

REPÚBLICA DEL ECUADOR



**INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
UNIVERSIDAD DE POSTGRADO DEL ESTADO**

MAESTRÍA DE DERECHO CON MENCIÓN EN ESTUDIOS JUDICIALES

ARTÍCULO CIENTÍFICO

**ADOPCIÓN HOMOPARENTAL Y EL DERECHO A TENER UNA FAMILIA EN
ECUADOR**

Autor: Estefanía Belén Gutiérrez Santamaría

Director: Milton Enrique Rocha Pullopaxi

Quito, mayo, 2022

REPÚBLICA DEL ECUADOR



**INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
UNIVERSIDAD DE POSTGRADO DEL ESTADO**

Trabajo de titulación para obtener la Maestría de Derecho con Mención en Estudios Judiciales

**ADOPCIÓN HOMOPARENTAL Y EL DERECHO A TENER UNA FAMILIA EN
ECUADOR**

Autor: Estefanía Belén Gutiérrez Santamaría

Director: Milton Enrique Rocha Pullopaxi

Quito, mayo, 2022

Acta de grado

AUTORIA

Yo, Estefanía Belén Gutiérrez Santamaría, con CI 1720962172, declaro que las ideas, juicios, valoraciones, interpretaciones, consultas bibliográficas, definiciones y conceptualizaciones expuestas en el presente trabajo; así cómo, los procedimientos y herramientas utilizadas en la investigación, son de absoluta responsabilidad de la autora del trabajo de titulación. Así mismo, me acojo a los reglamentos internos de la universidad correspondientes a los temas de honestidad académica.



C.I. 1720962172

AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN

"Yo Estefanía Belén Gutiérrez Santamaría cedo al IAEN, los derechos de publicación de la presente obra por un plazo máximo de cinco años, sin que deba haber un reconocimiento económico por este concepto. Declaro además que el texto del presente trabajo de titulación no podrá ser cedido a ninguna empresa editorial para su publicación u otros fines, sin contar previamente con la autorización escrita de la universidad"

Quito, mayo, 2022



ESTEFANÍA BELÉN GUTIÉRREZ SANTAMARÍA
CI 1720962172

DEDICATORIA

Dedico la presente investigación, a aquellas personas que cada día luchan por sus derechos y por una sociedad libre de discriminación.

A Julio Gutiérrez Santamaría, quién es mi inspiración y ejemplo.

RESUMEN

El principal centro de discusión del presente artículo científico es determinar si la norma jurídica contenida en el artículo 68 (2) de la Constitución de la República del Ecuador “la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”, es constitucional y legítima. Toda vez que, con la publicación de las sentencias No. 10-18-CN/19 (matrimonio entre personas del mismo sexo) y No. 11-18-CN/19 de la CCE (matrimonio igualitario) de la Corte Constitucional del Ecuador, en las cuales se reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio y además se detalla como fin legítimo y constitucionalmente válido que persigue Ecuador: constituir una familia (por vínculo jurídicos y de hecho) sin discriminación y gozar de la protección del Estado, se generó otra discusión en torno a la *adopción sin género*, considerando que el grupo LGBTI+, colectivo minoritario e históricamente discriminado, se encuentra excluido del acceso a la institución jurídica referida, limitándose de esta manera el ejercicio de ciertos de sus derechos fundamentales y humanos. El artículo científico será desplegado bajo la perspectiva de una investigación normativo-jurídica, socio-jurídica, ideológico-jurídica y axiológico-jurídica. Además, se desarrollará una investigación dogmática aplicando un estudio exegético, teleológico, sistemático, test de proporcionalidad y la técnica documental; y una investigación sociológica o empírica, utilizando la técnica de entrevista a psicólogas infantiles y a una psiquiatra. Se analizará la adopción en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se catalogarán los derechos de parejas del mismo sexo y de niños, niñas y adolescentes, se verificará si la norma contenida en el artículo 68 (2) de la Constitución de la República del Ecuador es - o no - constitucional y legítima, y se identificarán situaciones jurídicas para la aplicación de la adopción sin género. Para culminar, a manera de conclusión, se determina que la norma referida es restrictiva de derechos, no es razonable, no es proporcional y no garantiza ni protege el interés superior del niño.

Palabras Clave: Igualdad; no discriminación; adopción; homoparental; test de proporcionalidad; interés superior del niño.

ABSTRACT

The focus of discussion of this scientific article is to determine whether the legal norm contained in article 68 (2) of the Constitution of the Republic of Ecuador "the adoption shall correspond only to couples of different sex", is constitutional and legitimate. Since, with the publication of judgments No. 10-18-CN/19 (same-sex marriage) and No. 11-18-CN/19 of the CCE (equal marriage) of the Constitutional Court of Ecuador, which recognizes the right of same-sex couples to marry and also details as a legitimate and constitutionally valid purpose pursued by Ecuador: constitute a family (by legal and de facto link) without discrimination and enjoy the protection of the State, another discussion was generated around genderless adoption, considering that the LGBTI + group, a minority group and historically discriminated against, is excluded from access to the aforementioned legal institution, thus limiting the exercise of certain of their fundamental and human rights. The scientific article will be displayed under the perspective of a normative-legal, socio-legal, ideological-legal and axiological-legal research. In addition, a dogmatic investigation will be developed applying an exegetical, teleological, systematic study, proportionality test and documentary technique; and sociological or empirical research, using the technique of interviewing child psychologists and a psychiatrist. Adoption in the Ecuadorian legal system will be analyzed, the rights of same-sex couples and children and adolescents will be cataloged, it will be verified whether the norm contained in article 68 (2) of the Constitution of the Republic of Ecuador is - or not - constitutional and legitimate, and legal situations will be identified for the application of genderless adoption. To conclude, by way of conclusion, it is determined that the norm is restrictive of rights, is not reasonable, is not proportional and does not guarantee or protect the best interests of the child.

Key words: Equality, non-discrimination, adoption, homoparental, proportionality test, best interests of the minor.

INDICE

1. ADOPCIÓN.....	9
1.1. Concepto teórico-jurídico.....	9
1.2. Principios.....	10
1.3. ¿Derecho o institución jurídica?.....	10
1.4. Procedimiento de adopción.....	11
1.5. Sujetos implicados en el procedimiento de adopción.....	11
2. DERECHOS DE PAREJAS DEL MISMO SEXO Y DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL CONTEXTO DE ADOPCIÓN.....	12
2.1. Obligaciones generales del Ecuador.....	12
2.2. Derecho a la igualdad y a la no discriminación.....	14
2.3. Los derechos a la vida privada y autonomía, vida familiar, protección y constitución familiar, en relación con el principio de igualdad que tienen las parejas homoparentales.....	16
2.4. Familia y derechos de niños, niñas y adolescentes en relación con su interés superior....	19
3. TEST DE PROPORCIONALIDAD.....	20
3.1. Fin legítimo o constitucionalmente válido que persigue una sociedad democrática.....	21
3.2. Idoneidad o adecuación técnica.....	27
3.3. Necesidad o medios alternativos menos lesivos.....	28
3.4. Proporcionalidad en sentido estricto.....	28
El cuarto juicio del test se refiere a la <i>proporcionalidad en sentido estricto</i> . Con esto se busca:	28
3.5. ¿La limitación contenida en el artículo 68 de la CRE (2008) es legítima?.....	29
3.6. Situaciones jurídicas que permiten el acceso de parejas del mismo sexo a la institución jurídica de adopción.....	31
CONCLUSIONES.....	33
BIBLIOGRAFÍA.....	34
ANEXOS.....	37

1. ADOPCIÓN

1.1. Concepto teórico-jurídico

Se advierte de nuestro ordenamiento jurídico, en específico del Código de la Niñez y Adolescencia (2003) (en adelante “CNA”), que la adopción es una institución jurídica-social (que evoluciona como cualquier otra) y que es una medida judicial de protección y de restitución de derechos, de último recurso, que otorga una *familia idónea, permanente y definitiva* a niños, niñas y adolescentes (en adelante “NNA”) que se encuentran en aptitud legal y social para ser adoptados.

En otras palabras, la adopción es el *medio* que permite tener y conformar una familia, pero sobre todo “garantizar una familia a niños, niñas y adolescentes que se encuentran privados de ella y que no pueden ser cuidados por sus familias de origen” (Simon, 2020, p. 405).

Adicionalmente, “el efecto de la adopción es establecer la filiación entre el adoptado y el adoptante, además de todas las relaciones de parentesco correspondientes, asimilándole al hijo o hija biológica para todos los efectos” (Simon, 2020, p. 410). Es decir que, en el Ecuador la adopción es *plena* (Código de la Niñez y Adolescencia [CNA], 2003, art.152).

1.2. Principios

En nuestra legislación, la adopción se encuentra sujeta a varios principios de conformidad con el artículo 159 del CNA. Para efectos del presente trabajo rescatamos el de *prioridad a la adopción por parte de parejas heterosexuales*: “(3) Se priorizará la adopción por parte de parejas heterosexuales constituidas legalmente, sobre la adopción por parte de personas solas”; el de *opinión de los adoptados* “(5) El niño y la niña siempre que estén en condiciones de hacerlo deben ser escuchados en el proceso de adopción y sus opiniones serán valoradas de acuerdo con el desarrollo evolutivo y emocional de cada uno. Es obligatorio el consentimiento del adolescente”; el de *idoneidad y preparación de los adoptantes* “(7) Los candidatos a adoptantes deberán ser personas idóneas”; el de *NNA a estar preparados e informados de su condición* “(8) Los niños, niñas, adolescentes y los candidatos a adoptantes deben recibir una preparación adecuada para la adopción”.

1.3. ¿Derecho o institución jurídica?

Del examen anterior se colige que, en el Ecuador, la adopción es una institución-medio que permite el ejercicio del derecho a tener una familia y a la constitución familiar de *parejas heterosexuales o personas solteras* que se someten a este procedimiento riguroso y rígido, que según el propio MIES toma de dos a tres años hasta su culminación, así como de NNA.

De igual manera, es una medida judicial de protección y de restitución de derechos que otorga una familia idónea, permanente y definitiva a NNA, garantiza el interés superior del niño (en adelante “ISN”) y la efectivización de otro conjunto de derechos.

Además, es una institución que establece filiación entre el adoptado y el adoptante, y todas las relaciones de parentesco correspondientes que se encuentra sujeta a varios principios legales y convencionales.

Ergo, *no es un derecho*, pero si es una institución jurídica que efectiviza el ejercicio de derechos.

1.4. Procedimiento de adopción

Con respecto al procedimiento de adopción, existe una primera fase administrativa que “tiene por objeto:1) estudiar e informar sobre la situación física, psicológica, legal, familiar y social de la persona que va a adoptarse; 2) declarar la idoneidad de los candidatos adoptantes; y, 3) asignar, mediante resolución administrativa, una familia a un niño, niña o adolescente” (Simon, 2020, p.419); fase, que se encuentra a cargo de las unidades técnicas de adopciones (en adelante “UTA”) del Ministerio de Inclusión Económica y Social (en adelante “MIES”) y los comités de asignación familiar (CNA, 2003, art.167).

Una vez hecha la asignación de una familia para un NNA, según sus necesidades características y condiciones, y con la aceptación de los adoptantes y adoptados (CNA, 2003, art.173), procede el llamado *emparentamiento* (CNA, 2003, art.174) que es:

el establecimiento de una vinculación inicial entre el niño, niña o adolescente a adoptarse y el o los candidatos a adoptantes, con la finalidad de comprobar en la práctica de la relación si la asignación ha sido la más adecuada para el niño, niña o adolescente (...). Este procede únicamente si las partes involucradas en la adopción han recibido una preparación adecuada (Simon, 2020, pp.422-423).

Por su parte, la fase judicial tiene por objeto declarar que un NNA está en la aptitud legal y social para ser adoptado (declaratoria de adoptabilidad (CNA, 2003, art.158)), luego de las investigaciones realizadas por parte de un juez de la niñez y adolescencia en las ciudades donde existen, o de un juez civil. De manera que esta fase, termina con una sentencia de adopción que debe ser inscrita en el Registro Civil.

