decisiones del constituyente pueden estar necesitadas de control.

Para aclarar el tema González Schmal (1998, p.341) cita a García de Enterría quien sostiene que el juicio interno de inconstitucionalidad proyectado sobre las propias normas constitucionales es posible y “presupone la existencia de unas normas de rango superior, definitorias de la esencia y de los fines de la Constitución, que permitan encontrar en ella normas que no representen la realización o encarnación de esa esencia y esos fines” de otra forma resulta inviable la posibilidad de existencia de normas constitucionales inconstitucionales teniendo por principio que la Constitución es un cuerpo único. Desde el punto de vista meramente formal, todas sus normas son de la misma jerarquía y no cabe establecer respecto de ellas rangos o categorías; no obstante, desde el punto de vista material el proceso de enmiendas, reforma y convocatoria a Asamblea Constituyente demuestra que por su función, el valor de las normas constitucionales no es simétrico(González,1998).

A criterio de la autora, en el Ecuador encontramos que la doctrina y la jurisprudencia poco se han preocupado por la problemática planteada sobre la existencia de normas constitucionales inconstitucionales, frente a tal omisión prevalece el principio de la unidad jerárquica normativa de la Constitución ante el cual no cabría la existencia de normas constitucionales inconstitucionales, lo cual no excluye acoger criterios doctrinarios como aquellos expuestos en el presente capítulo.

El problema planteado respecto de encontrar la posibilidad de que existan normas constitucionales inconstitucionales significa básicamente determinar si dentro del texto constitucional pueden existir normas enteramente incompatibles en su contenido material y axiológico, que conculquen el principio básico de igualdad y no discriminación de los seres humanos al tener como sustento alguna condición personal como la orientación sexual de las personas, por tanto debe entenderse que el fin último de la teoría de las normas constitucionales inconstitucionales ataca la eficacia de determinada norma por contravenir otra de carácter superior y que se encuentra bien,



presente o no en la propia Constitución, que tiene como fundamento los valores y principios que forman parte de su esencia y espíritu (Bachof, 1951).

La problemática planteada respecto de la posibilidad de que existan normas constitucionales inconstitucionales, tiene el fundamento doctrinario y jurisprudencial antes referido, tesis a la que se adhiere la autora con el presente trabajo, posición que como ya se dejó sentado trae consigo beneficios y perjuicios, en el sentido de que permite cuestionar la infalibilidad de la Constitución como obra humana y al constituyente como persona. Por otra parte puede abrir puertas difíciles de cerrar que pongan entre dicho las bases del propio Estado constitucional, al abarcar temas que van desde la interpretación constitucional hasta la seguridad jurídica.

El presente trabajo gira alrededor de la posibilidad de conculcar el principio de igualdad y no discriminación, consagrado en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República, a través de la norma dispuesta por el inciso segundo del artículo 68 que dice “La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”. Por otra parte la restricción constitucional puede conculcar además el principio de interés superior de niñas, niños y adolescentes, consagrado en el artículo 44 de la Constitución de la República, entendiéndose que éstos tienen derecho a disfrutar de una familia de conformidad con lo que establece el artículo 45 *ibídem* en el amplio concepto que determina el artículo 67 de la Constitución de la República.

## Capítulo segundo

### **Los derechos de la adopción por parte de parejas del mismo sexo frente a los derechos del niño que pudiera llegar a ser adoptado**

Establecida la posibilidad de existencia de normas constitucionales inconstitucionales, resulta procedente en el presente capítulo analizar algunos aspectos generales sobre la adopción y establecer cuáles serían los derechos vulnerados tanto de las parejas del mismo sexo como del niño frente a la norma constitucional que restringe la adopción solo a parejas de distinto sexo.

Es importante para el efecto, conocer en primera instancia de la evolución histórica de una institución jurídica cuyos antecedentes más lejanos se pueden remontar con la historia del hombre a su propio origen, entendiéndose que los efectos y finalidades de la adopción han ido variando con el transcurso de la historia y su concepción actual es muy diferente a la que se tenía apenas unas décadas o años atrás.

Hoy en día el hijo adoptivo se asimila al consanguíneo, de esta forma se abandonan aquellos criterios que lo tenían como un hijo de segunda clase, al estar limitados sus derechos y relaciones de parentesco con la familia del adoptante.

Concebida la adopción como una medida de protección del niño –entiéndase niñas, niños y adolescentes–, que ha caído en abandono por diversas circunstancias, su finalidad es brindarle una familia para su óptimo desarrollo. La adopción actualmente se rige por el principio de interés superior del niño, que hace prevalecer dicho interés sobre cualquier otro, de esta forma se deja de lado la doctrina de la situación irregular que por casi un siglo miró al niño tan solo como sujeto de protección (Larumbe, 2002), situación que cambia con el desarrollo de la doctrina de la protección integral y la suscripción de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989 de la cual el Ecuador forma parte (Larumbe, 2002), concibiéndose al niño integralmente como sujeto pleno de derechos en el marco evolutivo de los derechos humanos, reconociéndosele además derechos específicos en relación a su edad (Larumbe, 2002).

Con la transición de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral, se da paso a que no se confundan protección con compasión y,

control o vigilancia con represión (Larumbe, 2002), entendiéndose que bajo la doctrina de la situación irregular, el término “menor” muestra una connotación peyorativa y de riesgo para la sociedad, cuando a dicho término se asocian características antisociales, de abandono o vulnerabilidad (Larumbe, 2002), donde la discrecionalidad del juez respecto de su situación es lo que impera, de esta forma el Estado adopta un paternalismo mal entendido que lo que hace es conculcar derechos (Larumbe, 2002).

La institución jurídica de la adopción en el caso de parejas homosexuales parecería confrontar con los derechos del posible adoptante y del adoptado, sin embargo, como se verá tal confrontación desaparece cuando esos mismos derechos no son excluyentes y por el contrario se suman y se muestran complementarios.

## **2.1 El alcance del principio del interés superior del niño**

Dentro del presente capítulo, es importante para la autora determinar el alcance del principio del interés superior del niño, en la medida en que dicho principio de forma errónea se ha tomado como argumento que justifica la prohibición de adopción para parejas del mismo sexo (Díaz y Rodríguez, 2013), sin embargo, paradójicamente el mismo principio ha sido tomado como referente en países como Colombia para permitir justamente la posibilidad de que parejas del mismo sexo adopten niños, es así que la Corte Constitucional de ese país en sentencia C-683/15 de 04 de noviembre de 2015 resuelve:

Declarar EXEQUIBLES las expresiones impugnadas de los artículos 64, 66 y 68 (numerales 3º y 5º) de la Ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, así como del artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990, “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, bajo el entendido que, en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia.

La protección al interés superior del niño se encuentra ampliamente desarrollada y reconocida dentro de varios instrumentos jurídicos que forman parte del Derecho Internacional de Derechos Humanos como la Convención sobre los derechos del niño de 1989 que en su artículo 21 sostiene en relación directa con la adopción y éste principio que “los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción

cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial [...]” (Convención sobre los derechos del niño, 1989, art.21).

El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 por su parte sostiene en su artículo 10 numeral 3 que “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”. En igual sentido el Pacto de Derecho Civiles y Políticos de 1966 en su artículo 24 numeral 1 dice “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de [...], a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.”, instrumentos jurídicos que forman del bloque de constitucionalidad que como se dijo en el capítulo comprenden aquellas normas y principios que si bien no se encuentran positivados en el texto constitucional, se instituyen en un referente constitucional.

En el Ecuador la Constitución de la República hace un reconocimiento expreso del principio de interés superior del niño que se encuentra consagrado en el artículo 44 que dice” El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art.44).

El artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador además determina que “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad”. Son parte de estos derechos al tenor de lo dispuesto por el artículo 45 ibídem en su segundo inciso el “tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar [...]”, derecho que forma parte del principio de interés superior del niño cuyo ejercicio se lleva a efecto a través de la adopción como principal mecanismo de protección de aquellos niños que han caído en abandono y han sido declarados judicialmente idóneos para ser adoptados y formar parte de una familia, en el amplio concepto que define el artículo 67 de la Constitución de la República, es así que el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 22 determina que es prioritario la permanencia del niño en su familia biológica y que “excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen

derecho a otra familia de conformidad con la ley” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, art.22).

Sobre el alcance del principio del interés superior del niño y la orientación sexual de los padres es importante señalar lo que dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y niñas vs Chile al concluir que:

Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente pueden tener en las niñas y los niños (caso Atala Riffo Vs Chile, 2012, párrafo 111).

Por su parte el Pleno de la Corte Constitucional en el Ecuador, en el caso No.006-2008-DI de 01 de Junio del 2009 define a este principio en los términos siguientes:

[...] principio que obliga al estado, la familia y la sociedad entera a tutelar y garantizar el ejercicio pleno de todos los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, reconociéndoles su calidad de sujetos de plenos derechos, y beneficiarios de protección especial atendiendo a su condición de personas en formación. Principio que, implica una noción relacional, es decir, supone que, en caso de conflicto de derechos de igual jerarquía, la prioridad deben tenerla los niños y las niñas, interés que, prevalece por sobre el de los padres, de la sociedad y del estado [...]

Definición que determina el alcance del principio y guarda concordancia con lo que señala el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, que en su inciso primero dice “El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento”.

De esta forma se puede decir que el principio de interés superior del niño es aquel orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos del niño de conformidad con lo que manda la Constitución de la República, cuyo alcance comprende a todos los ámbitos e instituciones públicas y privadas.

## 2.2 Antecedentes y aspectos generales sobre la adopción

En las sociedades patriarcales, regidas por el Derecho Antiguo que trata sobre las costumbres y la tradición de “sociedades primitivas–Mesopotamia, India y Egipto– y en parte, de las primeras civilizaciones clásicas –Grecia–” (Hernández, 2013), la adopción era un término atravesado por las prácticas religiosas (Coello, 1991), en éste sentido Coello García (1991, p.94) sostendrá que la “adopción nace en los pueblos de organización patriarcal, por motivos de carácter religioso. El padre organiza, de acuerdo con su voluntad, a la familia, inclusive excluyendo de ella a sus propios hijos, por determinadas conveniencias, y llamando a personas extrañas para integrarla.”

En el marco de las sociedades patriarcales, la existencia de hijos, entiéndase varones, era indispensable para el núcleo familiar, la presencia de hijos era un componente indispensable para la realización de rituales religiosos (Coello, 1991).

De ésta manera, la adopción en primera instancia lejos de velar por los intereses del adoptado, se encargaba de dar la posibilidad, a aquellas familias que no habían procreado hijos varones, de que no irrumpían con los requerimientos religiosos de la época ni coartan su linaje, procurándose la perpetuación de su familia y el culto religioso (Coello, 1991).

La situación de marginación y desidia frente a los intereses de la familia, se hace aún más evidente al considerar que los niños que quedaban en estado de abandono eran empleados como esclavos, sin contar la injusticia en cuanto a la nula protección de los infantes cuando eran de sexo femenino (Coello, 1991).

Existen distintas narraciones sobre la adopción, las cuales estuvieron enmarcadas dentro de pueblos tan antiguos como los romanos, babilonios, egipcios, asirios y hebreos. Pese a que ha existido una evidente transformación con respecto a los conceptos que se tenía en ese entonces sobre la adopción y las nociones que se han adoptado sobre la misma en la contemporaneidad, ha de recalcarse que el interés superior del niño tiene referencia de reciente data (Cabrera, 2008).

Para la autora en la narrativa judeo-cristiana, uno de los ejemplos más antiguos sobre la adopción, es el caso de Moisés, la Biblia en Éxodo 2:10, señala “Y como creció el niño, ella lo trajo a la hija de Faraón, la cual lo prohió, y púsole por nombre Moisés, diciendo: Porque de las aguas lo saqué”. O el caso del propio Jesús, concebido del

espíritu Santo por María, ante lo cual se dirá en la Biblia, en Mateo 1: 24 y 25: “Y despertando José del sueño, hizo como el ángel del Señor le había mandado, y recibió a su mujer. Y no la conoció hasta que parió a su hijo primogénito: y llamó su nombre Jesús” (Miranda, 1999).

Es importante señalar el caso de Roma, en el que el sistema legal asumía sus orígenes en la aspiración de consolidar fines hereditarios y el culto religioso “la peor calamidad que podía ocurrir al *pater familias* era el de haber fallecido sin dejar hijos que cuiden su posterioridad” (Coello, 1991, p.95)

En el sistema jurídico romano, la adopción era un término de carácter genérico, en tanto se dividía en dos clases la adopción: la adrogación y la *adoptio* (Coello, 1991). Ambos tipos de adopción tenían fines hereditarios, sobre el tema Coello García (1991, p.95), manifiesta:

En el Derecho Romano se conocían dos instituciones: la arrogación, que se refería a un *sui-juris* y que importaba incorporar a la familia del adoptante tanto al adoptado como a las personas sometidas a su potestad. Debía, además, transferirse el patrimonio del adoptado; y, la adopción propiamente dicha, en cambio, si era de un *alieni-juris* que salía de su familia de sangre y de la potestad del *paterfamilias*, producía su ingreso completo a la familia del adoptante.

Belluscio (1986, p.266) al respecto señala que durante el Imperio de Justiniano existieron dos tipos de adopción, la primera, era muy semejante a lo que se entiende por adopción en la actualidad, la misma hacía referencia a una adopción plena, donde el adoptante era un ascendiente que no tenía la patria potestad, el “*filiusse* desligaba de su familia natural y se incorporaba a la del padre adoptivo, bajo cuya potestad se colocaba” (Puchaicela, 1999, p.134), el segundo tipo de adopción, se refería a una adopción semiplena hecha por un extraño, en la que se conservaba contacto con la familia de origen, esta adopción era llamada, *minus plena*, en éste tipo de adopción el adoptante no adquiría la patria potestad sin salir el adoptado de su familia primitiva, pero existía incidencia con respecto a la herencia de bienes patrimoniales, es el derecho más importante el de heredar en la persona del adoptante (Puchaicela, 1999).

Durante la edad media, la adopción se encuentra en desuso, en tanto la iglesia – institución dominante de la época– asumía a la misma como un procedimiento antinatural y contrario a las leyes de Dios (Vallverdú, 2004), así el Derecho Canónico

como lo señala Coello García (1991, p.95) no contempló a la adopción como institución jurídica. No fue, sino con el Fuero Real y las Siete Partidas -en España- que la adopción retorna a estar presente en el sistema jurídico, Coello García (1991, p.95) señala que dichos cuerpos normativos “contemplaban dos formas de adopción, a las que daban el nombre genérico de prohijamiento”, entiende la adopción como una forma de adquirir la patria potestad sobre otro, diferenciándose la arrogación de la adopción y la adopción menos plena de la adopción plena. Es así que aquella mujer que fuese considerada incapaz de ejercer la patria potestad podía ubicar a su descendencia en adopción. Es importante aclarar que este proceso era muy raro y se aprobaba en casos particulares, como es la pérdida de los hijos en batalla (Coello, 1991).

Por otra parte, en Francia tuvo diversos fines, sostiene Belluscio (1986, p.267) que “se la mantuvo en difíciles condiciones formales y de fondo”. En una primera fase, ésta estuvo influenciada por el derecho Canónico, en donde éste proceso no era sujeto a ningún tipo de reconocimiento (Belluscio, 1986).

No fue sino hasta la realización del Código Napoleónico que la adopción llega a ser reconocida, dentro de éste código la adopción es reconocida y entendida como la que para Roma fue la *adoptio minus plenaes* así que se la concibe como un procedimiento en el que era transmitido el apellido y fortuna del adoptante al adoptado (Belluscio, 1986), desde ésta perspectiva la adopción era únicamente un negocio privado que no pretendía de forma alguna la protección del adoptado de quien se exigía sea mayor de edad, limitándola así en extremo se desconoce la tutela que la institución debe brindar a los menores de edad para quienes está dirigida en esencia (Coello, 1991).

Coello García (1991, p.96) señala que los redactores del Código de Napoleón vieron en la adopción un simple contrato “un medio utilizable para transmitir el apellido y la fortuna, antes que una filiación.”, paradójicamente cabe destacar que es con el Código de Napoleón que la concepción jurídica del menor se consolida, así lo sostiene Federico Carlos Soto Acosta (2006,p.5) al señalar que el “menor como concepto jurídico aparece en el siglo XIX en el Código Napoleónico de 1810 en el que se configuró el *'discernement' o 'doli capacitas'*<sup>4</sup>; a partir de ese momento, se realiza la división jurídica entre adultos y niños, y nace una forma especial de tratar a los niños y

---

<sup>4</sup> Que se puede entender en la capacidad de entender y querer.



jóvenes”, lo que da lugar a que se configure desde aquel entonces la idea del tratamiento especializado para niños y adolescentes aun cuando la idea se consolidará a inicios del siglo XX con precedentes jurídicos internacionales de relevancia como la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, de 24 de septiembre de 1924 (Soto, 2006).

En concordancia con lo expuesto anteriormente, no es sino en el derecho del siglo XX que la adopción llega a encuadrarse dentro del marco de los derechos humanos, del interés de protección y la tutela del niño, época en la que la niñez y adolescencia llegaron a ser visibilizadas y concebidas como un grupo de atención prioritaria, sujeto de derechos, consagrándose los mismos en importantes instrumentos jurídicos de orden internacional como la mencionada “Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de Diciembre de 1924” (Aguilar, 2007, p.227), la Carta Internacional de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959, la Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, el Convenio de la Haya relativo a la protección del Niño y la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993, lo que muestra evidentemente el sistema jurídico de protección que se desarrolla a favor del menor (Aguilar, 2007).

Paralelamente con estos hechos en el mundo se darán las grandes guerras de la época, la primera y segunda guerra mundial, en las cuales una gran cantidad de niños, niñas y adolescentes quedaron en la orfandad y abandono, situación que requería la estructuración de soluciones efectivas (Cabrera, 2008), es así que Planiol y Reipert toman como referencia la primera guerra mundial y sostienen que en:

Francia el título de la adopción (art.343 a 370) fue profundamente reformado por la Ley del 19 de junio de 1923. Esta Ley tuvo por objeto facilitar las adopciones, principalmente en interés de los huérfanos de la guerra, en el pensamiento de que personas caritativas los socorrerían adoptándolos(1991, p.221)

Para julio de 1939 Francia mediante Decreto-Ley trae consigo dos importantes innovaciones “La legitimación adoptiva y la adopción con ruptura de vínculo –entre el adoptado y su familia de origen–” ((López, 2008, p.484)

Sin embargo, el menor deja de ser objeto de derecho para ubicarse como sujeto de derecho, cuando la adopción se despoja de estos fines utilitarios y humanitarios, ante

la emergencia de que se proteja el derecho de los infantes a ser tutelados. No es sino hasta fines del siglo XX que la adopción es una institución a través de la cual el Estado garantiza el cumplimiento de los derechos de los niños a través de una solución en el ámbito de lo privado en el marco de los instrumentos jurídicos internacionales elaborados para el efecto (Aguilar, 2007).

