



UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

POSGRADO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO

MODALIDAD DE TITULACIÓN: PROYECTO DE DESARROLLO

**Trabajo de Titulación previo a la obtención del Grado Académico de
Magister en Derecho Mención Derecho Civil y Procesal Civil**

**TEMA: LA ADOPCIÓN POR MATRIMONIOS IGUALITARIOS Y
SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DEL INTERÉS
SUPERIOR DEL NIÑO**

Autora: Abogada Ana Gabriela Vargas Castillo

Director: Abogado Juan Pablo Montero Solano Magíster

Ambato – Ecuador

2023

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO

INFORMACIÓN GENERAL

TEMA: LA ADOPCIÓN POR MATRIMONIOS IGUALITARIOS Y SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

AUTORA: Ana Gabriela Vargas Castillo

Grado académico: Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador

Correo electrónico: anagabriela-v-c@hotmail.com

DIRECTOR: Abogado Juan Pablo Montero Solano Magister

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Derecho Civil y Procesal Civil

A LA UNIDAD ACADÉMICA DE TITULACIÓN DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO.

El Tribunal receptor del Trabajo de Titulación, presidido por el Doctor Ángel Patricio Poaquiza Poaquiza Magíster, Presidente y Miembro de Tribunal e integrado por los señores: Abogada María Cristina Espín Meléndez Magíster, Abogado Edison Santiago León Trujillo Magíster, Miembros de Tribunal designados por la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato, para receptor el Trabajo de Titulación con el tema: **“LA ADOPCIÓN POR MATRIMONIOS IGUALITARIOS Y SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”**, elaborado y presentado por la señora Abogada Ana Gabriela Vargas Castillo, para optar por el Grado Académico de Magíster en Derecho Mención Derecho Civil y Procesal Civil; una vez escuchada la defensa oral del Trabajo de Titulación el Tribunal aprueba y remite el trabajo para uso y custodia en las bibliotecas de la UTA.

Dr. Ángel Patricio Poaquiza Poaquiza, Mg.
Presidente y Miembro del Tribunal

Ab. María Cristina Espín Meléndez, Mg.
Miembro del Tribunal

Ab. Edison Santiago León Trujillo, Mg.
Miembro del Tribunal

AUTORÍA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

La responsabilidad de las opiniones, comentarios y críticas emitidas en el Trabajo de Titulación presentado con el tema: **“LA ADOPCIÓN POR MATRIMONIOS IGUALITARIOS Y SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”**, le corresponde exclusivamente a la Abogada Ana Gabriela Vargas Castillo, Autora, bajo la Dirección del señor Abogado Juan Pablo Montero Solano, Magister, Director del Trabajo de Titulación; y, el patrimonio intelectual a la Universidad Técnica de Ambato.

Ab. Ana Gabriela Vargas Castillo

C.C.: 1803114386

AUTORA

Ab. Juan Pablo Montero Solano, Mg.

C.C.: 1803539731

DIRECTOR

DERECHOS DE AUTOR

Autorizo a la Universidad Técnica de Ambato, para que el Trabajo de Titulación, sirva como un documento disponible para su lectura, consulta y procesos de investigación, según las normas de la Institución.

Cedo los Derechos de mi Trabajo de Titulación, con fines de difusión pública, además apruebo la reproducción de este, dentro de las regulaciones de la Universidad.

Ab. Ana Gabriela Vargas Castillo

CI.: 1803114386

INDICE GENERAL

| | |
|---|------|
| INFORMACIÓN GENERAL | ii |
| A LA UNIDAD ACADÉMICA DE TITULACIÓN DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO..... | iii |
| AUTORÍA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN | iv |
| DERECHOS DE AUTOR..... | v |
| INDICE GENERAL | vi |
| DEDICATORIA | viii |
| AGRADECIMIENTO | ix |
| RESUMEN EJECUTIVO | x |
| EXECUTIVE SUMMARY | xii |
| CAPITULO I | 1 |
| Introducción..... | 1 |
| Definición del problema de investigación | 3 |
| Formulación de la pregunta problema | 6 |
| Objetivo General | 6 |
| Objetivos Específicos | 6 |
| Justificación | 6 |
| CAPÍTULO II..... | 8 |
| 2.1. Antecedentes Investigativos o Estado del Arte | 8 |
| 2.1.1. Investigaciones Internacionales | 8 |
| 2.1.2. Investigaciones Nacionales..... | 9 |
| 2.2. Fundamentación Teórica..... | 12 |
| 2.2.1. Familia | 12 |
| 2.2.2. Matrimonio | 18 |
| 2.2.3. Adopción | 23 |
| 2.2.4. La Adopción por matrimonios igualitarios en el Europa y América Latina .. | 26 |
| 2.2.5. Interés superior del Niño | 35 |
| 2.2.6. La adopción por parejas del mismo sexo y la incidencia en el interés superior del niño..... | 36 |
| 2.3. Hipótesis | 40 |

| | |
|--|----|
| CAPITULO III | 41 |
| METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN..... | 41 |
| 3.1. Enfoque y tipo de investigación | 41 |
| Enfoque de investigación | 41 |
| Tipo de investigación..... | 41 |
| Método de investigación | 42 |
| Población y muestra..... | 42 |
| Técnica de Recolección de Información..... | 43 |
| CAPITULO IV | 44 |
| RESULTADOS | 44 |
| Resultados..... | 44 |
| Análisis | 49 |
| CAPITULO V | 58 |
| Conclusiones:..... | 58 |
| Bibliografía:..... | 60 |
| Linkografía: | 64 |

DEDICATORIA

Que él conceda los deseos de tu corazón y haga que todos tus planes tengan éxito. Que gritemos de alegría cuando escuchemos de tu triunfo y levantemos una bandera de victoria en el nombre de nuestro Dios. Que el SEÑOR conteste a todas tus oraciones. Salmo 20: 4-5.

Por su apoyo incondicional a mi compañero en este caminar de la vida, Amaro Vladimir. Al motor y razón de mi vida Sebastián José y a mis pilares fundamentales mis padres.

Ana Gabriela V.

AGRADECIMIENTO

Y entonces oí a toda criatura en el cielo, en la tierra, debajo de la tierra y en el mar que cantaban:

«Bendición y honor y gloria y poder le pertenecen a aquel que está sentado en el trono y al Cordero por siempre y para siempre»

Apocalipsis 5:13

Adicional, quiero agradecer a la Universidad Técnica de Ambato por abrirme nuevamente las puertas y culminar con esta etapa académica, a su cuerpo docente y en especial al Mg. Juan Pablo Montero por su guía, humildad y paciencia.

Ana Gabriela V.

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO

FACULTA DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

MAESTRÍA EN DERECHO

TEMA:

LA ADOPCIÓN POR MATRIMONIOS IGUALITARIOS Y SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

AUTOR: Abogada Ana Gabriela Vargas

DIRECTOR: Abogado Juan Pablo Montero Solano Mg.

FECHA: 23 de diciembre del 2022

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo de grado pretende determinar si la adopción por matrimonio igualitario incide en el interés superior del niño. El estudio aplicado fue el cualitativo, con un tipo de investigación exploratoria y correlacional a cerca de la situación actual de la legislación ecuatoriana que engloba el tema al derecho de la adopción. Las modalidades de investigación a utilizar es la investigación bibliográfico-documental y la triangulación de teorías. La muestra se determina específicamente en las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los resultados que se obtuvieron fueron cinco documentos, la sentencia Atala Riffo y niñas Vs Chile, el fondo de reparación del caso, el Art. 1, 24 y 19 de la Convención. De estos, se determinó como relevante para el estudio el caso Atala Riffo, como documento específico para llevar a cabo el análisis de los estándares de convencionalidad. En cuanto al fundamento teórico y doctrinario respecto de la adopción por matrimonio igualitario y la evolución del Derecho de Familia, la conformación de familias homoparentales, al igual que las familias heterosexuales tienen una responsabilidad social con los hijos e hijas que lo conforman. Así mismo, en cuando a los estándares de convencionalidad desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a las premisas analizadas se da desprendido que no tiene una afectación ni directa ni indirecta al interés superior del niño

Palabras Claves: Adopción homoparental, adopción homosexual, adopción lgbt, padres homosexuales, interés superior del niño.

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO
FACULTA DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO

THEME:

**ADOPTION BY SAME MARRIAGES AND ITS INCIDENCE ON THE
PRINCIPLE OF THE BEST INTEREST OF THE CHILD**

AUTHOR: Abogada Ana Gabriela Vargas

DIRECTED BY: Abogado Juan Pablo Montero Solano Mg.

DATE: Dec. 23, 2022

EXECUTIVE SUMMARY

The present work of degree tries to determine if the adoption by equal marriage affects the best interest of the child. The applied study was qualitative, with a type of exploratory and correlational research about the current situation of Ecuadorian legislation that encompasses the issue of the right of adoption. The research modalities to be used are bibliographical-documentary research and the triangulation of theories. The sample is determined specifically in the sentences issued by the Inter-American Court of Human Rights. The results obtained were five documents, the sentence Atala Riffo and girls Vs Chile, the reparation fund of the case, Art. 1, 24 and 19 of the Convention. Of these, the Atala Riffo case was determined to be relevant for the study, as a specific document to carry out the analysis of the standards of conventionality. Regarding the theoretical and doctrinal foundation regarding adoption by equal marriage and the evolution of Family Law, the formation of homoparental families, like heterosexual families, have a social responsibility with the sons and daughters that comprise it. Likewise, regarding the standards of conventionality developed by the Inter-American Court of Human Rights regarding the analyzed premises, it is clear that it does not directly or indirectly affect the best interests of the child.

Keywords: Homoparental adoption, homosexual adoption, lgbt adoption, homosexual parents, best interests of the child.

CAPITULO I

Introducción

La familia como se ha expresado frecuentemente es el fundamento o núcleo esencial de la sociedad, la cual es eminentemente necesaria en un ser humano; pues, posibilita y aseguran una convivencia y cooperación entre sus miembros, proporcionando una estabilidad emocional, física e inclusive espiritual; en sí, la vida dentro de una familia provee la influencia más temprana en el desarrollo del ser humano.

La estructura y la conceptualización de la familia ha ido tomando una transformación con el devenir del tiempo, en sus inicios el grupo familiar mantuvo una estructura sin necesidad de una normativa legal; pues, su conformación tradicional y aceptada socialmente fue la heteroparental; es decir, su constitución estaba basada en lazos conyugales entre hombre y mujer, siendo uno de los principios la procreación.

Los grupos familiares han cambiado en su estructura; es decir, han pasado de la familia tradicional: padre, madre e hijos concebidos a parejas heterosexuales que por cuestiones de problemas de reproducción no han podido tener hijos consanguíneos y que han accedido a la adopción; esta institución jurídica no tan contemporánea. Otras de las familias actuales son las conformadas por personas del mismo sexo, también denominadas familias homosexuales o matrimonios igualitarios que buscan tener descendencia. Ahora no se trata del derecho que mantienen los matrimonio a tener o no hijos, sino el derecho que mantienen los niños, niñas y adolescentes a tener un núcleo familiar.

La Convención sobre los Derechos del Niño, identifica al interés superior del niño, como el principio supremo frente a la institución de la adopción, cuyos responsables de la aplicación de este principio son los Estados.

Internacionalmente, varios son los países que han asumido la responsabilidad de otorgar la igualdad en toda su extensión a los matrimonios, sin distinción de su

conformación, consiguiente otorgan la adopción, bajo la visión que todo niño debe desarrollarse y crecer en un hogar.

Actualmente, conforme la transformación social, el matrimonio igualitario, como se denomina en Ecuador, son reconocidas legalmente, consecuentemente todo matrimonio mantiene su reconocimiento sin cambiar el fin de esta institución jurídica social.

Al registrarse válido el matrimonio igualitario en el Estado ecuatoriano, también se abre la posibilidad de acceder a la institución de la adopción; pues, su aprobación se basa en las mismas consideraciones legales establecidas en el Código Civil, pero esta posibilidad meceré ser analizada, frente a los principios específicos establecidos en el Código de la Niñez y Adolescencia y a una sociedad que está enmarcada por el conservacionismo.

A partir de lo anterior se plantea cinco capítulos. En un primer enfoque se ha trazado la definición del problema de la investigación, por lo que el objetivo de este trabajo es determinar si la adopción por matrimonio igualitario incide en el interés superior del niño.

Para llevar a cabo el objetivo se ha estructurado, el apartado de un segundo apartado se hacen precisiones teóricas en base a estados del arte nacionales e internacionales. En un tercer apartado se hace una revisión de la metodología y tipos de investigación usados. En un cuarto capítulo se exponen los resultados y en un último son las conclusiones de ese, que busca responder a la pregunta de investigación y llevar a cabo los objetivos de este.

Definición del problema de investigación

En forma general se ha señalado a la adopción como el medio jurídico necesario por el cual todo niño, niña o adolescente en desamparo logre tener la protección afectiva, emocional, psicológica y legal de una familia.

La adopción no es una institución moderna ni actual, sobre todo cuando cuyos adoptantes sea un matrimonio establecido entre hombre y mujer, la polémica se procede a partir de la necesidad de adoptar por parte de los matrimonios igualitarios, produciendo diversas reacciones de aceptación unos y otros de reproche.

En el estudio realizado por Buil, E., García Rubio, E., Lapastora, M., & Rabasot, M. (2004), señala que la homosexualidad a lo largo de la historia ha sido rechazada y perseguida, considerando que este fenómeno no es nuevo en la sociedad. En pleno siglo XXI surge un debate social frente al establecimiento del derecho a la adopción, señalando que en varios casos el grupo político plantean como ofrecimiento versus al criterio de algunos expertos que rechazan esta posibilidad, argumentando que la adopción en el aspecto legal asegura la integración de los menores a una familia, más no a la identidad a formarse en ellos.

A la luz de las experiencias internacionales y al amparo lo que indica la Convención sobre los Derechos del Niño, que el niño tiene el derecho de crecer en un ambiente familiar. Para De Irala, J., y del Burgo, C. L. (2006), en cuando al impacto que llevaría en los menores al tener padres del mismo sexo, podría acarrear una violación evidente del interés superior del menor cuando los padres adoptantes no sean personas idóneas, de sobre manera cuando la normativa internacional señala que los niños, niñas y adolescentes son titulares de derechos.