Dado que dentro de toda adopción se encuentran involucrados derechos de NNA, esta institución se encuentra sometida a un *seguimiento postadoptivo*. En el caso que la adopción sea nacional, el seguimiento lo realiza la UTA y en el caso que la adopción sea internacional, el seguimiento lo realiza el MIES.

1.5. Sujetos implicados en el procedimiento de adopción

Según se explicó con anterioridad y conforme lo reafirma el segundo inciso del artículo 68 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante “CRE 2008”) “la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”, se puede inferir que los sujetos involucrados dentro del procedimiento de adopción en nuestro país son:

- (i) Parejas heterosexuales o personas solteras – en calidad de adoptantes –;
- (ii) NNA– en calidad de adoptados-;

De ahí que, en el Ecuador *parejas homoparentales o del mismo sexo se encuentren limitados en el acceso de esta institución jurídica.*

Por ser objeto de este estudio y con el propósito de comprender si la limitación en el procedimiento de adopción de parejas del mismo sexo protege derechos constitucionales, o por el contrario, los desconoce - tomando en consideración que atravesarían las mismas fases que una pareja o persona heterosexual, que se registrarían bajo los mismos principios de la ley y que se someterían al mismo seguimiento postadoptivo- en el siguiente acápite se analizarán los derechos de parejas del mismo sexo y de NNA en el contexto de la adopción.

2. DERECHOS DE PAREJAS DEL MISMO SEXO Y DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL CONTEXTO DE ADOPCIÓN

Antes de abordar los derechos de parejas del mismo sexo, así como de NNA, es necesario comprender las obligaciones generales que tiene el Estado ecuatoriano respecto a los derechos humanos y libertades fundamentales.

2.1. Obligaciones generales del Ecuador

El Estado ecuatoriano tiene la obligación general de respetar y garantizar, *sin discriminación alguna*, los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en la CRE 2008 y demás instrumentos internacionales de los cuales forma parte.

La obligación general referida, se encuentra recogida en el artículo 1 (1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) (en adelante “la CADH”) que señala “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, *sin discriminación alguna*” (Organización de Estados Americanos Convención [OEA], 1969, art. 1.1). (El énfasis nos atañe).

Por su parte, el artículo 24 de este instrumento internacional dispone que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, *sin discriminación*, a igual protección de la ley” (OEA, 1969, art. 24)¹. (El énfasis nos atañe).

¹La Corte IDH ha explicado que (m)ientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que

Respecto a la *obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación alguna y en condiciones de igualdad*, resulta necesario indicar que la Corte IDH ha reiterado la responsabilidad internacional en la que puede incurrir un Estado Parte, por incumplirla. En sus palabras:

el incumplimiento por el Estado de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, mediante cualquier trato diferente que pueda resultar discriminatorio, es decir, que no persiga finalidades legítimas, sea innecesario y/o desproporcionado, le genera responsabilidad internacional. *Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación* (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, 2017, párr. 63). (El énfasis nos atañe)

El Ecuador recoge la primera obligación, en el artículo 3 (1) de la CRE (2008) y los derechos a la igualdad (igual protección de la ley/formal y material) y no discriminación en los artículos 11 (2) y 66 (4). En esa misma línea, respecto a la igualdad y prohibición de discriminación, Ecuador ha ratificado varios instrumentos internacionales de derechos humanos que recogen los derechos expresados y que forman parte del bloque de constitucionalidad².

No obstante, la primera obligación expresada no es la única. Complementariamente el Estado, a través de todas sus autoridades, tiene la obligación de adoptar medidas de cualquier carácter (legislativo, administrativo, judicial, cultural, entre otras) para otorgar efectividad a derechos y libertades, conforme lo establece el artículo 2 de la CADH (1969).

Respecto a esta segunda obligación que tienen los Estados Parte, la Corte IDH ha mencionado que supone:

(i) *la supresión de las normas y prácticas* de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) *la expedición de normas y el desarrollo de prácticas* conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. El Tribunal ha entendido que *la obligación de la primera* vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, *se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas* que tengan esos alcances, según corresponda (Caso La Cantuta vs. Perú, 2006, párr. 172). (El énfasis nos atañe)

apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana (Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012, párr.82).

² Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966); la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1978); la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial; la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como “Convención de Belém do Pará”) (1994); la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999); la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015).

En virtud de las disposiciones de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, Ecuador está obligado a cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe (principio de *pacta sunt servanta*), sin que pueda invocar disposiciones de su derecho interno – *inclusive una norma constitucional* – para justificar su incumplimiento.

Es decir que, el Ecuador, al ratificar varios instrumentos internacionales de derechos humanos, se encuentra en la obligación de respetar (carácter negativo); garantizar (carácter positivo) los derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación alguna; adoptar medidas de cualquier carácter (legislativas, administrativas, judiciales, culturales, etc.) a fin de hacerlos efectivos; y, cumplirlos de buena fe sin la posibilidad de invocar disposiciones de derecho interno para justificar su incumplimiento.

2.2. Derecho a la igualdad y a la no discriminación

En relación con el derecho a la igualdad, es preciso hacer referencia a la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH, instrumento vinculante y de aplicación directa en el sistema jurídico ecuatoriano según sentencia No. 11-18-CN/19³ de la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante “la CCE”); y que se aplica, *mutatis mutandis*, a las observaciones generales⁴ de los órganos creados en virtud de tratados o mecanismos convencionales de la Organización de las Naciones Unidas (*treaty bodies*).

Dentro de la Opinión Consultiva se señala que, es un derecho intrínseco a la dignidad humana y, por tanto, es incompatible con cualquier situación de desventaja, hostilidad o discriminación que restrinja el goce o ejercicio de derechos de un grupo determinado por considerarlo inferior. Al respecto, la Corte IDH ha reiterado que:

los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*⁵.

³ En el caso No. 11-18-CN, debido al control de constitucionalidad concreto que ejerce la CCE, estableció que no existe contradicción entre el artículo 67 de la CRE 2008 y la CADH, interpretada por la Corte IDH mediante la Opinión Consultiva OC 24/17 que reconoce el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo, en los siguientes términos: “*Decisión: 1. Determinar que la Opinión Consultiva OC24/17 (...) expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de noviembre de 2017 es una interpretación auténtica y vinculante de las normas de la CADH, que forma parte del bloque de constitucionalidad para reconocer derechos o determinar el alcance de derechos en Ecuador*” (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2019, Sentencia No. 11-18-CN/19, párr. 300). (El énfasis nos atañe)

⁴ Las observaciones generales de los órganos creados en virtud de tratados o mecanismos convencionales de la ONU son guías para que los Estados Parte conozcan a detalle sus obligaciones y apliquen las distintas convenciones de Derechos Humanos.

⁵ El *ius cogens* o *jus cogens*, recogido en el Art. 53 de la Convención de Viena, es aquella norma imperativa aceptada por la comunidad internacional en su conjunto, que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de la misma naturaleza.

Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, 2017, párr. 61). (El énfasis nos atañe)

El derecho a la igualdad tiene dos dimensiones, *la formal y la material*. De acuerdo con la Norma Fundamental, “la igualdad formal implica trato idéntico a sujetos – individuos colectivos – que se hallan en la misma situación” (CCE, 2015, Sentencia No. 258-15-SEP-CC, p. 21).

Para entender cuándo un trato no idéntico puede resultar discriminatorio, respecto a sujetos que se hallan en la misma situación, la CCE ha establecido dentro de su jurisprudencia los siguientes criterios valorativos, (I)os tratos diferentes que pueden resultar discriminatorios i) aparecen incluidos como categorías prohibidas en el texto constitucional; (...) ii) restringen derechos constitucionales; y iii) generalmente afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y que requieren especial protección por parte del Estado (CCE, 2013, Sentencia No. 080-13-SEP-CC, p. 16).

Las *categorías prohibidas o sospechosas* son aquellas que se utilizan para generar un trato diferenciado de una persona o colectivo marginado o vulnerable, con el objetivo de colocarlos en una situación de desventaja, *exclusión* o desprotección, lo que genera que se deba presumir su inconstitucionalidad, a menos que se demuestre lo contrario con razones objetivas y razonables.

La Corte IDH dentro del *caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, por primera vez, determinó que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas, ya que se encuentra comprendida en el artículo 1 (1) de la CADH (1969) bajo la denominación “*otra condición social*”:

la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual (Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012, párr. 91). (El énfasis nos atañe)

Pese a ello, en Ecuador tanto en la Norma Fundamental como en normas infraconstitucionales⁶, se excluye a las parejas homoparentales de la capacidad de adoptar, basándose en una categoría sospechosa – orientación sexual e identidad de género – y en el discurso normalizado de la “*heteronormatividad*”:

⁶Artículo 46 inciso final de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles y artículos 153 numeral 3 y 159 numeral 6 del Código de la Niñez Adolescencia.

la heteronormatividad comprende el conjunto de factores sociales, políticos y económicos impuestos por el patriarcado que se expande tanto en lo público como lo privado, donde la única forma aceptable y normalizada de expresión de los deseos sexuales y afectivos, inclusive en la propia identidad, es la heterosexual, mediante la cual lo masculino y femenino son inmanente complementos en cuanto a su sexualidad, satisfacción, preferencias sexuales y roles definitivos (Paspuel, 2019, p. 29).

Paspuel, aludiendo las palabras del expresidente de la República del Ecuador, Rafael Correa, dentro de un enlace ciudadano en el año 2013, menciona un claro ejemplo del discurso normalizado referido:

un ejemplo de aquello “yo sinceramente pienso que los niños al ser adoptados deben estar en la familia tradicional (...) porque creo que es la base de la sociedad, la familia, hombre, mujer, niño” (Paspuel, 2019, p. 29).

Por otra parte, la *dimensión material* se implanta en el artículo 11 (2) tercer inciso de la CRE (2008), al señalar la obligación del Estado de adoptar medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. En palabras de la CCE, “esta dimensión del derecho supone en cambio, que los sujetos se hallen en condiciones diferentes, por lo que requieran un trato distinto que permita equiparar el estatus de garantía en el goce y ejercicio de sus derechos” (CCE, 2015, Sentencia No. 258-15-SEP-CC, p. 21).

Como resultado, surge dentro de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana el concepto de distinción, frente al concepto de discriminación. Salgado expone:

se empleará el término *distinción para lo admisible en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo* y se empleará el término *discriminación para lo inadmisibles por violar derechos humanos.*” En otras palabras, si el trato diferente es arbitrario e impone una desventaja a una persona o grupo de personas que limita o anula el ejercicio de sus derechos humanos, estamos frente a una discriminación. En cambio, si es que el trato diferente es razonable (adecuado, necesario y proporcional), precisamente, para garantizar el ejercicio de derechos humanos – en igualdad de condiciones-estamos frente a una distinción (Salgado, 2013, p.74). (El énfasis nos atañe)

Lo cual apunta hacia la existencia de becas estudiantiles con cupos para ciertos grupos sociales, leyes “equiparadoras” de género, leyes intergeneracionales, exoneración de impuestos, entre otros.

2.3. Los derechos a la vida privada y autonomía, vida familiar, protección y constitución familiar, en relación con el principio de igualdad que tienen las parejas homoparentales

Antes de abordar la conceptualización y alcance de los derechos referidos, es necesario establecer inicialmente un concepto doctrinario de *familia*, debido a la falta de

conceptualización normativa en el Ecuador y en el ámbito internacional. Para el efecto, Puchaicela y Torres (2020) proponen:

la *familia* es un conjunto de personas con las cuales el individuo desarrolla un significativo *lazo afectivo, brindándole un sistema de apoyo y protección, que le permite crecer y desarrollarse emocional como fisiológicamente con la finalidad de desenvolverse en la sociedad*. De ahí que, para un adecuado abordaje sobre el estudio de la familia es necesario conocer diversos enfoques; para ello, se revisa tres perspectivas: *Sentido de parentesco (...)* *Perspectiva biológica (...)* *Perspectiva jurídica*: Aquí se relaciona el vínculo biológico con el jurídico, es decir, la relación intersexual y la filiación se encuentran sujetas a una estructura normativa; *de esta manera se presentan distintos tipos de figuras* que pueden dar origen a la institución de la familia, como lo es el matrimonio, la filiación, la unión de hecho, el acogimiento familiar, *e incluso la adopción* (p.3). (El énfasis nos atañe)

Es importante reconocer su “iimportancia neurálgica (...) como institución social, la cual surge de las necesidades y aspiraciones más básicas del ser humano. Busca realizar anhelos de seguridad, conexión y refugio que expresan la mejor naturaleza del género humano” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, 2017, párr. 176). De manera que, el artículo 17(1) de la CADH (1969) dispone “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y *debe ser protegida por la sociedad y el Estado*” (El énfasis nos atañe).