De ésta manera se hace evidente la transformación de los fines de la adopción a lo largo de la historia. Inicialmente concebida como un procedimiento que pretendía generar beneficios a la familia que adoptaba al menor, para convertirse en un procedimiento enfocado en garantizar la protección del menor como sujeto de derechos (Cabrera, 2008).

Los antecedentes que consolidan a la adopción como institución jurídica son la Primera y Segunda Guerra Mundial, para más tarde ser consagrada en las legislaciones del mundo, es así como:

La adopción francesa con ruptura de vínculo sirvió de inspiración a la Ley holandesa sobre la misma materia, promulgada en 1956. Y el instituto francés de la legitimación adoptiva fue utilizado como modelo de las Leyes de Legitimación Adoptiva de Uruguay (1945) y de Chile (1965); las normas sobre legitimación adoptiva contenidas en el Código del Menor de Bolivia (1967); la Ley brasilera No.4.655 (1965); y del Proyecto de Ley de Legitimación Adoptiva elaborado en 1962 por el Ministerio de Justicia de Venezuela (López, 2008, p.484).

En el Ecuador, en el Registro Oficial No.86 del 15 de diciembre de 1948 se publica la “Ley de Adopción” que fue incorporada en el Código Civil en el año 1950, en 1969 al Código de Menores y finalmente en el Código de la Niñez y Adolescencia, promulgado en el Registro Oficial 737 de 03 de enero del 2003.

### **2.2.1 La adopción en el derecho ecuatoriano**

Una vez descritos los antecedentes históricos de la adopción como institución jurídica se puede establecer que su concepción, naturaleza y fines fueron diversos, desgraciadamente ajenos al interés superior del niño.

Con una doble finalidad según Enrique Coello García (1991, p.92) de “dar padres a los hijos a quienes la injusticia, la maldad de los hombres, les negó la relación filial con efectos jurídicos; y, dar hijos a quienes la naturaleza, rica en concesiones, no los quiso, sin embargo, conceder” (1991, p.92) , al derecho ecuatoriano se incorpora la

institución de la mano de la doctrina de la situación irregular que como se señaló anteriormente adopta el término “menor” con una connotación negativa de minusvalía, al considerar tan solo a niñas, niños y adolescentes como sujetos de protección más no sujetos de derecho. Situación que es corregida con el desarrollo de la doctrina de la protección integral y la proclamación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989 que son incorporadas en el Derecho interno ecuatoriano a través de la legislación secundaria (Larrea, 2005).

Para Juan Pablo Cabrera Vélez (2008, p.29) “por medio de los convenios internacionales, se ha situado al menor como sujeto de protección, para lo cual los estados deben implementar mecanismos que garanticen su seguridad”, bajo la premisa del interés superior del niño que demanda de una protección integral como sujeto de derechos.

La Ley de Adopción (1948) expresaba en sus considerandos 1 y 2:

Que la institución de la adopción constituye una de las formas más importantes de protección a los menores y de estructuración de la familia.  
Que es conveniente incorporar en nuestra Legislación las normas jurídicas que regulen la adopción de menores adecuando esta institución a nuestras condiciones ambientales. (Registro Oficial No.86, 15 de diciembre de 1948).

La Ley de adopción en el Ecuador, contemplará que el adoptante debe tener una edad que oscile entre los treinta y los sesenta años además debe ser mayor que el adoptado por lo menos con veinte años, para que la adopción se efectúe con todas las formalidades, se señalará que el adoptado debe haber vivido con el adoptante un periodo de seis meses, para así pasar a realizar la adopción por medio de una escritura pública (Ley de Adopción de Menores del Ecuador, 1948)

En sus inicios, la adopción en el Código Civil estaba regulada en régimen semipleno o simple, determina que el adoptado mantendría los vínculos sanguíneos con la familia de origen y que en cuanto a derechos hereditarios, los hijos consanguíneos no se asimilan a los adoptivos (Enrique Coello García, 1991).

Es en el Código de Menores de 1976, que se señala que tanto adoptado como adoptante adquieren derechos y obligaciones, se señala que el derecho que no se adquiere en la familia adoptante, es el derecho de herencia, se asume que el adoptado

conservará su derechos de herencia con la familia natural (Código de Menores del Ecuador, 1976).

Fue en 1992 que la adopción en el Ecuador adquiere un régimen pleno, cuestión que se señala en el Código de Menores, en su artículo 104 literal b), por su parte el artículo 129 determina además que:

La adopción realizada con arreglo a las normas del Código Civil o el Código de Menores anterior a éste, seguirán manteniendo el régimen semipleno o simple. La adopción simple podrá convertirse en plena. Para ello presentarán la solicitud al Tribunal de Menores que autorizó la adopción, el mismo que resolverá en el término de tres días desde el reconocimiento de firma y rúbrica. (Código de Menores del Ecuador, 1992, Art.129)

Es con el Código de la Niñez y Adolescencia de 2003 que se admite única y exclusivamente en el Ecuador el régimen de adopción plena, es así que el artículo 152 indica que:

La ley admite solamente la adopción plena, en virtud de la cual se establecen entre el o los adoptantes y el adoptado todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación paterna filial. En consecuencia, jurídicamente el hijo adoptivo se asimila en todo al hijo consanguíneo. La adopción extingue el parentesco entre el adoptado y los miembros de su familia de origen. No obstante, quedarán subsistentes los impedimentos matrimoniales que afectaban al adoptado por causa de las relaciones de parentesco extinguidas. (Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, 2003, Art.152)

En la legislación ecuatoriana es importante cuestionar si la adopción debería constar en el Código de La Niñez y Adolescencia y en el Código Civil o únicamente en uno de los dos, en tanto el primero tiene una mirada social y proteccionista como ley especial, mientras que el segundo está encaminado a cuestiones individuales como ley general, problemática que no resulta nueva según se desprende del criterio de Enrique Coello García (1991, p. 105)

En respuesta a este cuestionamiento, una primera perspectiva sostendría que el Código de la Niñez y Adolescencia debería ser el único que contenga las estipulaciones sobre la adopción, en tanto la adopción, es un proceso que vela por sobre todo los intereses del niño y además en atención a que las disposiciones dadas en el Código Civil revisten rezagos del régimen de adopción semiplena o simple. Desde otra perspectiva se

sostiene que la adopción es parte del Código Civil en tanto el vínculo de filiación es asunto que atañe a este cuerpo legal (Coello, 1991)

La adopción ha de ser entendida como una institución jurídica, que como otras, tiene un inicio rígido e inflexible, pero con el paso del tiempo, dicha institución se flexibiliza y acomoda en función de la realidad individual y comunitaria de la sociedad (Coello, 1991).

Se afirmará que la adopción es una institución jurídica de la cual existe un registro en cada civilización, en tanto que siempre han existido niños que han caído en abandono y requieren protección (Coello, 1991).

Para la autora la adopción dentro del derecho ecuatoriano se desarrolla como una institución jurídica que evoluciona con el transcurso del tiempo, sostenida en un inicio con un fin utilitario para los padres que no pueden tener hijos hoy en día mira ante todo el interés superior del menor que será objeto de adopción.

Grossman Ismael define al interés superior del menor como un:

Criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. En caso de conflicto frente al presunto interés de un adulto, debe priorizarse el del niño. Agrega que más allá de la subjetividad del término interés superior del menor este se presenta como el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Por último a la hora de hacer valoraciones hay que asociar el interés superior con sus derechos fundamentales. (Grossman, 2007, p.13)

Frente a esta definición se colige que el principio de interés superior referente a la adopción deja de lado el fin utilitarista y humanitario, concibe al menor como persona plena, sujeto titular de derechos que merece especial tutela de parte del Estado, un trato preferente y prioritario, frente al adulto deberá priorizarse siempre el menor, bajo la concepción de este principio los derechos de niñas, niños y adolescentes están por encima de los del adulto.

El Código de la Niñez y Adolescencia concibe a la adopción como una medida de protección y de restablecimiento de los derechos del niño, cuya finalidad esencial se encuentra definida en el artículo 151 del Código, finalidad que guarda plena concordancia con la doctrina de protección integral y con el interés superior que rigen el Código al tenor de lo dispuesto por el artículo 1 inciso 2º, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 150 de la Constitución.

Como medida de protección y restablecimiento de los derechos del niño, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 45 inciso 2º de la Constitución que consagra el derecho que tiene el niño “a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar [...]”, la adopción “tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados” conforme lo determina el artículo 151 del Código de la Niñez y Adolescencia, es la adopción para Juan Larrea Holguín (2005, p.416) una “institución típica del derecho familiar”.

El artículo 159 numeral 6 del Código de la Niñez y Adolescencia dentro de los requisitos de los adoptantes determina que “En los casos de pareja de adoptantes, ésta debe ser heterosexual [...]” de esta forma el requerimiento de idoneidad que establece el artículo 153 numeral 7 ibídem, se sujeta en este caso a personales convicciones religiosas y éticas que miran a la homosexualidad y la convivencia entre personas del mismo sexo como algo despreciable, cuando la idoneidad de los candidatos a adoptantes debe ser apreciada desde otros puntos de vista.

En conclusión bajo la norma legal vigente en el Ecuador, la idoneidad para establecer una relación paterno filial con un niño se encuentra definida o al menos tiene como uno de sus ejes central es la orientación sexual de los candidatos a adoptantes, lo cual más allá de conculcar los derechos de las parejas del mismo sexo reconocidas constitucionalmente, conculcan el derecho del niño a tener una familia conforme lo establece el inciso 2º del artículo 45 de la Constitución de la República, que bien puede darse a través de la adopción por parte de una pareja del mismo sexo.

### **2.2.2 Características de la adopción en el derecho ecuatoriano**

Tres son las características fundamentales que se pueden advertir del régimen de adopción plena bajo el esquema legal que rige actualmente en el Ecuador:

1. Su Irrevocabilidad al tenor de lo dispuesto por el artículo 154 del Código de la Niñez y Adolescencia;
2. Asimilación del hijo adoptado al consanguíneo con el emplazamiento a la familia del adoptante y ruptura de cualquier vínculo jurídico del adoptado con su

familia consanguínea, natural o de origen al tenor de lo dispuesto por el artículo 152 del Código de la Niñez y Adolescencia; y,

3. El condicionamiento constitucional y legal de que corresponde sólo a parejas de distinto sexo de conformidad con lo que establece el artículo 68 de la Constitución de la República en su parte final y el artículo 159 numeral 6 del Código de la Niñez y Adolescencia.

### **2.2.2.1 Irrevocabilidad**

Se reconoce legalmente a la paternidad como algo irrevocable, del mismo modo se considera a la adopción, el artículo 154 del Código de la Niñez y Adolescencia determina de forma expresa que “La adopción no puede ser sujeta a modalidades y, una vez perfeccionada, es irrevocable...”, queda así consagrado el carácter irrevocable de la adopción bajo el esquema legal ecuatoriano de la adopción plena.

Sin embargo, en contradicción con aquel criterio de irrevocabilidad que prevalece, el Código Civil en su artículo 329 dice “La adopción no es revocable sino por causas graves, debidamente comprobadas, que no podrán ser otras que las mismas que lo son para el desheredamiento de los legitimarios y la revocación de las donaciones.”, disposición que a criterio de la autora se muestra como un rezago del régimen de adopción simple y debería ser materia de una reforma legal.

Asimilado el hijo adoptivo al consanguíneo en el régimen de adopción plena, un hijo consanguíneo por los motivos expuestos en el artículo 329 del Código Civil no deja de ser hijo, en este sentido corre la misma suerte el hijo adoptivo, no cabe posibilidad alguna de que la adopción sea revocable.

### **2.2.2.2 Emplazamiento del adoptado en la familia del adoptante con ruptura de cualquier vínculo jurídico del adoptado con su familia natural**

Que el hijo adoptivo se asimile jurídicamente al hijo consanguíneo al tenor de lo dispuesto por el artículo 152 del Código de la Niñez y Adolescencia, implica un emplazamiento del adoptado en la familia del adoptante sin importar cuál sea el estado civil de éste último, de esta forma queda vinculado el adoptado en derechos y obligaciones de carácter sucesorio, alimentos, etc., es así que el orden de obligaciones

recíprocas que se dan entre adoptante y adoptado comprenden también a la familia de éste último.

Por otra parte el artículo 152 inciso 2º del Código de la Niñez y Adolescencia determina de forma expresa que “La adopción extingue el parentesco entre el adoptado y los miembros de su familia de origen. No obstante, quedarán subsistentes los impedimentos matrimoniales que afectaban al adoptado por causa de las relaciones de parentesco extinguidas.”, en tal sentido la adopción plena extingue los lazos entre el adoptado y su familia, con una salvedad atinente a los impedimentos matrimoniales lo cual resulta lógico y comprensible (Cabrera, 2008), Juan Pablo Cabrera Vélez (2008, p.48) señala al respecto que “Pese a que la adopción plena extingue los lazos entre el adoptado y su familia biológica, existe una salvedad muy pertinente que está sometida a la ley, la cual prohíbe que adoptado contraiga nupcias con alguno de los integrantes de su familia de origen, norma que está por demás justificada”, entendiéndose las consecuencias que un matrimonio entre parientes consanguíneos cercanos puede traer consigo.

### **2.2.2.3 Condicionamiento constitucional de que la adopción corresponde sólo a parejas de distinto sexo**

Cabe señalar que tal condicionamiento tiene como origen paradójicamente el reconocimiento constitucional de la unión de hecho a parejas del mismo sexo, es así que el artículo 68 de la Constitución vigente señala que:

La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.

De esta forma se puede observar cómo la Constitución vigente por un lado reconoce y garantiza los derechos de personas que siempre han sido discriminadas por su orientación sexual y por otra parte los restringe, haciéndose eco del escarnio social al que están sometidos homosexuales y lesbianas, transgrede además, como se lo analizará en adelante, el interés superior del niño.



Varios son los argumentos que los detractores de la posibilidad de adopción por parte de parejas del mismo sexo han esgrimido. Se toma como fundamento la vulneración del interés superior del niño, argumentan la posibilidad de que el niño sea objeto de maltrato escolar, que el niño desarrolle preferencias homosexuales, así como la supuesta confusión sobre el sexo y los roles de género (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-683/15, p.29 y 30).

Sobre tales mitos la coordinadora del Grupo de Mamás Lesbianas de Bogotá dentro de la sentencia C-683/15 de la Corte Constitucional de Colombia (p.29) sostiene que “durante los 11 años de experiencia han conocido unas pocas situaciones en las que uno de los hijos de una pareja sufrió algún tipo de maltrato debido a la orientación sexual de sus mamás”, que “la proporción de hijos e hijas de parejas homosexuales que manifiestan la misma orientación sexual es la misma que existe en las parejas heterosexuales, es decir, entre el 6 y el 10%”, que “los procesos y roles que se asumen corresponden al bienestar y al mejor funcionamiento del hogar” y que “lo importante en el proceso de la crianza [de los hijos] es enseñarles valores y enseñarles respeto”, argumentos que fueron acogidos por la Corte Constitucional de Colombia para adoptar su decisión, al respecto la Corte Constitucional de Colombia sostiene que

[...] es posible constatar que la evidencia científica mayoritaria, por demás significativa, coincide en señalar que: (i) la adopción por parte de parejas del mismo sexo no afecta el desarrollo, el bienestar, ni la salud física o mental de los niños; (ii) en caso de existir alguna afectación, la misma proviene de otros factores como la situación económica, las relaciones dentro del grupo familiar, el inadecuado rol parental, la violencia intrafamiliar, los estereotipos discriminatorios, los prejuicios sociales, las restricciones normativas, entre otros, que nada tienen que ver con la orientación sexual de los padres; (iii) el ajuste en el desarrollo de los menores criados en familias homoparentales, su comportamiento y adaptación social son similares a los de aquellos que crecen en familias heterosexuales; incluso aquellas tienden a promover mayores valores de tolerancia y una representación real de la diferencia sexual; y (iv) los procesos de adopción deben basarse en asegurar la adecuada estabilidad socioeconómica de los solicitantes y en el cumplimiento de requisitos que garanticen el cuidado del menor en cada caso concreto, sin que para ello deba ser evaluada la orientación sexual de los padres, en tanto ello constituiría un criterio sospechoso de discriminación.(Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-683/15, p.128)

En la historia de la humanidad y las diversas culturas, salvo contadas excepciones, como por ejemplo Grecia (Bobbio, 2010, p.193), la homosexualidad en general ha sido mal vista, perseguida y condenada, contraria a la religión, las buenas

costumbres y la moral, llega a ser considerada como delito. En el siglo XX la persecución no cesa aun cuando con el afianzamiento de la psiquiatría como ciencia se la llega a considerar malhadadamente como una enfermedad la cual había que erradicar, para el efecto se adoptan medidas que van desde el ámbito terapéutico hasta el punitivo, esta concepción se mantiene hasta principios de los años 70 según la Asociación Psiquiátrica Americana –APA–, es así que en 1973 (American Psychological Association, 2016) dicha asociación excluye la supuesta patología de los trastornos psicológicos –mentales y emocionales– contemplados en el DSM-II.

[...] la Asociación Americana de Psiquiatría confirmó la importancia de una investigación nueva y mejor diseñada y suprimió a la homosexualidad del manual oficial que detalla los trastornos mentales y emocionales. Dos años después, la Asociación Americana de Psicología promulgó una resolución apoyando esta supresión.(American Psychological Association, 2016)

Descartada la homosexualidad como una enfermedad por parte de la American Psychological Association –APA–, su connotación negativa se atenúa y se la llega a mirar como lo que es, una opción de vida que no depende de la voluntad del ser humano cualquiera sea su causa, por lo que debe despojársela del escarnio y el prejuicio social, más aun cuando autores como Sonia Soriano Rubio (2002, p.71) citando a Byne y Parsons (1993) sostienen que “el origen de la orientación sexual humana, [...] en todos los casos es desconocido”.