En el estado de Michigan, Estados Unidos, el Juez Federal en el año 2014, ha declarado la inconstitucionalidad de la normativa del Estado, cuya relevancia era la prohibición del matrimonio igualitario, en consideración que estas parejas no son personas aptas para ser progenitores en función del interés superior del niño; toda vez, que la familia DeBoer v. Snyder, dos mujeres que formaron una unión familiar, adoptaron tres menores separadamente.

En el Estado ecuatoriano, en una similitud de otros países, haciendo una consideración de la familia como pilar fundamental de la sociedad, razón por la cual hace un reconocimiento a los diferentes tipos de familia en el artículo 67 de Carta Magna, distinción que lo hace por las diversas situaciones sociales de la realidad social nacional, garantizando derechos de los ciudadanos.

A finales del siglo anterior, era casi nula en las legislaciones donde haya sido del matrimonio igualitario; no obstante, ya se trataba de uniones de hecho en personas del mismo sexo. La Corte Constitucional ecuatoriana a partir de las Sentencia 10-18-CN y Sentencia 11-18-CN, aprueban el matrimonio igualitario, concibiendo a los derechos reclamados por el grupo LGBTI, y de esta manera abriendo la posibilidad de la adopción; pues, su afirmación legal llevaría consigo los mismos fines que el matrimonio establecido entre hombre y mujer que señala el Código Civil, no obstante el Código de la Niñez y Adolescencia, señala los principios específicos a cumplir a fin de darse la adopción plena, expresando que los adoptantes será un matrimonio constituido entre hombre y mujer, lo que jurídicamente se indicaría una antinomia, y de esta manera violentando el interés superior del niño, pues se limitan las posibilidades a ser parte de un hogar.

Ahora, muchas pueden ser las posiciones sociológicas, que se determinen al respecto y todos los criterios pueden ser respetables. Sin embargo, el Derecho como ciencia, lleva a que se analice la realidad jurídica en base a parámetros objetivos. De esta manera, es pertinente traer a colación, lo desarrollado en el Sentencia N ° 184-18-SEP-CC, en donde la Corte Constitucional ha determinado que la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC 24/17, **instrumento internacional** que, por disposición del Art. 424 de la Constitución y por constituirse como interpretación oficial del órgano interamericano que se encarga de identificar el sentido y alcance de las disposiciones convencionales que se relacionan con la protección de derechos humanos, **se entiende que se adhiere al texto constitucional y se aplica de manera directa, inmediata y preferente**, siempre que su contenido sea más favorable para el efectivo ejercicio y protección de derechos reconocidos (Lo subrayado es por quien suscribe).

En base a lo expuesto, de acuerdo a la Corte Constitucional se evidencia que la opinión consultiva se adhiere al texto constitucional y es de aplicación directa, inmediata y preferente, lo cual se reafirma en la Sentencia N ° 11-18-CN/19. Pero lo trascendental y de acuerdo a lo subrayado en la sentencia citada, la opinión consultiva se reconoce como un instrumento internacional, cuanto más las sentencias de la Corte IDH, por tanto, estas también se consideran como adheridas a la Constitución.

La Corte Constitucional, en la Sentencia N ° 11-18-CN/19, específicamente en el párrafo 250, ha desarrollado que la Corte IDH plantea que el proceso de adecuación de la norma, no se da de manera automática y no es suficiente la expedición de una opinión consultiva porque no tiene una adecuación *de iure*, los Estados no pueden incumplir las obligaciones internacionales derivadas de la Corte IDH y la Convención. Por tanto, se debe adecuar el orden normativo interno, de acuerdo a lo desarrollado por los instrumentos internacionales.

Ahora en el plano doctrinario, también se ha reafirmado el criterio expuesto conforme lo desarrollado por Córdova Vinuesa (2016), quien refiere que el bloque de constitucionalidad lleva a la inclusión de las normas internacionales para el control de constitucionalidad. Al aplicarlo, el discurso constitucional no se agota en el número de artículos en donde termina el texto, sino que se extiende a los instrumentos internacionales que se convierten en normas constitucionales.

De esta manera, para dar respuesta a las incógnitas de este estudio, es pertinente verificar que es lo que ha desarrollado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la adopción homoparental y la incidencia en el principio del interés superior del niño, en cuanto a su desarrollo integral, así como la afectación que tendría, esto porque ha quedado claro que, efectivamente estos instrumentos internacionales, se entienden forman parte de la Constitución a pesar de no estar literalmente escritos, por tanto, se necesita una adecuación normativa interna, conforme los estándares de convencionalidad desarrollados por la Corte IDH y la Convención.

Formulación de la pregunta problema

¿Cuál es la incidencia sobre el principio del interés superior del niño al ser adoptado por un matrimonio igualitario?

Objetivo General

Determinar si la adopción por matrimonio igualitario incide en el interés superior del niño.

Objetivos Específicos

- Fundamentar teórica y doctrinariamente respecto de la adopción por matrimonio igualitario.
- Delimitar los estándares de convencionalidad desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto se refiere al principio de interés superior del niño y la adopción homoparental.
- Elaborar un análisis crítico, en cuanto a la realidad jurídica ecuatoriana, respecto de los estándares desarrollados en los instrumentos internacionales y la jurisprudencia constitucional ecuatoriana.

Justificación

El presente trabajo investigativo se encuentra enmarcado dentro de la línea del Derecho Civil y el Derecho de Familia, con aplicación al matrimonio establecido en el cuerpo normativo que lo regula.

El matrimonio igualitario al ser aprobado por la Corte Constitucional, tendría las mismas consideraciones y obligaciones que el matrimonio establecido por hombre y mujer como lo establece el Código Civil.

En el Código Civil ecuatoriano no se encuentra regulado la adopción por parte de matrimonios igualitarios, lo que incurriría en la violación al derecho de igualdad y equidad; lo que debería corregirse y normalizar la adopción por parte de matrimonios igualitarios; a decir, que la misma Constitución, reconoce los diferentes tipos de familia, esto a consideración como muchos autores han mencionado que es el núcleo esencial de la sociedad, de lo cual se desprender el aseguramiento de una convivencia

y cooperación entre sus miembros, proporcionando una estabilidad emocional, física e inclusive espiritual, lo que conlleva una influencia más temprana en el desarrollo del ser humano. La adopción es la institución donde se apertura la pertinencia que niños, niñas y adolescentes sean parte de una familia legalmente constituida.

Con el devenir de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, y siendo una normativa vinculante para los Estados, este grupo es el beneficiado al no ser considerado solamente un objeto de protección, tomando el rol de autonomía propia en cada uno de los derechos.

CAPÍTULO II

2.1. Antecedentes Investigativos o Estado del Arte

Desde la última década el estudio sobre la adopción por matrimonios igualitarios y si esta institución jurídica afecta o el interés superior de los menores ha despertado el interés entre otros investigadores. Atención que se ha venido dando a partir de la equidad que se ha dado entre matrimonios heterosexuales y los homosexuales. Además, dentro del contexto jurídico, psicológico y social, la investigación se ha centrado en el interés de los niños, niñas y adolescentes.

2.1.1. Investigaciones Internacionales

A nivel internacional, tenemos a Sullins (2015), en su artículo científico problemas emocionales entre niños con personas del mismo sexo – Padres: Diferencia por definición, el objetivo de estudio fue evaluar el desarrollo integral de los hijos de parejas homosexuales frente a los hijos de parejas heterosexuales, se ha manejado la metodología del enfoque cualitativo de la investigación, el diseño de estudio fue a partir de 512 chicos con padres del mismo sexo que fueron comparados con los hijos de personas con sexo opuesto. La investigación incluyó problemas en el desarrollo como el mal comportamiento, depresión, preocupación, pobre relación con sus simultáneos e incapacidad para concentrarse. Los resultados que ha identificado el autor son los padres conformados por sexo opuesto, los que proporcionan un mejor y adecuado ambiente a sus hijos, llegando a la conclusión que los hijos de los padres del mismo sexo, tienen mayores problemas emocionales, esto es, dos veces más prevalencia que en los hijos de padres de sexo opuesto.

Noel, Ortiz, Wajsman, Sánchez, Schmidt (2016), en su investigación el interés superior del niño en las adopciones homoparentales, se fijó como objetivo común, investigación y análisis de la posibilidad de que parejas del mismo sexo pudieran adoptar menores, centrando la mencionada investigación en el interés superior del niño. El método que utilizaron fue cualitativo, utilizando como herramienta los registros bibliográficos; al respecto, se extrae una de las conclusiones, a saber, si una pareja del

mismo sexo que acepta a un menor es contraria al interés superior del niño, es decir, si tal conducta constituiría una vulneración de ese interés; determinaron que la respuesta era inconsistente, sin embargo, señalaron que los textos doctrinales, así como las opiniones de los entrevistados, indicaban que permitir tal práctica implicaría atribución al interés superior del niño, porque conduce a la burlas que recibirán los menores por parte de la sociedad, a la discriminación, y privará al medio ambiente de su naturaleza, entre otras razones.

Bartolo, C., & Rosa, D. (2018) ha realizado la investigación la adopción del menor de edad como interés superior del niño y la familia homoparental. El objetivo de análisis investigativo fue determinar de qué manera la adopción de un menor de edad por una familia homoparental, vulnera el principio de interés superior del niño. En un primero momento se ha definido a la familia homoparental, como la conformación de padres o madres del mismo sexo. Además, definiendo al interés superior del niño como un derecho fundamental protegido por el Estado. La metodología usada en esta investigación fue cualitativa con diseño interpretativo, las técnicas usadas para la recolección de datos ha sido la entrevista y la encuesta, siendo aplicada en profesionales conocedores del tema de la ciudad de Huaral. Los resultados que ha arrojado está investigación se indica que legalmente no se encuentra legislado la adopción por matrimonios homoparentales y al ser un país aún conservador se consideraría una violación al interés superior del niño la adopción por parte de este grupo de personas.

2.1.2. Investigaciones Nacionales

Toledo Duque, M. (2015) en el trabajo de investigación llamada la Adopción por parte de parejas del mismo sexto en Ecuador, quien estableció como objeto de estudio la realización de un análisis jurídico, doctrinario y social; sobre la adopción por parte de parejas del mismo sexo en el Ecuador. La autora de la investigación ha definido a la adopción por parte de parejas del mismo sexo, como el acceso que tienen parejas homosexuales o llamadas también homoparentales a ser calificadas idóneas para adoptar a un menor que no cuenta con una familia consanguínea, añadiendo también

que el interés superior del niño es el instrumento de protección hacia los menores, que es fundamento donde las autoridades sustentan las resoluciones a favor de niños, niñas y adolescentes. El desenvolvimiento de la investigación se desarrolló por el diseño transversal, cualitativa y descriptivo, siendo la encuesta para conocer el criterio y entrevista en profesionales de Loja, instrumentos utilizados en la investigación. Las conclusiones arrojadas se ha identificado que la sociedad ecuatoriana aun es intolerante a las parejas homosexuales a relación de otros Estados que existe jurisprudencia de protección hacia este grupo, y que la adopción de menores dado en otros países no afectado al interés superior del niño.

Así mismo en un primer momento se hará mención al trabajo investigativo que corresponde a (Caicedo Rivas, M.S. 2016), quien realizó el tema “La Adopción y el Derecho de las Familias Homosexuales”, donde se estableció como objetivo general, elaborar un anteproyecto de ley reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, lo que permitiría que las familias homosexuales conforme al principio de igualdad, pueda adoptar. La mencionada investigación identificó el anteproyecto de la ley reformativa y el principio de igualdad, como variables independiente y dependiente en su respectivo orden. Al finalizar la investigación se ha llegado a concluir que el Estado ecuatoriano mantienen el principio de igualdad, siendo discriminatorio hacia las parejas homosexuales el no poder acceder a la adopción, siendo esta una alternativa de protección hacia los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en estado de adoptabilidad.

Morales-Murillo M.P, et al (2019) en la investigación adopción homoparental en la normativa legal de Ecuador sobre el interés superior de los niños y adolescentes, se ha considerado en una premisa analizar la relevancia de la familia como médula básica de la sociedad y el interés superior del menor a las adopciones homoparentales desde la visión nacional como internacional, estudio que se lo ha realizado en base a la investigación cualitativa, bajo la perspectiva sintética-analítica e inductiva-deductiva. Se ha establecido que el concepto básico de la adopción homoparental, no está debidamente precisado: sin embargo, hace una mención a la institución jurídica

donde se sería incluyente hacia las parejas o matrimonios igualitarios. Además, se indica que, en Ecuador no está regulado en su ordenamiento jurídico. Así mismo, se hace una mención al interés superior del niño, referenciando que es un fundamento de la dignidad humana. El estudio que ha aportado la presente investigación es la incongruencia que existe en la Constitución del Ecuador, por cuanto por un lado defiende la igualdad de los matrimonios igualitarios y por otro lado restringe la adopción por parte de este grupo.

En el desarrollo investigativo de Álvarez, C. (2019) “Interés Superior del Niño frente a la adopción por parejas del mismo sexo”, se estableció analizar las dos variables que se identificó, independiente interés superior del niño y variable dependiente adopción por parejas del mismo sexo. Al concluir el trabajo investigativo se ha determinado que los derechos del niño han sido lentos, pero ha marcado en forma trascendental la evolución de protocolos de protección, siendo la adopción una institución de protección hacia niños, niñas y adolescentes, sin considerar discriminatorio la adopción por parte de matrimonios del mismo sexo (Álvarez, C. 2019).

Además, en la investigación realizada por Ruiz Jaramillo, P.R. y Pinos Jaén C.M. (2020), llamada Parejas homosexuales y el derecho de adopción en el Ecuador, se ha establecido como fin de estudio la existencia de la vulneración del derecho de igualdad al no permitirles acceder al derecho a la adopción, la metodología enmarcada fue basada en la modalidad de carácter no experimental. También se ha utilizado el método inductivo, deductivo, histórico. Además, en el estudio desarrollado se usó el muestreo por conveniencia, técnica de muestreo no probabilístico y aleatorio, donde se indagó a 26 personas conformadas por servidores judiciales, jueces y abogados en libre desempeño. Se ha concluido que el concepto de familia ha ido evolucionando, no solo cambiando su concepto, sino también su estructura y conformación, la legislación ecuatoriana amerita una discusión para el análisis y consenso para establecer la igualdad de los matrimonios igualitarios frente a la adopción, sin que este resulte la vulneración del interés superior de los menores.