Como toda institución social y jurídica, reconocida en el artículo 17 de la CADH (1969) y el artículo 66 (20) de la CRE (2008), la familia no ha estado al margen de la evolución y el desarrollo de las sociedades. Es por ese motivo que, la Corte IDH ha expresado que:

en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma (...) refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia” (Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012, párrs.142-145).

El Ecuador, al ser un Estado constitucional de derechos y justicia, laico e intercultural, ha reconocido, por primera vez y de manera explícita, a la familia en sus *diversos tipos, protegiéndola como núcleo fundamental dentro de una sociedad*⁷ en el artículo 67 de la CRE (2008), así como dentro de su jurisprudencia constitucional.

Como ejemplos de la evolución de esta institución dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, encontramos el reconocimiento de la familia homoparental, entendida como “uniones afectivas constituidas (en forma jurídica y, de hecho) por personas del mismo sexo (...). Esta realidad implica una ruptura en la normalidad heterosexual llegando a postular que estas familias son transgresoras al interés superior del niño⁸” (Ordeñana y Barahona, 2016,

⁷ El concepto de célula o núcleo fundamental de la sociedad fue recogido por primera vez en la Constitución de 1967, manteniéndose en las Constituciones de 1978, 1998 y 2008.

⁸El capítulo 2.1.b del presente trabajo, desnaturalizará la idea de que las familias homoparentales son transgresoras del interés superior del niño.

p.42). Asimismo, se reconoce la familia monoparental; la familia ensamblada; la familia ampliada; la familia adoptiva; la familia transnacional; la familia disgregada; entre otras que pueden manifestarse en la sociedad.

La CCE utilizando interpretaciones de la Corte IDH y en general el sistema internacional de derechos humanos, ha enfatizado que todos los “núcleos de familia” son iguales en dignidad y protección constitucional sin que “se puedan determinar definiciones o formas familiares excluyentes” (Simon, 2020, p. 33):

la familia adquiere una diversidad de formas de constitución, evidenciando la riqueza de la pluralidad de relaciones humanas en un *Estado intercultural*, razón por la cual, las familias continúan siendo la célula fundamental de la sociedad y el espacio primario de formación de las personas; misma que dinamiza su desarrollo a través de los tiempos y cambios de condiciones de vida. Entonces, *una concepción de familia ha de ser incluyente y garantista de derechos*, con el objetivo de tutelar toda aquella convivencia orientada por el principio de solidaridad en función de lazos afectivos y emocionales conjuntos (CCE, 2018, Sentencia No. 184-18-SEP-CC, p. 8). (El énfasis nos atañe)

Lo cual permite inferir que esta institución, sin perjuicio de su conformación y modalidades, requiere de la protección de la sociedad y el Estado, aún más cuando esté “conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, 2017, párr. 179) que han sido tradicionalmente discriminadas.

La *vida familiar*, la cual forma parte del derecho a la vida privada y autonomía que se encuentra reconocido en el artículo 11 (2) de la CADH (1969) “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada” (tanto por terceros, como por el Estado), no puede estar reducida a un modelo tradicional, es decir al matrimonio con hijos, ya que la vida familiar puede “abarcar otros *lazos familiares de hecho* donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” (Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012, párr. 142). (El énfasis nos atañe).

La orientación sexual e identidad de género forman parte de la vida privada y de la autonomía de las personas, de manera que el Estado ecuatoriano no puede interferir arbitrariamente en su ejercicio. Por el contrario, tiene la obligación de *proteger* todo núcleo familiar en su diversidad, así como favorecer su desarrollo y fortaleza, sus derechos y sus necesidades. No puede interferir directamente, sin argumentos objetivos o justificados, en las figuras que pueden *constituir* o dar origen a esta institución social, como es el caso de la adopción. Esto debido a que la constitución familiar “es un derecho humano y a la vez, un derecho fundamental, debido a que, por un lado, es intrínseco a la persona y constituye un elemento esencial para el desarrollo de esta, y por otro, es garantizado por el Estado en una dimensión moral” (Paspuel, 2019, p. 40); más aún si la intromisión se basa en el sexo, identidad de género u orientación sexual de las personas y de parejas homoparentales.

Ahora bien, “constituir una familia (por vínculo jurídicos y, de hecho) sin discriminación y gozar de la protección del Estado, es un fin (...) constitucionalmente válido que persigue

el Ecuador” (CCE, 2019, Sentencia No. 11-18-CN/19, párr. 107). Y que una pareja homoparental puede escoger los mismos medios⁹ que una pareja heterosexual, para poder constituirla.

Entonces, cabe preguntarse si el ejercicio de los derechos a la igualdad, no discriminación, vida privada y autonomía, vida familiar, protección y constitución familiar es absoluto e ilimitado. Para el efecto, en el capítulo III se analizarán estos derechos, a la luz del test de proporcionalidad, en el marco de las limitaciones o restricciones legítimas de los derechos humanos y fundamentales, ya que “la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva” (Corte IDH, Caso Duque Vs. Colombia, 2016, párr. 106).

2.4. Familia y derechos de niños, niñas y adolescentes en relación con su interés superior

La familia es una institución y su constitución es un derecho que satisface varias necesidades y permite el ejercicio de otros derechos que tiene toda persona para poder desenvolverse en la sociedad. En palabras de Ordeñana y Barahona (2016), la CCE, en sentencia No. 064-15-SEP-CC, mencionó que “provee a las personas, especialmente a los niños, de elementos objetivos y subjetivos necesarios para desarrollar su personalidad y su proyecto de vida; es decir la constitución familiar es inherente al ser humano y necesaria para tutelar el buen desarrollo de las personas en sociedades” (pp.108-109).

Es fuerza concluir que “el derecho del niño a desarrollarse en un núcleo familiar forma parte indispensable de su interés superior, pues es en dicho entorno en el que se consolida su ser, ver y actuar en el presente y en el futuro” (Ordeñana y Barahona, 2016, p.109). Consecuentemente, es a través de la familia que NNA pueden ejercer sus derechos reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, así como en el artículo 44 (2) de la CRE (2008). En especial el “desarrollo integral, (...) como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar (...) de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales”; y en el artículo 45 (1) (2) de la CRE (2008):

el Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. 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*; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a *ser consultados en los asuntos que les afecten*; a *educarse de manera prioritaria* en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar (Énfasis añadido).

⁹ Matrimonio, unión de hecho, adopción, filiación, el uso de técnicas de reproducción asistida, entre otros.

3. TEST DE PROPORCIONALIDAD

Según Mogrovejo, Erazo, Pozo y Narvaez (2019) el test de proporcionalidad o principio de proporcionalidad se entiende como un criterio limitador de derechos y un control judicial de restricciones de derechos; así como, una técnica de interpretación, una herramienta para alcanzar un grado de racionalidad en sentencias, un mecanismo procesal encaminado a resolver conflictos entre valores constitucionalmente protegidos (p.3).

Asimismo, mencionan que, si bien la CRE (2008) no hace referencia explícita del test de proporcionalidad, la CCE lo usa en su jurisprudencia. Por ejemplo, rescatamos las sentencias No. 11-18-CN/19 de fecha 12 de junio de 2019¹⁰ y No. 34-19-IN/21 y acumulados de fecha 28 de abril de 2021¹¹. Además, que éste se deriva de disposiciones convencionales internacionales, sobre todo, del Art. 30 de la CADH (1969). Finalmente, que, el principio de proporcionalidad se encuentra reconocido en el Art. 3 (2) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) (en adelante “la LOGJCC”); y que, se fundamenta en los principios recogidos en el Art. 11 de la CRE (2008), el debido proceso y el Estado constitucional de derechos y justicia (Mogrovejo et al., 2019).

Debido a este test es posible restringir y afectar el ejercicio de un derecho, a fin de efectivizar y promover otro. En tal virtud, el pleno ejercicio del segundo derecho es el objetivo de la limitación o, entendido de otra manera, *el fin legítimo que persigue una sociedad democrática*. Clérico (2018) explica que:

se trata de identificar la colisión entre, por lo menos, dos normas (la que justifica el fomento del derecho promovido), en adelante P2, y la que se refiere al derecho afectado por la promoción del primero, en adelante P1, que no pueden ser realizadas al mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias de forma completa. Un paso adelante en la realización de uno exige la disminución de la realización del otro (es decir, su restricción) y a la inversa, salvo que pueda encontrarse una forma de realización en la que se evite la restricción del derecho afectado (p.32).

En este orden de ideas, cabe preguntarse ¿cuál es la herramienta o mecanismo para determinar si la restricción y afectación de un derecho, a fin de efectivizar y promover cualquier otro, es constitucional? En efecto, la constitucionalidad de la restricción y afectación se la pueda determinar mediante el test de proporcionalidad.

Conforme lo ha establecido la jurisprudencia, este test debe cumplir con cuatro subprincipios o juicios: fin legítimo o constitucionalmente válido que persigue una sociedad democrática, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

¹⁰ En el caso N. 11-18-CN, la CCE utiliza el test de proporcionalidad para que parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. (Matrimonio igualitario).

¹¹ En el caso N. CASO No. 34-19-IN Y ACUMULADOS, la CCE utiliza el test de proporcionalidad para que mujeres víctimas de violación puedan interrumpir su embarazo (Despenalización del aborto en casos de violación).

Así, la falta de uno de los cuatro elementos señalados “es suficiente para considerar que la medida que restringe y afecta un derecho no es proporcional y, en consecuencia, es inconstitucional” (Mogrovejo et al., 2018, pp. 101-102). En tal virtud:

la Corte Constitucional ha declarado (...) que *se habrá superado tal control de constitucionalidad*, si de dicho examen, se deduce que los fines mediatos e inmediatos protegidos, son lo suficientemente relevantes; si la medida es idónea y necesaria para alcanzar esas metas; y si, en fin, existe proporcionalidad en sentido estricto (Sentencia No. 002-11-SIN-CC, 2011) (Mogrovejo et al, 2019, p. 102). (El énfasis nos atañe)

3.1. Fin legítimo o constitucionalmente válido que persigue una sociedad democrática

El *fin legítimo o constitucionalmente válido que persigue una sociedad democrática* es aquel derecho o bien colectivo que el Estado intenta promover o proteger. En palabras de la CCE “el fin constitucionalmente válido es un concepto abierto que permite un margen de interpretación (...) Corresponde, entonces, buscar los fines (...) en el propio texto constitucional” (CCE, 2019, Sentencia No. 11-18-CN/19, párr. 89). Además, con referencia a lo anterior, es importante anotar que:

si los objetivos legítimos establecidos en la Constitución para restringir un derecho no son compatibles con los establecidos en el marco internacional, la restricción no tendría legitimidad. Por lo que (...) es mejor hacer una interpretación conforme de los objetivos considerados legítimos tanto en las leyes locales como en los tratados internacionales para operar una restricción” (Vázquez, 2016, p.60).

Para que opere una restricción en el ejercicio de un derecho humano, el fin debe: a) encontrarse en la Constitución o instrumentos internacionales de protección de derechos humanos; b) reconocer y garantizar el ejercicio de otros derechos; y, c) ser compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Corresponde al análisis del presente trabajo, buscar en el artículo 68 y en general en toda la CRE (2008), los fines legítimos que justifiquen la restricción del ejercicio de los derechos a la igualdad, no discriminación, vida privada y autonomía, vida familiar, protección y constitución familiar de parejas homoparentales en torno a la adopción; no obstante, la Norma Fundamental no menciona de forma explícita o implícita fin alguno para justificar esta prohibición.

