

ADOPCIÓN POR PAREJAS DEL MISMO SEXO EN ECUADOR

ADOPTION BY SAME SEX COUPLES IN ECUADOR

MARTA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ¹, MARÍA DEL CARMEN VIDAL MASPONS²

1 Universidad de La Habana.

2 Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

RESUMEN

La adopción de niños, niñas y adolescentes por parejas del mismo sexo está prohibida en el Ecuador por expreso mandato constitucional y legal, pero si están permitidas las uniones de hecho para las parejas del mismo sexo y género. Si la Constitución reconoce a la familia en sus diversos tipos y también reconoce el principio del interés superior del menor, además del derecho a permanecer en su familia, es incongruente que no se permitan las adopciones integrativas o adopciones del hijo de la pareja legalmente constituida en unión de hecho.

PALABRAS CLAVE: adopción integrativa, matrimonios del derecho común, interés superior del niño.

ABSTRACT

The adoption of boys, girls and adolescents by same sex couples is not allowed in Ecuador as expressly stated in its Constitution and Laws; however common law unions by same sex and gender couples are permitted. If the Constitution recognizes the various types of families and the principle of the best interest of the child as well as his or her right to remain in his/her family it is incongruent that integrative adoptions or adopting the son of one of the common law partners is not allowed.

KEYWORDS: integrative adoption, common law marriages, best interest of the child.

INTRODUCCIÓN

La adopción por parejas del mismo sexo en Ecuador está prohibida por la Constitución, pero antes de entrar a decidir si esta bien o no que se continúe con dicha norma o que se derogue para que se permitan las adopciones a las parejas del mismo sexo en el Ecuador, hay que estudiar que es la adopción y su finalidad.

El Código Civil define la adopción como una institución en la que se adquieren derechos y se contraen obligaciones y solo para los efectos de la adopción se tendrá como menor de edad al que no cumple veintiún años. Por lo dicho se desprende que una vez concluido el trámite de la adopción existirá el vínculo filial entre adoptante y adoptado exactamente igual como si fuera su familia consanguínea, tomando en cuenta que la filiación puede ser de diferentes causas ya sea por la naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida o por la adopción y ésta puede ser adopción unipersonal o bipersonal, adopción nacional o internacional y entre parientes o no.

Según el tratadista chileno Pazos (2009) la filiación admite las siguientes clasificaciones: “A) filiación por naturaleza, que puede ser: 1) determinada y 2) no determinada. La filiación determinada se clasifica a su vez en: a) matrimonial; b) no matrimonial, y c) por fecundación mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida. B) Filiación adoptiva. Esta filiación queda regulada por la ley.” (p. 392-394)

La adopción unipersonal es cuando una persona sola o célibe adopta a un niño, niña o adolescente cumpliendo con los requisitos que dispone la ley, pero uno de estos requisitos es que el adoptado deberá ser del mismo sexo que el adoptante, pero expresamente la ley dispone que se preferirá dar en adopción a las parejas heterosexuales que por parte de personas solas, justamente para que el menor tenga su representación paterna y materna.

La adopción bipersonal siempre será permitida a personas casadas o personas que tengan unión de hecho legalmente reconocida recordando que en la actualidad no se requieren de dos años de estabilidad para formar una unión de hecho sino tan solo acudir a un notario para validar su unión, quien luego deberá enviar la documentación al Registro Civil para el correspondiente registro.

Al respecto sobre la adopción, Belluscio (2004) afirma: “La adopción es un indudable acto jurídico familiar bilateral en aquellos regímenes donde requiere el consentimiento del adoptado o de sus representantes. En nuestro derecho, es un acto jurídico familiar-procesal unilateral, pues si bien tiene por fin inmediato la constitución de un vínculo jurídico entre adoptante y adoptado, no tiene efectos sino por medio de la sentencia judicial que la conceda. Sólo es bilateral en el supuesto de la adopción de un menor emancipado o mayor de edad, ya que para su otorgamiento requiere el consentimiento de éstos” (p. 117). Al respecto del consentimiento siempre se deberá solicitar al adolescente y lógicamente al mayor de edad ya que sin el referido consentimiento el juez no deberá proceder a la adopción.