Sobre la incidencia que tendría la crianza de niños por parte de parejas homosexuales existen varios estudios científicos que concluyen que no existen diferencias significativas con la de sus pares heterosexuales, destacándose el estudio de Golombok<sup>5</sup>, al respecto de la sentencia C-683/15 de la Corte Constitucional de Colombia, se desprende:

La evidencia científica reporta seguimiento de hijos de parejas del mismo sexo desde hace más de veinte años, incluso de parejas homosexuales que criaron niños y niñas antes de que fuera legal la adopción en varias jurisdicciones. Este es el caso de [...] de niños y niñas del estudio de Golombok, que empezó a seguirse desde la década de 1970 en el Reino Unido. A estos estudios se suma evidencia de Estados Unidos y Canadá,

---

<sup>5</sup> Estudio pionero y el más largo en el tiempo que efectuó Susan Golombok y su equipo de la Universidad de la Ciudad de Londres, en él se realizó un seguimiento de los niños biológicos de lesbianas desde su infancia hasta la edad adulta. La primera toma de datos se realizó cuando los niños y niñas tenían 9 años de media, mientras la segunda fue 15 años más tarde, cuando ya eran jóvenes adultos con una edad media de 24 años (Barrios, 2012, p.16)

conducidos con los más altos estándares de rigurosidad científica, Dichos estudios no reportan ninguna diferencia en el desarrollo psicosocial de niños y niñas criados por parejas homosexuales (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-683/15, p.25)

Por otra parte de la misma sentencia se desprende que existe tan solo un estudio que mostraría evidencia en contrario de autoría de Mark Regnerus, mismo que es refutado “por los innumerables sesgos y problemas metodológicos de diseño. Incluso la Corte de Michigan rechazó la inclusión de este estudio en el caso de adopción por parte de parejas del mismo sexo” (Corte Constitución de Colombia, 2015, p.26)

Para la Asociación Psiquiátrica Americana (APA) “no hay evidencia científica [de] que la idoneidad para la parentalidad se relaciones con la orientación sexual de los padres. Las parejas lesbianas y gays son tan capaces como las heterosexuales de proveer un apoyo y un ambiente sano a sus hijos” (Corte Constitución de Colombia, 2015, p.31)

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso Atala Riffo y niñas vs Chile, hace mención a los informes científicos aportados por los peritos Uprimny y Jernow, y considera que:

... Dichos estudios concuerdan en que: i) las aptitudes de madres o padres homosexuales son equivalentes a las de madres o padres heterosexuales; ii) el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de los niños o niñas criados por padres gays o madres lesbianas son comparables a los de las niñas o los niños criados por padres heterosexuales; iii) la orientación sexual es irrelevante para la formación de vínculos afectivos de los niños o las niñas con sus padres; iv) la orientación sexual de la madre o el padre no afecta el desarrollo de los niños en materia de género respecto a su sentido de sí mismos como hombres o mujeres, su comportamiento de rol de género y/o su orientación sexual, y v) los niños y las niñas de padres homosexuales no son más afectados por el estigma social que otros niños (CIDH, caso Atala Riffo y niñas vs Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012)

Por otra parte cabe destacar lo que bien señala la Corte Constitucional de Colombia (2015, p.120) en el sentido de que “No se puede dar a los estudios científicos un pretendido carácter definitivo y determinante que no tienen” cuando “el parámetro para juzgar constitucionalmente las normas demandadas deben ser las normas constitucionales y el bloque de constitucionalidad.”

### **2.2.3 El proceso de adopción en el derecho ecuatoriano**

De conformidad con lo que establece la Constitución de la República, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos son un referente jurídico que

forma parte del derecho ecuatoriano aun cuando los mismos no se encuentren debidamente positivados en el texto constitucional, estos son parte del bloque de constitucionalidad al tenor de lo dispuesto por el artículo 424 inciso 2º que dice “La 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 de poder público”, esto en concordancia con aquello que disponen los artículos 426 y 11 numeral 3, por su parte el artículo 417 de la Constitución de la República determina que “[...] En caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.”

El artículo 21 literal a) de la Convención Sobre los Derechos del Niño, manifiesta:

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario. [...]

Es así que la Convención Sobre los Derechos del Niño, como lo señala Juan Pablo Cabrera Vélez (2008, p.30), “tuvo con acierto proponer medidas de amparo, con respecto a los menores que se encuentran en situación de abandono o maltrato”, una de tales medidas es la antes señalada que tiene como fundamento la tutela del niño y la aplicación del interés superior de éste, en lo que concierne al trámite que el proceso de adopción debe observar.

Con dicho preámbulo se puede señalar que en el Ecuador el proceso, las etapas y fases de la adopción cuentan con organismos, autoridades competentes y procedimientos; aplicables regulados a través de la normativa legal vigente.

En el Ecuador se pueden distinguir tres etapas o fases para la adopción de un niño, una etapa pre-adoptiva, la etapa de adopción propiamente dicha y una etapa post-

adoptiva, para Juan Pablo Cabrera Vélez (2008, p.91) las tres etapas antedichas comprenderían la “a) Etapa Administrativa; b) Etapa Judicial; y c) Inscripción en el Registro Civil”. Si bien el citado autor no considera la etapa pre-adoptiva, lo cierto es que “para que el trámite de adopción pueda iniciar es necesario que el menor que va a ser adoptado haya sido declarado por sentencia en estado de adoptabilidad, sin este previo requisito no es posible llevar a cabo el trámite” (Cabrera, 2008), requisito que a criterio de la autora comprende una verdadera etapa previa al procedimiento de adopción del niño. La inscripción en el Registro Civil por otra parte a criterio de la autora es un requisito esencial sin el cual no puede llegar a concretarse la adopción de un niño, más no comprende una etapa dentro del proceso de adopción pues la misma se configura mediante un solo acto, el de la inscripción.

La etapa pre-adoptiva comprende la declaratoria de adoptabilidad que corresponde hacerla al Juez de la Niñez y Adolescencia en los términos señalados por el artículo 158 del Código de la Niñez y Adolescencia que se refiere a los casos en que la niña, niño o adolescente está en aptitud legal para ser adoptado.

El Juez sólo podrá declarar que un niño, niña o adolescente está en aptitud legal para ser adoptado, cuando de las investigaciones realizadas se establezca sin lugar a dudas que se encuentra en cualquiera de los siguientes casos:

1. Orfandad respecto de ambos progenitores;
2. Imposibilidad de determinar quiénes son sus progenitores o, en su caso, sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad;
3. Privación de la patria potestad a ambos progenitores; y,
4. Consentimiento del padre, la madre, o de ambos progenitores, según corresponda, que no hubieren sido privados de la patria potestad. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art.158)

La declaratoria de adoptabilidad si bien no es propiamente parte del procedimiento legal de adopción, constituye un requisito previo sin el cual la misma no procede, implica el declarar el abandono del menor y su aptitud legal para ser adoptado (Cabrera, 2008).

Con la declaratoria de adoptabilidad, concluye la etapa pre-adoptiva y se da paso propiamente al procedimiento legal de adopción, etapa de adopción que comprende dos fases: la fase administrativa y la fase judicial.

### **2.2.3.1 Etapa administrativa**

Conforme lo señala Juan Pablo Cabrera Vélez (2008, p. 93) de esta etapa se encargan la Unidad Técnica de Adopciones y el Comité de Asignación “estos organismos trabajan conjuntamente para completar la etapa administrativa”.

Esta etapa se encuentra regulada en el Código de la Niñez y Adolescencia, en los artículos 165 al 174.

Para el Código de la Niñez y Adolescencia la etapa administrativa del procedimiento legal de adopción tiene tres objetivos, que son:

1. Estudiar e informar sobre la situación física, psicológica, legal, familiar y social de la persona que va a adoptarse;
2. Declarar la idoneidad de los candidatos a adoptantes; y,
3. Asignar, mediante resolución administrativa, una familia a un niño, niña o adolescente. Esta facultad es privativa del Comité de Asignación Familiar correspondiente (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art.165)

El trámite adoptivo en la fase administrativa si bien se encuentra previsto en el Código de la Niñez y Adolescencia así como el Código Civil, también se encuentra regulado en las Normas de Aplicación a los Procesos de Adopción dictadas a través de decreto ejecutivo 1187, publicadas en el Registro Oficial Suplemento 239 de 24 de diciembre del 2003.

El trámite adoptivo en esta fase inicial por medio de una petición que ingresa a las diferentes Unidades Técnicas de Adopción salvo las solicitudes internacionales de adopción que ingresarán obligatoriamente por la Unidad Técnica de Adopciones de Quito, esto de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1 de las Normas de Aplicación a los Procesos de Adopción que en su parte pertinente dice “Todas las solicitudes internacionales de adopción ingresarán por la de la unidad Técnica de Adopciones de Quito.”

La petición o solicitud adoptiva deberá ajustarse a lo dispuesto por artículo 159 del Código de la Niñez y Adolescencia, que determina los requisitos que deben cumplir los adoptantes, aun cuando la norma no señala la documentación requerida para tal efecto –omisión que es corregida por el artículo 2 del Reglamento Interno del Programa General de Adopciones–, misma que más tarde servirá como elemento de prueba en la

fase judicial y facilitará el trabajo de los organismos administrativos competentes encaminados a establecer la idoneidad de los adoptantes.

Una vez presentada la petición procede la declaración administrativa de idoneidad que requiere para el efecto de los informes del área jurídica, psicológica y social sobre el menor y los candidatos a adoptante/s, esto de conformidad con las atribuciones que confiere el artículo 168 del Código de la Niñez y Adolescencia a las Unidades Técnicas de Adopciones, declaratoria que tiene por efecto la asignación del menor a una familia, la de los peticionarios, competencia privativa a cargo de los Comités de Asignación Familiar de conformidad con lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 165 del Código de la Niñez y Adolescencia.

El artículo 172 inciso 1º del Código de la Niñez y Adolescencia define lo que ha de entenderse por asignación y sus efectos en los términos siguientes “La Asignación es la decisión del Comité de Asignación Familiar, expresada mediante resolución administrativa, por la cual se asigna una familia adecuada a determinado niño, niña o adolescente, según sus necesidades, características y condiciones.”

Las familias adoptantes pueden no aceptar la asignación realizada, de manera motivada, en caso de que ésta no responda a los términos de su solicitud (Cabrera, 2008). Si la no aceptación de la asignación se debe a motivos que el Comité considere discriminatorios, dispondrá que la Unidad Técnica de Adopciones elimine a la familia del registro de familias adoptantes, el Comité de Asignación Familiar puede también negar la asignación al tenor de lo dispuesto por el artículo 173 del Código de la Niñez y Adolescencia cuando “los adolescentes no consientan en la asignación o los niños y niñas emitan opinión contraria a su adopción”, y también “cuando los candidatos a adoptantes desistan de adoptar al niño, niña o adolescente o no se pronuncien dentro del plazo establecido.”

Hecha la asignación del niño o niña procede el emparentamiento, dispuesto por el artículo 174 del Código de la Niñez y Adolescencia, sobre el tema el doctor Juan Larrea Holguín, manifiesta:

Presenta problemas humanos bastante delicados este período de prueba. Conviene, sin duda un tiempo de observación en el que se compruebe si realmente se adapta al nuevo ambiente el hijo adoptivo, pero este período no debe ser demasiado largo si es provisional, porque las repercusiones morales y sentimentales en el menor que al cabo de un tiempo debe abandonar el nuevo hogar, podrían ser perjudiciales (...)

Antes de verificarse la adopción debe también haber estado el que se adopta, bajo el cuidado del adoptante. (Larrea, 2005, p.421).

El proceso de emparentamiento procede una vez hecha la asignación, comprende el establecimiento de una vinculación inicial entre el menor y los candidatos a adoptantes que permitirá determinar si la asignación ha sido o no la adecuada, de conformidad con lo que establece el artículo 174 del Código de la Niñez y Adolescencia el emparentamiento “no genera derechos ni obligaciones para los candidatos a adoptante respecto de la persona a adoptarse” y para que este tenga lugar se precisa que “tanto el candidato a la adopción como la futura familia adoptiva hayan recibido una preparación adecuada para asumir la relación que inician”, sobre la base de estos resultados, se deberá presentar a la Unidad Técnica de Adopciones un “informe de emparentamiento” (Cabrera, 2008).

Para concluir con la fase administrativa, el Área Jurídica emitirá un informe de idoneidad que en realidad es la resolución que niega o aprueba la solicitud de adopción, concluida la fase administrativa procede la remisión del expediente al Juzgado competente de la Niñez y Adolescencia (Cabrera, 2008), cabe destacar que de la negativa a la solicitud de adopción en la fase administrativa se puede interponer recurso administrativo ante el Ministro del ramo al tenor de lo dispuesto por el artículo 169 del Código de la Niñez y Adolescencia, que dice: “En caso de que la solicitud de adopción sea negada por la respectiva Unidad Técnica de Adopciones, el solicitante podrá interponer recurso administrativo ante el Ministro de Bienestar Social”.

### **2.2.3.2 Fase Judicial**

No se puede olvidar que a pesar de que la etapa administrativa pueda concluir con el favorecimiento de la adopción, ésta sólo puede tener lugar por sentencia judicial, es que la adopción no depende exclusivamente de la voluntad de las partes o del informe emitido por el órgano administrativo, sino de que un Juez declare su conveniencia (Cabrera, 2008, p.116-7)

Esta fase de la etapa de adopción está regulada en el Código de la Niñez y Adolescencia, en los artículos 175 al 179 y comprende el juicio de adopción que termina con una sentencia, ésta debe ser inscrita en el Registro Civil de conformidad con lo que dispone la ley; cabe señalar que la adopción en el Ecuador sólo puede tener lugar por sentencia judicial ejecutoriada (Cabrera, 2008).



El trámite especial del juicio de adopción se sujeta el procedimiento señalado en la Sección Tercera “Normas especiales para el procedimiento de adopción”, Capítulo IV, Título X, del Libro III del Código de la Niñez y Adolescencia, artículos del 284 al 289.

Este trámite inicia con una demanda de parte de los candidatos a adoptantes, misma que debe contemplar los requisitos dispuestos por el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos –COGEP–. Sin ser el menor legalmente capaz, éste debe estar debidamente representado, es así que el Código Orgánico General del Procesos –COGEP– determina que:

Las niñas, niños, adolescentes, y quienes estén bajo tutela o curaduría, comparecerán por medio de su representante legal.

Las personas que se hallen bajo patria potestad serán representadas por la madre o el padre que la ejerza. Las que no estén bajo patria potestad, tutela o curaduría, serán representados por la o el curador designado para la controversia.

En caso de producirse conflicto de intereses entre la o el hijo y la madre o el padre, que haga imposible aplicar esta regla, la o el juzgador designará curador adlitem o curador especial para la representación de niñas, niños y adolescentes (COGEP, 2015, art.32).

En vigencia la Sección Tercera que se refiere a las normas especiales para el procedimiento de adopción, del Capítulo IV del Código de la Niñez y Adolescencia, que trata sobre los procedimiento judiciales, artículos 284 al 289, que no fue derogada por el Código Orgánico General de Procesos –COGEP–, una vez presentada la demanda, al tenor de lo dispuesto por el artículo 284 del Código de la Niñez y Adolescencia el Juez la calificará y dispondrá el reconocimiento de firma y rúbrica de los demandantes.

Realizado el reconocimiento de firma y rúbrica, el Juez convocará a audiencia de conformidad con lo dispuesto por el artículo 285 del Código de la Niñez y Adolescencia, y concluida ésta pronunciará sentencia en la forma prescrita en el artículo 277 ibídem, contra la cual procederá recurso de apelación para ante la Corte Provincial correspondiente que se sustanciará en una sola audiencia al tenor de los dispuesto por el artículo 287 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Como formalidad sustancial, la inscripción de la sentencia judicial en el Registro Civil resulta ineludible al tenor de lo dispuesto por el artículo 324 del Código Civil que dice “La adopción producirá sus efectos entre el adoptante y el adoptado, y respecto de terceros, desde la fecha de inscripción en el Registro Civil”, es decir, sin la inscripción

de la sentencia judicial en el Registro Civil la adopción no llega a concretarse, debe considerarse además respecto de la inscripción lo dispuesto por el artículo 176 del Código de la Niñez y Adolescencia que dice “La sentencia que conceda la adopción deberá inscribirse en el Registro Civil, para que se cancele el registro original de nacimiento, mediante una anotación marginal que dé cuenta de la adopción, y se practique un nuevo registro en el que no se mencionará esta circunstancia”

Una vez concretada la adopción del menor conforme lo dispone la ley, si bien el proceso propiamente dicho de adopción ha concluido, el mismo requiere de un debido control y orientación para asegurar el bienestar del menor y que las cosas marchen de la mejor manera para las partes involucradas, para el efecto el Código de la Niñez y Adolescencia prevé una tercera etapa post-adoptiva, es así que el artículo 179 del Código de la Niñez y Adolescencia determina que:

Durante los dos años subsiguientes a la adopción, los adoptantes nacionales y los niños, niñas y adolescentes adoptados recibirán asesoría y orientación y quedarán sujetos al control de la Unidad Técnica de Adopciones o de las entidades de atención que ella señale, con el objeto de fortalecer los vínculos familiares que crea la adopción y asegurar el ejercicio pleno de los derechos del adoptado.

## **2.3 La adopción en el derecho comparado**

### **2.3.1 Chile**

El primer referente sobre la adopción dentro de la legislación chilena, se encuentra en la ley 5.343 de 06 de enero de 1934 derogada por la ley 7.613 de 21 de octubre de 1943. Concebida con un fin utilitario (Chile, Ley 5.343, 1934, Art.1) la adopción como institución jurídica en Chile evoluciona adaptándose a la corrientes del derecho y los requerimientos sociales (García, 2003).