En la investigación realizada por José Barragán y María Judith Espinoza (2022), “La prohibición de adopción de hijos, entre parejas del mismo sexo, un acto discriminación”, describen como ha ido transformándose el concepto de familia y su constitución, a la vez detalla la aceptación ha mantenido la unión marital de los grupos LGBTI y la adopción de niños, niñas y adolescencia. Entre las conclusiones que se ha desprendido en esta investigación se detalla la aprobación que se ha realizado en otros países dando paso a la adopción por parejas del mismo género. Además, hace una referencia al principio de igualdad que detalla la Constitución del Ecuador, también se considera que la familia en la actualidad no solo está formada por personas unidas por lazos consanguíneos, dando paso al nuevo concepto de este núcleo.

Indudablemente en la actualidad la adopción por matrimonios igualitarios ha ido cobrando su importancia, si se focaliza la aceptación y aprobación jurídica en la estructura familiar. Esta conclusión estaría cimentada precisamente en la revisión que se ha realizado sobre los antecedentes de las investigaciones.

2.2. Fundamentación Teórica

2.2.1. Familia

Todo ser necesita tener un núcleo parento filial, sin distinción de quienes lo conformen, es así como se ha indicado que “el derecho a tener una familia no tiene género, no es un derecho de exclusividad para personas heterosexuales, la familia y su estructura han evolucionado a través del tiempo y hoy en día existen múltiples tipos de ella” (Ruiz-Jaramillo, P. R., & Pinos-Jaén, C. E. 2020).

Este derecho a formar parte de una familia, es trascendental en la vida de todo ser humano, pues es considerado como el vínculo hacia la comunidad y la sociedad misma, pues su fin no solo está basada en el grupo de personas que viven juntas, sino hacia la protección de sus componentes, con mayor relevancia hacia al grupo de niños, niñas y adolescentes que lo conforman, considerando que es la institución social primaria de todo ser humano.

La Declaración de los Derechos Humanos, en el artículo 16 protege al derecho de fundar una familia sin restricción y distinción alguna, considerando que la familia tiene las mismas consideraciones jurídicas que el matrimonio.

Varios autores se han mencionado que la familia y este derecho constitucional no tiene género; por consiguiente, no tiene limitaciones ni restricciones, a más de ser un derecho se considera una necesidad innata de todo ser humano.

La Constitución ecuatoriana, indica que:

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. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria (...) (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art.44).

Sin embargo, diferentes han sido los cuestionamientos de la familia conformada por dos personas del mismo sexo que desea tener hijos dentro de su conformación, sosteniendo que como padres o madres no son idóneos para educar a niños o niñas, pero para Buil, E., García Rubio, E., Lapastora, M., & Rabasot, M. (2004, b) quien cita a Vicent R. Llopis Sala, (1995) quien sostiene que

Lo que determina el éxito en la educación y desarrollo psicosocial de un menor adoptado, no es tanto la orientación sexual de los padres, sino el estilo educativo y el talante de éstos. Entre los requisitos necesarios para que una familia sea o no idónea, debemos destacar: el ajuste personal y social, apoyo familiar, actitud y motivación para la adopción, estilo de vida... Pero lo fundamental sería la disposición clara a satisfacer las necesidades del menor y no cubrir carencias de tipo personal.

Bajos los principios de igualdad y no discriminación los Estados que hoy mantienen dentro de sus leyes el matrimonio igualitario, inicialmente instauraron la unión de hecho, como una manera de dar cumplimiento de las normativas internacionales y dar

equidad en el desempeño de los derechos de cada ciudadano; es decir, con esta figura legal abrieron camino para que las parejas del mismo sexo se puedan constituir como una familia, “tanto en la fórmula matrimonial (o en alguna institución análoga) como en la posibilidad de la adopción de niños” (Zelada, C. J. 2018).

El Estado ecuatoriano reconoce los diferentes tipos de familia, asentadas en los derechos constitucionales de igualdad y oportunidad de sus componentes. (Constitución Art. 67).

Lo referido por la Corte Suprema de justicia de Argentina y citado que fue por Barahona, A. (2015) es acertado al indicar que la familia es esencial, es donde se da el desarrollo pleno de ser humano describiendo de la manera más acertada la necesidad de pertenecer a una familia, sin determinar su inclinación en su conformación, sino la razón misma:

La familia es principalmente convivencia orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y lazos emocionales conjuntos. La familia es la comunidad de vida material y afectiva de sus integrantes, promoviendo una determinada distribución o división del trabajo interno, en lo que hace a las actividades que permiten la subsistencia, desarrollo y confort de los miembros del grupo familiar, así como el intercambio solidario fruto de esas actividades y de la mutua compañía y apoyo moral y afectivo procurando la mejor forma posible de alcanzar el desarrollo personal, la autodeterminación y la felicidad..

La Corte Suprema de México también hizo un pronunciamiento sobre las familias homosexuales, expresando que:

La existencia de matrimonios y familias con miembros homosexuales, ni impulsa ni prohíbe, ni mucho menos excluye la continuación y crecimiento de las familias heterosexuales. No se trata de destruir a la familia, sino de enriquecer su contenido, de reconocer su variedad, de hacer posible la

unión de personas para cuidarse, quererse, protegerse y tener vida en común. (Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, 2010)

La misma necesidad que mantiene las parejas heterosexuales de crecer en número de sus integrantes es la misma necesidad que mantienen las parejas homosexuales, partiendo del requerimiento como ser humano y regulado por la parte jurídica estatal.

En consecuencia, las parejas homosexuales o matrimonios igualitarios no poseen restricción o prohibición de conformar su propia familia a partir de su conformación y la posibilidad de adopción para complementar este vínculo con hijos o hijas, cuando se encuentra emitido

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 persona a partir de su orientación sexual (...) (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012)

2.2.1.1. Evolución de la Familia

El desarrollo de la familia a través del tiempo ha sido natural antes que jurídica; pues, su existencia no estuvo basada directamente en la norma, sino en la protección, defensa, supervivencia. Así también en situaciones de permanencia de poder, económica, religiosa, política, entre otras, en los distintos contextos de evolución de la familia, esta ha existido en las todas las culturas y con similares circunstancias que han ido estableciendo diferentes clases de familia en la sociedad.

Engels, F. (1891) apoyado en el estudio desarrollado del antropólogo Morgan, señala que la familia como sí, tuvo su inicio en el estado cultural denominado *salvajismo*, guiados por la supervivencia se agrupan, donde se producen la idea de familia; sin embargo, en este estadio familiar la unión era por grupos; es decir, hermanos con hermanas, hijos con padres o abuelos, así todos era maridos y todas eran sus mujeres, a esta clase de formaciones se las denomina familias consanguíneas.

En la misma línea de Morgan, se considera a las familias Punalúa, donde ya hay una separación de las uniones entre familiares consanguíneos.

En el estado del salvajismo las uniones no se encontraban reguladas por una ley, pero ya se consideraba un cierto modo de derecho materno, este transcendía sobre todo al momento de establecer una línea de descendencia; pues, al no poder establecer quien era el padre por las uniones grupales, el predominio de la mujer y madre era la única forma de crear un linaje, y esta regia en el hogar.

Para Federico Engels, ya en el estado de barbarie, ya se establece un tipo de uniones monogámicas, llamadas sindiásmicas, las mismas que estaban conformadas por parejas, pero con muy poca estabilidad y duración, en este estado aún se continuaba manteniendo el predominio de la mujer dentro del hogar.

Con el devenir de la civilización se establece las uniones monogámicas y el matrimonio regulado con normas, una de las breves ideas que se establece la regularización del matrimonio es la concentración y permanencia de las riquezas dentro de los grupos familiares, estableciéndose ya el derecho de herencia. En este estado se elimina el derecho materno, estableciendo el derecho patriarcal, quedando subordinada la mujer con referencia al hombre.

2.2.1.2. Tipos de Familia

La Constitución del Ecuador hace una identificación a los diferentes tipos de familia que se han ido estableciendo en el país, si bien es cierto no especifica a la clasificación de familias jurídicamente, pero Sociológica y Psicológicamente si lo determina, así lo señala José María Román Sánchez et.al (2009) en su estudio sobre los tipos de familia y las necesidades de los hijos, haciendo referencias a las familias y su conformación, conociendo que la familia no ha sido estática a través del tiempo, ha mantenido su dinámica como la misma sociedad, por ello también la han denominación como subsistema social.

2.2.1.2.1. Familia nuclear

La familia nuclear se puede mencionar que es la tradicional, conformada por el padre, la madre y los hijos. La historia de esta clase de familia la determina en sus inicios como una familia patriarcal. Rosario Esteinou (2004), indica que la familia nuclear tiene una mención social tal a partir del siglo XIX, pero sus reseñas versan desde la colonia sobre todo en lo que se refiere a la estructura, relaciones de familia y parentela, lo cual formaba una institucional socialmente organizada. De igual manera se ha considerado en el transcurso del tiempo a la familia nuclear como la no dividida, formada por un hombre y mujer unidos conyugalmente con hijos, denominada como la familia monogámica moderna, cuya finalidad es la trasmisión de valores, y la procreación, tomando en cuenta que era una familia matrimonial generalmente cristiana y conservadora.

La normativa legal emitida por la Organización de las Naciones Unidas en 1987 citada por Sánchez, C. (2008), menciona:

La familia debe ser definida como nuclear. Comprende las personas que forman un hogar privado tales como los esposos o un padre o madre con un hijo no casado o en adopción. Puede estar formado por una pareja casada o no casada con uno o más hijos no casados o también estar formada por uno de los padres con un hijo no casado.

2.2.1.2.2. Familia monoparental

Se define como familia monoparental, a la que está formada por un progenitor, sea padre o madre con uno o varios hijos bajo su cuidado y protección, esta clase de familia no solo surge a partir de la separación o divorcio de los progenitores, también nace a partir de la decisión de ser madres con el apoyo de la tecnología; es decir, la llamada reproducción asistida, lo que señala Ana Ravioli (2005) que la familia monoparental es el fenómeno creciente adjunto a la postmodernidad y modernidad, en donde el derecho a la reproducción especialmente de la madre está garantizada, mientras que la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1989, en el artículo 7 en su parte final, expresa sobre el cuidado de sus padres, lo que se desprendería de dos personas, pero tampoco se manifiesta que exista expresa prohibición de que un hijo sea criado por una sola

persona, lo que radica la importancia es la protección inminente al menor, con énfasis en el principio del interés superior del niño.

2.2.1.2.3. Familia homoparental

Dentro de la formación de familias modernas y alejada de la tradicional se desprende la familia homoparental, siendo muy juzgada por la sociedad conservadora, pues se basa en la unión de dos personas del mismo sexo.

La familia homoparental ha causado rechazo en la misma sociedad, para Ceballos Fernández, M. (2012) la dificultad radica en este escenario frente a la sexualidad misma de los hijos y los cuestionamientos sociales que se enfrentarán. Es así, con cara a la discriminación que puede afrontar los hijos parte de familias homoparentales, surgen varias inquietudes, especialmente si las normativas se proyectan hacia la protección integral de los menores, cuando la misma Convención sobre los Derechos del Niño, hace referencia que el interés superior del niño sea considerado a priori frente a los derechos de terceros.

De acuerdo a Placeres Hernández, J. F., et .al (2017) el reto para las familias homoparentales es probar hacia sí mismo y hacia la sociedad que son aptos para establecerse como familia y padres.

Las familias homoparentales nacen de las uniones libres o de hecho reconocidas por varios países que después optaron por legislarlos y establecerlos como matrimonios.

2.2.2. Matrimonio

El nacimiento del matrimonio en el Ecuador ha tenido su sustento en el Derecho Canónico, en donde la iglesia con poder señala y respalda la unión entre hombre y mujer, destinada a mantener las generaciones y la educación bajo los principios cristianos; es así, como en la época colonial al igual que inicios de la vida republicana, el Derecho Canónico impuso sus normas que regiría a la sociedad, iniciando desde su simiente, el matrimonio y la familia.

Posteriormente el Ecuador al igual que otros países de Latinoamérica, adoptan el Código de Andrés Bello, que al igual adopta el poder eclesiástico en cuanto al matrimonio, como se desprende que:

Toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído. La ley civil reconoce como impedimento para el matrimonio los que han sido declarados tales por la iglesia católica; y toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la existencia y conceder dispensa de ello” (Código Civil, 1889, Art. 99)

El Ecuador junto a la iglesia y la religión católica estuvo muy ligada con la normativa civil, para dar por validez y reconocimiento al matrimonio como tal, lo que fue discriminatorio para los practicantes de otras religiones o sectas. No obstante, en el año 1873 los no practicantes de la religión católica, pudieron acceder a casarse aceptando lo estipulado en el Derecho Canónico y la normativa legal.

A partir del año 1929 el Ecuador inicia un proceso de modernización, transformación que lo llevaría a formarse en un Estado Laico, preservando al matrimonio entre hombres y mujeres dentro de su normativa civil.

La unión marital fue aprobada en la Constitución de 1978; es decir que, sin la existencia del matrimonio entre hombre y mujer, este ya no se consideró como concubinato, pero si inició a surtir efectos jurídicos patrimoniales, estableciéndose una unión estable y legal, como lo señala:

La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, da lugar a una sociedad de bienes, que se sujeta a las regulaciones de la sociedad conyugal, en cuanto fueren aplicables, salvo que hubieren estipulado otro régimen económico o constituido en beneficio de sus hijos comunes patrimonio familiar” (Constitución Política del Ecuador, 1978, Art. 125)

A partir del año 2008 bajo la figura de Estado Liberal y bajo la insignia de respeto de la igualdad de derechos como lo versa la Constitución aprobada en Montecristi, el gobierno ecuatoriano aprueba que se pueda inscribir en el Registro Civil las uniones de hecho, no solo entre parejas heterosexuales, sino también se permite la inscripción de

parejas del mismo sexo que vivan en unión libre, eso siendo el preámbulo para la aprobación del matrimonio igualitario.

La Declaración de los Derechos Humanos, artículo 16, señala: “Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio”.