Por tanto, se buscará desmitificar jurídicamente, dos argumentos, que ha nuestra óptica, son los principales fundamentos de la sociedad ecuatoriana para prohibir la adopción en parejas del mismo sexo.

a. Protección de la “familia tradicional” como un fin legítimo

En primer lugar, es preciso discutir si la protección de la “*familia tradicional*” es un fin legítimo o constitucionalmente válido que persigue una sociedad democrática, para que la restricción en el ejercicio de los derechos señalados no sea arbitraria.

Este argumento lo encontramos desarrollado en la exposición que realizó Rosanna Queirolo dentro de la Asamblea Constituyente, respecto al inciso 2 del artículo 68 de la CRE (2008):

algo excesivamente preocupante en este artículo es la declaración lírica que reza: “El derecho de adopción corresponde solo a parejas del mismo (sic) sexo”, pero quién impide que un individuo homosexual adopte un niño como padre soltero o madre soltera, quién impide que luego de formalizar la adopción el padre adoptivo se una con otra persona del mismo sexo; la respuesta es sencilla, nadie lo puede impedir. De igual gravedad sería en el caso de un matrimonio que procrea hijo, luego deciden divorciarse, si uno de ellos en un futuro decide hacerse homosexual y vivir con una persona del mismo sexo, qué pasará con esos niños, en qué clase de hogar crecerían estos niños, y bajo qué ejemplos y valores. Entonces, gracias al reconocimiento jurídico de la unión de hecho de personas del mismo sexo y el reconocimiento de la familia en sus diversos tipos se está formalizando” (Paspuel, 2019, p. 40).

Resulta que el objetivo de la diferenciación de trato que hizo el Estado, a través de su constituyente, en relación con la capacidad de adoptar que tienen las parejas de distinto sexo, respecto a las parejas del mismo sexo, fue basar su otorgamiento en función del modelo de *familia tradicional*, para que NNA en condiciones de adoptabilidad, puedan “*precautelar*” sus valores y ejemplos.

Dicho de otra forma y como se puede observar de la exposición citada, el Estado ecuatoriano limitó, sin mayor argumento y bajo el discurso normalizado de heteronormatividad, el ejercicio de los derechos a la igualdad, no discriminación, vida privada y autonomía, vida familiar, protección y constitución familiar que tienen las parejas del mismo sexo, a fin de que NNA crezcan en un hogar tradicional con valores y ejemplos. Por tanto, rescatamos lo mencionado por la Corte IDH:

una determinación a partir de *presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental* de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño *no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño*. La Corte considera que *no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual*, es decir, preconcepciones de los atributos conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños (Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012, párr.111). (El énfasis nos atañe)

Se debe destacar nuevamente que, dentro de la propia Norma Fundamental *no se encuentra norma alguna* para justificar o considerar que la familia tradicional es un fin constitucionalmente válido que persigue una sociedad democrática o que, por el contrario,

indique que una familia no tradicional vulnere el interés superior de NNA y sus derechos conexos, o desquebraje las buenas costumbre, principios o valores.

Eso sí, el hecho de que el artículo 67 de la CRE (2008), reconozca a “*la familia en sus diversos tipos*. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y *garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines (...)*” (El énfasis nos atañe); autoriza a afirmar que, la “*familia tradicional*” no es un fin legítimo o constitucionalmente válido que persiga una sociedad democrática y en cambio, que formar una familia sin discriminación tanto de parejas homoparentales como de NNA y de gozar de la protección del Estado, si lo es.

De igual forma, el hecho de que el inciso 1 del artículo 3 de la CRE (2008) disponga “*garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales*”; permite inferir que el inciso segundo del Art. 68 de la CRE (2008) “*la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo*” es una medida restrictiva, arbitraria e injustificada en el ejercicio de derechos de parejas homoparentales, ya que la restricción no protege fin alguno, no garantiza el ejercicio de otros derechos, no es compatible con estándares internacionales y “*priva a niños y niñas de acceder a un hogar por un específico criterio de composición*” (Paspuel, 2019, p. 41). Así como su derecho de tener una familia.

b. El “interés superior del niño” como fin legítimo en una sociedad democrática

A fin de determinar si el ISN es un fin legítimo o constitucionalmente válido que persigue una sociedad democrática, que permita restringir el ejercicio de los derechos a la igualdad, no discriminación, vida privada y autonomía, vida familiar, protección y constitución familiar de parejas homoparentales, es importante referirnos a lo establecido por la Corte IDH:

el objetivo general de proteger *el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso*. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños *se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades* (Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012, párr.108). (El énfasis nos atañe)

Por tanto, el ISN es un fin legítimo por sí mismo, ya que a) garantiza y reconoce el ejercicio de derechos de NNA, como son vida, *tener una familia*, disfrutar de la convivencia familiar, cuidado, protección, libertad, dignidad, a ser consultados y opinar en los asuntos que les afecten, integridad, *identidad*, desarrollo integral, salud, nutrición, educación, entre otros; b) es compatible con estándares internacionales; y, c) se encuentra en el propio texto de la Norma Fundamental e instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

Sin embargo, decir que el ISN es un fin constitucionalmente válido que persigue una sociedad democrática, no resuelve ni agota el problema jurídico planteado dentro de este acápite, por consiguiente, corresponde dilucidar si este fin puede restringir el ejercicio de los derechos a la igualdad, no discriminación, vida privada y autonomía, vida familiar, protección y constitución familiar de otro grupo de personas, en el caso que nos merece, de parejas homoparentales; y si este fin, puede amparar y legitimar la diferencia de trato que hace la CRE (2008) en el inciso segundo del artículo 68, basándose en su orientación sexual o identidad de género.

A fin de responder las interrogantes, enfatizamos lo expuesto por la Corte IDH:

al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, *la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos.* De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia (Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012, párr.110).

Se concluye que el ISN como fin legítimo *per se*, con su sola referencia o con la inexistencia de un análisis, en concreto, de los riesgos o daños que una categoría protegida, en el caso *sub examine*, la orientación sexual o identidad de género podrían conllevar al mismo, no podría ser utilizado para restringir el ejercicio de derechos humanos de otro grupo de personas; y peor aún, para amparar y legitimar una discriminación.

Aterrizando lo referido al caso ecuatoriano, es necesario señalar que dentro de la CRE (2008) *no se encuentra norma alguna* que indique que la adopción homoparental, la orientación sexual o identidad de género pongan en riesgo, vulneren, o dañen el interés superior de NNA, así tampoco, existe un análisis normativo, jurisprudencial, doctrinario o algún caso en particular que sostenga o fundamente que el mecanismo de adopción para parejas del mismo sexo, la orientación sexual o identidad de género, se contrapongan al ISN y sus derechos conexos.

La orientación sexual o identidad de género tampoco son criterios válidos para determinar la capacidad o idoneidad de un padre o una madre adoptante; por el contrario, su situación física, psicológica, legal, familiar y social, si lo son.

Lo cual permite inferir que, la diferencia de trato que hace la CRE (2008) en el inciso segundo del artículo 68, no tiene sustento alguno, restringe derechos y ampara una distinción basada en la orientación sexual o identidad de género de parejas homoparentales.

Ahora resulta necesario verificar si la prohibición de la institución jurídica de adopción en parejas del mismo sexo, que se encuentra basada en la orientación sexual o identidad de género de este grupo minoritario dentro del propio texto constitucional, verdaderamente fomenta, garantiza, promueve y protege el ISN; o, por el contrario, lo desconoce y afecta; y para el efecto, se tomarán en cuenta los análisis normativo-jurídico y psico-jurídico.

En relación con el análisis normativo-jurídico, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención de la Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, en palabras de Paspuel (2019), señalan que la adopción, como medida protección, busca:

precautelar el interés superior del niño, niña y adolescente, colocándole bajo la protección de una familia, que lo provea de atención emocional y económica (...) constituye un mecanismo mediante el cual se logra garantizar el interés superior del menor, en el sentido que la misma permite la efectivización de otro conjunto de derechos (p. 25).

Por su parte, el artículo 151 del CNA (2003) menciona que el objeto de la adopción es “garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados.”

Se puede apreciar que la adopción, sea cual fuere la orientación sexual o identidad de género de sus solicitantes, es un mecanismo que garantiza y se pone al servicio del ISN ya que a través de esta institución, se satisfacen las necesidades físicas, sociales, afectivo-emocionales y económicas de NNA y se efectivizan varios de sus derechos conexos como son: vida, tener una familia, disfrutar de la convivencia familiar, cuidado, protección, libertad, dignidad, a ser consultados y opinar en los asuntos que les afecten, integridad, identidad, desarrollo integral, salud, nutrición, educación, entre otros.

Asimismo “es importante resaltar las funciones que debe cumplir la familia adoptiva, siendo ellas: el acompañamiento psicológico, el crecimiento y desarrollo humano bajo las figuras de protección valores, normas, cuidado, lo que formarán la personalidad del sujeto en el presente futuro” (Paspuel, 2019, p. 25).

Con el objetivo de reafirmar que la adopción homoparental, la orientación sexual o identidad de género no vulneran ni ponen en riesgo el ISN, se realizaron dos entrevistas a expertas¹² en psicología infantil y otra entrevista a una experta psiquiatra¹³. De estas entrevistas se llegó a las siguientes conclusiones:

- (i) Las familias homoparentales son funcionales, estructuradas, tienen roles identificados y cualquier persona dentro de la estructura del hogar puede atender actividades independientemente de su sexo biológico.
- (ii) Los NNA que pertenecen a familias homoparentales no presentan dificultades en su desarrollo.

¹² PsCI. Melissa Pazmiño, Psicóloga Clínica, Magíster en Psicología Clínica con mención en Psicopatología y Psicoanálisis, Docente Universitaria, con 7 años de experiencia; y, PsCI. Consuelo Guayasamín, Doctora en Psicología, Psicorrehabilitación y Educación Especial, Magíster en Psicopedagogía, Diplomado en dificultades de la lectura y escritura, con 25 años de experiencia en tratar niños, niñas y adolescentes de 3 a 17 años.

¹³ Psiq. Karla Vivanco, Doctora en Medicina General, Especialización en Psiquiatría y Subespecialización en terapia sistémica familiar y de pareja, con un año y medio de experiencia. Ha ejercido su profesión en Hospital Solca Quito, Fundación Desafío Juvenil y Hospital San Juan de Dios.

- (iii) Los NNA que pertenecen a familias homoparentales si se enfrentan a prejuicios¹⁴ por parte de otros niños que se apoyan en las creencias de sus padres, así como de la sociedad.
- (iv) Los NNA que pertenecen a familias homoparentales no tienen dificultades para establecer relaciones sociales con compañeros y adultos.
- (v) La orientación sexual o identidad de género de los padres adoptantes afecta en el auto concepto y comportamiento de NNA en la medida que son más sensibles, inclusivos y con criterio amplio sobre las diversidades.
- (vi) Las preferencias sexuales de NNA no devienen del ejemplo de sus padres en virtud de que, en la actualidad, la mayoría de homosexuales provienen de familias heteroparentales.
- (vii) De ninguna manera tener padres del mismo sexo genera trastornos psiquiátricos o compromete de manera negativa la salud mental y física de NNA.
- (viii) *La orientación sexual o identidad de género de los padres adoptantes no determinan la capacidad e idoneidad parental, pues ambas están establecidas por la madurez, preparación, calidad humana y la forma en que cada padre quiera hacerse presente en la vida de sus hijos.*
- (ix) No existe texto científico que desaconseje la adopción homoparental.
- (x) Los impedimentos de la adopción homoparental en nuestra sociedad devienen de cuestiones religiosas, morales, ideológicas, entre otras.
- (xi) Los protocolos de adopción contemplan algunas variables a considerarse - económicas, emocionales, sociales, culturales, psicológicas – para que una pareja se considerada idónea. Por lo que, los mismos criterios pueden aplicarse a familias homosexuales.
- (xii) Todos los hogares, sin importar que sean homosexuales o heterosexuales, siempre deben tener un seguimiento psicológico con los hijos, con el objetivo de hacer seguimiento de su comportamiento, personalidad y sexualidad de los padres.
- (xiii) Se recomienda la adopción homoparental ya que todo NNA tiene derecho a una familia, educación, salud, amor y respeto. Esto, tiene más peso que la orientación sexual de las personas que pueden proveerles esto.