En primera instancia se concibe a la adopción bajo el modelo de “Pacto de Familia”<sup>6</sup> sujeto al convenio entre las partes no mira el interés superior del niño, a través de ella no se instituye un estado civil manteniéndose los lazos del adoptado con su familia de origen, se trata pues de una adopción por contrato donde prima la pura

---

<sup>6</sup> Esto ocurre durante el siglo XIX, donde el pacto es más bien una forma de convención entre el adoptado, o su familia de origen, y el o los adoptantes (García, 2003, p.4)

conveniencia. (García, 2003, p.15) El modelo contractual de “Pacto de Familia”<sup>7</sup> se mantiene con la promulgación de la ley 7.613 de 1943 que fue derogada a través de la ley 19.620 de 1999, mediante esta ley se establecen mayores requisitos, derechos y obligaciones para las partes aun cuando las relaciones que se originan se limitan al adoptante y al adoptado, donde éste último podía asumir los apellidos del adoptante sin llegar a ser considerado legitimario. (Chile, Ley 7.613, 1943)

Con la ley 16.346 de 1965 se asume en la legislación chilena un modelo de legitimación adoptiva que busca conceder al adoptado un estado civil de hijo legítimo con todos los efectos que esto conlleva, es irrevocable y concedida por un juez, los lazos jurídicos del adoptado con su familia natural o de origen se rompían salvo los impedimentos matrimoniales, esto sin duda fue un importante paso de transición para que se configure y se distingan la adopción simple y plena a través de la promulgación de la ley 18.703 de 1988.(García, 2003, p.16)

Aún en vigencia el modelo de “Pacto de Familia” a través de la ley 7.613, la ley 18.703 publicada el 10 de mayo de 1988 distingue entre adopción plena y simple, otorga a la adopción plena estado civil, sustituye y deroga la legitimación adoptiva consignada en la ley 16.346. La adopción simple al no otorgar estado civil no modifica la filiación anterior del adoptado y busca legalizar una situación de tenencia del menor por parte de sus parientes o terceros, para el caso ecuatoriano el modelo de legitimación adoptiva no se dio como tal dentro de la legislación y la adopción simple sin asimilar el hijo adoptivo al consanguíneo concede al adoptado y adoptante/s mayores derechos y obligaciones. (García, 2003, p.16)

Dentro de la legislación chilena la adopción adquiere un carácter exclusivo de adopción plena con la promulgación de la ley 19.620 de 1999 que deroga a sus predecesoras las leyes 7.613 y 18.703, tiene como fundamento el principio del interés superior del niño que resulta prioritario, la adopción como institución jurídica asimila por una parte el hijo adoptivo al consanguíneo en derechos y obligaciones, y por otra extingue los lazos jurídicos de éste con su familia natural o de origen. (Chile, Ley 19.620, 1999, Art.1, 37 y 38)

---

<sup>7</sup> La adopción deberá ser otorgada por escritura pública en la cual conste el consentimiento del adoptante y la aceptación del adoptado. (Chile, Ley 7.613, 1943, Art.5)

Entendida la adopción como una institución jurídica de orden público, sustentada en los principios que informan los Convenios internacionales de protección y tutela del menor, en Chile se establecen organismos técnicos administrativos de ejecución y control como el Servicio Nacional de Menores –SENAME– que acreditan el proceso y hacen más fácil el trabajo del juez quien a través de sentencia judicial en última instancia como en el caso ecuatoriano concede la adopción. (Chile, Ley 19.620, 1999)

Es importante destacar que como en el caso ecuatoriano se distinguen tres etapas con similares características para la adopción de un menor en Chile, por otra parte la legislación chilena permite que personas solteras o viudas adopten niños/as en Chile, sin embargo, una pareja del mismo sexo no puede hacerlo ya que tal posibilidad no la concibe la legislación chilena, el artículo 20 de la Ley 19620 es claro al determinar que “Podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros [...]” por defecto de la norma el artículo 21 señala que podrán optar como adoptantes “en caso de que no existan cónyuges interesados” una persona “soltera, divorciada o viuda”.(Chile, Ley 19.620, 1999)

### **2.3.2 Colombia**

El artículo 61 del Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia define a la adopción como “una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno filiar entre personas que no la tienen por naturaleza”, como medida de protección la adopción en Colombia se mira como una institución jurídica que se desarrolla en torno al interés superior del menor, tiene como finalidad el dotar de una familia al menor que ha caído en abandono. (Colombia, Código de la Infancia y la Adolescencia, Art.6)

En Colombia al igual que en Ecuador y Chile se aplica la adopción plena a través de la cual se asimila al hijo adoptivo como consanguíneo, en igualdad de derechos y obligaciones. Como medida de protección irrevocable extingue los lazos jurídicos con la familia de origen del menor salvo en lo que respecta a los impedimentos matrimoniales en razón de parentesco consanguíneo. (Colombia, Código de la Infancia y la Adolescencia, Art.64)

El proceso de adopción de menores en Colombia, al igual que en Ecuador y Chile distingue dos etapas, una administrativa y otra judicial: la administrativa a cargo de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–<sup>8</sup> organismo técnico encargado de declarar la idoneidad del menor para ser adoptado a través de los respectivos informes y a su vez seleccionar la familia o adoptante/s idóneos a fin de integrarlas previamente. La judicial a cargo de un juez de familia, requiriéndose al igual que en Ecuador de sentencia que debe ser inscrita, esto de conformidad con lo que establece el artículo 124 y siguientes del Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia. (Colombia, Código de la Infancia y la Adolescencia)

En relación a la problemática planteada respecto de la adopción por parte de parejas del mismo sexo, se dirá que en Colombia el 18 de febrero del 2015, la Corte Constitucional busca una fórmula conciliadora entre los bandos que estaban a favor de la adopción por parte de parejas del mismo sexo y quienes eran contrarios a la propuesta, y resuelve que las parejas del mismo sexo “sólo pueden adoptar cuando la solicitud recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente” (Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-071/15), decisión que únicamente reforzaba lo resuelto en agosto del 2014 por la Corte Constitucional en el caso de Verónica Botero a quien 5 años después de haber interpuesto una tutela ante la negativa del Estado de permitirle adoptar a la hija biológica de su pareja Ana Leiderman, con quien vivía por más de 10 años, se le concedió ser madre de la misma al permitirle adoptar a la menor (Colombia, Corte Constitucional, sentencia SU617/14), si bien la fórmula planteada para resolver el conflicto no convenció ni a uno, ni a otro bando, se mostró como un gran paso a fin de lograr la adopción homoparental igualitaria, es así que en noviembre del año pasado la Corte Constitucional dio vía libre para la adopción por parte de parejas del mismo sexo (Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-683/15).

La Corte Constitucional de Colombia a través de sentencia C-683/15, con fundamento en el principio del interés superior del niño consideró entre otras cosas:

---

<sup>8</sup> El artículo 73 del Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia determina que el “Instituto de Bienestar Familiar a través del Comité de Adopción en cada Regional y Agencia y las instituciones autorizadas por este para desarrollar el Programa de Adopción a través de su Comité de Adopción será la instancia responsable de la selección de las familias colombianas y extranjeras adoptantes y de la asignación de los niños, niñas y adolescentes adoptables” (Colombia, Código de la Infancia y la Adolescencia)

1. Que el derecho del niño a tener una familia hace parte del interés superior del niño; 2. Que no existe razón alguna en el ámbito científico y legal que impida a las parejas del mismo sexo reconocidas como un tipo de familia adoptar a un niño; 3. Que la restricción vulnera el principio de interés superior del niño al no permitir que una familia apta para adoptarlo conformada por una pareja del mismo sexo pueda hacerlo. Para el efecto se analizan y se toman como referencia precedentes jurisprudenciales nacionales e internacionales, un estudio de derecho comparado, estudios científicos y opiniones de personas y autoridades calificadas así como de diversas instancias públicas y privadas como son: la Defensoría del Pueblo; la Fiscalía; el Ministerio de Salud y Protección Social; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; De justicia; Colombia Diversa; universidades; académicos, profesionales; etc. (Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-683/15)

Es clara la Corte Constitucional de Colombia al señalar que “la orientación sexual de una persona no está asociada ni puede confundirse con la ‘idoneidad moral’ como requisito para adoptar, puesto que lo relevante es el interés superior del menor y la capacidad de brindar las condiciones para su desarrollo armónico e integral en entorno adecuado y estable” (Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-683/15, p.133) es así que la Corte Constitucional de Colombia determina que la adopción por parte de parejas del mismo sexo “no afecta por sí misma el interés superior del menor ni compromete de manera negativa su salud física y mental o su desarrollo armónico e integral” (Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-683/15, p.144)

El reconocimiento de familias de parejas del mismo sexo que puedan adoptar un niño, más allá de ser una gran conquista social para las mismas, se enmarca en un contexto de realidad que viven muchas familias, frente a esta realidad lo coherente es permitir que este tipo de parejas puedan adoptar sin restricción alguna en un plano de igualdad frente a parejas heterosexuales, cuando la restricción jurídica se sustenta única y exclusivamente en la orientación sexual de las parejas homosexuales. (Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-683/15)

La restricción en Colombia se sustentaba única y exclusivamente en la orientación sexual. La Corte Constitucional de Colombia al reconocer el derecho de adoptar un niño a parejas del mismo sexo fue más allá, al determinar que la restricción

atenta ante todo el derecho que tienen los niños a tener una familia, violentándose de esta forma el principio de interés superior del menor.

### **2.3.3 Estados Unidos de Norte América**

En Estados Unidos de Norte América, en 1851 con las leyes de *Massachussets* “aparecen la primeras leyes sobre la adopción verdaderamente modernas” (Vallverdú, 2004, p.42), estas leyes se conciben con el fin de dar “cierta protección a los menores” (Vallverdú, 2004, p.42).

La adopción en los Estados Unidos de Norte América, concretamente en el Estado de Washington conforme se desprende de un documento publicado en español por el Departamento de Servicios Sociales y de Salud de dicho Estado, se concreta por medio de una de las siguientes maneras:

La agencia pública – Departamento de Servicios Sociales y de Salud, Administración Servicios para Niños (CA).

Las agencias privadas – Agencias licenciadas por el Departamento de Servicios Sociales y de Salud para ofrecer servicios de adopción.

Las adopciones independientes – adopciones que se efectúan por medio de un agente independiente.

Padrastrros y adopciones de adultos – adopciones que pueden o no necesitar un informe de pre colocación y por lo general se efectúan de manera privada, la agencia estatal no interviene en este tipo de adopciones (Washington State: Departament of Social &HealthSevices, p.2)

Para el Estado de Nueva York, en un documento publicado en español por Cross-BorughCollaboration / HerJustice, se distinguen dos clases de adopción:

Adopciones por Agencia: Estas son adopciones de niños que están bajo la custodia de las organizaciones estatales o privadas que tienen una licencia estatal. Estas agencias tienen a los niños ya sea porque sus padres biológicos los han entregado de manera voluntaria y directa, o a través de una orden judicial cuando se ha presentado algún problema legal, por lo general involucrando acusaciones de negligencia o abuso.

Adopciones Privadas: Estas adopciones son de niños que no han estado ni están en hogares de paso bajo el sistema de cuidado de crianza temporal ni tampoco están en una agencia de adopción. Generalmente, estas adopciones se dan por acuerdo privado entre las personas involucradas. Pueden involucrar madrastras o padrastrros u otros miembros de la familia. También pueden involucrar a personas no relacionadas, donde el niño se encuentra a través de un anuncio en el periódico o por el boca a boca.(Cross-Borugh Collaboration, p.4)

Es importante destacar que una vez instituido el matrimonio igualitario para personas del mismo sexo por decisión de la Corte Suprema de los EEUU, en todos los

Estados de la Unión, las parejas del mismo sexo pueden adoptar niños como padres, lo que antes era permitido tan solo en determinados Estados de la Unión Americana, es así que el Juez Anthony Kennedy, encargado de redactar la opinión de mayoría, expresa que la Constitución de los EEUU “no le permite al Estado prohibir el matrimonio a las parejas del mismo sexo en los mismos términos que es otorgado a las parejas de sexo opuesto”(Obergefell v. Hodges, 576 U.S, 2015, p.17).

El fallo de la Corte Suprema de los EEUU fue dictado el día viernes 26 de junio de 2015, del mismo en su inicio se destaca que:

Las Constitución promete libertad para todos los que se encuentran dentro de su alcance, una libertad que incluye ciertos derechos específicos que les permiten a las personas, dentro del ámbito legal, definir y expresar su identidad. Los peticionarios en estos casos intentan hallar esa libertad casándose con alguien de su mismo sexo y logrando que esos matrimonios sean considerados legales en los mismos términos y condiciones que matrimonios entre personas del sexo opuesto (Obergefell v. Hodges, 576 U.S, 2015, p.1)

Los casos en cuestión provienen de los Estados de Michigan, Kentucky, Ohio y Tennessee donde se define al matrimonio en su forma tradicional, se plantean los siguientes problemas que ilustran el objeto de las demandas: 1. “La ley de Ohio no le permite a Obergefell aparecer en el certificado de defunción de Arthur como su cónyuge sobreviviente” (Obergefell v. Hodges, 576 U.S, 2015, p.3); 2. April DeBoer y Jayne Rowse “Celebraron una ceremonia de compromiso para honrar su relación permanente [...]. Michigan, sin embargo, solo le permite adoptar a parejas del sexo opuesto o personas solteras, de manera que cada niño solo puede tener una mujer como su madre legal”(Obergefell v. Hodges, 576 U.S, 2015, p.3); 3. Ijpe Dekoe, sargento de primera clase de la Reserva Militar y Thomas Kostura se casaron en Nueva York, sin embargo “Al residir en Tennessee, quedan despojados de su vínculo matrimonial legal, el cual aparece y desaparece una vez cruzan fronteras estatales.”(Obergefell v. Hodges, 576 U.S, 2015, p.3)

Para resolver la Corte Suprema de los Estados Unidos a través de la opinión del Juez Kennedy hace una reseña histórica de cómo la institución del matrimonio evoluciona conforme a las circunstancias, entendiéndose que en un momento dado ni si quiera la voluntad de las partes que iban a consumarlo se requería al ser considerarlo un acuerdo entre los padres al cual simplemente se sometían los hijos, entendido como un acuerdo voluntario de la pareja no cabe duda que la institución evolucionó cuando los



derechos de la mujer y su posición en la sociedad sufrieron una transformación, un referente que jurisprudencialmente es tomado con particular importancia es aquel que tiene que ver con los matrimonios interraciales que eran objeto de prohibición en los Estados Unidos. (Obergefell v. Hodges, 576 U.S, 2015, p.4)

En igual sentido el Juez Kennedy de la Corte Suprema de los Estados Unidos hace una reseña histórica y legal respecto del concepto que se tenía sobre la homosexualidad y la convivencia de parejas del mismo sexo en los Estados Unidos “en el 2003, la Corte Judicial Suprema de Massachusetts resolvió que su Constitución estatal garantizaba a las parejas del mismo sexo el derecho a contraer matrimonio”(Obergefell v. Hodges, 576 U.S, 2015, p.4 y 5), ejemplo que lo siguieron otros Estados vía judicial o legislativa, así queda la nación norteamericana dividida en cuanto al asunto.

Es importante destacar que la opinión del Juez Kennedy sostiene que “A través del tiempo, y en otros contextos, la Corte ha reiterado que el derecho a contraer matrimonio es fundamental” (Obergefell v. Hodges, 576 U.S, 2015, p.7).

El Juez Kennedy analiza además “cuatro principios y tradiciones que demuestran que el matrimonio es un derecho fundamental bajo la Constitución” (Obergefell v. Hodges, 576 U.S, 2015, p.8), mismos que se “aplican con igual fuerza a las parejas del mismo sexo” (Obergefell v. Hodges, 576 U.S, 26 de junio de 2015, p.8)

Aquellos principios y tradiciones que sustentan la opinión de mayoría del Juez Kennedy, son: 1. “Que el derecho a la decisión personal con respecto al matrimonio es inherente al concepto de la autonomía individual.”(Obergefell v. Hodges, 576 U.S, 2015, p.8); 2. “Que el derecho contraer matrimonio es fundamental debido a que brinda apoyo a una unión entre dos personas como ninguna otra en términos de su importancia para aquellos que se han comprometido” (Obergefell v. Hodges, 576 U.S, 2015, p.8); 3. Que el derecho a contraer matrimonio “protege a niños y familia y, por lo tanto, adquiere su significado de derechos relacionados como el de crianza de los hijos, la procreación y la educación” (Obergefell v. Hodges, 576 U.S, 2015, p.9).

En relación al tema de la adopción que viene a constituirse en un derecho subyacente al matrimonio, se dice “La mayoría de los estados han permitido a los gays [sic] y a las lesbianas adoptar, ya sea como individuos o como parejas, [...] De este modo, el propio Derecho provee una fuerte confirmación de que los gays [sic] y las

lesbianas pueden crear familias amorosas y beneficiosas” (Obergefell v. Hodges, 576 U.S, 2015, p.9 y 10); y 4. Que el matrimonio es la “piedra angular” (Obergefell v. Hodges, 576 U.S, 2015, p.10) del orden social norteamericano, es importante destacar que para el Juez Kennedy en relación al matrimonio, los “aspectos del estado civil incluyen [...] derechos de adopción;” (Obergefell v. Hodges, 576 U.S, 2015, p.11).

De esta forma la Corte llega a la conclusión de que:

[...] el derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental inherente a la libertad de las personas y, bajo las cláusulas de Debido Proceso e Igual Protección de la Décimo cuarta Enmienda, las parejas del mismo sexo no pueden ser privadas de ese derecho y de esa libertad. La Corte ahora establece que las parejas del mismo sexo pueden ejercer el derecho fundamental a contraer matrimonio. Ya no se les podrá negar esta libertad. *Baker v. Nelson* debe ser y es ahora revocado, y las leyes impugnadas por los peticionarios en estos casos son ahora declaradas inválidas en la medida en que excluyen a las parejas del mismo sexo del matrimonio civil bajo los mismos términos y condiciones que las parejas de sexo opuesto. (Obergefell v. Hodges, 576 U.S, 26 de junio de 2015, p.14)

## **2.4 Los derechos a la adopción por parte de parejas del mismo sexo**

En Latinoamérica son varios los países que admiten la adopción que reconocen alguna forma de adopción por parte de parejas del mismo sexo, estos países son: México, Uruguay, Argentina, Brasil (Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-683/15, p.71) y Colombia a través de la citada sentencia C-683/15.

Dentro del continente americano se suman EEUU y Canadá donde se reconoce también la adopción por parte de parejas del mismo sexo (Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-683/15, p.71).

Con una veintena de países en todo el mundo que admiten la adopción homoparental conjunta o igualitaria, cabe destacar que la corriente es ampliamente acogida dentro del continente americano (Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-683/15, p.71).

Bajo esta perspectiva resulta evidente que el pluralismo de las costumbres sexuales se ha diseminado, al respecto Thomas Nagel, dice:

El pluralismo en las costumbres sexuales es inevitable, y ningún patrón exclusivo puede esperar satisfacer la condición de unánime no rechazo que debe exigirse para legitimar su inclusión entre los valores básicos de una sociedad. La cuestión es si esto significa que el tema debe llevarse a una política de mayorías, para proceder a la agregación de

preferencias, o si la libertad sexual de los individuos debería protegerse de tal control al adquirir carácter de derecho (2006, p.158).