2.2.2.1. Matrimonio Heterosexual

La denominación de esta clase de matrimonios ha sido la tradicional, pues surge de la familia conyugal formada entre hombre y mujer, claramente reconocida como familiar nuclear, cuyo fin biológico es la procreación y la moral, la protección y auxilio entre sus miembros. En el mismo señalamiento del Código Civil ecuatoriano estipula es un contrato solemne entre un hombre y una mujer. Pero este requisito de ser de distintos sexos, se remonta al mismo Derecho Romano, pues el matrimonio ha de constituirse en una la familia monogámica, con la voluntad de ser marido y mujer.

Modestino como se citó en Sánchez, A. S. (2004), manifiesta que el matrimonio es la unión entre hombre y mujer con el fin de unirse y formar una comunidad indivisible.

En los antecedentes históricos Hipp, R. (2017) expresa que la iglesia jugó un papel relevante, con la pretensión de una sociedad organizada, rectitud moral y social, razón por la cual la instauración del matrimonio como sacramento, razón por la cual se ha señalado en el Derecho Canónico como contrato – sacramento.

2.2.2.2. Matrimonio Igualitario

El reconocimiento al matrimonio igualitario o también denominado homosexual, ha sido la lucha de los grupos LGTBI, que buscan una igualdad social de sus integrantes, pese a que los grupos conservadores han descrito que “el matrimonio entre personas del mismo sexo es una *contradictio in terminis* porque el matrimonio y la familia sólo pueden ser heterosexuales” (Gimeno, B., & Barrientos, V. 2009).

Pese a ciertos Estados conservadores el matrimonio igualitario ha ido tomando fuerza; tanto, por el respeto a los derechos, sino también porque la unión de dos personas lleva

a formar una familia, a lo que la Opinión Consultiva sobre Identidad de Género, y no discriminación a parejas del mismo sexo de San José, menciona que:

La Corte Interamericana reiteró que la Convención Americana no protege un determinado modelo de familia. Debido a que la definición misma de familia no es exclusiva de aquella integrada por parejas heterosexuales, el Tribunal consideró que el vínculo familiar que puede derivar de la relación de una pareja del mismo sexo se encuentra protegido por la Convención Americana. Por tanto, estimó que todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar de parejas del mismo sexo deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales. La Corte consideró que esta obligación internacional de los Estados trasciende a la protección de las cuestiones únicamente patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos, reconocidos a parejas heterosexuales, tanto internacionalmente como en el derecho interno de cada Estado (Corte Interamericana de DH, 2018)

La lucha de los movimientos sociales ha permitido que el matrimonio igualitario sea considerado en las legislaciones de los países; toda vez, que en una sociedad conservadora como es la ecuatoriana y latinoamericana, a lo largo del tiempo ha existido discriminación y violencia hacia los grupos LGBTI, así Etxazarra, L. (2007), menciona que:

El análisis de todo lo acontecido en torno a esta modificación legal nos permite además hacer una lectura más amplia sobre la temática de los movimientos sociales. No debemos olvidar que nos encontramos ante una movilización de fuerte componente identitario, y podríamos decir que lo es, además, en una doble vertiente: por un lado, el Movimiento de Gays, Lesbianas, Bisexuales y Transexuales (en adelante MGLBT) ha sido y sigue siendo el aglutinador y el punto de apoyo de una identidad estigmatizada (la homosexual); y, por otro lado, la lucha por la legalización y el reconocimiento de los matrimonios gays supone, de alguna manera, una reestructuración de esa identidad como una identidad integrada por derecho en la sociedad.

El matrimonio igualitario para Marshall (2018) tuvo sus inicios por los años noventa con los movimientos de homosexuales a fin de encontrar una medida legal para su reconocimiento civil como cónyuges, esto con la finalidad que el Estado reconozca las diferentes identificaciones sexuales, para lo cual era necesario políticas gubernamentales que suprima la exclusión de este grupo, consideraciones que son contemporáneas; sin embargo, por los años a tras de 1993, la misma Organización

Mundial de la Salud, registraba a la homosexualidad como una enfermedad, y ciertos países europeos mantenían su tipificación como un delito esta clase de relaciones.

El matrimonio igualitario en los diferentes Estados tuvo su línea del tiempo, al terminar el siglo XX, eran nulos la existencia de los matrimonios por personas del mismo sexo, por lo que Zelada, C. J. (2018), indica que hubo tres etapas que se dieron:

(a) Un primer ciclo que va de 1989 a 2000, donde no existe regulación doméstica alguna a favor del matrimonio igualitario, pero en el que los Estados comienzan a optar por fórmulas de protección no matrimonial para las parejas homosexuales; (b) Un segundo período que va de 2001 a 2010, en el que si bien ya existen algunas normas y decisiones judiciales a favor del matrimonio igualitario en el plano interno, los Estados todavía prefieren apostar por figuras no matrimoniales de tutela de las uniones homosexuales; y (c) Un tercer período que va de 2011 hasta hoy, en el que los Estados vienen aprobando el matrimonio igualitario como mecanismo preferente de protección de los derechos de las parejas homosexuales.

En ese sentido las constituciones, tratados internacionales han tenido que reformarse, para ajustarse a la exigencia social, dinámica que al aprobarse el tan controvertido matrimonio igualitario se debe al respeto de principios y elementos; es así como se menciona uno de ellos:

En cuanto al elemento de libertad de voluntad de los contrayentes, tal derecho posee dos dimensiones: a) el deseo de contraer o no matrimonio, y b) la posibilidad de escoger a la persona con quien se va a contraer matrimonio;¹⁸ en este último punto varios Estados han legitimado el matrimonio entre parejas del mismo sexo en el sentido de que es potestad de las personas decidir con quién contraer matrimonio pues tal decisión se vincula con las convicciones y creencias más íntimas de la dignidad humana (Barahona, A. 2015)

Las reclamaciones sociales han buscado la protección del derecho a la integridad personal que han buscado las personas del mismo sexo, lo cual ha permitido el desarrollo de la personalidad de sus componentes, promoviendo a tomar decisiones libres, voluntarias entorno a su sexualidad y orientación.

2.2.3. Adopción

La adopción es el proceso, donde un niño, niña o adolescente encontrándose aptitud social y legal es entregado a otros denominados adoptantes; es decir, a un medio familiar adecuado conforme al análisis jurídico administrativo.

Para Cabanellas, G., & Cabanellas, G. (1979) define a la adopción al prohijamiento; es decir, es una modalidad establecida en las leyes por medio de la cual un niño, niña o adolescentes puede llegar a ser hijos de otro u otros, aunque no lo sean naturalmente. La adopción compone de la patria potestad.

Adoptio es la acción de adoptar, recibir como hijo al que biológicamente no lo es, cumpliendo con los requisitos establecidos por la ley. La adopción es una institución jurídica de protección de menores con carácter social y familiar por la cual una persona, llamada adoptante, toma por hijo a una persona que no lo es, llamado adoptado. El objetivo fundamental de la adopción consiste en que el menor apto para adopción tenga una familia permanente (Ponce, A., 2012)

La adopción no es una institución nueva, se puede señalar antecesores bíblicos en el Antiguo Testamento cuando narra la historia de la princesa egipcia que rescató de las aguas del río a un niño y fue criado como si fuese de su propia sangre, que, si bien no se usa en ningún momento el término adopción, pero se indica la relación familiar que se estableció.

En Mesopotamia, en el periodo antes de Cristo siglo XVIII, el Código Hammurabi, ya reflejaba a la adopción como una figura jurídica, estableciendo sus antecesores, y naturaleza inclusive antes que el Derecho Romano.

Ya por el siglo XII en el Derecho Romano la adopción empezó su mayor impulso en la sociedad, pues su fin era la continuación del legado de familiar, para aquellas que la naturaleza les impedía concebir. El mismo Derecho Romano ya hacía una distinción:

Arrogatio o *Adrogación* y la *Datio in adoptionem* o adopción propiamente tal. En la primera de ellas el adoptado poseía la calidad de *sui iuris* (sujeto no sometido a potestad), y en la segunda, de *alieni iuris* (individuo sometido a la potestad de otra persona). La adrogación era un acto solemne

en la cual el jefe de una familia en vías de extinción a causa de la ausencia de hijos, atribuía tal calidad a un ciudadano sui iuris, quien a su vez debiera ser jefe de otra familia. (Correa Edwards, S., & Lagos Izquierdo, M. 2015).

De igual forma otras civilizaciones han dejado plasmado sus inicios de la adopción; así como, en Atenas ya se trata de adopción como parte del derecho sucesorio. En la India, se trató a esta figura en el Libro IX de las Leyes de Manú. En Irán se habla de las instituciones *Yoyan-zan* y *Satar-Zan*.

En el siglo XIX, las legislaciones mundiales inician a incorporar, no obstante, los conflictos mundiales fueron el inicio para tomar medidas de protección a favor de menores que quedaron desamparados como lo describe (Bossert & Zannoni, 2004)

La historia de la moderna adopción empieza recién con la Primera Guerra Mundial y la conmoción que produjo en los países europeos el espectáculo de la infancia desvalida; perdidos los hogares de millones de niños, se buscó el paliativo a través de la adopción que se convierte, entonces, en un medio de protección a la infancia desprovista de hogar.

En forma clara y resumida Monroy Cabra, M. G. (2009) describe el proceso de la adopción a través de la historia señalando:

En los pueblos primitivos la adopción se presentaba cuando los jefes y patriarcas no tenían descendencia; el hijo adoptivo les sucedía en la función religiosa de rendir culto a los antepasados e invocar su protección. Con el transcurso del tiempo se concibió la adopción como un medio de prolongar la estirpe y conservar la riqueza, y en algunos casos se acudió a este instituto como medio de socorrer a los necesitados o solucionar la falta de descendencia. Actualmente, el moderno derecho de menores considera la adopción como una institución de protección al menor que procura dotar de familia al niño que no la tienen.

En Ecuador a partir de la promulgación del primero Código de Menores en la presidencia del General Alberto Enríquez Gallo, se da el reconocimiento a los diferentes derechos de los niños, niñas y adolescentes y al Derecho de familia.

Faubla Fernández, D. N., & Naula Núñez, J. A. (2021), indica que el Código de Menores de 1969 hace mención a la adopción en su artículo 72 el cual señalaba que es

Una institución jurídica de protección familiar y social en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o de madre, señaladas en este Título, respecto de un menor de edad que no es su hijo y que se llama adoptado.

La adopción fue considerada como una institución de protección familiar como describe en el artículo 76 del Código de Menores

Por la adopción adquieren el adoptante y el adoptado los derechos y obligaciones correspondientes a padres e hijos. Se exceptúa el derecho de herencia que les correspondería a los padres de los adoptantes, pues, de concurrir éstos con uno o más menores solo adoptados, la herencia se dividirá en dos partes iguales, una para dicho padre o padres, y otra para el o los adoptado (Faubla Fernández, D. N., & Naula Núñez, J. A. 2021 b).

El Código de Menores de 1992, señala a la adopción como una institución jurídica de protección de menores de carácter social y familiar. Este código reconoce a la adopción simple, las misma que para Morán Parrales, J. I. (2021)

No trae consigo la sustitución automática de apellidos, pero si confiere al adoptado la calidad de hijo legítimo, aunque no crea vínculo alguno de parentesco entre él y la familia de sangre de quien tiene la calidad de adoptante, por cuanto esta clase de adopción se limita a las relaciones entre adoptante y adoptado, no obstante, constituye un impedimento matrimonial con la familia del adoptante, como en el caso de la adopción plena. Además, la adopción simple extingue la patria potestad del padre o madre de sangre, pero no extingue los derechos y deberes que existen por los vínculos de parentesco.

Actualmente el Título VII del Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador señala que la adopción pretende dar a un niño, niña o adolescente que se encuentre en aptitud social y legal dar una familia idónea, permanente y estable por lo que en el mismo cuerpo legal señala los principios específicos que regirán a esta.

Así también el Código Civil ecuatoriano, en el Título XIV todo lo concerniente a la adopción plena de niños, niñas y adolescentes.

2.2.3.1 Adopción plena

El Código de la Niñez y Adolescencia en el Ecuador, admite única y exclusiva la adopción plena; es decir, por medio de esta institución se crea una relación parento filial entre los adoptantes y el adoptando, con los mismos deberes, responsabilidades, atributos, consecuencias jurídicas de padres biológicos. También, esta clase de adopción corta cualquier relación que, entre el adoptado y su familia de origen, salvo ciertos impedimentos que está estipulados en la normativa indicada (Código de la Niñez y Adolescencia. Art. 152.).

2.2.3.2. Adopción conjunta

Para Claro Quintans, I. (2009), esta clase de adopción se la define como la solicitada y decretada para la pareja que conforma el matrimonio o unión, sin que estos puedan hacerlo en forma individual; por consiguiente, el niño, niña o adolescente adoptado llevará los apellidos de la pareja.

2.2.3.3. Adopción Simple

La adopción simple se considera a la institución jurídica que crea una vinculación de hijo legítimo, pero que a diferencia de la adopción plena no trae consigo un cambio automático de apellido; no crea una relación alguna de parentesco; tanto, con el adoptante y su familia consanguínea. Además, esta clase de adopción impide se constituya en matrimonio entre adoptante y adoptado. En el Ecuador, la adopción simple no se encuentra tipificada.

2.2.4. La Adopción por matrimonios igualitarios en el Europa y América Latina

Alrededor del mundo varios son ya los países que a través de sus legislaciones han dado paso al matrimonio igualitario o llamado también homosexual, para muchos este cambio solo es una consecuencia de la modernidad y de las corrientes sociales, aunque siguen siendo minoritarias han logrado trascender con el cambio jurídico de la concepción tradicional del matrimonio. A pesar de la aceptación jurídica, no todos los Estados que han admitido este vínculo han aprobado la adopción de menores, siendo un tema controversial, a pesar que la propensión mayoritaria es su reconocimiento.

Varios países en el mundo la homosexualidad es condenada, inclusive hasta su muerte, Estados como: Emiratos Árabes Unidos, Arabia Saudita, Yemen, Sudán, Irán y

Mauritania, mantienen estas disposiciones legales, más en otros se ha ido aprobando legítimamente su unión, matrimonio e inclusive la posibilidad de crecer el número de integrantes, a través de la adopción de hijos y/o hijas.