Las parejas deberán estar de acuerdo para la adopción y otorgar el consentimiento expreso, es decir las parejas heterosexuales deben adoptar siempre de manera conjunta,

puesto que si este tipo de parejas están casadas o unidas de hecho no pueden adoptar unilateralmente porque se requiere expresamente el consentimiento de ambos para la adopción.

Para Cornejo Chávez (1987), al analizar la naturaleza jurídica de la adopción, menciona entre otras cosas que para Josserand se presenta como un contrato "...que crea entre dos personas relaciones puramente civiles de paternidad o maternidad y de filiación...", es decir es un contrato de derecho familiar y solemne. Sin embargo la adopción es un acto de voluntariedad y, por lo tanto, un negocio familiar que crea un vínculo legal de familia, paternidad y filiación, así lo afirma Varsi Rospigliosi, (2011, p. 219).

Siguiendo la doctrina de protección integral que menciona la Convención sobre los Derechos del Niño y el principio del interés superior, el cual de acuerdo a nuestra legislación está encaminado a que toda medida concerniente a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, la consideración primordial y principal es atender al interés superior del menor, la institución de la adopción debe de cumplir con de dicho principio.

La finalidad de la adopción es satisfacer el derecho de todo niño que esté en aptitud legal para ser adoptado a vivir en una familia idónea, permanente y definitiva, así lo dispone el Código de la Niñez y Adolescencia, por lo que se deben ejecutar todas las acciones posibles para el fortalecimiento de la familia de origen y la permanencia del niño, niña o adolescente en ella, ya que es su núcleo social de pertenencia donde se deben de desarrollar el ejercicio pleno de sus derechos; y, la familia debe de estar en condiciones de cumplir con sus obligaciones de crianza y cuidado, sin olvidar que el Estado debe de promover el desarrollo integral para satisfacer sus necesidades y debe de ejecutar políticas de protección y ayuda como por ejemplo guarderías, atención a niños especiales, escuelas para padres para el fortalecimiento del grupo familiar, ya que la separación de un niño, niña o adolescente de su familia de origen siempre debe de ser la última medida que se tome, porque los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a vivir y permanecer con su familia de origen.

En el parentesco por adopción Acedo Penco (2013) afirma: "no existen, por lo general, vínculos consanguíneos entre las personas así relacionadas -adoptante y adoptado-, sino que será el Derecho el que le atribuya precisamente idénticos efectos jurídicos que a quienes están unidos por consanguinidad". (p.33)

El artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño expresa que: " Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

La adopción según la ley dispone de ciertos requisitos y también dispone que solamente se admite la adopción plena que es cuando el hijo adoptivo se asimila

totalmente al hijo de sangre sin distinción alguna, recordando que aunque exista la adopción plena, sigue existiendo el derecho a la identidad que consiste que el hijo adoptivo tiene derecho de conocer a su familia de origen, porque toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres.

La adopción plena existe en el Ecuador desde el año 2003 ya que anteriormente existía solamente la adopción semi plena o simple y la característica de este tipo de adopción es que el adoptado continuaba teniendo vínculos de filiación con la familia de origen y además tenía el derecho de herencia, es decir los lazos familiares de origen quedaban vigentes aunque el menor ya estuviera en adopción con una nueva familia. En cambio la adopción plena es la desvinculación legal y total de su familia biológica, su parentesco es igual al de un consanguíneo, extinguiendo los vínculos de filiación biológica con su familia de origen, con la excepción de impedimento dirimente matrimonial, -que consiste en la prohibición de casarse con sus parientes en el grado más próximo-, aunque el adoptado continua teniendo el derecho de conocer sus orígenes y de conocer quienes son sus padres biológicos. Además, de acuerdo a lo que dicen los psicólogos es recomendable que siempre se le diga al niño desde pequeño de que es adoptado. La adopción también tiene efectos personales y patrimoniales y el adoptado asume el apellido del o los adoptantes así como también se asumen las obligaciones alimentarias y las relaciones sucesorias y la inscripción de la adopción en el Registro Civil generará una nueva inscripción de nacimiento.