En este contexto se puede decir que en el Ecuador el principio de igualdad y no discriminación se encuentra consagrado constitucionalmente y de forma expresa se prohíbe la discriminación por razones de orientación sexual, así lo determina el artículo 11 de la Constitución de la República que dice:

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de [...], orientación sexual, [...]; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

De la norma transcrita se puede evidenciar que vinculado al principio de igualdad constitucionalmente se encuentra consagrada la prohibición de la discriminación, sin embargo, Saba (2010, 62 y 63) entiende que trato igual no significa idéntico, es así que el Estado está llamado a legislar aquel trato diferente bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad que den paso a la igualdad formal y material, es así que “El estándar ‘igualdad ante la ley como igualdad de trato en igualdad de circunstancias’ requiere ser completado, si intentamos que sea capaz de responder adecuadamente...” Saba (2010, p.64)

La visión individualista de la igualdad ante la ley que establece la posibilidad de hacer distinciones basadas en criterios razonables –entendiendo por “razonables” aquellos que logren establecer una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación del derecho-, tiene por objeto impedir que las decisiones estatales (y, quizás también algunas decisiones particulares) se realicen sobre la base de prejuicios y visiones estigmatizantes de grupos de personas (Saba, 2010, p.69)

Frente a esta visión individualista de la igualdad entendida como “no discriminación” se encuentra otra estructural o sociológica que no se vincula con la irrazonabilidad–funcional o instrumental– del criterio escogido para realizar la distinción, pues persigue según Saba (2010, p.80) “el objetivo de evitar la constitución y establecimiento de grupos sometidos excluidos o sojuzgados por otros grupos”, visión que guarda la idea de igualdad como “libre de opresión”.

Judith Salgado Álvarez en relación al tema, dice:

Vale resaltar que en la doctrina constitucional y de Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH) la orientación sexual ha sido considerada en los últimos años como un criterio sospechoso para establecer distinciones. Es decir, dado que históricamente las personas que no se identifican como heterosexuales han sido censuradas, rechazadas, violentadas y discriminadas, en principio cualquier trato distinto que reciban se presumirá discriminatorio, teniendo que cumplirse por lo mismo un control constitucional más estricto. Esta respuesta jurídica refleja el reconocimiento de las relaciones de poder asimétricas que atraviesan nuestras sociedades y que en este caso concreto tienen que ver con la heteronormatividad.

Entonces en estos casos se partiría de la sospecha, de la duda, que tendría que ser desvirtuada o confirmada en la argumentación jurídica (2010, p.494-5)

Lo cierto es que la adopción concebida en primera instancia con fines religiosos, hereditarios y utilitarios como se ha señalado anteriormente se muestra en la actualidad con fines eminentemente de tutela y protección del menor, regida por el principio de interés superior del niño, se encamina a resolver variadas necesidades. Ofrece al menor que carece de una familia la posibilidad de vincularse a una nueva, de forma permanente. Al adoptante que no puede o simplemente no quiere concebir hijos, la posibilidad de ejercer roles de maternidad o paternidad al amparo de la ley y a la sociedad. Por último la adopción confiere al Estado la posibilidad de desentenderse de la obligación de acoger en diversas instituciones a aquellos niños que han caído en el desamparo. (Cabrera, 2008)

El tema de la adopción en el Ecuador no se muestra como una problemática que llame la atención de las políticas públicas, incipiente en su desarrollo, las alternativas que ofrece la sociedad y el Estado ecuatoriano para abordar la problemática de aquellas niñas, niños y adolescentes que han caído en el abandono son insuficientes (Cabrera, 2008), problema que para la autora ahonda la restricción constitucional que no permite que parejas del mismo sexo puedan adoptar un niño, desatendiéndose así el interés superior del niño a tener una familia.

## **2.5 Los derechos del niño frente a la adopción de parejas del mismo sexo**

La Corte Interamericana de Derecho Humanos dentro del caso Atala Riffo Vs Chile, sentencia de 24 de Febrero del 2012, refiriéndose al interés superior del niño/a señala que:

al ser en abstracto el 'interés superior del niño' un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar en concreto los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona [...] La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños. (Atala Riffo Vs Chile, 2012, párrafo 110 y 111)

Las diferencias naturales y culturales resultan relevantes en el tema de la homosexualidad cuando en base a tales diferencias se superponen discriminaciones sociales y prejuicios, al respecto Bobbio señala:

También la diferencia entre sano y enfermo mental es una diferencia natural. Pero sobre ella se han superpuesto discriminaciones sociales que son producto de prejuicios. Uno de los ejemplos más discutidos hoy de esta distorsión de una diversidad natural a través de un prejuicio de carácter social es el que se refiere a los homosexuales. También en este caso se puede hablar de diversidad natural entre homosexuales y heterosexuales. Pero el juicio negativo que en nuestra sociedad se da sobre la homosexualidad es de origen histórico. Tanto es así que en la clase culta de la antigua Grecia este juicio negativo no existía. Es más, el amor del sabio por el joven era considerado de naturaleza superior al amor heterosexual. (2010, p.193).

Para la autora el derecho como fenómeno social, es dinámico y la adopción como institución jurídica no escapa al proceso de cambio, que exige la adecuación de la norma a las formas de pensamiento imperantes en cada época.

En el transcurso de la historia, los objetivos de la adopción han variado, pues surge como una institución orientada a los intereses del adoptante, para satisfacer necesidades sucesorias, conservar el linaje familiar, o el culto doméstico, pasó a constituir un remedio a la paternidad frustrada, hasta perfilarse en la actualidad como una auténtica forma de protección del interés superior de niñas, niños y adolescentes, en la que se da prioridad al interés público sobre la voluntad individual. La adopción ha dejado de ser un simple asunto privado tal como fue concebido por el liberalismo que inspiró el Código de Napoleón. (Cabrera, 2008)

La moderna adopción está encaminada a garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentre en aptitud social y legal para ser adoptado, lejos de cualquier prejuicio social, de género y orientación

sexual (caso Atala Riffo Vs Chile, 2012), esto en concordancia con lo que dispone la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, que reafirma el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”(Asamblea General de las Naciones Unidas, 2008, párrafo 3)

En el mundo actual, son varios los países que permiten la adopción conjunta de niñas, niños y adolescentes por parejas del mismo sexo. Recientemente el fallo de la Corte Suprema de Justicia de los EEUU de 26 de Junio de 2015, legalizó a nivel nacional el matrimonio entre personas del mismo sexo con adopción, en todo el territorio norteamericano, lo cual sin duda resulta relevante. (Obergefell v. Hodges, 576 U.S, 26 de junio de 2015, p.14)

Por otra parte los derechos del niño se encuentran garantizados dentro de la legislación cuando la ley ordena oír al niño dentro del proceso de adopción, cuando es capaz de dar su consentimiento y aun si no lo es, es así que resulta importante el criterio del propio menor para identificar la conveniencia o no sobre su adopción, criterio que, sumado a otros requerimientos de la ley, tutelan sus derechos (Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, 2003, art.285).

No hay duda que el proceso de adopción para muchos resulta ser engorroso dada la serie de requisitos y formalidades que deben cumplirse, pero lo cierto es que tales requisitos y formalidades que establece la ley, en su mayoría están destinados a velar por el interés superior del niño, entendiéndose que un proceso de adopción no puede ser tomado a la ligera pues se requiere determinar la aptitud del niño para ser adoptado y de los adoptantes para asumir la obligación, de esto dependerá en parte el futuro del niño y su nueva familia. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Es importante también mencionar que el principio de libre desarrollo de la personalidad que se encuentra reconocido y garantizado constitucionalmente en el artículo 66 numeral 5, es un derecho que atañe tanto al niño que ha de ser adoptado como a los padres adoptantes, derecho que al tenor de lo dispuesto por la norma constitucional antes señalada no admite “más limitaciones que los derechos de los demás”. Parte esencial de este derecho fundamental es la orientación sexual, la misma que no puede tomarse de sustento para la restricción constitucional del artículo 68 en

base a la cual en el Ecuador pueden adoptar un niño tan sólo parejas de distinto sexo, es así que la Segunda Sala de la Corte Constitucional en resolución No.0198-2009-RA de 13 de octubre de 2009 determinó:

La garantía constitucional del libre desarrollo de la personalidad subsume el derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre la sexualidad y su vida y orientación sexual; de allí que se considere que uno de los aspectos que conforman el desarrollo de una vida en condiciones dignas, debe considerar la posibilidad real de tener relaciones sexuales bajo condiciones de periodicidad, intimidad, salubridad y seguridad [...] (Corte Constitucional del Ecuador, 2009, p.11)

La orientación sexual es una opción ajena a la voluntad de las personas, que al margen de sus causas adopta el individuo en base al principio de libre desarrollo de la personalidad, opción de vida por la que cualquier persona no puede ser objeto de discriminación y persecución.

Por su parte la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 sostiene que:

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; [...]. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1959, Principio 6)

Ambiente que lo puede brindar una pareja del mismo sexo, por su parte la Corte Constitucional de Colombia sostiene en su sentencia T-408 de 1995 que “el interés superior del menor se caracteriza por ser: [...]; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor” (Corte Constitucional de Colombia, 1995).

Para la autora la orientación sexual como una opción de vida ajena a la voluntad de las personas, forma parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho que no puede ser conculcado o degradado, restándole valor a la persona por el hecho de ser homosexual, al ser considerada la incidencia de una pareja del mismo sexo como nociva en la crianza y desarrollo de la personalidad del niño.(Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-683/15, p.128)

A través del presente capítulo he tratado de justificar que la adopción evoluciona y perfecciona sus fines hacia el interés superior del niño. Que la orientación sexual de una pareja que desea adoptar un niño no puede instituirse en un condicionante cuando lo

que se desea es brindarle una familia, pues no existe fundamento para ello. Que la restricción constitucional implica un acto discriminatorio que atenta en primera instancia en contra de los derechos del niño así como de los futuros padres, opinión que ha sido debidamente respaldada por la doctrina, la jurisprudencia y las experiencias del derecho comparado.



## Capítulo tercero

### **La restricción constitucional de la adopción por parte de parejas del mismo sexo, a la luz del principio de proporcionalidad**

#### **3.1 Principio de igualdad y no discriminación: distinción legítima e ilegítima entre personas**

La concepción del principio de igualdad que subyace a la concepción del Estado de Derecho resulta restringida a un lugar y momento histórico en específico, se desarrolla y evoluciona progresivamente hasta concebir formalmente a todos los seres humanos como iguales (Barrére, s/f).

A este principio ya se refería Aristóteles al señalar que la “igualdad, para ser justa, ha de consistir en igualdad para los iguales, mientras que, a su vez la desigualdad será justa para los desiguales” (Barrére, s/f, p.2), concepción que encarna lo que entendemos por igualdad de trato. Para evitar tales desigualdades que vienen a ser estructurales la Constitución de la República señala que el “Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art.11 num.2 inc 3°).

El concepto de igualdad resulta complejo cuando éste obedece, como ya se dijo, a un lugar y momento histórico en específico pues, si bien en la concepción del Estado de Derecho se proclamaba la igualdad de todos los hombres ante la ley, esta no era real para quienes por ejemplo eran esclavos en esa época o para los niños y las mujeres (Barrére, s/f).

El concepto de igualdad, pues estaba destinado a un grupo social en particular que abarcaba un cúmulo mayor al proveniente del antiguo régimen. Nada más, aquellos grupos que permanecen en subordinación, sometidos e incluso perseguidos son los que buscan del Estado y el Derecho una respuesta en el marco de la constitución que los dignifique realmente como seres humanos iguales en derechos, al igual que todos los demás (Barreré, s/f). Estas circunstancias dan lugar a la igualdad formal y la igualdad

material o sustancial, las mismas que se encuentran reconocidas y garantizadas por la Constitución de la República en el artículo 66 numeral 4 (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

El principio de igualdad ante la ley se encuentra consagrado en la Constitución de la República y determina que todas las personas somos iguales, sin dar cabida a distinción de ningún tipo, al señalar que:

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art.11 num.2 inc 2º)

La discriminación, en contraparte, implica la ruptura del principio de igualdad, su antinomia. Los criterios escogidos para determinar si existe o no discriminación son dinámicos pues los mismos responden a una realidad social e histórica, donde cierto tipo de distinciones en el marco de la constitución y del derecho internacional de los derechos humanos resultan inadmisibles e ilegítimos (Barrére, s/f).

La relación de comparación, es inherente al principio de igualdad, en la medida en que siempre existirán patrones de comparación relevantes que lo pongan en pugna. Por dar un ejemplo, el niño durante siglos fue visto como persona en grado inferior por tanto sus derechos se mostraban ausentes, al no ser considerado sujeto de los mismos, estos derechos eran vulnerados y quedaban condicionados al parecer de sus mayores y del Estado (Barrére, s/f).

Para Barrére (s/f, p.3) “todo juicio de igualdad de trato requiere de un acto de decisión en el que se seleccione quiénes y qué datos van a considerarse relevantes en orden a la emisión del juicio comparativo de igualdad, operando cuando se dé el caso en esta selección también (distintos) criterios de justicia”

En este punto es importante considerar que las distinciones legítimas solamente son posibles cuando se permite el ejercicio de los derechos de quienes por sí solos no pueden hacerlo, en contrario, la distinción ilegítima es cuando se distingue para impedir el ejercicio de un derecho a alguien y eso es discriminación (Barrére, s/f).

La distinción legítima e ilegítima entre las personas está dada en razón de la constitución, entendiéndose que discriminación y diferenciación en este marco no resulta ser lo mismo pues la primera resulta inaceptable y la segunda es fruto de la razón, en la medida de que existen colectivos sociales que requieren de atención particular y prioritaria al encontrarse en una condición de desigualdad estructural frente a sus congéneres por motivos históricos, culturales o biológicos (Barrére, s/f). Estas desigualdades que comprenden a grupos de mujeres, niños, homosexuales, etc., deben ser corregidas en el marco de la constitución, lo que da sustento al concepto de discriminación inversa o positiva que se conoce como acción afirmativa, cuyos orígenes se encuentran en la protesta afroamericana de los años 60 en los EEUU y del derecho antidiscriminatorio (Barrére, s/f, p.18)

### **3.2 Principio de proporcionalidad**

Barnes (s/f, p.35) sostiene que “en caso de conflicto, el término de comparación del juicio de proporcionalidad está compuesto por derechos enfrentados”, es así que el principio de proporcionalidad comprende un conjunto de herramientas destinadas a evaluar los límites normativos que restringen el ejercicio de derechos, desde concretos puntos de vista como “la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio” (Barnes, s/f, p.16)

Resulta imprescindible considerar el fin que busca la norma para establecer la corrección del medio restrictivo empleado, para “trabar adecuadamente el término de la comparación. Preciso es que se empareje o ponga en conexión cada medio con la finalidad más inmediata y directa a la que se orienta” (Barnes, s/f, p.27)

En el caso del artículo 68 inciso 2º de la Constitución de la República, se confrontan el derecho a la igualdad y no discriminación de las parejas del mismo sexo frente al interés superior del niño que se vería supuestamente vulnerado, de esta forma el medio sería la restricción constitucional que vulneraría los aludidos derechos y el fin la tutela del interés superior del niño. Interés que paradójicamente al entendimiento de la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia c-683/15, p.155) se vería afectado, pues el mismo comprende a “las parejas del mismo sexo que conforman una familia” y no las excluye, pues no existe razón para ello.

Es importante también señalar que para Barnes (s/f, p.35) la proporcionalidad actuará siempre “del lado del derecho que padece la restricción” entendiéndose además que una de las características del principio de proporcionalidad es su relatividad (Barnes, s/f, p.17); esto es, se ajusta a cada caso específico en relación al medio y al fin, sin que se puedan hacer respecto de su aplicación generalizaciones.

El principio de proporcionalidad se articula a través de tres criterios, subprincipios o tests escalonados de “idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido propio” (Barnes, s/f, p.18) cuya percepción y análisis no será el mismo aun cuando todos ellos se centrarán en la relación como se ha dicho de “medio a fin” (Barnes, s/f, p.25).

Para Bernal Pulido (2014, p.31) “cada subprincipio establece una exigencia que cualquier limitación en derechos fundamentales debe de satisfacer”, refiriéndose a cada subprincipio Bernal Pulido dice:

El subprincipio de idoneidad exige que la limitación sea adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. El subprincipio de necesidad exige que la limitación sea la menos gravosa, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto exige que la limitación alcance el fin que se propone en un grado que justifique el grado en que se limita el derecho. (2014, p.31 y 32)

Sobre el tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en los siguientes términos:

...la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio.

...para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 de la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión (Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas, supra nota 44, párr. 46; Caso Herrera Ulloa, supra nota 12, párrs. 121 y 123; Caso Palamara Iribarne, supra nota 12, párr. 85, y Caso Claude Reyes y otros, supra nota 44, párr. 91) (Corte IDH, 2008, caso Kimel vs. Argentina, párrafos 51 y 83)

En el caso Chaparro Álvarez Vs. Ecuador, la Corte IDH manifestó:

...no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención (Corte IDH, noviembre 21 de 2007, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador)

De los tres criterios o subprincipios que determinan la aplicación del principio de proporcionalidad, los dos primeros corresponderán a situaciones de hecho, por lo que las Cortes y Tribunales suelen centrarse en la aplicación del *test de proporcionalidad* en sentido propio o estricto, cuya complejidad radica en la ponderación o comparación de costos/desventajas de los medios y beneficios/ventajas del fin, de los tres que componen el principio es el de mayor trascendencia (Bernal, 2014).

La Corte Constitucional de Colombia sobre el principio de proporcionalidad señala:

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-022/96)

Asimismo la Corte Constitucional de Colombia señala que “para establecer eventuales violaciones del derecho a la igualdad, resulta adecuado explicar el llamado test de igualdad” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU696-15, p.50) hace

un análisis detallado respecto de su evolución en la jurisprudencia constitucional colombiana y su aplicación a “casos de discriminación por identidad de género u orientación sexual”(Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU696-15, p.50) sostiene que el principio de proporcionalidad comprende:

...tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes(Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU696-15, p.51)

Además, la sentencia destaca que:

...el escrutinio estricto se aplica cuando una diferenciación se fundamenta en lo que la doctrina constitucional ha denominado “criterios sospechosos” que son causas de discriminación prohibidas explícitamente por la Constitución o que: “i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia, a riesgo de perder su identidad; ii) son características que han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales(Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU696-15, p.52)

Para Barnes (s/f, p.26 y 27):

El juicio de proporcionalidad actúa una vez que ha sido descartada la ilicitud de las dos magnitudes que integran el término de comparación. Sólo entonces procederá examinar, acto seguido, si, ello no obstante, la medida es inútil, innecesaria o desproporcionada en sentido propio, esto es, si, dada su repercusión sobre otros derechos, surte efectos exorbitantes a los que la consecución de tal objetivo requeriría y, en consecuencia, justificaría.