2.2.4.1. Europa

2.2.4.1.1. Dinamarca

Dinamarca fue el primer país en el mundo en el año 1989 quien aprobó la “Ley de Cohabitación Registrada”, la misma que permitió las uniones civiles homosexuales, a pesar que no se trató del matrimonio como tal; pues, las obligaciones y derechos maritales no eran equiparables. A partir del 1 de octubre de 1989 entra en vigencia *The Danish Registered Partnership Act* y con ello se permite que las “uniones homosexuales registradas todos los preceptos relativos al matrimonio, tanto en el marco de los derechos sociales (seguridad social, pensiones, fiscalidad, etc.) como en el ámbito del Derecho civil (requisitos de constitución y disolución, obligaciones legales, efectos patrimoniales y sucesorios) (Soriano Martínez, E. 2011).

No obstante, de este reconocimiento legal de las parejas homosexuales con deberes y obligaciones maritales, no acogió a la institución jurídica de la adopción en un primer plano, sino que, a partir de la reforma dada en 1999, se consiente la adopción por parte de un conviviente de los hijos del otro, para posteriormente en el año dos mil diez se admite la adopción conjunta.

2.2.4.1.2. Alemania

Alemania tuvo que pasar varios intentos para el reconocimiento de parejas homosexuales, su travesía legal llega hasta el Tribunal Constitucional Federal, resolviendo que el matrimonio por parejas del mismo sexo no es contradictorio a lo que estipulaba su Ley Fundamental, en cuanto al matrimonio de parejas heterosexuales; además, se considera con los mismos efectos personales legales, derechos sucesorios, divorcio, etc. En lo referente a la adopción esta legislación y conforme una reforma del año 2004, este país europeo ha accedido al reconocimiento de los hijos de un cónyuge, más no la adopción conjunta.

2.2.4.1.3. Reino Unido

La Ley de uniones civiles de Reino Unido, ha permitido en su normativa el matrimonio civil entre homosexuales, pero más no la religiosa. Con esta aprobación en el año 2005, también se accede a la adopción conjunta de la pareja.

2.2.4.1.4. España

La ley/2005, en España a pesar de ser un país que ha consideración de sus habitantes religioso y conservador, se ha incluido en su ley el matrimonio homosexual, permitiendo de igual manera la adopción, mediante la Ley 13/2005, de 1 de julio.

2.2.4.1.5. Holanda

Con la Ley de Uniones Civiles de 1993, Holanda accede a la inscripción de uniones entre parejas de igual o de diferente sexo, dando la legalidad al igual que el matrimonio; sin embargo, la adopción queda de derecho exclusivo para el matrimonio. En diciembre del 2000, se aprobó la Ley de Acceso al Matrimonio, normativa que deja de ser exclusiva para parejas heterosexuales; además, se accede a la adopción conjunta, cumpliendo requisitos que señala la normativa holandesa:

El menor debe tener residencia habitual en Holanda y no debe mantener relaciones familiares con sus padres biológicos; además, los adoptantes deben haber convivido durante al menos tres años, y han debido cuidar y educar conjuntamente al menor durante uno. En caso de adopción del hijo biológico de la pareja, se ha eliminado la exigencia de convivencia por tres años, pudiendo realizarse la adopción de inmediato tras el nacimiento del niño (Martínez Calcerrada, L. 2005)

A pesar de aprobarse la adopción por matrimonios igualitarios, Holanda no consintió la adopción internacional; es decir, parejas homosexuales extranjeras están impedidas a relación de sus nacionales.

2.2.4.1.6. Bélgica

Con la reforma del Código Civil belga, a través de la Ley de Cohabitación, aprobada en el año de 1999, tuvo sus inicios para la aprobación de matrimonios igualitarios, ya que este le daba un punto intermedio entre las uniones legales y el matrimonio. En febrero de 2013 se aprobó la Ley de Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo; no

obstante, tres años más tarde se accede a la adopción; por cuanto, en los primeros años de esta ley, se restringía en cuanto se refiere a la filiación y adopción.

2.2.4.1.7. Noruega

Con la Ley de Matrimonio Homosexuales que entra en vigencia en el año 2009, Noruega se convierte en el cuarto país europeo en aprobar esta clase de matrimonios estableciendo igualdad entre los matrimonios heterosexuales y los homosexuales, esta aceptación jurídica se extiende hasta el consentimiento de la adopción.

2.2.4.1.8. Suecia

Al igual que otros Estados europeos, Suecia inicia en proceso de aprobación del matrimonio igualitario con un *cuasi matrimonio*, como se denomina a la Ley de Cohabitación, pero a diferencia de las otras normativas, este país en el año 2003, autorizó la adopción por parte de parejas del mismo sexo aun no casadas, pero si unidas, siendo este un tema legal controvertido; sin embargo, el 1 de mayo de 2009 se aprobó la Ley de Matrimonios entre Personas del Mismo Sexo.

2.2.4.1.9. Portugal

El 17 de mayo de 2010 Portugal aprobó la Ley de Matrimonios entre Personas del Mismo Sexo, más no consiente en la adopción por parte de estas parejas. En el año 2017 el Parlamento aprobó y autorizó a que estos matrimonios accedan a la adopción.

2.2.4.1.10. Islandia

En el año 2010 al igual que Portugal, se legaliza la Ley Única del Matrimonio, no estableciendo diferencia alguna entre los matrimonios de diferente sexo con los de igual sexo. Pero al igual que Portugal no se consiente con esta aprobación la adopción, sino transcurrido y en el año 2017 se da por autorizado esta figura a matrimonios del mismo sexo.

2.2.4.1.11. Francia

Con el denominado Pacto Civil de Solidaridad, que se considera como un nuevo título en la legislación civil, Francia acepta la legalización de uniones de hecho, pero tan solo con fines patrimoniales, no accediendo a la adopción, sino fuera por las varias

denuncias presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde se argumentaba la violación al derecho de familia, discriminación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos fallando a favor de las denunciantes y condenando a Francia, mediante sentencia se reconoce a personas del mismo sexo la aptitud legal para adoptar.

2.2.4.2. Latinoamerica

Los países de Latinoamérica y las raíces que se fundan estos son compartidos entre sí, las mismas que se han mantenido en el desarrollo de los tiempos. Las tradiciones socio-culturales, producción, lenguaje, estilos de vida, organización política, jurídica y social que se asemejan. Contemporáneamente también se establecen similitud en ciertas características como es la lucha por parte de los grupos de LGBTI para ser reconocidos en la igualdad de derechos y no discriminación por el otro grupo mayoritario social.

América Latina siguiendo la línea de países europeos también ha iniciado por ciertos países que lo conforman a dejar a tras actos conservacionistas y hacer un reconocimiento de la evolución de los diferentes tipos de familia dentro de sus leyes.

2.2.4.2.1 Argentina

En Latinoamérica, Argentina fue el primer país en reformar su legislación aprobando el matrimonio igualitario desde el 15 de julio de 2010, mediante la Ley 26.218, sustituyendo términos como “hombre y mujer” por “contrayentes”, dando cambios en su Código Civil, así lo señala:

En la madrugada del 15 de julio de 2010 el Senado de la Nación de la República Argentina aprobó, por 33 votos a favor y 27 en contra, la ley conocida popularmente como “matrimonio igualitario”. Después de un debate de aproximadamente catorce horas, con momentos de incertidumbre ante la estrategia legislativa cambiante de algunos senadores, con el discurso encendido de algunos legisladores argumentando a favor y otros en contra, con una multitudinaria movilización de apoyo a la sanción de la norma en la Plaza de los Dos Congresos, convocada por las distintas organizaciones de gays, lesbianas, transexuales y bisexuales y apoyada por diversas agrupaciones de la sociedad civil –en particular de derechos humanos– y ciertos partidos políticos, la aprobación convirtió a la

Argentina en el primer país de América Latina, y el décimo en el mundo, en reconocer iguales derechos a todas las parejas y familias (Biglieri, P. A. 2013).

Previa a la aprobación del matrimonio igualitario en Argentina, la estructura jurídica familiar social fue cambiando, aunque no se hizo totalmente en el país, porque esto se aprobó por ciudades o provincias, así se lo realizó a partir de ley 1004 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del año 2002, en donde se legalizó la unión de parejas sin distinción de su sexo, como así lo cita:

Conforme lo dispuesto en el artículo 1.º, se entiende por unión civil "[...] a) A la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual; b) que hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública por un período mínimo de dos años, salvo que entre los integrantes haya descendencia común. c) Los integrantes deben tener domicilio legal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, inscripto con por lo menos dos años de anterioridad a la fecha en la que solicita la inscripción. D) inscribir la unión en el registro Público de uniones Civiles (Krasnow, A. N. 2012)

Con la iniciativa legal citada anteriormente, la provincia de Río Negro también aprueba la Ley de Convivencia Homosexual 3376, la misma que define a la unión civil como la conformada por “dos personas mayores de edad y capaces, que expresan su consentimiento ante autoridad competente y que conviven en una relación de afectividad estable y pública, análoga a la familiar, con independencia de su género" (Krasnow, A. N. 2012, b). Posteriormente, en el año 2009, la provincia de Córdoba también hace su reconocimiento legal a la unión de personas de igual o distinto sexo.

En el perímetro nacional argentino dentro de la Administración Nacional de Seguridad Social hace su reconocimiento a esta clase de uniones, esto a fin que no quede en desamparo el conviviente vivo y tenga derecho de la pensión por el fallecimiento del jubilado.

La presión realizada por los grupos sociales como son Comunidad de Homosexuales de Argentina y la Organización de Gay, Homosexuales y Lesbianas, han llegado a dar su fruto a partir de la Ley 26.618, trayendo consigo cambios en el Código Civil argentino, eliminando ciertos términos y aceptando la concepción de matrimonios

igualitarios, bajos los principios de igualdad y libertad, manifestado por los contrayentes “ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

En cuanto a la posibilidad de adoptar niños, el marco legal que regula la adopción en la Argentina establece como capaces de adoptar a las parejas heterosexuales y/o a personas solas de ambos sexos (Pecheny, M., & Petracci, M. 2006); pues, en el artículo 599 se indica que podrán ser adoptantes matrimonios, integrantes de una unión convivencial o una persona sola. La adopción se regirá bajos los principios generales que señala el artículo 595 del Código Civil y Comercial de la Nación; en sí, el Título, además se reconoce, tanto la adopción plena como la simple. Las demás estipulaciones lo señalan en el Título VI del cuerpo legal mencionado.

Actualmente el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina mantiene las reformas conforma a la adopción:

Artículo 594. Concepto La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.

Artículo 595. Principios generales La adopción se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes;

f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.

Artículo 599.- Personas que pueden ser adoptantes El niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio, por ambos integrantes de una unión convivencial o por una única persona. Todo adoptante debe ser por lo menos dieciséis años mayor que el adoptado, excepto cuando el cónyuge o conviviente adopta al hijo del otro cónyuge o conviviente. En caso de muerte del o de los adoptantes u otra causa de extinción de la adopción, se puede otorgar una nueva adopción sobre la persona menor de edad.

2.2.4.2.2. Ecuador

Ecuador no tan alejado de las corrientes, en el año 2019 aprobó el matrimonio igualitario, más no la adopción de menores que se encuentren en estado de adoptabilidad, lo que en legislaciones análogas han optado por la aprobación de esta clase de matrimonios lo han hecho a la par o han reformado su normativa civil para dar paso a esta institución, lo que se manifiesta:

A juzgar por un análisis detenido de la constitución comparada, es necesario modificar el concepto tradicional de matrimonio concebido específicamente para hombres y mujeres. Esto es casi ilógico, porque la heterosexualidad no constituye un elemento definitorio del matrimonio, y es una característica que puede cambiar sin cambiar el contenido basado en la construcción de la familia, y la familia se convierte en una fuente de apoyo y unidad para sus miembros. Como todos sabemos, la fertilidad no depende de la voluntad ni de los legisladores ni de los propios homosexuales, aunque esperen alcanzar todas las metas matrimoniales formuladas desde la sociedad homosexual, no podrán lograrlo. La solución será la sustitución constitucional y la posterior reforma del artículo 81 del Código Civil (Chávez, J. C. A., & Becilla, K. M. L. 2022).

Aprobado que fue el matrimonio igualitario en el Ecuador ha tomado fuerza, como se muestra en el gráfico durante los años 2019 y 2020



En el año 2019 los matrimonios igualitarios celebrados fueron 433 y 427 fueron los celebrados en el año 2020.

2.2.4.2.3. Colombia

Siendo el cuarto país en Latinoamérica, Colombia aprobó el matrimonio igualitario dentro de su normativa, aceptación que se lo realizó a través de la de una sentencia de la Corte Constitucional “al constatar que la protección y garantía de los derechos de las parejas del mismo sexo ha sido posible gracias a la intervención judicial” (Molina Ricaurte, Carlos Jesús, & Carrillo Cruz, Yudy Andrea. 2018).

La sentencia C-577 de 2011 fue representativa pues a base de la decisión judicial señalada se realizó un reconocimiento a las personas del mismo sexo y el deseo de formar una familia se vio plasmada en un cambio normativo.

Al igual que los otros países latinoamericanos la adopción de niños, niñas y adolescentes por matrimonios igualitarios en Colombia ha sido un punto muy polémico, considerando que es un complejo estigma-discriminación hacia los integrantes de este grupo.

2.2.4.2.4. México

Los cambios legislativos que se dio en México para el reconocimiento de las parejas homosexuales tuvieron un proceso iniciando en el año 2001 con la Ley de Sociedades

de Convivencia y aprobado que fue en el año 2006 y publicado en el año 2007, disposición legal que consideraba a las sociedades de convivencia como un acto jurídico, donde dos personas de igual o diferente sexo establecían un hogar.

Con la promulgación de la penalización de todo acto discriminatorio, inclusive a personas de diferente orientación sexual, inicia en forma cronológica una serie de planteamientos para llegar a establecer no solo una unión de hecho, sino un reconocimiento y reforma en el Código Civil y Procesal Civil mexicano, el propósito era que se pase de Sociedades de Convivencia a Uniones Civiles, con el cual defina al matrimonio igualitaria como el reconocimiento legal y estatal, con las mismas consideraciones, deberes y derechos que los matrimonios heterosexuales.