De lo anteriormente expuesto, se llega a la conclusión que el ISN como fin *per se* no puede ser tomado como argumento para restringir derechos de parejas del mismo sexo, ya que la prohibición de la institución jurídica de adopción para este grupo minoritario, basada en su orientación sexual o identidad de género, no fomenta, no garantiza, no promueve ni protege el ISN; más bien, lo desconoce.

¹⁴ Ver más: (e)n cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un "daño" válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad (Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012, párr.121). (El énfasis nos atañe)

Para que este *derecho* sea aplicado, de manera directa e inmediata, en relación con los derechos de cualquier otro grupo de sujetos, se debe verificar un riesgo o daño válido en los derechos de NNA, no a la inversa; y conforme ha quedado demostrado en el ámbito normativo y psicológico-psiquiátrico, el ISN y sus derechos conexos, se ven garantizados a través de la adopción, sin importar la orientación sexual o identidad de género de los adoptantes.

No obstante, aquellos niños y niñas que estén en condiciones de expresar su opinión siempre deben ser escuchados y consultados en las fases administrativas y judiciales de la adopción. De igual manera que, el consentimiento del o de la adolescente es obligatorio. Por consiguiente, las opiniones deberán ser valoradas de acuerdo con su desarrollo evolutivo y emocional, antes de otorgarles una familia homoparental idónea, permanente y definitiva; y siempre prestando atención a las características particulares de las situaciones en las que estos se encuentren.

Observamos que no existe contraposición entre el ISN con respecto a los derechos de parejas homoparentales, ya que ambos derechos se complementan para fomentar el ISN, mediante la formación de una familia sin discriminación.

Por consiguiente, conforme se explicó en las primeras líneas de este acápite, no existe finalidad constitucional alguna para restringir el ejercicio de los derechos humanos de parejas del mismo sexo basándose en su orientación sexual o identidad de género, en torno a la adopción; *lo cual, resulta suficiente para determinar que el inciso 2 del artículo 68 de la CRE (2008) es inconstitucional*; no obstante, para efectos del presente trabajo, se analizará el resto de juicios que componen el test de proporcionalidad.

3.2. Idoneidad o adecuación técnica

El segundo juicio del test de proporcionalidad se refiere a la *idoneidad o adecuación técnica*, esta implica “que la medida tomada sea adecuada para cumplir con el fin constitucional (...) En consecuencia, una medida no es idónea si es que no contribuye de forma alguna al fin constitucional” (CCE, 2019, Sentencia No. 11-18-CN/19, párr.110). Igualmente, Moresco (2008) menciona sobre la idoneidad “el sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho sea adecuado para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido” (p.71). Por su parte, el ámbito convencional, con la Corte IDH, reproduce este subprincipio en el siguiente sentido “(i) *Adecuación* de los medios a los fines; (...) los derechos fundamentales contenidos en la CADH, solo pueden ser limitados por un bien protegido de relevancia convencional, y no por intereses de menor relevancia jurídica” (Espinosa, 2017, p.23).

Reitérese que, tanto la familia tradicional como el ISN, no son fines constitucionalmente válidos para restringir el ejercicio de derechos de parejas homoparentales, sin embargo, el formar una familia sin discriminación tanto de parejas homoparentales como de NNA y de gozar de la protección del Estado, *si lo es*.

Por tanto, la exclusión de la adopción en parejas del mismo sexo no cumple ni preserva el fin constitucionalmente válido anotado, fin que tiene relevancia nacional y convencional, puesto que, limita que parejas del mismo sexo y NNA puedan formar una familia sin discriminación; en consecuencia, la restricción constante en el segundo inciso del artículo 68 de la CRE (2008), *no es una medida idónea*.

3.3. Necesidad o medios alternativos menos lesivos

Posteriormente, el tercer juicio del test de proporcionalidad se refiere a la *necesidad o medios alternativos menos lesivos*, el cual requiere que se adopte la medida que menos afecte el derecho cuyo ejercicio se busca limitar. En palabras de la CCE:

la medida escogida tiene que ser entre todas las posibles a tomar, la menos gravosa para el ejercicio de derechos, la que provoque el menos daño posible para lograr el fin constitucional, la mejor alternativa entre las disponibles. La necesidad obliga enumerar las medidas existentes para cumplir el fin y compararlas” (CCE, 2019, Sentencia No. 11-18-CN/19, párr.112).

Se puede citar a Moresco (2008) que explica “el sacrificio impuesto sea necesario –que no exista otro menos lesivo – para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido” (p.71). De manera semejante, García (2017) menciona que para superar este examen “se requiere que no hubiera un medio alternativo que, beneficiando igualmente el derecho o principio que se protege (...) dañe menos el derecho que merma, o tenga un coste menor en derechos” (p.112). Ahora bien, en el ámbito convencional, Espinosa (2017) explica “la necesidad o intervención mínima exige que la medida restrictiva sea indispensable para la conservación de un derecho convencional y no se la pueda sustituir por otra medida eficaz pero menos gravosa a los derechos humanos” (p.23).

La exclusión de la adopción en parejas del mismo sexo es la medida más gravosa y la que más afecta el fin constitucionalmente válido anotado, puesto que no se garantiza, de ninguna manera, el derecho a formar una familia sin discriminación. En tal caso, una medida existente para cumplir con el fin referido sería el de permitir que todas las personas puedan acceder a la adopción, entre las que se encuentran las parejas homoparentales.

Por tanto, la restricción constante en el segundo inciso del artículo 68 de la CRE (2008), *no es una medida necesaria*.

3.4. Proporcionalidad en sentido estricto

El cuarto juicio del test se refiere a la *proporcionalidad en sentido estricto*. Con esto se busca:

que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional (...) exige mirar con atención los derechos de otras personas o grupos que podrían afectarse por la medida en escrutinio. En la proporcionalidad se aprecia los derechos de unos titulares con otros titulares, cuyo

ejercicio entra en colisión, tensión o podría provocar una restricción. *Para que una restricción de derechos sea legítima la realización de otros derechos debe ser mayor o al menos equivalente (...)* Si la medida restrictiva tiene consecuencias desventajosas para un grupo humano comparado con el goce o realización del grupo que ejerce derechos, entonces la afectación al derecho a la igualdad será mayor (CCE, 2019, Sentencia No. 11-18-CN/19, párr. 118). (El énfasis nos atañe)

García (2017) explica que “el grado de daño o afectación negativa del derecho perjudicado debe estar compensado con un grado igual o mayor de ventaja o afectación positiva para el derecho o principio que se defiende” (p.112). Por su parte, Moresco (2008) indica que “la ponderación propiamente dicha ocupa su lugar, formulada en la denominada ley del balance “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (p.71). En el ámbito convencional, Espinosa (2017) revela que la limitación del derecho debe estar ligada al bien común:

la proporcionalidad en sentido estricto, examina si la limitación producida al derecho constituye una medida equilibrada y justa entre el beneficio para el bien común que se obtiene de la limitación y el perjuicio que sufre el derecho afectado. Cuanto más grave sea la intervención de los derechos fundamentales de las personas afectadas, debe existir una más intensa afectación del interés público que la justifique (p.23).

La restricción de la adopción en parejas del mismo sexo no garantiza el ejercicio de derechos de otros grupos de personas o de NNA, en virtud de su interés superior; por ende, no existe equilibrio alguno entre el fin constitucionalmente válido anotado, esto es el formar una familia sin discriminación con la restricción constante en el segundo inciso del artículo 68 de la CRE (2008), tratándose de una medida restrictiva que pone en desventaja a un grupo minoritario. Consecuentemente, la medida constante en el texto constitucional *no es proporcional en sentido estricto*.

La distinción que consta en el inciso segundo del artículo 68 de la CRE (2008), basada en la orientación sexual o identidad de género de parejas homoparentales es una medida que no persigue un fin constitucionalmente válido, no es idónea, no es necesaria y no es proporcional en sentido estricto, ni tampoco, garantiza o protege el ISN; por consiguiente, es una medida que genera la discriminación de grupos minoritarios en el ejercicio de sus derechos.

De ahí que, se evidencia que la norma constitucional deviene en discriminatoria y por tanto *inconstitucional*, al contraponerse a lo reconocido en los artículos 3 (1), 11 (2), 66 (4) de la CRE (2008) y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que componen el bloque de constitucionalidad del Ecuador.

3.5. ¿La limitación contenida en el artículo 68 de la CRE (2008) es legítima?

Una vez que se ha analizado que la medida restrictiva del artículo 68 de la CRE (2008) no supera el test de proporcionalidad y, por ende, es injustificada, discriminatoria e

inconstitucional; por razones de conveniencia argumental, se analizará si la medida, por lo menos, cumple con la característica de ser legítima.

Se debe advertir que la limitación legítima, parte de la idea de que el ejercicio de los derechos no es absoluto ni ilimitado, es decir, se encuentra “sujeto a límites, explícitos o no” (Tórtora, 2010, p. 1). El Estado puede restringirlo siempre y cuando su limitación sea *legítima*.

Del mismo modo, para hacer posible la vida en sociedad, se “exige que el ordenamiento jurídico (...) consagre limitaciones al ejercicio de todos los derechos humanos, en aras del bien común” (Tórtora, 2010, p. 3).

De conformidad con la doctrina, existen varias clases de limitaciones o restricciones para el ejercicio de derechos, sin embargo, para efectos del presente trabajo investigativo nos enfocaremos en las de carácter *material o físico*, que a su vez se derivan en las *directamente constitucionales e indirectamente constitucionales*. En palabras de Tórtora (2010), en relación con las de carácter material o físico:

estas limitaciones no se entienden "*implícitamente incorporadas en cada derecho*", sino que su origen se encuentra en el ordenamiento jurídico mismo, el cual de forma explícita las nombra y reconoce; (...) Esto no quiere decir que carezcan de fundamento o justificación en valores o principios de gran importancia, sino sólo que, para invocarlas, basta citar algún precepto constitucional o legal para poder recurrir a ellas. Para ello, tanto los instrumentos internacionales como las constituciones políticas de los diferentes Estados establecen directamente restricciones al ejercicio de determinados derechos, o bien, autorizan o delegan a determinadas autoridades, normalmente en el legislador, para fijarlas (p. 6).

Las limitaciones referidas, que se encuentran expresamente en el ordenamiento jurídico, pueden ser *directamente constitucionales*, *verbi gracia*, artículo 68 (2) de la CRE: “la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”; así como, *indirectamente constitucionales* “no se trata de restricciones expresamente establecidas en la Norma Fundamental, sino que es ésta la que genera competencia en favor de la *ley*¹⁵ u otro tipo de norma, para que sean ellas las que impongan la limitación respectiva” (Tórtora, 2010, p. 8). (El énfasis nos atañe).

Como resultado, además del constituyente, tanto el legislador ordinario, como autoridades administrativas y judiciales están habilitados para generar restricciones al ejercicio de derechos; no obstante, ¿Cuál es el límite? O dicho en forma breve ¿Cuándo una limitación es *legítima*? Tórtora (2010) explica:

para que las limitaciones a los derechos fundamentales sean legítimas deben cumplir con diversas condiciones. En primer lugar, deben ser generadas por quien tenga las *competencias* para ello,

¹⁵(1) La Corte IDH, entiende como ley a la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Parte para la formación de las leyes (Opinión Consultiva OC-6/86, 1986, párr.38).

cuestión que debe quedar resuelta en el plano constitucional. En segundo término, deben *cumplir los estándares jurídicos que establece el derecho internacional* de los derechos humanos, el cual fija reglas claras en este punto. Por último, las limitaciones deben *respetar el contenido esencial del derecho*, así como ser *justificadas y proporcionales* (p. 22).