En el Ecuador el Código de la Niñez y Adolescencia determina claramente los objetivos de la adopción que tienen como fundamento el interés superior del niño –que tiene como uno de sus elementos el derecho consagrado constitucionalmente a tener una familia– que no debe verse afectado por la orientación sexual de los posibles adoptantes, es importante por tanto para el caso la aplicación de los tres juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, respecto de la medida de exclusión de la adopción para parejas del mismo sexo con el fin de tutelar el interés superior del niño (Barnes, s/f).

Se dirá que en base al juicio de idoneidad también conocido como de adecuación “toda medida pública, debe, en primer lugar, tener un fin legítimo y ser capaz de alcanzarlo” (Pereira, 2004, p.1045), por su parte el juicio de necesidad “atiende, por un lado, la relación de cada posible medida con el fin del acto; por otro lado, debe apreciar el grado de restricción que cada una supone para los derechos fundamentales y, por último, debe compararlas” (Pereira, 2004, p.1045), es así que la necesidad va dirigida hacia la no existencia de medios menos restrictivos a la medida, de acuerdo con el fin perseguido; por último el juicio de proporcionalidad en stricto sensu “se suele entender como ponderación o comparación entre las desventajas de los medios con las ventajas del fin” (Pereira, 2004, p.1045)

Juicio de Idoneidad.- El inciso segundo del artículo 68 de la Constitución tiene un fin legítimo, como es el de tutelar el interés superior del niño, sin embargo, el medio que se configura como restricción resulta incapaz para alcanzar dicho fin, pues no existe evidencia científica, social o jurídica que determine que las parejas del mismo sexo no son adecuadas para adoptar un niño, por el contrario existen criterios que avalan todo lo contrario y que han sido expuestos a lo largo del presente capítulo. Por tanto las parejas del mismo sexo son adecuadas para adoptar un niño, en tanto las mismas se encuentran reconocidas constitucionalmente y pueden conformar un tipo de familia ajeno al esquema tradicional del matrimonio entre hombre y mujer de conformidad con lo que establecen los artículos 67 y 68 de la Constitución de la República.

Juicio de necesidad.- En atención al fin de tutela del interés superior del niño, no existirían otros medios menos restrictivos a la medida adoptada por el inciso segundo del artículo 68 de la Constitución, aun cuando se pudo establecer la posibilidad de que uno de los miembros de la pareja del mismo sexo pueda adoptar al hijo biológico de su pareja, sin embargo, el grado de restricción de la norma es absoluto y como se ha sustentado a lo largo del presente capítulo no tiene fundamento científico, social o jurídico alguno para establecer una comparación. Además, la autora considera que el hecho de que las parejas del mismo sexo puedan adoptar niños, por el contrario, es necesario en tanto la adopción es una medida de protección que busca brindar al niño que ha caído en abandono una familia permanente. Sin que exista evidencia alguna, que demuestre que la crianza de un niño por parte de una pareja del mismo sexo es nociva para éste. Negar a un niño la posibilidad de tener una familia significaría vulnerar no

solo los derechos de los adoptantes sino ante todo el derecho del niño, en este sentido la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia c-683/15, p.66) define al “principio del interés superior del menor como elemento relevante para asegurar el derecho de los menores a tener una familia...”

Juicio de proporcionalidad en sentido estricto.- Restringir la adopción a parejas de distinto sexo, resulta desproporcionado bajo los antecedentes científicos y jurídicos actuales, entre las cuales se pueden mencionar: 1. La APA (American Psychological Association, 2016) “reconoce no existe evidencia científica acerca de la relación entre orientación sexual de las madres y padres y la capacidad de maternaje y parentaje” (Corte Constitucional de Colombia, 2012, Sentencia T-276/12 parr.1.6.1.14); 2. El estudio de Golombok que se instituye como un “estudio pionero y el más largo en el tiempo que efectuó Susan Golombok y su equipo de la Universidad de la Ciudad de Londres, en él se realizó un seguimiento de los niños biológicos de lesbianas desde su infancia hasta la edad adulta” (Barrios, 2012, p.16) no se encontró evidencia de que sea nociva la crianza de un niño por parte de una pareja del mismo sexo (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-683/15); 3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado de forma clara que “Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño” (caso Atala Rifo Vs Chile, 2012, párrafo 111); 4. La Corte Constitucional de Colombia señala que “[...] es posible constatar que la evidencia científica mayoritaria, por demás significativa, coincide en señalar que: (i) la adopción por parte de parejas del mismo sexo no afecta el desarrollo, el bienestar, ni la salud física o mental de los niños” (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-683/15, p.128), que en los procesos de adopción no debe ser evaluada “la orientación sexual de los padres, en tanto ello constituiría un criterio sospechoso de discriminación. (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-683/15, p.128); 5. Los criterios profesionales de psicólogos, cuyas entrevistas constan de los anexos, que coinciden en lo principal en que la restricción constitucional es discriminatoria pues no existe base científica para el efecto, existe al contrario estudios científicos que han demostrado que los niños que se crían con parejas del mismo sexo tienen un desarrollo psicosocial similar a los que se crían con parejas de heterosexuales; 6. A todo esto se



suman además las experiencias y el desarrollo del derecho comparado en materia de reconocimiento del derecho de adopción a parejas del mismo sexo. En el ámbito jurídico social la restricción constitucional no es más que confinar la posibilidad del niño que ha caído en abandono a conformar tan solo un tipo de familia exclusivo, el heterosexual, cuando la Constitución de la República reconoce en el artículo 67 “la familia en sus diversos tipos” que se “constituirán por vínculos jurídicos o de hecho”.

### **3.3 Análisis del artículo 68 de la Constitución de la República que restringe la posibilidad de adopción solo para parejas de distinto sexo**

El artículo 68 de la Constitución de 2008, señala:

La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.

La Constitución concibe al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, donde los derechos de las personas pasan a ser el eje central de la Constitución, es así que Caicedo y Porras, señalan que:

La Constitución de 2008 es un texto normativo más igualitario que los anteriores, [...] crea todo un sistema institucional sobre igualdad que pone énfasis en medidas garantistas de los derechos sobre todo en campos como: el trabajo, la seguridad social, la salud, la participación política, la privación de la libertad, el acceso y desarrollo de justicia, el acceso a cargos públicos, entre otros. [...]El Estado es constitucional de derechos y justicia con centralidad de los derechos de las personas sobre la institucionalidad política y económica (Caicedo y Porras, 2010, p.557 y 559)

Para hablar de garantismo es necesario remitirse al trabajo del maestro Ferrajoli que, en su obra “Derecho y razón” sostiene que “una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas - es decir, de garantías- que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo” (1989, p.852), criterio que guarda concordancia con lo señalado por Caicedo y Porras (2010, p. 557) en relación a la Constitución vigente que “pone énfasis en medidas garantistas de los derechos”.

Por otra parte la divergencia entre la norma constitucional y la norma secundaria que carece de efectividad hacen de la primera una simple fachada, es así que para Ferrajoli en su obra Derecho y razón “[...] la orientación que desde hace algún tiempo se conoce por el nombre de ‘garantismo’ nació en el campo penal como una respuesta a la citada divergencia” (Ferrajoli, 1989, p. 851), divergencia que se traduce en el alejamiento o falta de acuerdo entre la constitución y la ley.

Es importante destacar que si bien el garantismo nace como teoría en el campo penal, más tarde frente a las “transformaciones de los modelos constitucionales, da el salto al ámbito más amplio del Derecho y la justicia constitucionales”. (Salazar, 2011, p.393)

No obstante el Estado ecuatoriano por un lado promueve derechos y reconoce la unión de hecho “entre dos personas” sin hacer distinción alguna respecto a su orientación sexual o condición de género; y por otro, los restringe al señalar que “la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo” haciéndose eco del prejuicio y escarnio social del que aún son objeto las personas en el Ecuador tan solo por su orientación sexual.

Otro de los reparos e incongruencias que se pueden afirmar sobre la norma constitucional analizada, es que la adopción tal cual se encuentra regulada en el Ecuador permite que una persona sola adopte a un menor, sin que la ley haga distinción en cuanto a la orientación sexual de dicha persona, dado que el artículo 153 numeral 3 del Código de la Niñez y Adolescencia dice “Se priorizará la adopción por parte de parejas heterosexuales constituidas legalmente, sobre la adopción por parte de personas solas”.

Lo cierto es que la restricción constitucional parecería considerar que existe una pugna entre los derechos de las parejas del mismo sexo a adoptar, versus los derechos del niño que sería objeto de adopción. Sin embargo, los mismos no se muestran excluyentes; por el contrario, resultan complementarios y no se debe olvidar que la Constitución de la República en su artículo 45 determina el derecho de las niñas, niños y adolescentes “a tener una familia”, concebida en los amplios márgenes que estipula el artículo 67 que reconoce la familia en sus diversos tipos y el reconocimiento implícito que hace el artículo 68 respecto de las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo como un tipo de familia.

Al respecto sostiene Miguel Carbonell (p.82) que el concepto de familia “antes de ser jurídico, es sobre todo sociológico”, por otra parte lo que se busca con abrir la posibilidad de adopción para parejas del mismo sexo no es “restar importancia a la forma ‘tradicional’ de familia, sino abrir el ordenamiento jurídico para hacerlo capaz de tutelar a todas las personas”. (Carbonell, 2006, p.89)

Del análisis precedente no cabe duda que la restricción constitución del artículo 68 de la Constitución, para que solo parejas de distinto sexo puedan adoptar es contraria al principio de igualdad y no discriminación que consagra la propia Constitución, cuando la distinción resulta ilegítima, fundamentada como se reitera tan solo en el prejuicio y el escarnio social. Al generar los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas en matrimonio, la unión de hecho entre parejas del mismo sexo es reconocida constitucionalmente como un tipo de familia que bien puede proveer de protección y cuidado al niño que ha caído en abandono, y garantizar una familia idónea, permanente y definitiva que lo proteja y asume el ejercicio de los derechos que sus padres biológicos o que circunstancias como la orfandad le hubieren negado.

De conformidad con lo establecido el artículo 68 de la Constitución, la unión de hecho entre dos personas no existe tan solo por la convivencia, sino que precisa la concurrencia de ciertos elementos esenciales para que genere los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. Estos elementos son: 1. Unión estable y monogámica; 2. Entre dos personas; 3. Libres de vínculo matrimonial con una tercera persona; 4. Que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley.

Por último se debe señalar que la restricción constitucional de la adopción solo a parejas de distinto sexo que consta del segundo inciso del artículo 68, al no ser un elemento que configure la unión de hecho, para la autora se muestra fuera de contexto y lastimosamente contradice lo dicho en su primer inciso, respecto de las parejas del mismo sexo cuya unión estable y monogámica es reconocida.

### **3.4 La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo**

Desde el momento en que existe el reconocimiento constitucional de las parejas del mismo sexo, la adopción por parte de este tipo de parejas resulta ser controvertida, quizá en primera instancia, ante la falta de estudios y experiencias al respecto.

La idea según la cual la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo se encuentra ligada a la concepción tradicional y heterosexual de la familia cuyo sustento es básicamente religioso y ajeno a una concepción sociológica que mira más allá (Carbonell, 2006), la misma que se encuentra plasmada en la norma constitucional que reconoce de forma expresa a la familia en sus diversos tipos al tenor de lo dispuesto por el artículo 67 de la Constitución de la República.

La definición de los derechos y su ejercicio no puede estar supeditado al poder ideológico de las mayorías, sin que medie respaldo científico o jurídico suficiente que avale tal posición, a sabiendas que el concepto de familia ha evolucionado con variaciones como familias de crianza, extendidas, monoparentales, homoparentales, ensambladas, etc., formadas por los hijos y parientes cercanos como los abuelos o tíos; las madres solteras o padres solteros que están hecho cargo de los hijos, solos o acompañados de una pareja del mismo o distinto sexo, etc., realidades que necesitan ser tuteladas por el Estado y el Derecho caso contrario existe una vulneración de derechos de niños y adultos donde obviamente debe prevalecer el interés superior de los primeros. (Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-071/15)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile a través de sentencia de 24 de febrero de 2012 sobre la orientación sexual sostiene que “83. La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”, entendiéndose que las categorías de discriminación consignadas en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos no son taxativas y admiten por tanto nuevas categorías o subcategorías, es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

91. [...] deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la

Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. 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 personas a partir de su orientación sexual.(caso Atala Riffo Vs Chile, 2012, párrafo 91)

Concluye la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del mismo caso respecto de la orientación sexual como categoría protegida por la Convención Americana de Derecho Humanos, que:

93. Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1.de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribela discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención. (caso Atala Riffo Vs Chile, 2012, párrafo 93)

La orientación sexual como categoría o subcategoría de discriminación es ratificada dentro del Sistema Universal de Protección de Derecho Humanos a través del Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es así que el Comité de Derecho Humanos de Naciones Unidas dentro del caso Toonen vs. Australia, Comunicación No.488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992, párr. 8.7, determina que la categoría “sexo” contemplaba o incluía también la orientación sexual o inclinación sexual de las personas.

La Cláusula de no discriminación es inherente a la suscripción de la Convención Americana de Derechos Humanos y por tanto vinculante para los Estados que forman parte de ella, como es el caso de Ecuador (caso Atala Riffo Vs Chile, 2012, párrafo 73).

El artículo 417 de la Constitución de la República determina que “en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derecho, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta”, en concordancia con esto, el inciso segundo del artículo 424 ibídem determina que “La 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 de poder público.”

Por último cabe señalar que al tenor de lo dispuesto por el artículo 426 de la Constitución de la República en el segundo inciso “Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán 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, aunque las partes no las invoquen expresamente.”

La autora en el presente capítulo ha procurado establecer la complejidad del tema de la adopción por parte de parejas del mismo sexo, mismo que puede ser analizado desde diversos ámbitos, sin embargo, lo que interesa en el presente trabajo es su tratamiento jurídico, en el ámbito de la protección de los derechos a la igualdad y no discriminación, la debida aplicación del principio de proporcionalidad y la efectiva tutela del interés superior del niño. Del estudio realizado se puede señalar que no existe ninguna evidencia o razón científica, social o jurídica que impida a las parejas del mismo sexo asumir un rol como padres y tener derecho de adoptar a un niño que ha caído en abandono, que tiene también el derecho de tener una familia que no se encuentra limitada a su concepción tradicional y heterosexual.

## Conclusiones

Luego de la Segunda Guerra Mundial, la jurisprudencia y doctrina alemana establecieron la posibilidad de existencia de normas constitucionales inconstitucionales, ante el conflicto la única posibilidad de resolverlo, es la jerarquización de las propias normas constitucionales, que tienen en la cúspide a los principios y valores del Derecho natural que han sido positivizados y, que se refieren a los derechos humanos, inmanentes e inherentes a la persona.

Encontrándose el poder constituyente originario fuera del orden jurídico, pues se crea sin consentimiento de una norma superior y anterior que le confiera competencia y procedimiento; sin embargo, dicho poder no se muestra infalible y ha de observar aquellos límites que provienen del Derecho Natural, de los valores intrínsecos al ser humano, a partir de los cuales se derivan los Derechos. Además, si la constitución debe entenderse como un sistema, existe la posibilidad que determinadas normas no encajen en la matriz conceptual del sistema y como tal, no pertenezcan a ella, por razones de coherencia.

Se ha podido determinar que no existe un conflicto de derechos entre la adopción por parte de parejas homosexuales y los derechos de niños, niñas y adolescentes que pudieran llegar a ser adoptados, entendiéndose que la orientación sexual de una persona no puede instituirse en un condicionante a ser valorado dentro de este tipo de proceso.

Sobre el alcance del principio del interés superior del niño y la orientación sexual de los padres es importante señalar que la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el caso *Atala Riffo y niñas vs Chile* concluye que “Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño” (caso *Atala Riffo Vs Chile*, 2012, párrafo 111), al contrario conforme lo determina la Corte Constitucional de Colombia lo vulneraría “bajo el entendido que, en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia” (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-683/15, p.155) .

La doctrina mira al principio de proporcionalidad como la única manera racional en que se puede limitar derechos fundamentales, este es un conjunto de herramientas destinadas a evaluar los límites normativos que restringen el ejercicio de derechos en relación con otros derechos, desde concretos puntos de vista como la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio. En el caso del artículo 68 inciso 2º de la Constitución de la República del Ecuador que restringe la adopción a parejas de distinto sexo, una vez que se han aplicado los tres juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, respecto de la medida de exclusión de las parejas del mismo sexo, encontramos que dicha limitación vulnera los derechos de igualdad y no discriminación de las personas homosexuales que han formado una pareja y que resultan ser personas no idóneas para adoptar un niño tan solo por su orientación sexual, paradójicamente en contra de ese niño se vulnera su derecho a tener una familia en el amplio concepto que comprende dicho término al tenor de lo que dispone la propia Constitución de la República del Ecuador.



## **Recomendaciones**

Una vez que durante el desarrollo del presente trabajo se ha establecido la posibilidad de existencia de normas constitucionales inconstitucionales, se ha determinado que no existe un conflicto de derechos de la adopción por parte de parejas homosexuales y los derechos de niños, niñas y adolescentes que pudieran llegar a ser adoptados y se ha aplicado los tests de proporcionalidad que articulan al principio del mismo nombre, al inciso 2º del artículo 68 de la Constitución de la República. Dado que la normativa legal vigente impide a la Corte Constitucional declarar una norma constitucional inconstitucional pues dicha facultad no se encuentra dentro del ámbito de su competencia, la única alternativa para corregir la disposición constitucional que restringe la adopción sólo a parejas de distinto sexo sería emprender en un proyecto de enmienda de la norma, que suprima simple y llanamente dicho inciso.