Actualmente, 29 de los 32 Estados mexicanos reconocen al matrimonio igualitario, aceptación que inició el Ciudad de México en el año 2010 y hasta el 2021 Zacatecas fue el último Estado en esta aceptación jurídica. Con la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación aprobado que fue el matrimonio por personas del mismo sexo, también fue admitida la adopción, como lo hace MARROQUIN, S. L. (2015) al citar una sinopsis del Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

El concepto de matrimonio para establecer que es la unión de dos personas, con lo que comprende no sólo a las parejas heterosexuales sino también a las del mismo sexo, mientras que, en el segundo, a raíz de esta redefinición del matrimonio, implícitamente se establece la posibilidad de que los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo, puedan acceder a la adopción de menores.

2.2.5. Interés superior del Niño

Definir al interés superior del niño es complejo; sin embargo, en derecho es conocido como un concepto jurídico indeterminado. La noción de este principio “no debe ser interpretado en una forma estática, sino que, por el contrario, deberá entenderse en una forma dinámica, flexible, de manera que se pueda ir perfilando caso por caso” (Ballesté, I. R. 2012).

Así mismo Torrecuadrada García-Lozano, S. (2016), señala que el interés superior del niño es el grupo de acciones y procesos garantistas al desarrollo integral y una vida

digna de los menores. También indica que este principio mantiene una percepción triple; es decir, se lo toma como un derecho, como un principio y norma de procedimiento.

El fortalecimiento del sistema jurídico, especialmente en el campo de la niñez y adolescencia se ha visto reflejado por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Bruñol, M. C. (1998) menciona que los Estados protejan al menor como una persona sujeta de derechos y ya no como objeto de tutela, sobresaliendo como principio fundamental el interés superior del menor en toda decisión política, social, jurídica, que garanticen su normal desarrollo y bienestar. Si bien es cierto el principio del interés superior del niño se desprende del mismo derecho común, pero este tiene efecto garantizador hacia el grupo de los menores; pues, en caso de controversia primará este derecho frente al de otro. La pretensión de los derechos del niño asegura la debida protección del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo.

El Código de la Niñez y Adolescencia indica que

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. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla (Código de la Niñez y Adolescencia

2.2.6. La adopción por parejas del mismo sexo y la incidencia en el interés superior del niño

El 3 de julio de 2005, el Senado español aprobó el matrimonio igualitario entre personas del mismo sexo, también con ello la adopción de menores, a lo que Vivas-Tesón, I. (2008), menciona y recrea que:

El día 20 de junio de 2005 comparecieron en el Senado expertos convocados a propuesta de los grupos parlamentarios con presencia en dicha Cámara para informar sobre el Proyecto de Ley y, en particular, sobre los efectos que tenía en el desarrollo de los menores la convivencia con parejas homosexuales. La diversidad de opiniones de los expertos fue, realmente, llamativa: algunos sostuvieron que la adopción de niños por parejas homosexuales no tenía ningún efecto en los niños, más allá de su mayor tolerancia ante la homosexualidad. Sin embargo, el Catedrático de Psicopatología de la Universidad Complutense Aquilino Polaino Lorente, convocado como experto por iniciativa del Grupo Parlamentario Popular, calificó la homosexualidad de patología y, entre otras muchas polémicas afirmaciones a lo largo de su comparecencia, afirmó que los homosexuales provenían, generalmente, de familias con padres hostiles, distantes, violentos o alcohólicos y madres sobreprotectoras con los hijos varones y emocionalmente vacías con las hijas lesbianas.

El análisis profesional expuesto en el Senado en España se interpretaría que la inestabilidad emocional que traen consigo los homosexuales, afectaría el desarrollo emocional de los menores, pese a esta apreciación se aprobó, y dentro del primer año de vigencia de esta ley, cincuenta peticiones de adopción se recibieron en ese país, las mismas que fueron realizada por parejas en conjunto, a decir de Tena, A. L. (2005):

Hay que tener en cuenta que la adopción por personas de orientación homosexual no ha estado jamás prohibida, ni cabría dicha prohibición sin incurrir en discriminación inconstitucional. Siempre es prevalente en la adopción el interés del menor, pero ello no supone que puede discriminarse entre los que pretenden adoptar por causas no relacionadas con dicho interés (como sería prohibir la adopción a los judíos, los negros o los homosexuales).

Diferentes criterios se han desprendido de esta corriente moderna del matrimonio igualitario y el derecho o no de poder adoptar, varios se han pronunciado señalado que “la adopción no es un contenido indisociable del matrimonio, sino un derecho del menor y hay que actuar en función de sus intereses, no del progenitor o progenitores” (Sánchez, M. M. 2016).

La adopción de niños, niñas y adolescentes por personas del mismo sexo, puede ser considerado una tendencia a que el grupo de adoptados puedan seguir la misma línea u orientación sexual por sus padres adoptantes, pues estudios realizados, revela que:

Extrañamente, para muchas personas legas y profesionales de la salud, se puede transformar más fácilmente a una persona heterosexual en

homosexual; en otras palabras, se arguye que padres del mismo sexo pueden «promover» la orientación no heterosexual y «prevenir» la construcción hegemónica heterosexual «saludable», sin considerar que la mayoría de las personas con orientación no heterosexual fueron educadas en contextos o familias tradicionales con modelos de parejas heterosexuales y que dichos padres no lograron «contagiar» de heterosexualidad a todos los niños, niñas y adolescentes que compartieron espacio físico y emocional con ellos. el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Corte Constitucional de colombiano señala que no afecta de ninguna manera al desarrollo de niños, niñas y adolescentes (Campo-Arias, A., & Herazo Acevedo, E. 2015).

El interés superior del niño, es un principio que todos los países vinculantes han perfeccionado, así, por ejemplo:

La Sentencia C-092 de 2002, donde lo definió como “[...] la prevalencia jurídica que es otorgada a los menores, con el fin de darles un tratamiento preferencial. Dicha prevalencia es de aplicación superior, siendo por tanto coercible y de obligatorio cumplimiento y acatamiento (Corte Constitucional de Colombia, 2002).

El interés superior del niño no solo está basado en la toma de decisiones de las autoridades, sino como obligación del Estado hacia una protección social.

En forma categórica el interés superior del niño como un principio rector en materia de niñez y adolescencia dentro de la institución de la adopción es muy controversial, sobre todo al momento de revisar si este principio es violentado, si se afecta o es contrario, cuando los adoptantes son un matrimonio o pareja del mismo sexo, tomando en cuenta que al:

Considerar al niño como sujeto de derecho es un concepto que remite a su superior interés y necesidad, establecidos y reconocidos en la Convención de Derechos del Niño y, se sustancia en su derecho a vivir en una familia, a educarse, desarrollar su capacidad emocional, afectiva, psicológica y social; a poder desenvolverse protagónicamente en forma autónoma, de acuerdo a cada una de las distintas etapas de su evolución. Esto hace a la consideración del mejor interés de ese niño/niña en condiciones de adaptabilidad, lo que conlleva a atender su imperiosa necesidad de contar con una familia que lo ayude a superar su estado de desamparo. Esa familia que pueda conectarse sinceramente con esa necesidad infantil no puede ser cualquier familia, sino aquella cuyos miembros se encuentren aptos para brindar cobijo, educación, afecto y calor de hogar (Bajales, M. E. 2013).

En cambio, varios piensan que el interés superior del niño frente a la adopción por parte de matrimonios igualitarios es solo una estrategia de discriminación hacia este segundo grupo, al considerar que los niños no solo necesitan padres, sino padres idóneos y que estos aún socialmente no son considerados como tal, especialmente en los Estados conservadores.

Bolaños Enríquez, T., & Charry Morales, A. (2018), menciona que el interés superior del niño requiere de las instituciones públicas que a la hora de tomar decisiones sobre menores de edad:

- Garanticen el desarrollo integral del menor.
- Garanticen las condiciones para el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales,
- Brinden protección ante los riesgos prohibidos,
- Equilibren sus derechos con los de los padres,
- Garanticen la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor,
- Tengan en cuenta los elementos materiales de las relaciones de cada menor con su entorno,
- Y que sólo intervenga el Estado en las relaciones paterno maternos filiales cuando existan razones poderosas que justifiquen tal intervención.

La protección hacia la niñez y adolescencia ha sido la prioridad de los Estados, especialmente en la adopción, que en dicha institución el interés superior del niño es esencial, por lo que las leyes de los países y procedimientos deben ser pertinentes y admisibles en la situación jurídica de los menores que se encuentran en estado de adoptabilidad. El miramiento de la adopción está fijado en el cuidado y protección al niño, niña o adolescente (Convención Sobre los Derechos del Niño (Unicef. 2006).

2.3. Hipótesis

El principio de interés superior del niño no se encuentra vulnerado ni afectado en ninguna medida durante y después del proceso de adopción plena por parte de un matrimonio igualitario.

CAPITULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Enfoque y tipo de investigación

Enfoque de investigación

El presente trabajo de investigación está diseñado bajo la metodología cualitativa, considerando que este enfoque es mayormente aplicable a las características de la investigación planteada. Para Krause, M. (1995) la metodología cualitativa está basada en procedimientos que aportan al incremento del conocimiento, la recolección información a través de este método no es numérica, además no son estandarizadas más bien se aplica conforme la necesidad de la investigación y que al concluir se encuentre un producto científico que aporte acorde a los resultados.

Tipo de investigación

El tipo de investigación se fundamentó en una investigación exploratoria y correlacional a cerca de la situación actual de la legislación ecuatoriana que engloba el tema al derecho de la adopción, esto a través de una revisión de autores en el campo del derecho y fundamentando acerca de la adopción igualitaria, especialmente cuando este se relaciona con su incidencia en el principio del interés del niño.

Exploratorio

Desarrollando de manera más amplia los tipos de investigación antes mencionados. La investigación exploratoria, es una técnica donde se averigua sobre el tema a investigar, es una investigación flexible, pues no está estructurada. Según Hernández et al. (2014), el método exploratorio se refiere a la revisión, indagación de la literatura que antecede a la investigación, por lo que este tipo de investigación también se anticipa al tipo descriptivo, explicativo; es decir, permite examinar, familiarizarse y obtener información para emprender una investigación, permitirá descubrir fenómenos novedosos y desconocidos. La investigación exploratoria se aplicará en esta

investigación, pues permitirá conocer estudios realizados en el tema a desarrollar, a nivel nacional e internacional donde la adopción por matrimonios igualitarios se ha dado con antelación a la legislación del Ecuador.

Método de investigación

Las modalidades de investigación a utilizar es la investigación bibliográfico-documental y la triangulación de teorías, las cuales son descritas de la siguiente manera;

Investigación Bibliográfico- Documental

La investigación bibliográfica-documental es el procedimiento por el cual se recurre a fuentes primarias y secundarias, a fin que ampliar el conocimiento sobre el tema que se va investigar. Rodríguez (2013) describe a la investigación bibliográfica-documental como la base teórica, estableciendo que la lectura y escritura son procesos de construcción, sin que sea considerada como un plagio; pues, requiere la habilidad de síntesis, reflexión y análisis a fin de establecer en forma original y creativa un procedimiento científico. En la presente investigación se revisará investigaciones y analogías jurídicas, las mismas que enriquecerán al desenvolvimiento del proyecto.

Triangulación de Teóricas

La triangulación de teorías es la estrategia al momento de investigar, es considerado como lo hallazgos encontrados en el enfoque cualitativo. Orozco y Díaz (2018) indica que esta modalidad de investigación aplica un esquema hasta finalmente llegar a una reformulación de teorías, esto se refiere a que se abaliza los antecedentes con disímiles enfoques. En la investigación se hará un estudio de diferentes doctrinas internacionales y nacionales, llegando a establecer una triangulación, como se ha indicado lo que aportará al análisis del conjunto de datos del estudio teórico en función de la adopción igualitaria.

Población y muestra

La muestra se determina específicamente en las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, se utilizó el metabuscador de

sentencias de la Corte IDH, en el espacio de búsqueda, se utilizó las siguientes palabras clave: Adopción homoparental, adopción homosexual, adopción lgbt, padres homosexuales. Los resultados que se obtuvieron fueron cinco documentos, la sentencia Atala Riffo y niñas Vs Chile, el fondo de reparación del caso, el Art. 1, 24 y 19 de la Convención. De estos, se determinó como relevante para el estudio el caso Atala Riffo, como documento específico para llevar a cabo el análisis de los estándares de convencionalidad.

Técnica de Recolección de Información

- **Ficha de recolección de fuente documental**

Este instrumento permite la recolección de fuentes, como: revistas, folletos, libros entre otros, los mismos que aportarán al tema de investigación.