El objetivo y la finalidad de la adopción se basa en los principios establecidos en el Código de la Niñez y Adolescencia sobre estos principios Medina (2012), dice: “Resulta muy importante el establecimiento de una parte general en materia de adopción porque ella determina los principios y las finalidades de la institución, que son pilares imprescindibles a la hora de la interpretación y de llenar las lagunas del ordenamiento positivo. Los principios generales en materia de adopción cumplen dos funciones, como fuente y como elemento de interpretación de la ley. Como fuente, los principios generales del Derecho son tales en cuanto se recurre a ellos para resolver las cuestiones que no tienen solución en la ley o las costumbres. Fijan también un límite a su arbitrio, garantizando que la decisión no esté en desacuerdo con el espíritu del ordenamiento jurídico. Cabe señalar que los principios generales de adopción por su alto grado de abstracción no pueden suministrar la solución exacta del caso, pero sirven para orientar la actividad creadora del juez, cuando exista una laguna del Derecho positivo. Por otra parte como elemento de interpretación de la ley, los principios generales sirven para: solucionar las posibles contradicciones entre las disposiciones positivas concretas, dar la clave para interpretar una disposición que ofrece dudas.”

Al respecto, Basset citado por Herrera (2014) afirma que: “El derecho del niño a vivir y desarrollarse en una familia no es propiamente una norma que debiera integrar el Código Civil, pues su naturaleza es programática. Es improbable que la norma signifique que un

niño puede demandar al Estado porque no pudo ser criado por una familia alternativa. La norma expresa una obligación de medios del Estado”. (p.43)

Ahora bien, la adopción en sí es una medida de protección que brinda el Estado hacia el menor y esa medida de protección que son acciones que adopta la autoridad competente sólo se efectúa mediante orden judicial, aunque existen otras medidas de protección hacia el menor que pueden darse mediante vía administrativa.

Gómez Piedrahita (1982) difiere de que la adopción sea una medida de protección y dice que “...antes que una medida de protección, la adopción es una institución jurídica de protección familiar y social...” (p. 288), en mi opinión son las dos cosas tanto es una medida de protección como una institución jurídica. Para Borda (1974) se trata de una institución de derecho privado fundada en un acto de voluntad del adoptante y nacida de la decisión del juez, en virtud de la cual se establece entre dos personas una relación análoga a la filiación legítima. (p.143)

Las medidas de protección deben adoptarse cuando se ha producido o existe riesgo inminente de que produzca una violación de sus derechos por acción u omisión del Estado, la sociedad, sus progenitores o responsables del niño, niña o adolescente. Estas medidas imponen determinadas acciones a la sociedad en general con el objeto de hacer cesar el acto o amenaza que pesa sobre los menores y restituir el derecho vulnerado asegurando el respeto permanente de sus derechos.

La finalidad de la adopción es garantizar una familia, idónea, permanente y definitiva, para el niño, niña y adolescente, esta adopción puede ser nacional cuando el origen de la petición de adopción proviene por parte de personas que viven en el país, internacional cuando el origen se inicia por intermedio de las agencias internacionales que se encuentran en los países con los cuales Ecuador tiene convenio para la adopción como son Estados Unidos, Italia, Suecia, Bélgica y España; y esas adopciones pueden ser entre parientes o no. No puede ser sujeta a modalidades y cuando se perfecciona es totalmente irrevocable. No debe de ser condicionada y si la condición se impone a la persona que debe de dar su consentimiento debe de entenderse como no escrita o no efectuada.

También en la adopción se prohíbe la obtención de beneficios económicos indebidos como consecuencia de la misma. Tampoco existe en el país la adopción directa, es decir adoptar a un niño determinado y tampoco está permitida la adopción de la criatura que está por nacer, y no pueden ser candidatos predeterminados, salvo que sea la adopción entre parientes u otros casos de difícil adopción como son los niños que están enfermos, discapacitados o mayores de 4 años.