## Bibliografía

- Aguilar, Gonzalo (2008). El principio del interés superior del niño y la corte interamericana de derechos humanos, *Estudios Constitucionales*, Año 6, (1) 223-247. Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca-Campus Santiago. Recuperado el 01 de noviembre, a las 13:00, de <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4011/elprincipiodelinteresuperiordelnino.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Aláez, Benito (1999). Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978 (Tesis doctoral publicada). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:30, de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3962811.pdf>.
- American Psychological Association (2016). Orientación sexual [e] identidad de género. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:28, de <http://www.apa.org/centrodeapoyo/sexual.aspx>
- Ávila, Ramiro (2008). Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia en Ávila Santamaría (Ed) *La Constitución de 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado* 19-38. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado el 08 de Agosto de 2016, 10:15, de [http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/1\\_Constitucion\\_de\\_2008\\_en\\_el\\_contexto\\_andino.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/1_Constitucion_de_2008_en_el_contexto_andino.pdf)
- Ávila, Ramiro (2011). *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Ediciones Abya-Yala. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:31, de <http://www.rosalux.org.ec/attachments/article/239/neoconstitucionalismo.pdf>
- Bachof, Otto. (Tübingen 1951). *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?* Traducción de Álvarez, L. *¿Normas Constitucionales inconstitucionales?* (2010). Lima: Palestra Editores. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:32, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32756.pdf>

- Barnes, Javier (s/f). “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar” en Instituto Nacional de Administración Pública (septiembre-diciembre 1998). El principio de proporcionalidad. Cuadernos de Derecho Público 15-50, num.5. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:33 de [http://www.uhu.es/javier\\_barnes/Other\\_Publications\\_files/El%20Principio%20de%20proporcionalidad%20-%20Estudio%20preliminar0001.pdf](http://www.uhu.es/javier_barnes/Other_Publications_files/El%20Principio%20de%20proporcionalidad%20-%20Estudio%20preliminar0001.pdf)
- Barrére, Ma. Ángeles (s/f). Igualdad y discriminación positiva: un esbozo de análisis teórico conceptual. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:34 de <http://www.uv.es/cefd/9/barrere1.pdf>
- Barrios, Alberto (2012). Estudio y análisis de la percepción social de las familias homoparentales y su presencia en la prensa escrita española. Recuperado el 09 de Agosto de 2016, 20:34 de <http://familieslg.org/familieslgtb/wp-content/uploads/Homoparental.pdf>
- Belluscio, Augusto (1986). Manual de derecho de familia. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Bernal, Carlos (2014) Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador (4ta Ed). Bogotá: Universidad Externado de Colombia Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:35, de [https://books.google.com.ec/books?id=-4\\_aAwAAQBAJ&pg=PA35&lpg=PA35&dq=la+corte+constitucional+de+colombia+y+el+principio+de+proporcionalidad&source=bl&ots=oZYRTJ3iO3&sig=sQYp4zLnOOkfouyXr98fx4GRAZw&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwii-rGj4LMAhWEmx4KHdrEAVIQ6AEITjAJ#v=onepage&q=la%20corte%20constitucional%20de%20colombia%20y%20el%20principio%20de%20proporcionalidad&f=false](https://books.google.com.ec/books?id=-4_aAwAAQBAJ&pg=PA35&lpg=PA35&dq=la+corte+constitucional+de+colombia+y+el+principio+de+proporcionalidad&source=bl&ots=oZYRTJ3iO3&sig=sQYp4zLnOOkfouyXr98fx4GRAZw&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwii-rGj4LMAhWEmx4KHdrEAVIQ6AEITjAJ#v=onepage&q=la%20corte%20constitucional%20de%20colombia%20y%20el%20principio%20de%20proporcionalidad&f=false)
- Bidart, German (1962). Derecho Político. Buenos Aires: Aguilar
- Bidart, German (1986 - 2000). Tratado elemental de derecho constitucional argentino. Tomo I. Buenos Aires: Ediar.
- Bobbio, Norberto (2010). La naturaleza del prejuicio. Racismo, hoy. Iguales y diferente. En Caicedo, D y Porras, A (Eds). Igualdad y no discriminación. El reto de la

- diversidad (pp. 183 - 218). Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Culto. Subsecretaría de Desarrollo Normativo.
- Borja, Rodrigo (2007). *Sociedad, cultura y derecho*. Ecuador: Editorial Planeta del Ecuador S.A - Ariel
- Blumenwitz, Dieter y Gaete, Sergio (1981). *La Constitución de 1980: su legitimidad*. Santiago: Editorial Andrés Bello.
- Byne, Williamand Parsons, Bruce (1993). *Human Sexual Orientation: The Biologic Theories Reappraised*. Archives of General Psychiatry, 50, 228-239. Citados por Soriano Rubio, Sonia en *Origen y causa de la homosexualidad* CODHEM (Julio/Agosto 2002) Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:36, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/56/pr/pr26.pdf>
- Cabrera, Juan (2008). *Adopción: Legislación, doctrina y práctica*. Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- Caicedo Tapia, Danilo (2009). El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución. Revista de Derechos, 12, UASB-Ecuador/CEN. Recuperado el 02 de Noviembre de 2016, 20:30, de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2296/1/03-TC-Caicedo.pdf>
- Caicedo, D y Porras, A (2010). Igualdad y diversidad sexual. La hegemonía de la heterosexualidad en el derecho ecuatoriano. En Caicedo, D y Porras, A (Eds). *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad* (pp. 183 - 218). Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Culto. Subsecretaría de Desarrollo Normativo.
- Carbonell, Miguel (2006). Familia, constitución y derechos fundamentales. En Álvarez, Rosa (Coord) *Panorama internacional de derecho de familia. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados* 81-95 Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:37, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2287/7.pdf>
- Carpizo, Jorge (s/f). Algunas reflexiones sobre el poder constituyente. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:38, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/641/10.pdf>
- Cea, José (1992). *La interpretación axiológica de la Constitución en Interpretación, integración y razonamiento jurídico*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- Coello, Enrique. (1991). Organización de la Familia. Colección Biblioteca Nacional de Libros de Derecho. Tomo 76. Volumen XIII. Cuenca: Fondo de Cultura Ecuatoriana.
- Córdova, Luis. (2012). La Constitución como objeto de control constitución Perú. Gaceta Constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces (55) 273-83. Perú: Gaceta Constitucional. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:39, de <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/GC%2055%20Luis%20Castillo%20Cordova.pdf>
- Cross-Borough Collaboration (2014). Información básica: adopción en Nueva York. Her Justice. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:40, de [http://www.herjustice.org/assets/pdfs/TheBasicsSeries\\_Spanish/Adoption\\_SPANISH.pdf](http://www.herjustice.org/assets/pdfs/TheBasicsSeries_Spanish/Adoption_SPANISH.pdf)
- Cumplido, Francisco y Nogueira, Humberto (1994). Teoría de la Constitución. Chile: Universidad Nacional Andrés Bello.
- De Coulanges, Fustel (1995). La Ciudad Antigua. Colombia – Santafé de Bogotá: Ediciones Panamericana. Citado por Miranda Miranda, Juan (1999) La adopción como institución jurídica y medida de protección por excelencia. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:41, de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/TESIS01.pdf>
- Department of Social & Health Services. La adopción en el Estado de Washington. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:42, de <https://www.dshs.wa.gov/sites/default/files/SESA/publications/documents/22-1096SP.pdf>
- De Otto, Ignacio (1987). Derecho Constitucional. España: Editorial Ariel. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Monografía de Grado. Recuperado el 01 de noviembre de 2016, 09:57, de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/15351/DiazBallesterosRonald2013.pdf;jsessionid=1B685A2C66923D57FA778461724F4A4B?sequence=1>
- Díaz, Ballesteros y Rodríguez Carolina (2013). Adopción por parejas del mismo sexo.

- Drnas de Clément, Zlata (s/f). Las normas imperativas de Derecho Internacional General (*JusCogens*). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Argentina. Dimensión sustancial. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:43, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/31463.pdf>
- Echeverri, Pablo(2011). Iuscogens en sentido estricto y en sentido lato: Una propuesta para fortalecer la consecución de la paz mundial y la garantía del Corpus Iuris Internacional de protección al ser humano. Memorando de derecho. Colombia: Universidad Libre Seccional Pereira. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:44, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3851257>
- Escobar, Iván. (1998). Manual de Derecho Constitucional. Nicaragua - Managua: Editorial Hispamer. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:45, de <https://es.scribd.com/doc/7216122/4/%C2%BFExisten-normas-constitucionales-inconstitucionales>
- Fassó, Guido (1990). “Giusnaturalismo”, en VVAA, Dizionario di Política, Dirigido por N. Bobbio, N.Matteucci y G. Pasquino. Torino: Tea-Utet
- Ferrajoli, Luigi (1989). Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale. Bari: Laterza, 2ª ed., 1990. Traducción castellana de P. Andrés, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero (1995). Madrid: Trotta.
- Ferreira, Raúl (2010). Enfoque sobre el mundo jurídico: Constitución y derechos fundamentales. En Estudios Constitucionales, Año 8, No.2, 565-586. Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile - Universidad de Talca. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 22:46, de <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n2/art16.pdf>
- Ferreira, Raúl (2013). Sobre constitución: Concepto, composición y mecanismos. UNED. En Revista de Derecho Político No.86, enero-abril, 359-410.
- García, Leslie (2003). Análisis de los principios inspiradores de la Ley 19.620 sobre adopción de menores. Chile: Universidad de Talca
- García-Pelayo, Manuel (1993). Derecho Constitucional Comparado. España: Editorial Alianza.
- Gascón, Marina (s/f). La teoría general del garantismo a propósito de la obra de L.Ferrajoli “Derecho y Razón”. España: Universidad de Castilla-la Mancha.

- Recuperado el 08 de Julio de 2016, 19:47, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr13.pdf>
- Gómez, Antonio (2003). El *iuscogens* internacional, estudio histórico-crítico. México: Universidad nacional Autónoma de México. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 21:47, de <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/3/1073/2.pdf>
- González, Raúl (1998) ¿Una reforma a la constitución puede ser inconstitucional?, en varios autores. El significado actual de la Constitución 319-50. México: UNAM Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:47, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/130/18.pdf>
- Grossman, Ismael. (2007). Los Derechos de los Niños y Adolescentes. Buenos Aires: Kapelusz.
- Hernández, Máximo (2013). Breve recuento del derecho antiguo. La razón: La gaceta jurídica. Recuperado el 01 de noviembre, a las 11:00, de [http://www.la-razon.com/la\\_gaceta\\_juridica/Breve-recuento-Derecho-antiguo\\_0\\_1829817110.html](http://www.la-razon.com/la_gaceta_juridica/Breve-recuento-Derecho-antiguo_0_1829817110.html)
- Kelsen, Hans (1979). Teoría pura del derecho, tratado de Roberto J. Vernengo. México: UNAM.
- Larumbe Canalejo, Silvia (2002). Educación en y para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en riesgo, en Revista IIDH, núm.36, julio-diciembre. Recuperado el 01 de noviembre de 2016, a las 10:10, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r06835-10.pdf>
- Larrea, Juan. (2005). Manual Elemental de Derecho Civil. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Lara, Federico (1986). Código de Hammurabi: estudio preliminar, traducción y comentarios. Citado por Sánchez Hernández Martha (julio-diciembre 2013). El procedimiento de adopción internacional, en Revista de Derecho Privado, Cuarta Época, año II, núm.4, 359-395. Madrid: Tecnos. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:48, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoPrivado/4/dtr/dtr12.pdf>
- López Herrera, Francisco (2008). Derecho de Familia, Tomo II, (2da edición). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello. Recuperado el 01 de noviembre de noviembre de 2016, a las 12:00, de

[https://books.google.com.ec/books?id=t6jqMm5I6BMC&pg=PA482&lpg=PA482&dq=la+instituci%C3%B3n+jur%C3%ADdica+de+la+adopci%C3%B3n+en+am%C3%A9rica&source=bl&ots=f3eA8DQ90p&sig=EkaQkq232wFyr5emhvpiu\\_gfaBI&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwj9j8z0mJzQAhWMIsAKHSoMABYQ6AEIVDAJ#v=onepage&q=la%20instituci%C3%B3n%20jur%C3%ADdica%20de%20la%20adopci%C3%B3n%20en%20am%C3%A9rica&f=false](https://books.google.com.ec/books?id=t6jqMm5I6BMC&pg=PA482&lpg=PA482&dq=la+instituci%C3%B3n+jur%C3%ADdica+de+la+adopci%C3%B3n+en+am%C3%A9rica&source=bl&ots=f3eA8DQ90p&sig=EkaQkq232wFyr5emhvpiu_gfaBI&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwj9j8z0mJzQAhWMIsAKHSoMABYQ6AEIVDAJ#v=onepage&q=la%20instituci%C3%B3n%20jur%C3%ADdica%20de%20la%20adopci%C3%B3n%20en%20am%C3%A9rica&f=false)

- Linares, Segundo (1953). Tratado de la ciencia del derecho constitucional. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Alfa.
- Luque, Carlos (2011). Ensayo sobre el poder constituyente, Revista Jurídica del Centro No.2. Argentina. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:49, de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/RJC/article/viewFile/1361/1581>
- Llanos Alonso, Fernando (1995). Iusnaturalismo y positivismo jurídico en Guido Fassó y Norberto Bobbio. Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, 4, 203-224. Recuperado el 01 de Noviembre de 2016, 20:49, de <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/42451>
- Martínez, Manuel (1995). Derecho constitucional español. Valencia: Fundación Universitaria San Pablo.
- Mellado, Pilar y Gómez, Yolanda (1984) En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del artículo 57 de la Constitución Española de 1978. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:50, de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Derechopolitico-1986-22-B0C34038/PDF>
- Miranda, Juan (1999) La adopción como institución jurídica y medida de protección por excelencia. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:51, de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/TESIS01.pdf>
- Montaño, César (2000). Derecho de integración. Loja: UTPL
- Nagel, Thomas (2006). Igualdad y parcialidad: bases éticas de la teoría política. España-Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A.
- Nino, Carlos (s/f) Contexto social y régimen de gobierno. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:52, de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/contexto-social-y-rgimen-de-gobierno-0/>



- Nogueira, Humberto (2009). Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la constitución en la teoría y la práctica constitucional. *Revista Ius et Praxis*, año 15, No.1,229-262. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:53, de <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art07.pdf>
- Oyarte, Rafael (1998). Límite y limitaciones al poder constituyente. *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, 65-84. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:55, de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650093.pdf>
- Pereira, Carolina (2004). Una contribución al estudio del empleo del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia reciente del tribunal constitucional español. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2004, 8: 1043-1061. ISSN: 1138-039X. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:54, de <http://ruc.udc.es/xmlui/handle/2183/2336>
- Planiol y Ripert (1991). *Tratado elemental de derecho civil*, Tomo II. México: Cárdenas editor y distribuidor.
- Prado, Julio (1985). *Documentos básicos de Derechos Humanos*. Quito: Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana.
- Prieto, Luis (jul/diez 2007). Derecho y moral en la época del constitucionalismo jurídico. En *Revista Gradileira de Direito Constitucional – RBDC* n.10, 67-85. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:55, de [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-08/RBDC-08-067-Luis\\_Prieto\\_Sanchis.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-08/RBDC-08-067-Luis_Prieto_Sanchis.pdf).
- Puchaicela, Olivio (1999). *Derecho Romano I*. Loja: Editorial UTPL
- Rodríguez, Graciela, Arjona, Juan Carlos y Fajardo, Zamir (2013). Bloque de constitucionalidad en México. México: Reforma DH. Recuperado el 02 de noviembre de 2016, 11:37 de [http://www.academia.edu/6566293/Bloque\\_de\\_constitucionalidad\\_en\\_M%C3%A9xico\\_2](http://www.academia.edu/6566293/Bloque_de_constitucionalidad_en_M%C3%A9xico_2)
- Sagues, Néstor (2009). Notas sobre el poder constituyente irregular. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XV, Montevideo, 151-163. Recuperado el 03 de Noviembre de 2016, 20:05 de <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2009/pr/pr10.pdf>

- Salazar, Pedro (2011). Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción. Recuperado el 16 de Agosto de 2016, 19:56, de [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32777/1/Doxa\\_34\\_18.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32777/1/Doxa_34_18.pdf)
- Salgado, Judith (2010). Lidiando con la diferencia. Respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana. En Caicedo, D y Porras, A (Eds). Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad (pp. 483 - 546). Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Culto. Subsecretaría de Desarrollo Normativo.
- Saba, Roberto (2010). Desigualdad estructural. En Caicedo, D y Porras, A (Eds). Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad (pp.55-94). Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Culto. Subsecretaría de Desarrollo Normativo.
- Sánchez, Martha (julio–diciembre 2013). El procedimiento de adopción internacional, en Revista de Derecho Privado, Cuarta Época, año II, núm.4, 359-395. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:56, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoPrivado/4/dtr/dtr12.pdf>
- Sánchez, Luis (1966). Lecciones de Derecho Político. Madrid: Editora Nacional.
- Serna de la Garza, José (2011). Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad en México (203-9). Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:57, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2834/19.pdf>
- Schmitt, Carl (1961). Teoría de la Constitución. México: Editora Nacional.
- Simon, Farith (2004). Análisis del Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:58, de [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/1FC879A5C3F85DBF05257466006A2082/\\$FILE/EcuadorCodigoAnalisis.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/1FC879A5C3F85DBF05257466006A2082/$FILE/EcuadorCodigoAnalisis.pdf)
- Soriano, Sonia (2002). Origen y causa de la homosexualidad. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 22:58, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/56/pr/pr26.pdf>
- Soto, Federico (2006). La imputabilidad disminuida como origen del sistema de justicia para menores delincuentes. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:59, de <http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca->

virtual/doc\_view/1996-la-imputabilidad-disminuida,-como-origen-del-sistema-de-justicia-para-menores-delincuentes.html

Szmulewicz, Esteban y Montes, Héctor (2005). Teoría de las normas constitucionales inconstitucionales: el caso de la pena de muerte en la constitución chilena. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 21:00, de [www.tecnovet.uchile.cl/index.php/RDH/article/download/17073/17793](http://www.tecnovet.uchile.cl/index.php/RDH/article/download/17073/17793)

Tapia, Jorge (2008). Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario. En Estudios constitucionales, Año 6, No.2, 121-142, Chile: Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 20:01, de [http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista\\_ano6\\_2/Poder4.pdf](http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_ano6_2/Poder4.pdf).

Trujillo, Julio (1994). Teoría del Estado en el Ecuador. Quito: Corporación Editora Nacional.