En el ámbito ecuatoriano esto se plasma, por ejemplo, con lo establecido por la CCE respecto a la Asamblea Nacional, cuando menciona que, si bien es cierto que ésta ejerce libertad legislativa *amplia* para expedir, codificar y reformar leyes, las cuales pueden restringir el ejercicio de derechos¹⁶, no es menos cierto que, *dicha libertad no es absoluta ni ilimitada*:

debe ejercitarse dentro del marco de los principios y valores consagrados en la CRE y en respeto a los derechos constitucionales de las personas, no siendo posible que estos sean vaciados de contenido. La dignidad humana referida desde el preámbulo de la CRE, así como en su artículo 11 numeral 7, es uno de los principales límites a la libertad de configuración legislativa, puesto que el Estado en su posición de garante debe proteger y garantizar los derechos y las condiciones mínimas de vida compatibles con la dignidad (CCE, 2021, Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados, párr. 100-105).

El ejercicio de los derechos reconocidos en el texto constitucional, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los que se derivan de la dignidad humana (cláusula abierta), no es absoluto ni ilimitado. Por tanto, el Estado puede limitarlo siempre y cuando, la limitación sea legítima; y es legítima cuando cumple los siguientes criterios: 1. competencia, 2. cumplimiento de estándares internacionales de derechos humanos, 3. respeto al contenido esencial del derecho, 4. justificación y *proporcionalidad*.

Lo cual significa que, la restricción constante en el inciso segundo del artículo 68 de la CRE (2008), en suma es material y directamente constitucional; empero, el hecho de que conste en la Norma Fundamental y que haya sido creada por el constituyente, no determina su legitimación, ya que no cumple los estándares internacionales de derechos humanos que se han detallado a lo largo del presente artículo, no respeta el contenido esencial de los derechos a la igualdad, no discriminación, vida privada y autonomía, vida familiar, protección familiar, constitución familiar; ni cumple con el test de proporcionalidad conforme se encuentra desarrollado con anterioridad.

3.6. Situaciones jurídicas que permiten el acceso de parejas del mismo sexo a la institución jurídica de adopción

Adelantando una de las conclusiones del presente trabajo, toda vez que se ha verificado que la norma es constitutiva y restrictiva de derechos contenida en el artículo 68 (2) de la

¹⁶ “La restricción debe encontrarse en una ley de manera clara y precisa. En ese sentido, Vázquez explica que “las restricciones a los derechos humanos deben ser explícitas ya que, ninguna restricción se puede leer en términos implícitos o indirectos.” (Vázquez, 2016, p. 56)

CRE (2008) es discriminatoria y, por ende, inconstitucional, corresponde identificar dos situaciones jurídicas que permiten el acceso de parejas homoparentales a la adopción en el Ecuador.

Situación jurídica 1: Aplicación directa de la Opinión Consultiva OC-24/17

Cierto es que podrían aplicarse, la interpretación y argumentación jurídica de la sentencia No.11-18-CN/19 de la CCE, que reconoce el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo, para concluir que no existe contradicción entre el texto constitucional con el convencional (Opinión Consultiva OC-24/17- instrumento vinculante y de aplicación directa en el sistema jurídico ecuatoriano), sino más bien complementariedad, y que no es necesaria ninguna modificación de la CRE (2008). Tomando en consideración que, sus parámetros interpretativos son de carácter vinculante de conformidad con lo determinado en el artículo 436 (1) de la CRE (2008) y artículos 2 (3) y 187 de la LOGJCC (2009).

Situación jurídica 2: Sistema de enmienda constitucional

Sin embargo, advertimos que, la mejor situación jurídica para que el Ecuador cumpla con sus obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos humanos de parejas homoparentales y NNA, sin discriminación alguna, así como adoptar medidas de cualquier carácter para otorgarles efectividad, sin que *desconozca la supremacía constitucional*, es la *enmienda constitucional* bajo el trámite establecido en el artículo 441 de la CRE (2008).

Esto se fundamenta en que la institución jurídica de la adopción, por un lado, no altera la estructura fundamental de la Constitución; no altera el carácter ni elementos constitutivos del Estado; no modifica el procedimiento de reforma de la Constitución; no establece restricciones a los derechos y garantías de personas homoparentales, NNA, ni otro grupo humano; más bien los desarrollaría de manera progresiva.

Con la enmienda constitucional se garantizaría la supremacía de nuestra Norma Fundamental porque no se puede desconocer la literalidad y la claridad con la que el inciso segundo del artículo 68 de la CRE (2008) limita el acceso a la adopción a parejas del mismo sexo, como para poder utilizar otro mecanismo aplicable de interpretación. En concordancia con el artículo 427 de la CRE (2008):

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

O en su defecto, utilizar otro mecanismo o herramienta jurídica de control de constitucionalidad de la CRE (2008), por más loable que sea el fin que esté buscando una

sociedad democrática; como sucedió de manera incomprensible, con la consulta de norma No.11-18-CN en Ecuador:¹⁷

ni siquiera para proteger un derecho humano debemos convertirnos en sepultureros de la Constitución (...) Para la vigencia de los derechos el Estado Constitucional siempre contó con la institución de la reforma constitucional que permite modificar la Carta Fundamental (...) el juez constitucional no es un legislador y menos todavía legislador constituyente (CCE, 2019, voto salvado Sentencia No. 11-18-CN/19, párr.4). (Énfasis añadido)

Para culminar, corresponde al legislador ordinario adecuar el contenido de los artículos 153 (3) y 159 (6) del CNA (2003) y artículo 46 inciso final de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (2016), al texto constitucional enmendado y a los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

CONCLUSIONES

1. Se ha demostrado que la adopción no es un derecho, pero si es una institución jurídica que efectiviza el ejercicio de derechos tanto de adoptantes, como de adoptados.
2. Se ha catalogado que los derechos más relacionados con la adopción son la vida, protección y constitución familiar, vida privada y autonomía, igualdad y no discriminación.
3. Se ha confirmado que la adopción homoparental en el Ecuador no existe, debido a la medida restrictiva de derechos que consta en el inciso segundo del artículo 68 de la CRE (2008), la cual, no es razonable por basarse en una categoría sospechosa (orientación sexual o identidad de género) y en el discurso normalizado de heteronormatividad, lo que, limita el ejercicio de derechos de grupos minoritarios e históricamente marginados.
4. Mediante la aplicación del test de proporcionalidad se ha confirmado que la medida restrictiva de derechos que consta en el inciso segundo del artículo 68 de la CRE (2008) no es proporcional, ya que no cumple con los cuatro subprincipios que componen el test; y no fomenta, garantiza, promueve, ni protege el interés superior del niño.
5. Se han identificado dos situaciones jurídicas para permitir el acceso de parejas del mismo sexo a la adopción en Ecuador, sin embargo, se consideró que el mecanismo para garantizar el efectivo goce de derechos humanos de parejas homoparentales y de niños, niñas y adolescentes, es la enmienda constitucional, y posteriormente, la reforma legal.

¹⁷ La CCE mencionó (d)e la consulta de norma presentada, se infiere que la autoridad jurisdiccional considera que existe una antinomia entre el *contenido de los artículos 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Públicos y el artículo 81 de Código Civil*, y el de la Constitución de la República del Ecuador y la *Opinión Consultiva OC-24/17* (CCE, 2019, Voto Salvado Sentencia No. 11-18-CN/19, párr. 27). (Énfasis añadido)

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional del Ecuador (2003). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Asamblea Nacional del Ecuador.
- Asamblea Constituyente del Ecuador (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Asamblea Constituyente del Ecuador.
- Aguilar, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 6 (1), 223-247. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/820/82060110.pdf>
- Clérico, L. (2018). *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión miradas locales, interamericanas y comparadas*. Querétaro, México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado.

- Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 11-18-CN/19, 2019” en caso No. 11-18-CN (matrimonio igualitario), 12 de junio de 2019, Recuperado de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/Seguimiento/11-18-CN-19.pdf>
- Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 258-15-SEP-CC” en caso No. 2184-11-EP, 12 de agosto de 2015, Recuperado de https://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2015/258-15-SEP-CC/REL_SENTENCIA_258-15-SEP-CC.pdf
- Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 080-13-SEP-CC” en caso No. 0445-11-EP, 09 de octubre de 2013, Recuperado de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=080-13-SEP-CC>
- Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 184-18-SEP-CC” en caso No. 1692-12-EP, 29 de mayo de 2018, Recuperado de <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/bdcf8eb2-6f40-447e-9bdd-4cf152c7b311/1692-12-ep-sen.pdf?guest=true>
- Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados de fecha 28 de abril de 2021” en caso No. 34-19-IN y acumulados, 28 de abril de 2021, Recuperado de http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidiZGE2NDE0YS1jNDI1LTQzMGMtYWVViNi1jYjY0ODQ1YTQ2NWUucGRmJ30=
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, en caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica, Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, en caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Recuperado de https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 27 de abril de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, en caso Fornerón Vs. Argentina, Recuperado de https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 26 de febrero de 2016 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, en caso o Duque Vs. Colombia, Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*. San José: Corte IDH Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Espinosa, C. (2017). Ponderación y proporcionalidad en el Caso Kimel-Argentina de la Corte IDH. *Cálamo*, 7, 19-30. Recuperado de [file:///C:/Users/Asistente%202/Downloads/Calamo_7_DDHH%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Asistente%202/Downloads/Calamo_7_DDHH%20(1).pdf)

- García, J. (2017). *Decidir y argumentar sobre derechos*. México: Instituto de la Judicatura Federal Escuela Judicial. Recuperado de [file:///C:/Users/Asistente%202/Downloads/Argumentar%20sobre%20dh%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Asistente%202/Downloads/Argumentar%20sobre%20dh%20(1).pdf)
- Guayasamín, C. Entrevistada por la autora, 18 de septiembre de 2021.
- Mogrovejo, A., Erazo, J., Pozo, E. y Narvárez C. (2020). Aplicación del Principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. *Iustitia Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas*, 8, pp. 91-115.
- Moresco, J. (2008). Alexy y la aritmética de la ponderación. En M. Carbonell. (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp.69-83). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia. Recuperado de [file:///C:/Users/Asistente%202/Downloads/6%20El%20principio%20de%20proporcionalidad%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Asistente%202/Downloads/6%20El%20principio%20de%20proporcionalidad%20(3).pdf)
- Ordeñana, T. y Barahona, A. (2016). *El derecho de familia en el nuevo paradigma constitucional*. Quito, Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.
- Paspuel, L. (2019). *La adopción homoparental consideraciones para el reconocimiento constitucional en el Ecuador del 2019* (tesis de maestría). Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador.
- Pazmiño, M. Entrevistada por la autora, 22 de septiembre de 2021.
- Puchaicela, C. y Torres, M. (2020). Evolución normativa de la familia en el Ecuador frente a los Derechos Humanos. *Revista Espacios*, 41(25), pp. 16-17. Recuperado de <https://www.revistaespacios.com/a20v41n25/a20v41n25p02.pdf>
- Salgado, J. (2013). *Derechos Humanos y Género*. Quito, Ecuador: Instituto de Altos Estudios Nacionales.
- Simon, F. (2020). *Manual de Derecho de Familia*. Quito, Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.
- Tórtora, H. (2010). Las limitaciones a los Derechos Fundamentales. *Scielo*, 8 (2), pp. 1-22. Recuperado de https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000200007
- Vargas, E. (2013). Discriminación estatal de la población LGBTI. Casos de transgresiones a los derechos humanos en Latino América. *Revista Sociedad y Economía* 25, p.185. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/996/99629494008.pdf>
- Vázquez, D. (2016). *TEST DE RAZONABILIDAD Y DERECHOS HUMANOS INSTRICCIONES PARA ARMAR Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de https://www2.javerianacali.edu.co/sites/ujc/files/normas_apa_revisada_y_actualizada_mayo_2019.pdf
- Vivanco, K. Entrevistada por la autora, 09 de noviembre de 2021.