La adopción se dará cuando el niño, niña o adolescente tenga la aptitud legal para ser adoptado, el juez deberá calificar la petición que debe de cumplir los requisitos previstos en el Código Orgánico General de Procesos disponer el reconocimiento de firma y rúbrica, luego deberá señalar día y hora de audiencia y continuar con el trámite correspondiente, a esta demanda deberá adjuntarse todos los expedientes con las actuaciones previas de la fase administrativa de la Unidad Técnica de Adopciones respectiva, incluyendo copia

del juicio de declaratoria de adoptabilidad, que no es otra cosa que la declaración judicial de que el niño está apto para ser adoptado, es decir que ya se han efectuado todas las investigaciones para encontrar a sus padres y a su familia de origen dentro del cuarto grado de consanguinidad pero o no encontraron a la familia o habiéndola encontrado ninguno de ellos quieren hacerse cargo del menor, o que teniendo padres ya han otorgado el consentimiento para la adopción.

Si alguno de los parientes quiere hacerse cargo del menor, el mismo juez puede disponer el discernimiento de la tutela, si no existen parientes o si existiendo los mismos éstos no quieren hacerse cargo del niño, el juez debe de declarar al niño, niña o adolescente en aptitud legal para ser adoptado.

Si al niño lo encuentran abandonado lo llevarán a una institución de acogida y el representante legal de la misma deberá solicitar al Juez que disponga el internamiento en dicha institución hasta que se efectúen las investigaciones sobre sus orígenes, si no tienen datos de la familia o si ya son huérfanos, o si la familia no quiere hacerse cargo, o ambos padres están privados de la patria potestad el juez debe de declarar el estado de adoptabilidad del niño, niña o adolescente.

La declaratoria de adoptabilidad se resuelve mediante un juicio que sigue un mismo esquema, una demanda, calificación, citación, audiencia y auto resolutorio. Las autoridades administrativas llaman al término “esclarecimiento legal” cuando ya existe una declaratoria de adoptabilidad para saber el estado legal del niño, niña o adolescente. Hay que tener en cuenta que la adopción cuando se declara por sentencia judicial ya no cabe revocatoria alguna, salvo por una acción de nulidad que solo podrá ser demandada por el adoptado, por las personas cuyo consentimiento se omitió y por la Defensoría del Pueblo. Esta acción prescribe en el plazo de dos años desde la inscripción de la sentencia de adopción en el Registro Civil.

Con todos los trámites y requisitos, la adopción es la última alternativa que tiene el niño para encontrar a una familia, ya que el juez solo podrá declarar que un niño, niña o adolescente está en aptitud legal para ser adoptado cuando de las investigaciones realizadas se establezca sin lugar a dudas que se encuentra en estado de orfandad de ambos progenitores, imposibilidad de determinar quiénes son sus progenitores o en su caso imposibilidad de encontrar a sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, o cuando ambos padres han sido privados de la patria potestad o en su defecto que ambos padres hayan otorgado el consentimiento para la adopción. En la actualidad son los jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia, quienes se encargan de todos los temas referentes a la familia, niños y adolescentes, en consecuencia ya no es de competencia de un juez de lo civil el discernimiento de la tutela a que hace referencia el artículo 289 del Código de la Niñez y Adolescencia.

De conformidad con el artículo 157 de la ley de la materia, las adopciones solo pueden efectuarse a personas menores de 18 años, por excepción se admiten los siguientes casos:
1.- Cuando tienen con el candidato a adoptante una relación de parentesco dentro del

quinto grado de consanguinidad; 2.- Cuando han estado integradas al hogar del candidato a adoptante en acogimiento familiar por un período no inferior a dos años; 3.- Cuando han estado integradas al hogar del candidato desde su niñez, o desde su adolescencia por un período no inferior a cuatro años; y, 4.- Cuando se trata de adoptar al hijo del cónyuge. En ningún caso se podrá adoptar a personas mayores de 21 años.