Vallverdú, Jordi (2004) Reflexiones históricas sobre la adopción. Revista de psiquiatría y Psicología del Niño y del Adolescente, 4 (1) 28-53. España: Departamento de Filosofía de la Universidad Autónoma de Barcelona. Recuperado el 13 de Agosto de 2016, 20:00, de <http://psiquiatriainfantil.org/numero4/art5.pdf>

Vázquez, Rodolfo (2001). Eduardo García Máynez y el debate positivismo jurídico-jusnaturalismo. Revista de la Escuela Libre de Derecho de Puebla, 4, 121-132. Recuperado el 01 de noviembre de 2001, 1900, de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica-libre-puebla/article/view/608/551>

#### Legislación:

Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño (1989). New York: Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 22:00, de [http://www.unicef.org/ecuador/convencion\(5\).pdf](http://www.unicef.org/ecuador/convencion(5).pdf)

Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de los Derechos del Niño (1959). New York: A.G. res. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 19, ONU Doc. A/4354. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 22:01, de <https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>

Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género (18 de diciembre de 2008). Recuperado el 12 de Agosto de 2016, 10:20, [https://www.oas.org/dil/esp/orientacion\\_sexual\\_Declaracion\\_UNU.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Declaracion_UNU.pdf)

Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política (1991). Bogotá: Gaceta Constitucional No.114 de 04 de Julio de 1991.

Colombia, Congreso Nacional, Ley No.1098, Código de la Infancia y la Adolescencia (2006). Bogotá: Diario Oficial No.46.446 de 08 noviembre de 2006. Recuperado el 08 de Agosto de 2016, 12:20, <http://www.ins.gov.co:81/normatividad/Leyes/LEY%201098%20DE%202006.pdf>

Organización de las Naciones Unidas, Convención de Viena sobre el Derecho de los Trabajados (1969). Recuperado el 08 de Julio de 2016, 22:25, de [https://www.oas.org/36ag/espanol/doc\\_referencia/Convencion\\_Viena.pdf](https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf)

Chile, Ley 5.343 (1943). Chile. Recuperado 08 de Julio de 2016, 18:00, de <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=251437>

Chile, Ley 7.613. (1943). Chile. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 21:05, de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25604>

Chile, Ley 16.346 (1965). Chile. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 21:06, de <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28411>

Chile, Ley 18703 (1988). Chile. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 21:07, de <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30085>

Chile, Ley 19.620 (1999). Chile. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 21:08, de <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=140084>

Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política (1998). Quito: Registro Oficial 01 de 11 de Agosto de 1998.

Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República (2008). Quito: Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008.

Ecuador, Asamblea Nacional, Enmiendas Constitucionales, Resolución Legislativa No.0 (2015). Quito: Registro Oficial Suplemento 653 de 21 de diciembre del 2015.

Ecuador, Asamblea Nacional, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Quito: Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

Ecuador, Congreso Nacional, Código de Menores (1992). Quito: Registro Oficial Suplemento 995 de 07 de agosto de 1992.

Ecuador, Congreso Nacional, Código Civil (1970). Quito: Registro Oficial Suplemento 104 de 20 de Noviembre de 1970.

Ecuador, Congreso Nacional, Código de la Niñez y Adolescencia (2003). Quito: Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

Ecuador, Ministerio de Bienestar Social, Reglamento Interno del Programa General de Adopciones del Ecuador (1996). Quito: Registro Oficial 60 de 04 de noviembre de 1996.

Ecuador, Presidencia de la República, Decreto Ejecutivo 1187, Normas de aplicación a los procesos de adopción, medidas socio educativas, centros de internamiento y aplicación de instrumentos jurídicos internacionales, previstos en el Código de la niñez y Adolescencia (2003). Quito: Registro Oficial Suplemento 239 de 24 de diciembre de 2003.

Sociedad de Naciones, Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (1924)

Francia, Asamblea Nacional, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Recuperado el 08 de Julio de 2016, 21:07, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>.

#### Jurisprudencia:

Colombia, Corte Constitucional (1995). Sentencia T-408 Recuperado el 08 de Julio de 2016, 22:10, de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-022-96.htm>

Colombia, Corte Constitucional (1996). Sentencia C-022/96. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 21:09, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-408-95.htm>

Colombia, Corte Constitucional (2011). Sentencia C-577/11. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 21:10, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>

Colombia, Corte Constitucional (2012). Caso Blurr. Sentencia T-276/12. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 21:11, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-276-12.htm>

Colombia, Corte Constitucional (2014). Sentencia SU617/14. Recuperado el 10 de agosto de 2016, 11:00 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/SU617-14.htm>

Colombia, Corte Constitucional (2015). Sentencia C-071/15. Recuperado el 07 de Julio de 2016, 10:10 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-071-15.htm>

Colombia, Corte Constitucional(2015). Sentencia C-683/15. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 21:13, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/c-683-15.htm>

Colombia, Corte Constitucional (2015). Sentencia SU696-15. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 23:12, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/su696-15.htm>

Comité de Derecho Humanos de Naciones Unidas (1992). Caso Toonen vs. Australia, Comunicación No.488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992 Recuperado el 09 de Julio de 2016, 23:12, de <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/488-1992.html>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) Caso Atala Riffo y Niñas Vs Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 21: 15, de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) Caso Yatama Vs Nicaragua. Sentencia de 23 de Junio de 2005. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 21:16, de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_127\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007) Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 21:17, de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008) Caso Kimel Vs Argentina. Sentencia de 2 de Mayo de 2008. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 21:18, de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_177\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003) Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos respecto de la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 22:23, de [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf)

Ecuador, Corte Constitucional. Pleno de la Corte. Caso No.006-2008-DI de 01 de Junio del 2009.

Ecuador, Corte Constitucional. Resolución No.0198-2009 de 13 de octubre de 2009

EEUU, Supreme Court of The United States (Decided June 26, 2015). OBERGEFELL V. HODGES 576 U.S. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 21:19, de [http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf)

EEUU, Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica (26 de junio de 2015). OBERGEFELL V. HODGES 576 U.S. Opinión Traducida del Juez Kennedy por la Junta Editora del Volumen LXXXV de la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico y revisada por el profesor William Vázquez Irizarry. Recuperado el 08 de Julio de 2016, 21:20, de <http://www.revistajuridicaupr.org/wp-content/uploads/2015/07/Obergefell-v.-Hodges-esp%C3%B1ol.pdf>

Lincografía:

[http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf)

<http://www.supremecourt.gov/opinions/slipopinion/14>

<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjo.29a/xhtml/TH.2.xml>

<https://es.zenit.org/articulos/holanda-concede-a-las-parejas-homosexuales-la-posibilidad-de-adoptar/>

[http://www.ei-ie.org/spa/news/news\\_details/1533](http://www.ei-ie.org/spa/news/news_details/1533)

<http://www.dosmanzanas.com/2014/11/andorra-equipara-las-uniones-civiles-entre-personas-del-mismo-sexo-a-los-matrimonios.html>

<http://www.ukgaynews.org.uk/Archive/2005dec/3001.htm>

<http://www.dosmanzanas.com/2015/04/el-parlamento-de-irlanda-aprueba-la-adopcion-homoparental.html>

<http://www.eluniverso.com/noticias/2016/02/10/nota/5396596/parlamento-portugal-confirma-autorizacion-adopcion-parejas-gay>

<https://www.google.com/maps/d/viewer?mid=z-IMApwt59Nw.kxQ5pIbRU8xk>

<http://www.abc.es/sociedad/20150304/abci-eslovenia-matrimonio-homosexual-adopcion-201503040923.html>



## ANEXOS

### ANEXO 1. Cuestionario de entrevista

Objetivo: Recabar información respecto de la restricción de la adopción sólo a parejas de distinto sexo en el Ecuador frente al derecho del ser humano a no ser discriminado con base en la orientación sexual.

#### DATOS DEL ENTREVISTADO:

.....  
.....  
.....

#### A. PREGUNTAS

1. ¿Profesionalmente, está Usted de acuerdo con la restricción de la adopción sólo a parejas de distinto sexo en el Ecuador?

2.- ¿En su opinión la restricción de la adopción sólo a parejas de distinto sexo en el Ecuador es discriminatoria?

3.- ¿En su opinión existe una base científica para dicha restricción?

4.- ¿En su opinión resultaría nocivo para el desarrollo psicosocial del niño/a, el ser adoptado por una pareja del mismo sexo?

5.- ¿En su opinión, cuál es la posibilidad de que un niño/a adoptado por una pareja del mismo sexo pueda ser objeto de maltrato escolar?

6.- ¿En su opinión un niño/a que es adoptado por una pareja del mismo sexo desarrolla preferencias homosexuales?

7.- ¿En su opinión la confusión sobre el sexo y los roles de género un niño/a están presentes cuando es adoptado por una pareja del mismo sexo?

8.- ¿En su opinión a qué obedece la restricción constitucional de la adopción sólo a parejas de distinto sexo en el Ecuador?

Gracias

## ANEXO 2. Transcripción entrevistas

### ENTREVISTA Nro. 1

#### DATOS DEL ENTREVISTADO:

**Nombre:** Alex Guevara  
**Cargo:** Psicólogo Clínico  
Práctica independiente

#### PREGUNTAS

1. ¿Profesionalmente, está Usted de acuerdo con la restricción de la adopción sólo a parejas de distinto sexo en el Ecuador?

No estoy de acuerdo, porque es una forma de discriminar. Se supondría que en la Constitución todas las personas somos iguales. Prohibir que parejas del mismo sexo puedan adoptar es una forma de discriminación.

2.- ¿En su opinión la restricción de la adopción sólo a parejas de distinto sexo en el Ecuador es discriminatoria?

Sí, si lo es.

3.- ¿En su opinión existe una base científica para dicha restricción?

No, no existe porque diversos estudios han demostrado que los niños que se crían con parejas del mismo sexo tienen un desarrollo psicosocial similar a los que se crían con parejas de heterosexuales.

4.- ¿En su opinión resultaría nocivo para el desarrollo psicosocial del niño/a, el ser adoptado por una pareja del mismo sexo?

Bueno a mí parecer esto es como decir que los niños de tez negra no tienen las mismas posibilidades para su desarrollo que los niños de tez blanca, en todo caso la orientación sexual de los padres o de los propios niños o adolescentes, la raza, la nacionalidad, etc., no tienen porque, influir en su desarrollo si la sociedad y el Estado no los discrimina y se les brinda las mismas posibilidades para su desarrollo.

5.- ¿En su opinión, cuál es la posibilidad de que un niño/a adoptado por una pareja del mismo sexo pueda ser objeto de maltrato escolar?

Bueno, dentro de nuestra realidad donde los estigmas sociales en cuanto a la homosexualidad tienen como referente a la religión que en el Ecuador es predominantemente católica, el tema se lo ve como una cosa del diablo, un pecado, algo

antinatural, obviamente en este sentido si un niño es criado por una pareja homosexual está en el ojo del huracán y ser objeto de maltrato escolar que puede darse desde las mismas autoridades, sin embargo, el tema del maltrato escolar lastimosamente es una constante que sucede por cualquier motivo en nuestro país debido a nuestra idiosincrasia.

6.- ¿En su opinión un niño/a que es adoptado por una pareja del mismo sexo desarrolla preferencias homosexuales?

No, yo creo que no, no se trata de un condicionante, por otra parte el tema de la sexualidad en el Ecuador aún se muestra como un tabú y los padres tienden a no topar ciertos temas que en el caso de una pareja del mismo sexo resultan ineludibles, por eso pienso que en estos casos la comunicación entre padres e hijos es trascendental, más allá de que lo que importa son los valores con los que se críe al niño y no la orientación sexual de sus padres.

7.- ¿En su opinión la confusión sobre el sexo y los roles de género un niño/a están presentes cuando es adoptado por una pareja del mismo sexo?

No yo creo que la confusión se da por una falta de educación sexual directa que está presente tanto en los hogares como en los centros educativos. La gente oculta el tema y tiene miedo todavía, pues estamos llenos de tabús y acciones discriminativas en relación al tema de la orientación sexual. La confusión se da desde la misma discriminación que se da en nuestra sociedad cuando por ejemplo en la escuela o el colegio un chico no hace alguna cosa y sus amigos lo tilda de maricón, peor aún juntarse con alguien así pues se lo mira como algo contagioso que se te puede pegar. También la confusión se da cuando los padres no hablan claro con sus hijos sobre estos temas y cuando lo hacen dando una connotación peyorativa al tema de la homosexualidad. Los padres tienen la obligación de hablar claro y de forma objetiva sobre estos temas con sus hijos, que es una relación sexual, una vagina, un pene, la homosexualidad, etc., no es posible que aún los padres pongan apodos a los órganos genitales por el miedo de llamarlos frente a sus hijos por su nombre o simplemente ni si quieren hablen del tema por considerarlo vergonzoso dándoles un mensaje equivocado a los chicos como si el tema de la sexualidad en general fuera algo malo e innombrable.

8.- ¿En su opinión a qué obedece la restricción constitucional de la adopción sólo a parejas de distinto sexo en el Ecuador?

Obedece a la influencia que en el Ecuador tiene la religión bien sea católica o cristiana, la población en el Ecuador mira a la homosexualidad como un pecado como algo

malo, siendo una cuestión cultural que se encuentra arraigada en nuestra sociedad, sobre la cual hay que trabajar desde los hogares y las escuelas.

## ENTREVISTA Nro. 2

### DATOS DEL ENTREVISTADO:

**Nombre:** Sergio Carrillo  
**Cargo:** Psicólogo Social  
Fundación Sol de Primavera

### PREGUNTAS

1. ¿Profesionalmente, está Usted de acuerdo con la restricción de la adopción sólo a parejas de distinto sexo en el Ecuador?

No estoy de acuerdo pues me parece una política discriminatoria que atenta en primer lugar contra los derechos de los niños que no tienen un hogar y en segundo lugar en contra de las parejas del mismo sexo que bien pueden adoptar aquellos niños.

2.- ¿En su opinión la restricción de la adopción sólo a parejas de distinto sexo en el Ecuador es discriminatoria?

Si es discriminatoria pues no existe una prueba en términos reales ni evidencia que demuestre que la adopción de un niño por parte de una pareja del mismo sexo sea nociva para este, siendo la vulneración de derechos del niño inexistente el principal argumento que esgrimen los grupos pro vida y aquellos alineados con la iglesia católica que plantea como mito fundacional de la familia el tema hombre y mujer, entonces bajo ese mito fundacional es un mito que exista una realidad comprobada, discriminando a esta población en su posibilidad de ser madres o padres.

3.- ¿En su opinión existe una base científica para dicha restricción?

No existe ninguna base científica sino tan solo una base teológica dogmática, es un pseudocientificismo que lo que busca en realidad sin ninguna comprobación, pues no está comprobado no está resuelto, es juzgar a través de las propias convicciones sin que exista evidencia científica. Es importante destacar que en el Ecuador existen estudios por ejemplo que han tratado el tema de violencia dentro hogares con parejas de distinto sexo pero no existe evidencia o estudio alguno que aborde el tema de respecto de hogares con parejas del mismo sexo, es decir, a la propia sociedad no le importa la problemática aun cuando el tema si se lo juzga.

4.- ¿En su opinión resultaría nocivo para el desarrollo psicosocial del niño/a, el ser adoptado por una pareja del mismo sexo?

Bueno va a tener problemas como cualquier otro niño que es adoptado, lo que hay que dejar claro es que las decisiones de los padres no son las de los hijos, lo que significa

que no porque sus padres sean homosexuales el niño va a resultar también homosexual, no es nocivo lo importante es que todas las parejas sean honestas con sus hijos y los eduquen de la mejor forma posible.

5.- ¿En su opinión, cuál es la posibilidad de que un niño/a adoptado por una pareja del mismo sexo pueda ser objeto de maltrato escolar?

Bueno eso es muy probable pues en las escuelas existe aún mucho maltrato, en todo caso lo importante es el manejo que se dé desde la institución. Ahora en el tema de la adopción más que una aspiración es un derecho que reclaman los niños, sin embargo creo que las instituciones no están preparadas ni aún el Estado pues no se han generado políticas públicas efectivas no discriminatorias que frenen el tema del maltrato escolar ni si quiera en el caso de los niños que son parte de hogares formados por parejas heterosexuales menos aún de parejas homosexuales cuando la propia constitución los discrimina.

6.- ¿En su opinión un niño/a que es adoptado por una pareja del mismo sexo desarrolla preferencias homosexuales?

No tiene porque desarrollan preferencias homosexuales, de hecho la construcción de la sexualidad de acuerdo con las teorías es psicodinámica sobre todo hasta los 18 años entonces esa construcción de la identidad sexual dependerá por entero de la capacidad del niño y las preferencias que él tenga, está descartado que la homosexualidad sea una enfermedad que puede contagiarse y si no se contagia no hay porque creer que el niño/a que es adoptado por una pareja del mismo sexo desarrolle preferencias homosexuales, además existen estudios que hablan de una paridad de preferencias es decir nada tiene que ver que los niños se críen con parejas homosexuales o heterosexuales respecto de su orientación sexual.

7.- ¿En su opinión la confusión sobre el sexo y los roles de género en un niño/a están presentes cuando es adoptado por una pareja del mismo sexo?

A ver el género es parte de la identidad es una construcción socio histórica, entonces si el género es una construcción socio histórica la única base ideológica que tenemos nosotros para determinar esto es el sexo, tradicionalmente el sexo determina el género, eso es lo que cree la Iglesia, si tu naciste macho ya eres hombre, pero al ser una construcción socio histórica dependerá de cada época, por ejemplo los hombres griegos tenían relaciones con sus discípulos y pensaban que el semen no se debe desperdiciar en las mujeres, entonces como el semen no se debía desperdiciar en las mujeres preferían tener relaciones con sus discípulos, si pero eso era un discurso histórico y hay que leerlo

pertinentemente ellos no eran homosexuales tampoco, ahora culturalmente lo que tenemos que hacer es darles a los sujetos, a los niños, por más pequeños que sean la posibilidad de tomar decisiones por ellos mismos, como ellos lo decidan.

8.- ¿En su opinión a qué obedece la restricción constitucional de la adopción sólo a parejas de distinto sexo en el Ecuador?

Bueno ante todo la Constitución era un proyecto político que tuvo un gran peso electoral, políticamente para el gobierno de alianza país era muy costoso que las parejas del mismo sexo reconocidas constitucionalmente en Montecristi tengan también la posibilidad de adoptar esto sin duda generaría la resistencia y el descontento de una sociedad mayoritariamente católica y cristiana, es decir el texto constitucional restrictivo no busco razones pues tan solo busco evitar problemas y mientras el debate sea político y no científico los grupos minoritarios como el de las parejas del mismo sexo serán discriminados en la aplicación de sus legítimos derechos.