ANEXOS

ENTREVISTA PSICOLÓGICA

ENTREVISTA: PsCl. Melissa Pazmiño V. Mtr.

TEMA: Adopción homoparental

FECHA: 22 de septiembre de 2021

OBJETIVO: Determinar si existe una afectación psicológica de niños, niñas y adolescentes que crecen un entorno homoparental.

PREGUNTAS:

- A. EL MOTIVO DE LA PRESENTE ENTREVISTA TIENE POR OBJETO CONOCER EL CRITERIO PROFESIONAL DE UNA PSICÓLOGA QUE PERMITA SUSTENTAR LAS RAZONES POR LAS CUALES SE PODRÍA O NO SE PODRÍA ADOPTAR NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES POR PERSONAS DEL MISMO SEXO, DESDE UN ENFOQUE DE LA CIENCIA ESPECIALIZADA EN LOS PROCESOS MENTALES.**
- 1. ¿Qué estudió?**
Psicología Clínica
 - 2. ¿Cuál es su preparación académica?**
Maestría en Psicología Clínica con mención en Psicopatología y Psicoanálisis
 - 3. ¿Cuál es su experiencia laboral?**

7 años en consulta particular
7 años en tratamiento a pacientes con enfermedades terminales
2 años en docencia secundaria
Desde agosto 2021 en docencia universitaria

4. ¿Cuánto tiempo ejerce su profesión?

7 años

5. ¿Cuál es el ámbito de su ejercicio profesional?

Salud – Educación

6. ¿Dónde ejerce su profesión?

Consulta particular

PUCE sede Quito

B. APECTOS DEL DESARROLLO INFANTIL:

1. Desde su experiencia profesional, ¿ha tenido conocimiento de algún hogar que esté conformado por parejas homoparentales, bajo el cuidado de niños, niñas y adolescentes?

Si, conozco dos hogares de parejas homoparentales bajo el cuidado de niños.

2. ¿Cuál es su apreciación profesional de este tipo de hogar?

Estas familias, en su particularidad son funcionales, estructuradas, tienen roles identificados y los niños no han presentado dificultades en su desarrollo, sin embargo, han tenido que enfrentarse a prejuicio por parte de otros niños apoyados en las creencias de sus padres.

3. ¿Un hogar homoparental tiene las mismas probabilidades que un hogar heterosexual para propiciar un ambiente sano, adecuado y protector para niños, niñas y adolescentes?

Si, un hogar homoparental es completamente capaz de proveer a los niños, niñas y adolescentes un entorno que les permita el desarrollo sano, no dista tampoco de presentar las problemáticas habituales en familias heteroparentales como violencia, infidelidad, etc.

4. ¿Existirían diferencias en la personalidad, auto concepto, comportamiento e identidad sexual de niños, niñas y adolescentes que crecerían con padres homoparentales respecto a los que crecen con padres heterosexuales?

Si, con respecto al auto concepto y comportamiento, podríamos ver niños, niñas y adolescentes más sensibles, inclusivas y con criterio amplio sobre las diversidades. Con respecto a la identidad sexual, se ampliaría la aceptación de una posible homosexualidad (de llegar a haberla) permitiendo que se exprese de una forma más sana.

5. ¿La orientación sexual de padres homoparentales influiría en el desarrollo psicológico de niños, niñas y adolescentes, al momento de tomar una elección sobre sus preferencias sexuales o identidad sexual?

Al momento, la gran mayoría de homosexuales provienen de familias heteroparentales, por lo que, en teoría, no debería existir esta “desviación” ya que aparentemente, no ha habido exposición en la familia nuclear. Entonces, las preferencias sexuales, aparentemente no vienen del ejemplo que den los padres.

6. ¿Los niños, niñas y adolescentes que crecerían en familias homoparentales tendrían problemas para desenvolverse y relacionarse con distintos sexos y géneros?

No por ellos necesariamente, los problemas se generan ante la relación con una sociedad que condena y juzga.

7. ¿Los niños, niñas y adolescentes que crecerían en familias homoparentales tendrían problemas para establecer relaciones sociales con compañeros y adultos?

No me parece que tendrían dificultades significativamente diferentes a las que podrían tener niños, niñas y adolescentes de familias no homoparentales.

8. ¿Es esencial, que los niños, niñas y adolescentes deben criarse en un hogar con figura materna y paterna, figuras determinadas por el sexo de cada uno de sus padres?

No, los roles maternos o paternos son funciones que pueden ser ejecutadas por cualquier persona que cumpla estas funciones. Si fuera así, el movimiento migratorio de finales de los 90s hubiera dado como resultado una generación absolutamente desubicada ya que, al haber sido criado por hermanos, tíos, abuelos, vecinos, etc., todos deberían presentar algún tipo de disfuncionalidad, cosa que no es el caso para todos.

9. ¿Psicológicamente en un hogar deben existir roles determinados por el sexo de cada padre?

No, quizá en tiempos pasados cuando el hombre salía a trabajar y la mujer se ocupaba predominantemente de los oficios de la casa se podía tener una idea cerrada de funciones por sexo, sin embargo, ahora que son ambos padres quienes salen a trabajar o en su defecto, el padre permanece una cantidad de tiempo mayor en casa, las actividades se han reorganizado de tal manera que cualquier persona dentro de la estructura del hogar puede atender independientemente de su sexo biológico.

10. ¿Psicológicamente existe alguna diferencia, al momento de ejercer la paternidad, entre padres homoparentales y heterosexuales?

Deberíamos definir qué se entiende por ejercicio de la paternidad. En la actualidad ha crecido el número de hogares monoparentales, siendo en su mayoría mujeres quienes se quedan con esta responsabilidad, podríamos decir que la paternidad en estos casos se ejerce desde el cumplimiento del pago de una pensión alimenticia y un par de visitas a la semana, que sabemos también no aplica a todos los casos. Siendo que la calidad humana y la forma en que cada sujeto quiera hacerse presente en la vida de sus hijos es completamente independiente de su orientación sexual.

11. ¿La orientación sexual determina la capacidad e idoneidad de un padre para cuidar un hijo?

No, sostengo mi respuesta del punto 9.

12. ¿Existe algún apoyo científico que impida que parejas homoparentales tengan a niños, niñas y adolescentes bajo su cuidado y puedan formar un hogar?

Ninguno, hasta el momento no me he topado con algún texto científico que lo desaconseje, estos impedimentos vienen desde cuestiones religiosas, morales, ideológicas, etc.

13. Bajo su criterio, ¿Cuál cree que es el motivo por el cual, en Ecuador, se prohíbe a parejas homoparentales tener bajo su cuidado a niños, niñas y adolescentes, para que puedan formar un hogar?

Prejuicio, ignorancia.

14. ¿Desde la esfera de la psicología, existe algún motivo para que parejas del mismo sexo puedan adoptar y formar un hogar?

Los protocolos de adopción contemplan algunas variables a considerarse tanto económicas, emocionales, sociales culturales, psicológicas que hacen a una pareja idónea para la adopción. No veo por qué no se podría aplicar exactamente los mismos parámetros a familias homosexuales.

15. ¿Cuál es la edad recomendada para que niños, niñas y adolescentes sean adoptados por parejas del mismo sexo?

No encuentro algún texto en el que se especifique una edad idónea, sin embargo, mientras más pequeño sea, tendrá la oportunidad de asimilar de diferente manera su realidad y contará con más herramientas que le permitan responder a un medio hostil.

16. ¿Usted cree que niños, niñas y adolescentes deban ser consultados para ser adoptados por parejas homoparentales?

Quizá se pueda hacer una evaluación en niños, niñas y adolescentes con una capacidad de pensamiento más avanzado, en adolescentes podría resultar algo más conflictivo por el hecho de tener ya instauradas ciertas nociones.

17. ¿Cuál es la edad recomendada para que niños, niñas y adolescentes puedan ser consultados en asuntos que les afectan como, por ejemplo, ser adoptados por parejas homoparentales?

Se considera legal que, a los 14 años, los niños puedan elegir con quién vivir, en casos de padres separados. Esto podría brindar una directriz.

18. **¿Considera usted que hogares conformados por parejas homoparentales con niños deban tener un seguimiento psicológico/terapia sistémica/a?**

Considero que todos los hogares con niños deberían tener un seguimiento psicológico, homosexuales o no.

19. **¿Cómo podría verse afectado psicológicamente un niño, niña y adolescente, por la discriminación y marginación a las que se verían sometidos, por el hecho de tener padres homoparentales?**

Depende de cada sujeto en su particularidad, sin embargo, el bullying nos puede dar alguna idea de los efectos que puede tener cualquier niño, niña y adolescente debido al acoso, por cualquier motivo, incluyendo tener padres homosexuales.

20. **¿Cómo podría verse afectado psicológicamente un niño, niña y adolescente, por la discriminación y marginación social que reciben sus padres, por el hecho de tener el mismo sexo?**

La crianza y las herramientas que se les provean a estos niños, niña y adolescentes permitirán que las respuestas ante estas temáticas sean diversas. No se puede generalizar.

21. **¿Usted cree que un grupo históricamente marginado y minoritario, como es el caso del colectivo LGBTI+, puede afectar el concepto que tienen los hijos adoptivos respecto a sus padres en un futuro?**

Si se presenta como un grupo históricamente marginado y minoritario en lugar de un grupo que cada vez gana más terreno, que ha luchado por sus derechos y se vuelve cada vez más reconocido y valioso, probablemente si afecte el concepto, sus **padres como víctimas o sus padres como luchadores.**

22. **¿Usted recomendaría la adopción homoparental?**

Sí, todo niño, niña y adolescente tiene derecho a la educación, a la salud y a la familia, si las personas que pueden proveerles esto son homosexuales o heterosexuales debería tener menos peso que el cuidado, el amor y el respeto que pueden brindarles.

ENTREVISTA PSICOLÓGICA

ENTREVISTA: PsCl. Consuelo Guayasamín

TEMA: Adopción homoparental

FECHA: 18 de septiembre de 2021

OBJETIVO: Determinar si existe una afectación psicológica de niños, niñas y adolescentes que crecen un entorno homoparental.

PREGUNTAS:

- A. EL MOTIVO DE LA PRESENTE ENTREVISTA TIENE POR OBJETO CONOCER EL CRITERIO PROFESIONAL DE UNA PSICÓLOGA QUE PERMITA SUSTENTAR LAS RAZONES POR LAS CUALES SE PODRÍA O NO SE PODRÍA ADOPTAR NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES POR PERSONAS DEL MISMO SEXO, DESDE UN ENFOQUE DE LA CIENCIA ESPECIALIZADA EN LOS PROCESOS MENTALES:**

1. **¿Qué estudió?**

Psicología en la Universidad Central, un diplomado en problemas de aprendizaje y un máster en psicopedagogía.

2. **¿Cuál es su preparación académica?**

Dra. En Psicología, Psikorrehabilitación y Educación Especial.

Máster en Psicopedagogía.

Diplomado en dificultades de la lectura y escritura.

3. ¿Cuál es su experiencia laboral?

Trabaja con niños y adolescentes con problemas de aprendizaje, de atención y conducta.

4. ¿Cuánto tiempo ejerce su profesión?

Hace 25 años.

5. ¿Cuál es el ámbito de su ejercicio profesional?

Niños de 3 a 17 años.

6. ¿Dónde ejerce su profesión?

En la actualidad trabaja en el Centro terapéutico Voces y en el Centro Infantil Mundo de los Genios.

B. APECTOS DEL DESARROLLO INFANTIL:

1. Desde su experiencia profesional, ¿ha tenido conocimiento de algún hogar que esté conformado por parejas homoparentales, bajo el cuidado de niños, niñas y adolescentes?