CAPITULO IV

RESULTADOS

Resultados

| Sentencia | Criterio | Premisas |
|-------------------------------------|---|---|
| (Atala Rifo y niñas Vs Chile, 2012) | <p>Párrafo 126 La jurisprudencia desarrollada en varios países, así como algunos informes de carácter científico, han sido claros respecto de este tema. Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en una sentencia de 2010 en cuanto al derecho de parejas homosexuales a adoptar menores de edad, ha considerado la relevancia de que los demandantes no han sustentado de manera empírica, con relación a los documentos o análisis científicos, una supuesta afectación del interés superior del niño en estos casos. Al contrario, la Suprema Corte ha tomado en cuenta los estudios</p> | <p>(I) En cuanto al derecho de parejas homosexuales a adoptar menores de edad, no se ha sustentado empírica o científicamente una afectación al interés superior del niño en estos casos.</p> <p>(II) De ningún modo se puede sostener la hipótesis general de la afectación negativa del desarrollo de los menores de edad que conviven con padres homosexuales.</p> <p>(III) La heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad – homosexualidad.</p> |

| | | |
|--|---|--|
| | <p>desarrollados en cuanto al impacto de la orientación sexual en el desarrollo del niño y consideró que de ningún modo se puede sostener la hipótesis general de la afectación negativa del desarrollo de los menores de edad que conviven con padres homosexuales.</p> <p>La heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad – homosexualidad. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y las familias deben analizarse en lo particular, no desde la perspectiva estadística.</p> | |
| | <p>Párrafo 127 Por otro lado, las diferentes sentencias de tribunales internacionales, llevan a</p> | <p>(IV) las decisiones judiciales con relación a la custodia de menores de edad, la consideración de</p> |

| | | |
|--|---|--|
| | <p>concluir que las decisiones judiciales con relación a la custodia de menores de edad, la consideración de la conducta parental, solo se admite cuando existan pruebas específicas que demuestren en concreto el impacto directo negativo de la conducta parental en el bienestar y desarrollo del niño o la niña. Esto en función de aplicar un mayor análisis cuando las decisiones judiciales tengan relación con el derecho a la igualdad de grupos poblaciones que han sido discriminados tradicionalmente, como en el caso de homosexuales.</p> | <p>la conducta parental, solo se admite cuando existan pruebas específicas que demuestren en concreto el impacto directo negativo de la conducta parental en el bienestar y desarrollo del niño o la niña.</p> |
| | <p>Párrafo 128 Los peritos Uprimny y Jernow citaron y generaron algunos informes de carácter científico, que consideran como representativos y autorizados en las ciencias sociales, quienes</p> | <p>(V) la convivencia de menores de edad con padres homosexuales, no afecta al desarrollo emocional y psicológico. VI) las aptitudes de madres o padres homosexuales son</p> |

| | | |
|--|---|--|
| | <p>concluyeron que la convivencia de menores de edad con padres homosexuales, no afecta al desarrollo emocional y psicológico. Estos estudios concuerdan en que: I) las aptitudes de madres o padres homosexuales son equivalentes a las de las madres o padres heterosexuales; II) el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de los niños o niñas criados por padres gays o madres lesbianas se comparan a los niños o niñas criados por heterosexuales; III) la orientación sexual es irrelevante para la configuración de vínculos emocionales de los niños o niñas con sus padres; IV) la orientación sexual de la madre o padre no afecta el desarrollo de los niños en materia de género con</p> | <p>equivalentes a las de las madres o padres heterosexuales; VII) el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de los niños o niñas criados por padres gays o madres lesbianas se comparan a los niños o niñas criados por heterosexuales; VIII) la orientación sexual es irrelevante para la configuración de vínculos emocionales de los niños o niñas con sus padres; IX) la orientación sexual de la madre o padre no afecta el desarrollo de los niños en materia de género con relación a su sentido de sí mismo como hombre o mujer, el comportamiento de rol de género y/o su orientación sexual, y; X) los niños y las niñas de padres homosexuales no son más afectados por el estigma social que otros niños.</p> |
|--|---|--|

| | | |
|--|---|---|
| | <p>relación a su sentido de sí mismo como hombre o mujer, el 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. Asimismo, la perita Jernow mencionó varios fallos de tribunales nacionales que se refirieron a investigaciones científicas como prueba documental para afirmar que el interés superior del niño no se vulnera con la homosexualidad de los padres.</p> | |
| | <p>Párrafo 142 La Corte verifica que la Convención Americana no se determina un concepto cerrado de familia, ni mucho menos ha protegido un modelo tradicional. Al respecto, el</p> | <p>XI) la Convención Americana no se determina un concepto cerrado de familia, ni mucho menos ha protegido un modelo tradicional.</p> |

| | | |
|--|--|--|
| | <p>Tribunal ha reiterado que el concepto de vida familiar no se reduce solo al matrimonio y debe abarcar los lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.</p> | |
|--|--|--|

Análisis

El control de convencionalidad se configura a partir de dos dimensiones: una en un plano internacional y otra en el orden normativo interno de los Estados que conforman el sistema interamericano de derechos humanos. En el plano interno, se evidencia cuando se determina el control por parte de la Corte Constitucional, en el caso de actos o normas internas que sean compatibles con la Convención. Cuando exista incompatibilidad, se debe incidir en una lege ferenda respecto de las normas y la proscripción en el caso de actos, con el fin de que se garantice los derechos y se preserve la vigencia de la convención y los instrumentos internacionales, puesto que es precisamente en donde se fundamenta el control.

Así también este control se determina cuando los Estado no cumplen con las disposiciones del orden normativo interno para que se garantice los derechos reconocidos en la Convención, esto de acuerdo a lo normado en el Art. 2 de la misma. Para que se cumpla con este fin, la Corte IDH en el ejercicio de su facultad jurisdiccional, impone a los miembros medidas objetivas para que se cumpla con la finalidad.

De forma concreta, se ejecuta una interpretación interna por parte de la Corte Constitucional, de acuerdo a lo desarrollado en el Art. 429 de la Constitución, en base

al corpus juris internacional en relación a los derechos humanos, porque ejercen competencia material, en este sentido, son los únicos que tienen la facultad para llevar a cabo dicha interpretación. El control de convencionalidad aporta con una aplicación armónica, ordenada y coherente del orden interno con el externo, de acuerdo a la primer se estructurar el control de convencionalidad concentrado y el segundo se determina como difuso.

El control concentrado de convencionalidad se lleva a cabo por la Corte IDH, que se determinaría como órgano controlador. La competencia radica en el conocimiento de casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención. El control difuso, se lleva a cabo por las autoridades nacionales, ejerciendo un examen de compatibilidad desarrollado en la Convención y los actos y normas internacionales.

De manera particular, con relación a las afectaciones de normas del derecho internacional, la protección se reconoce como un límite que no se puede pasar a la regla de mayorías, que se determina como la decisión de la mayoría en el plano democrático. De esta manera, debe primar el control de convencionalidad, que se reconoce como una función de las autoridades públicas y la función judicial.

En un plano de concreción, la funcionalidad del control de convencionalidad se describe en razón de los siguientes términos. La Corte IDH ha planteado un criterio o estándar como límite que su alcance se amplíe en función de la jurisdicción interna, en función del principio pro persona y de manera efectiva el control de convencionalidad se aplique a partir de los órganos que están revestidos con competencia en un plano local, que se debe aplicar en una realidad concreta.

En base a lo expresado, se reconoce que los Estados que se suscriben a la Convención, no solo que deben aplicar medidas en un plano interno, son que se obligan a garantizar que sean efectivas, es decir, que se cumpla en el plano normativo interno. En este sentido, la eficacia se mide de acuerdo a los índices de aplicación a la sociedad, lo que se traduce en la adaptación de la conducta que ha objetivado la Convención.

El Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador, en el inciso primero, se la ha reconocido como una norma suprema. En el inciso segundo, se verifica una apertura a los tratados internacionales que contienen los derechos más favorables con relación a los reconocidos por la misma, poniéndose en un mismo nivel de aplicación- Así también el Art. 426, ibidem, en el inciso segundo, ha planteado que los derechos constitucionales y convencionales se determinan como de imperativo cumplimiento. Lo que concuerda con el Art. 425, en donde se configura una jerarquización de las normas. Los tratados internacionales, estarían en un nivel superior del orden jurídico interno y se pone en evidencia la preponderancia convencional.

En cuanto al control de constitucionalidad, la norma suprema ha reconocido en el Art. 429 y 436 que la Corte Constitucional, se determina como el máximo órgano de la rama constitucional, puesto que ejerce control y es el único facultado para interpretar la norma constitucional y los tratados internacionales. De esta manera, la jurisprudencia tendrá efecto erga omnes, siempre que el mismo se encuentre reconocido en los fallos.

Respecto de las funciones de la Corte IDH, conforme Díaz (2019), refiere que conce en un tiempo mínimo, poco más de cuarenta causas por año, respecto de todos los países que se encuentran suscritos en la Convención. De esta manera, el criterio que se maneja, es que la justicia que tarda, no puede ser entendida como justicia, y al ser determinada como derecho, se debe garantizarla a nivel interno por los Estados, siendo el fin para que se justifique el control de convencionalidad de los países miembros.

En la Sentencia N ° 11-18-CN/19, que se ha reconocido como la de matrimonio igualitario, la Corte Constitucional plantea las obligaciones que se generan en función del control de convencionalidad, que se han planteado por la Corte IDH, de la siguiente manera: a) El control de constitucionalidad es un complemento del de convencionalidad, en base a lo expuesto por la Corte IDH. De esta manera los jueces y los órganos que toman parte en la administración de justicia, a cualquier nivel están en la obligación de que se ejerza el control de convencionalidad de oficio, respecto de las normas internas y los instrumentos internacionales.

De la misma manera, en el voto concurrente de Alí Lozada Prado en la Sentencia N ° 11-18-CN/19 (2019), reconoce que en cierto punto, concuerda con la Corte respecto de la competencia para aplicar de manera directa la Constitución y los instrumentos internacionales, estos solo se les ha atribuido a la magistratura o a la Corte Nacional. Conforme lo desarrollado por Ferrer Mc-Gregor (2008), el bloque de constitucionalidad se reconoce como un conjunto de derechos que se garantizan conforme la base constitucional o el derecho internacional, entendiéndose configurado el derecho convencional y consuetudinario. En este sentido, la vigencia que establece la Constitución, configura el cumplimiento de los instrumentos internacionales y la interacción con el orden jurídico interno.

Respecto del constitucionalismo en la región, se reconocen dos factores de preponderancia, en cuanto a la incidencia de los instrumentos internacionales. De esta manera, acoge de manera expresa la normativa internacional. Por otro lado, se configura un vínculo jurídico entre los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los tribunales de la región, como orden integrado (Murillo, 2020).

De acuerdo con lo establecido, la obligación de los Estados con la Convención Americana de Derechos Humanos y las recomendaciones o sentencias de los órganos de interpretación y aplicación de acuerdo al principio *ius cogens*, que se objetiva en la Convención de Viena, con relación del Derecho de los Tratados, respecto de la observación de obligaciones de buena fe, esto hace que los Estados, no puedan generar normas de derechos interno que incumpla con las obligaciones internacionales.

De acuerdo a lo expuesto, para que se resuelva como se ubican los tratados internacionales en la realidad interna, los Estados en el plano regional han utilizado el bloque de constitucionalidad, como el medio que incide en la internacionalización del derecho constitucional (Castillo, 2019). De esta manera, el bloque de constitucionalidad lleva a que se incluya las normas internacionales y que se sometan al control de constitucionalidad. Cuando se ejerce esta herramienta, la dinámica no se limita a la aplicación de la norma expresa, sino que extiende su espectro a los

instrumentos internacionales, que se transforman en normas que formarían parte de la Constitución.

En la realidad ecuatoriana, la configuración normativa, desarrolla artículos que configuran el bloque de constitucionalidad, lo que se puede considerar como un avance en el plano doctrinario y jurisprudencial de los Estados en el plano regional. En este sentido, la Constitución ya no solo se limita al reconocimiento de dicho bloque, sino que se extiende a la aplicación de la cláusula abierta de constitucionalidad, que se reconoce como una herramienta más extensiva, en donde se reconoce los derechos y garantías que se ha reconocido en la Constitución y los instrumentos internacionales, que son de directa e inmediata aplicación, ante cualquier servidor administrativo y judicial, conforme el Art. 11.3 de la norma suprema (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

El afianzamiento del bloque de constitucionalidad se da en base a la jurisprudencia desarrollada. En este sentido, la Alta Corte Constitucional, deben desarrollar los precedentes jurisprudenciales, para que se cumpla con este fin, porque la norma suprema, plantea los parámetros globales, respecto de la vinculación del derecho internacional, con relación al orden jurídico interno y precisamente la jurisprudencia constitucional, es la que determina el rango y valor normativo, para el bloque y el orden constitucional.

En la realidad ecuatoriana, lo referido es importante porque el desarrollo jurisprudencial, es el que configura las precisiones jurídicas con relación a las normas convencionales, consuetudinarias y principios generales del derecho internacional, integrando el bloque de constitucionalidad o la proyección de normas con el rango constitucional, de lo cual se puede deducir, las siguientes posturas posibles:

- (I) En una perspectiva amplia, se incluyen los instrumentos internacionales en general y no solo los tratados, de acuerdo a lo establecido en los Arts.3, 11.3 y 426 de la (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

- (II) En un plano más específico, se diferencia los instrumentos internacionales de acuerdo con el Art. 424 y 425 de la (Constitución de la República del Ecuador, 2008), esto en cuanto al bloque de constitucionalidad.

El bloque de constitucionalidad es importante, porque acoge los instrumentos internacionales y no se agota en un argumento de jerarquía, sino más bien en un criterio de aplicación. Conforme con Calderón (2020) la concepción contemporánea del orden constitucional, nace con el fundamento de que la norma constitucional, y ano debe concebirse como normarum, entendido como la validez del orden jurídico, sino como texto fundamental en donde se articulan los diferentes órdenes jurídicos en una circunscripción territorial, entre el plano internacional e interno.

Respecto del método de interpretación constitucional con relación a la voluntad del constituyente y se sostiene que el bloque de constitucionalidad incorpora los instrumentos internacionales a la norma constitucional. Porque no existe el límite que se señale únicamente los tratados internacionales que se han ratificado por parte del Estado, como lo desarrolla el Art. 424 de la Constitución, sino que se toma en cuenta los derechos reconocidos en la misma y los instrumentos internacionales son de inmediata aplicación y obligación conforme el Art. 426 ibidem.

De acuerdo a todo el argumento expuesto, con relación a control de convencionalidad y la cláusula abierta de constitucionalidad, se determina las siguientes premisas deducidas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que conforme lo expresado se determinan, como si estuvieran escritas en la norma constitucional ecuatoriana. De esta manera, se han configurado las siguientes premisas.

(I) En cuanto al derecho de parejas homosexuales a adoptar menores de edad, no se ha sustentado empírica o científicamente una afectación al interés superior del niño en estos casos.

(II) De ningún modo se puede sostener la hipótesis general de la afectación negativa del desarrollo de los menores de edad que conviven con padres homosexuales.

(III) La heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad – homosexualidad.

(IV) las decisiones judiciales con relación a la custodia de menores de edad, la consideración de la conducta parental, solo se admite cuando existan pruebas específicas que demuestren en concreto el impacto directo negativo de la conducta parental en el bienestar y desarrollo del niño o la niña.

(V) la convivencia de menores de edad con padres homosexuales, no afecta al desarrollo emocional y psicológico.

(VI) las aptitudes de madres o padres homosexuales son equivalentes a las de las madres o padres heterosexuales;

(VII) el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de los niños o niñas criados por padres gays o madres lesbianas se comparan a los niños o niñas criados por heterosexuales;

(VIII) la orientación sexual es irrelevante para la configuración de vínculos emocionales de los niños o niñas con sus padres;

(IX) la orientación sexual de la madre o padre no afecta el desarrollo de los niños en materia de género con relación a su sentido de sí mismo como hombre o mujer, el comportamiento de rol de género y/o su orientación sexual, y;

(X) los niños y las niñas de padres homosexuales no son más afectados por el estigma social que otros niños.

(XI) la Convención Americana no se determina un concepto cerrado de familia, ni mucho menos ha protegido un modelo tradicional.

De estas premisas, es importante responder a la incógnita de la investigación, que se determina en: ¿Cuál es la incidencia sobre el principio del interés superior del niño al ser adoptado por un matrimonio igualitario?

Al respecto, la premisa (I) es clara que, en cuanto al derecho de parejas homosexuales a adoptar menores de edad, no tiene un sustento empírico o científico, por tanto, no se evidencia una afectación al interés superior del niño en estos casos. Así también se reafirma, con la premisa (II) en que no se puede sostener la hipótesis de la afectación negativa de los menores de edad que conviven con padres homosexuales. La premisa (III) es clara en que la heterosexualidad, no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo, esto no tiene nada que ver con la heterosexualidad o la homosexualidad. La premisa (V) es clara en que la convivencia de menores de edad con padres homosexuales, no afecta el desarrollo emocional y psicológico.

Ahora, en base a lo dispuesto, se verificará la normativa ecuatoriana en cuanto a la adopción y específicamente el Art. 153.3 del Código de la Niñez y Adolescencia norma que se priorizará la adopción de parejas heterosexuales que se han constituido legalmente, respecto de la adopción de personas solas. Así mismo, el Art. 159.6. Estas normas, generan duda razonable en cuanto a su constitucionalidad, en cuanto a que se puede configurar como discriminatoria, por atentar contra el Art. 11.2 de la Constitución y más aún cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las premisas (I), (II), (III) y (V), ha reconocido que el convivencia de los menores de edad con padres homosexuales, no afecta el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de los niños, por tanto, no existe incidencia en el interés superior del niño.

Si se llevara a cabo una *lege ferenda*, se propondría una reforma al Art. 153.3 eliminando la palabra heterosexuales, así mismo el Art. 159.6 eliminar la frase “ésta debe ser heterosexual”. Todo esto respecto del Código de la Niñez y Adolescencia, puesto que se reconoce a perspectiva de quien suscribe, podría existir una duda en cuanto a la constitucionalidad de la norma, por lo dispuesto en la jurisprudencia de

Corte Constitucional, incumpléndola a sabiendas del efecto que se genera en base a la cláusula abierta de convencionalidad.

CAPITULO V

Conclusiones:

En cuanto al fundamento teórico y doctrinario respecto de la adopción por matrimonio igualitario, se concluye que; A partir de la post modernidad el Derecho de Familia y la conformación ha ido evolucionando; es así, como en Ecuador se reconoce a los diferentes tipos de familia; pues es una necesidad elemental social el pertenecer a un grupo, desprendiéndose de esta manera que la conformación de familias homoparentales, al igual que las familias heterosexuales tienen una responsabilidad social con los hijos e hijas que lo conforman.

En cuanto a delimitar los estándares de convencionalidad desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto al principio de interés superior del niño y la adopción homoparental, se concluye que; la premisa (I) es clara que, en cuanto al derecho de parejas homosexuales a adoptar menores de edad, no tiene un sustento empírico o científico, por tanto, no se evidencia una afectación al interés superior del niño en estos casos. Así también se reafirma, con la premisa (II) en que no se puede sostener la hipótesis de la afectación negativa de los menores de edad que conviven con padres homosexuales. La premisa (III) es clara en que la heterosexualidad, no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo, esto no tiene nada que ver con la heterosexualidad o la homosexualidad. La premisa (V) es clara en que la convivencia de menores de edad con padres homosexuales, no afecta el desarrollo emocional y psicológico.

Respecto de elaborar un análisis crítico, en cuanto a la realidad jurídica ecuatoriana, respecto de los estándares desarrollados en los instrumentos internacionales y la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, se concluye que; se verificará la normativa ecuatoriana en cuanto a la adopción y específicamente el Art. 153.3 del Código de la Niñez y Adolescencia norma que se priorizará la adopción de parejas heterosexuales que se han constituido legalmente, respecto de la adopción de personas solas. Así mismo, el Art. 159.6. Estas normas, generan duda razonable en cuanto a su constitucionalidad, en cuanto a que se puede configurar como discriminatoria, por

atentar contra el Art. 11.2 de la Constitución y más aún cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las premisas (I), (II), (III) y (V), ha reconocido que el convivencia de los menores de edad con padres homosexuales, no afecta el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de los niños, por tanto, no existe incidencia en el interés superior del niño.

Bibliografía:

1. Bajales, M. E. (2013). Adopción homoparental y su incidencia en el interés superior del niño. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas*, 7(13), 41-56.
2. Ballesté, I. R. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio siglo XXI*, 30(2), 89-108.
3. Berástegui Pedro-Viejo, A. (2005). *La adaptación familiar en adopción internacional: una muestra de adoptados mayores de tres años en la Comunidad de Madrid*. Consejo Económico y Social. Comunidad de Madrid (Madrid, España
4. Barahona, A. (2015). Igualdad, familia y matrimonio en la Constitución ecuatoriana de 2008. *Foro Revista de Derecho*, (23), 69.
5. Biglieri, P. A. (2013). Emancipaciones: acerca de la aprobación de la ley de matrimonio igualitario en la Argentina.
6. Bolaños Enríquez, T., & Charry Morales, A. (2018). Prejuicios y homosexualidad, el largo camino hacia la adopción homoparental. Especial atención al caso colombiano. *Estudios constitucionales*, 16(1), 395-424.
7. Bossert, G. A., & Zannoni, E. A. (2004). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea
8. Buil, E., García Rubio, E., Lapastora, M., & Rabasot, M. (2004). La adopción por homosexuales. *Anuario de psicología jurídica*, 14(1), 81-98.
9. Bruñol, M. C. (1998). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño número*, 125.
10. Cabanellas, G., & Cabanellas, G. (1979). *Diccionario jurídico elemental* (p. 91). Buenos Aires: Heliasta.
11. Campo-Arias, A., & Herazo Acevedo, E. (2015). La adopción por parejas del mismo sexo en Colombia. *Revista colombiana de Psiquiatría*, 44(2), 75-76.

12. Ceballos Fernández, M. (2012). Ser madres y padres en familias homoparentales: análisis del discurso de sus percepciones sobre la educación de sus hijos/as. *Ensayos: revista de la Escuela Universitaria de Formación del Profesorado de Albacete*.
13. Chávez, J. C. A., & Becilla, K. M. L. (2022). Valoración de la figura del matrimonio igualitario dentro del estado ecuatoriano. *Dominio de las Ciencias*, 8(3), 773-788.
14. Claro Quintans, I. (2009). Diccionario Jurídico El Derecho.
15. (Código de la Niñez y Adolescencia. Ley 2002-100. Ecuador)
16. Código Civil, 1889
17. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR , 1978
18. Correa Edwards, S., & Lagos Izquierdo, M. (2015). Evolución de la Institución de la Adopción desde el Derecho Romano hasta la Actualidad.
19. Del Ecuador, A. C. (2008). Constitución de la República del Ecuador. *Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador. Registro oficial Nro, 449, 79-93.*
20. de Derechos Humanos, C. I. (2018). Opinión Consultiva sobre identidad de Género, y no discriminación a parejas del mismo sexo. *San José, Costa Rica. http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_01_18.pdf.*
21. De Irala, J., & del Burgo, C. L. (2006). Los estudios de adopción en parejas homosexuales: mitos y falacias. *Cuadernos de bioética*, 17(3), 377-389.
22. De Torres, G. C., & de las Cuevas, G. C. (1979). *Diccionario jurídico elemental* (p. 166). Editorial Heliasta.
23. Engels, F. (1891). *Origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*. Editorial Roja.
24. Esteinou, R. (2004). El surgimiento de la familia nuclear en México. *Estudios de historia novohispana*, (31), 99-136.
25. Etxazarra, L. (2007). La legalización del matrimonio homosexual (el cómo y el por qué de una movilización).
26. Faubla Fernández, D. N., & Naula Núñez, J. A. (2021). Homologación de requisitos para los procesos de adopción en el caso de acogimiento familiar.

27. Gimeno, B., & Barrientos, V. (2009). La institución matrimonial después del matrimonio homosexual. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, (35), 19-30.
28. Gómez, S. M. M. (2015). La familia y su evolución.
29. Guillien, R., & Vincent, J. (2015). *Diccionario jurídico: Aumentada y corregida*. Temis.
30. Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación*.
31. México: McGraw Hill.
32. Hipp, R. (2017). Orígenes del matrimonio y de la familia modernos. *Revista Austral de Ciencias Sociales*, (11), 59-78.
33. Humanos, C. A. S. D., DE, A. E. S. J., & AL PROCEDER, A. S. A. (1969). CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS “PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA”.
34. Krasnow, A. N. (2012). El nuevo modelo de matrimonio civil en el derecho argentino. *Revista de derecho privado*, (22), 5-39.
35. Marshall, P. (2018). Matrimonio entre personas del mismo sexo: una aproximación desde
36. la política del reconocimiento [Marriage between people of the same sex: an approach from the politics of recognition]. *Polis*, 17(49). Obtenido de <https://n9.cl/8xh2g>
37. Martínez Calcerrada, L. (2005). La homosexualidad y el matrimonio. Madrid: Ediciones Académicas.
38. MARROQUIN, S. L. (2015). El debate social en el reconocimiento de las familias homoparentales en México. *Centro*.
39. Monje, Á. C. (2011). *Metodología de la investigación. Cuantitativa y cualitativa*. Neiva:
40. Universidad Surcolombiana

41. Monroy Cabra, M. G. (2009), Derecho de Familia, infancia y adolescencia, Bogotá, Editorial ABC
42. Morán Parrales, J. I. (2021). La adopción semiplena en el Ecuador.
43. Orozco, J. C., & Díaz, A. A. (2018). ¿Cómo redactar los antecedentes de una investigación cualitativa? *Revista electrónica de conocimientos, saberes y prácticas*, Vol. 1, núm. 2, pp. 66-82.
44. Placeres Hernández, J. F., Olver Moncayo, D. H., Rosero Mora, G. M., Urgilés Calero, R. J., & Abdala-Jalil Barbadillo, S. (2017). La familia homoparental en la realidad y la diversidad familiar actual. *Revista Médica Electrónica*, 39(2), 361-369.
45. Pecheny, M., & Petracci, M. (2006). Derechos humanos y sexualidad en la Argentina. *Horizontes antropológicos*, 12, 43-69.
46. Praeli, F. J. E. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Ius et veritas*, (15), 63-72.
47. Renchon, J. L. (2003). L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge. *Revue trimestrielle de droit familial*, (3), 439.
48. Ravioli, A. (2005). La familia monoparental como manifestación de la postmodernidad. *Universidad Nacional del Centro. Buenos Aires*.
49. Ruiz-Jaramillo, P. R., & Pinos-Jaén, C. E. (2020). Parejas homosexuales y el derecho de adopción en el Ecuador. *Revista Científica FIPCAEC (Fomento de la investigación y publicación en Ciencias Administrativas, Económicas y Contables)*. ISSN: 2588-090X. *Polo de Capacitación, Investigación y Publicación (POCAIP)*, 5(3), 96-145.
50. SANCHEZ, J. M. R., ANTON, L. J. M., & MARTIN, M. Á. C. (2009). Tipos de familia y satisfacción de necesidades de los hijos. *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, 2(1), 549-558.
51. Sánchez, A. S. (2004). Notas sobre el consentimiento como requisito matrimonial en el derecho español y comparado desde su origen en el derecho romano. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (22), 205-230.

52. Sánchez, C. (2008). La familia: concepto, cambios y nuevos modelos. *Revista la Revue du REDIF*, 2(1), 15.
53. Sánchez, M. M. (2016). LOS DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN EUROPA. ESTUDIO COMPARADO/The Rights of Same-Sex Couples in Europe. Comparative Study. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 219-253.
54. Soriano Martínez, E. (2011). El matrimonio homosexual en Europa. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (12), 204-216.
55. Tena, A. L. (2005). Reformas civiles, el matrimonio entre personas del mismo sexo: separación y divorcio. *Actualidad jurídica Aranzadi*, (655), 8-9.
56. Torrecuadrada García-Lozano, S. (2016). El interés superior del niño. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 16, 131-157.
57. Unicef. (2006). Convención sobre los Derechos del Niño.
58. Valera, R. (1960). La Biblia. *Sociedades Bíblicas en América Latina*.
59. Vargas, I. (2012). La entrevista en la investigación cualitativa: nuevas tendencias y retos. *Revista Calidad en la Educación Superior*, pp. 119-139.
60. Vivas-Tesón, I. (2008). España: Tres años de matrimonio homosexual. *La enseñanza interdisciplinar del derecho matrimonial*.
61. Zelada, C. J. (2018). ¿Camino al altar?: El matrimonio igualitario en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Iuris Dictio*.

Linkografía:

1. Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 (Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 16 de agosto de 2010). Versión digital disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/MATRIMONIO%20MISMO%20SEXO%20AI%202-2010_0.pdf.
2. Molina Ricaurte, Carlos Jesús, & Carrillo Cruz, Yudy Andrea. (2018). El matrimonio de parejas del mismo sexo y la Corte Constitucional de

Colombia. *Revista de derecho (Valdivia)*, 31(1), 79-103. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502018000100079>

3. Tribunal Distrital de los Estados Unidos Distrito del Este de Michigan División Sur, Sentencia caso DeBoer v. Snyder caso, <https://es.scribd.com/document/213770186/2-12-cv-10285-151-MichiganDecision>
4. Ragone, S. (2013). El matrimonio homosexual en Europa, entre Derecho Político y Derecho Jurisprudencial. Reflexiones a raíz de la reciente jurisprudencia comparada. *Revista: Foro*(16), 241-261. Obtenido de <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/44472/42003>
5. Rodríguez, M. L. (19 de agosto de 2013). *Acerca de la investigación bibliográfica y documental*. Obtenido de Guía de Tesis: <https://guiadetesis.wordpress.com/2013/08/19/acerca-de-la-investigacion-bibliografica-y-documental>