Tuve la oportunidad de conocer una familia de lesbianas, el niño de 7 años era hijo biológico de una de ellas, la experiencia con este caso fue muy impactante, el niño estuvo enfrentado a abuso psicológico al ver violencia intrafamiliar de su madre con su pareja, fue necesario hacer terapia emocional para ayudar a superar estas dificultades a este niño.

2. ¿Cuál es su apreciación profesional de este tipo de hogar?

Aún hay muchas controversias con relación a la tenencia de niños en este tipo de familias, si bien es cierto hay estudios recientes acerca de las implicaciones emocionales que podrían tener estos niños, hay estudios que se inclinan a concluir que, si hay afectación emocional, mientras otros hablan de que hay igual afectación emocional que en una familia heterosexual.

3. ¿Un hogar homoparental tiene las mismas probabilidades que un hogar heterosexual para propiciar un ambiente sano, adecuado y protector para niños, niñas y adolescentes?

No podría dar una opinión concluyente, debido a que no he tenido mayores experiencias con familias homoparentales, excepto un caso.

4. ¿Existirían diferencias en la personalidad, auto concepto, comportamiento e identidad sexual de niños, niñas y adolescentes que crecerían con padres homoparentales respecto a los que crecen con padres heterosexuales?

Tanto el padre como la madre aporta desde sus diferentes roles parentales situaciones que van a influir en la personalidad, en la seguridad, autoestima e identidad sexual.

La madre por sus características propias de su rol materno ofrecerá ternura, sacrificio, resiliencia y mucho afecto. Mientras que el padre ofrece seguridad, objetividad, responsabilidad y entereza sin que esto signifique que estas características sean exclusivas de cada padre, se considera que son las más relevantes a cada uno.

Mientras que niños con familias homoparentales se perderían de alguna manera lo que cada padre desde su diferente rol puede aportar en la formación de la personalidad de sus hijos.

5. ¿La orientación sexual de padres homoparentales influiría en el desarrollo psicológico de niños, niñas y adolescentes, al momento de tomar una elección sobre sus preferencias sexuales o identidad sexual?

Personalmente creo que cuando el niño es capaz de definir más que elegir su identidad sexual se conjugan todas las experiencias vividas con referencia a sus padres y lo que cada uno representa.

6. ¿Los niños, niñas y adolescentes que crecerían en familias homoparentales tendrían problemas para desenvolverse y relacionarse con distintos sexos y géneros?

Es posible que ignoren el rol sexual distinto al de sus padres, al no tener referentes del otro sexo, sin embargo, no siempre debe ser una regla, en este punto no podría darse por sentado que, al tener padres del mismo sexo, sea determinante en el momento de definir su sexualidad.

7. ¿Los niños, niñas y adolescentes que crecerían en familias homoparentales tendrían problemas para establecer relaciones sociales con compañeros y adultos?

Todo va a depender de lo que los padres hagan en relación con fomentar adecuadas relaciones sociales con sus iguales como con personas adultas.

8. ¿Es esencial, que los niños, niñas y adolescentes deben criarse en un hogar con figura materna y paterna, figuras determinadas por el sexo de cada uno de sus padres?

Pensaría que sí, siempre y cuando los dos padres fomenten en sus hijos valores, capacidad de tomar decisiones, habilidades sociales y sean buenos referentes para sus hijos.

9. ¿Psicológicamente en un hogar deben existir roles determinados por el sexo de cada padre?

Es importante para los niños que puedan identificar los diferentes roles de cada miembro de la familia, como premisa el rol de cada padre, no como determinante el sexo de cada padre sino desde la función de cada padre.

10. ¿Psicológicamente existe alguna diferencia, al momento de ejercer la paternidad, entre padres homoparentales y heterosexuales?

Definitivamente creo que sí, los padres homoparentales se van a ver enfrentados a diferentes situaciones al no ser familias tradicionales, por lo tanto, la dinámica tendrá que ir cambiando de acuerdo con las dificultades que puedan ir enfrentando, psicológicamente deberán desarrollar habilidades emocionales que puedan enfrentar estas situaciones eventuales.

11. ¿La orientación sexual determina la capacidad e idoneidad de un padre para cuidar un hijo?

Creo que la idoneidad para ser padres está determinada por la madurez y preparación para cuidar de otro ser humano que va a necesitar de ellos y ser capaces de dar amor incondicional.

12. ¿Existe algún apoyo científico que impida que parejas homoparentales tengan a niños, niñas y adolescentes bajo su cuidado y puedan formar un hogar?

Hay estudios especialmente en España, cuyos resultados apoyan el hecho que no hay mayor diferencia en la presencia de problemas psicológicos en padres heterosexuales y homoparentales, mientras que otros si mencionan que hay mayor posibilidad de problemas psicológicos en niños de padres homoparentales especialmente cuando deben enfrentar la sexualidad de sus padres frente a sus iguales.

13. Bajo su criterio, ¿Cuál cree que es el motivo por el cual, en Ecuador, se prohíbe a parejas homoparentales tener bajo su cuidado a niños, niñas y adolescentes, para que puedan formar un hogar?

Al hacerlo creo que se vulnera los derechos de un niño a tener un padre y una madre, y aún no se tiene la certeza que eso sea lo mejor para un niño.

14. ¿Desde la esfera de la psicología, existe algún motivo para que parejas del mismo sexo puedan adoptar y formar un hogar?

Una pareja homoparental puede estar preparada psicológicamente, pero esto no significa que esto sea lo ideal para un niño.

15. ¿Cuál es la edad recomendada para que niños, niñas y adolescentes sean adoptados por parejas del mismo sexo?

No podría dar sugerencias sobre la edad para que sean adoptados por padres homoparentales debido a que creo que lo más relevante es el derecho de los niños a tener una madre y un padre.

16. ¿Usted cree que niños, niñas y adolescentes deban ser consultados para ser adoptados por parejas homoparentales?

Un niño no tiene la madurez como para poder decidir sobre algo tan importante.

17. ¿Cuál es la edad recomendada para que niños, niñas y adolescentes puedan ser consultados en asuntos que les afectan, como, por ejemplo, ser adoptados por parejas homoparentales?

Es la misma respuesta anterior.

18. ¿Considera usted que hogares conformados por parejas homoparentales con niños deban tener un seguimiento psicológico/terapia sistémica/a?

Definitivamente sí, para hacer seguimiento de su comportamiento, de su personalidad y más que nada como maneja la sexualidad de sus padres y además ser parte de un estudio riguroso cada caso de adopción homoparental para a largo plazo apoyar o no este tipo de adopción.

19. ¿Cómo podría verse afectado psicológicamente un niño, niña y adolescente, por la discriminación y marginación a las que se verían sometidos, por el hecho de tener padres homoparentales?

La afectación psicológica puede ser grave al tener que enfrentar acoso de parte de sus iguales, deberán desarrollar fuerte autoestima, gran capacidad de resiliencia y seguridad.

20. ¿Cómo podría verse afectado psicológicamente un niño, niña y adolescente, por la discriminación y marginación social que reciben sus padres, por el hecho de tener el mismo sexo?

Pueden llegar a sentir vergüenza de los padres, presentar inseguridad, temor, y posiblemente cuestionar el porque les dieron en adopción a padres del mismo sexo.

21. ¿Usted cree que un grupo históricamente marginado y minoritario, como es el caso del colectivo LGBTI+, puede afectar el concepto que tienen los hijos adoptivos respecto a sus padres en un futuro?

Creo que este grupo tiene derecho a estar juntos como parejas del mismo sexo, pero se deberá pensar bien en que puedan adoptar, debido a que de alguna manera se van a exponer a situaciones de discriminación como situaciones emocionales que van a menoscabar la seguridad emocional de estos niños.

22. ¿Usted recomendaría la adopción homoparental?

No estoy de acuerdo, pero si en un futuro se legalizara, se deberá pensar en procesos de acompañamiento tanto para los padres como para los hijos que entren en este sistema de familia.

ENTREVISTA PSIQUIATRICA

ENTREVISTA: Dra. Karla Vivanco

TEMA: Adopción homoparental

FECHA: 09 de noviembre de 2021

OBJETIVO: Conocer el criterio profesional de un psiquiatra que permita sustentar las razones por las cuales personas del mismo sexo, podrían o no podrían adoptar niños, niñas y adolescentes, desde un enfoque de la medicina especializada en el estudio, prevención, diagnóstico y tratamiento de los trastornos mentales, basándose en conocimientos biológicos, psicológicos y sociales.

PREGUNTAS:

1. ¿Qué estudió?

Medicina general, especialización en psiquiatría y subespecialización terapia sistémica familiar y de pareja.

2. ¿Cuál es su preparación académica?

Psiquiatra, terapeuta EFT, terapeuta sistémica

3. ¿Cuál es su experiencia laboral?

Hospital Solca Quito, fundación Desafío Juvenil y actualmente en el Hospital San Juan de Dios

4. ¿Cuánto tiempo ejerce su profesión?

1 año y medio

5. ¿Cuál es el ámbito de su ejercicio profesional?

Atención en salud mental

6. ¿Dónde ejerce su profesión?

Consulta privada y en hospital San Juan de Dios

A. ASPECTOS DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL:

1. ¿Qué es la orientación sexual?

Es el patrón de atracción de tipo afectivo/erótico/amoroso hacia personas que pueden estar definidas por sexo o su género.

2. ¿Qué factores condicionan la orientación sexual de una persona?

Varios, actualmente la teoría más aceptada suele ser la de la interacción de factores ambientales, biológicos y cognitivos que explican las diferencias en cada caso.

3. ¿Los seres humanos pueden escoger ser homosexuales o heterosexuales?, o en otras palabras ¿La orientación sexual es una opción?

¡No! No es que se puede escoger ser homo o heterosexual, si bien podríamos actuar en relación con los sentimientos que esto nos provoque, no se trata de un acto que se cambie o escoja a voluntad.

4. ¿Se puede cambiar la orientación sexual con terapia psiquiátrica?

En 1973 la APA sacó a la homosexualidad del DSM, dejó de considerarse como un “disturbio de la orientación sexual”, en el 86 salió por completo del manual y en el 90 la OMS la sacó del CIE 10, por lo tanto, no es una condición que se deba curar o cambiar.

5. ¿La homosexualidad es una enfermedad mental, un trastorno mental o un problema emocional?

No.

6. ¿La orientación sexual determina la capacidad e idoneidad de un padre para cuidar un hijo?

No.

7. ¿Las personas lesbianas, homosexuales, bisexuales, así como parejas homoparentales, pueden ser buenos padres?

Totalmente, porque no depende de su orientación sexual si no de sus capacidades afectivas, de cuidado y respeto por sus hijos.

8. ¿La orientación sexual de los padres homoparentales que adoptan niños, niñas y adolescentes, influiría o afectaría las preferencias sexuales o identidad sexual de sus hijos adoptivos?

Hay algunos estudios que no avalan esto, de entre ellos uno de la revista: The New England Journal of Medicine indica que después de 25 años de crecimiento en hogares homoparentales e incluso comparados con el grupo de crecimiento de parejas heteroparentales se vio que el primer grupo mostró menor dificultad en las interrelaciones y el tema confianza y apoyo en sus padres

9. ¿La adopción homoparental generaría trastornos psiquiátricos o comprometería de manera negativa la salud mental y física de niños, niñas y adolescentes?

No.

10. ¿La adopción homoparental afectaría el libre desarrollo de la personalidad de niños, niñas y adolescentes?

No habría razón que justifique la libertad de desarrollo.

11. Bajo su criterio, ¿Cuál cree que es el motivo por el cual, en Ecuador, se prohíbe a parejas homoparentales adoptar y tener bajo su cuidado a niños, niñas y adolescentes, para que puedan formar un hogar?

Creo que todavía se sostiene una mirada tradicionalista del concepto de familia que no permite visualizar que en la postmodernidad actual las familias no son solo de mamá y papá, son múltiples y variadas y el reconocimiento de esa variedad se va dando poco a poco.

12. ¿Usted recomendaría la adopción homoparental?

Si los padres tienen un correcto sistema de crianza, amor, cuidado y respeto por sus hijos la pregunta sería ¿por qué no?