Al referirse a la adopción siempre hay que tener en cuenta el interés superior del niño que a decir de Beloff, Deymonnaz, Freedman, Herrera y Terragni citado por Herrera (2012) “puede ser definido como un mandato al Estado de privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas en las que se deben restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos. De este modo, ostenta un contenido normativo específico que supone que determinados derechos de los niños sean de un ‘interés superior’ al contraponerse con otros derechos individuales e intereses colectivos” (p.43) por lo que cuando el niño, niña o adolescente ya ha estado integrado al hogar de la persona que lo va a adoptar y se ha creado un “vínculo afectivo”, debe de velarse por su interés superior. Así mismo cuando la adopción proviene por parte del cónyuge o de la pareja unida de hecho, habría que evaluar las consecuencias que repercuten sobre la integridad del menor, sobre su personalidad e identidad, recordando que tanto la personalidad y la identidad son los atributos y características del individuo que lo hacen diferente y único ante los demás y el derecho a esa identidad se vincula con su familia de origen a que el niño, niña o adolescente a que tiene derecho el menor de continuar perteneciendo; y, las políticas públicas deben tender al fortalecimiento familiar porque la familia es quien debe de cumplir con las obligaciones de cuidado y crianza.

Revisemos cuales son los consentimientos necesarios para la adopción de acuerdo a lo que dispone el artículo 161 de la ley de la materia que es el Código de la Niñez y Adolescencia (2003) : “Para la adopción se requieren los siguientes consentimientos: 1.- Del adolescente que va ser adoptado; 2.- Del padre y la madre del niño, niña o adolescente que se va a adoptar, que no hayan sido privados de la patria potestad; 3. Del tutor del niño, niña o adolescente; 4. Del cónyuge o conviviente del adoptante, en los casos de matrimonio o unión de hecho que reúna los requisitos legales; y, 5. Los progenitores del padre o madre adolescente que consienta para la adopción de su hijo...”

Por lo que el derecho del adolescente a ser oído deberá ser respetado de manera obligatoria, recordando que adolescente es quien ha cumplido doce años, sin perjuicio de que también pueden ser escuchados los niños y las niñas de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Convención de los Derechos del Niño del cual el Ecuador es suscriptor y por así disponerlo el artículo 45 de la Constitución de que tienen que ser consultados en los asuntos que les afecten, concordante con los artículos 60 y 164 del Código de la Niñez y Adolescencia que también dispone que deberá ser escuchando teniendo en cuenta su grado de desarrollo y madurez. En consecuencia si el que va a ser adoptado niega su consentimiento expresado ante el juez, la adopción no será posible otorgarla.

Existe una diferencia entre la obligación de escuchar al niño o niña y la obligación de prestar el consentimiento, la obligación de escuchar recae al juez que por mandato legal está obligado a escuchar al niño o niña pero no está obligado a aceptar la opinión del menor que la da, pero la obligación de prestar el consentimiento por parte del adolescente es mandatoria para el juez, so pena de nulidad, tal como lo establece el artículo 177 de la ley de la materia, por lo que en los trámites de adopción se destacan el interés superior del adoptado y no del adoptante.

Luego de la adopción dictada por sentencia judicial y debidamente inscrito el niño, niña o adolescente en el Registro Civil, viene la etapa de seguimiento por parte del equipo técnico por los dos años subsiguientes, tanto para las adopciones nacionales como para las adopciones internacionales sea entre parientes o no.

En el Ecuador se prefieren las adopciones nacionales a las adopciones internacionales y las adopciones internacionales tienen mucho más requisitos que las nacionales y este tipo de adopciones solamente pueden otorgarse con los países con los cuales Ecuador tiene convenio internacional de adopción, que fueron mencionados con anterioridad y que deben de tener la acreditación del representante legal de la agencia de adopción legalmente residiendo en el país.

Se prefieren las adopciones entre parientes ya sean nacionales o internacionales sobre las adopciones a personas ajenas a los niños o adolescentes a adoptarse. La adopción tiene dos fases muy diferenciadas, la fase administrativa y la fase judicial. La fase administrativa tiene por objeto estudiar e informar sobre la situación física, psicológica, legal, familiar y social de la persona que va a adoptar. En esta etapa es que se debe de declarar la idoneidad de los candidatos a adoptantes y luego deben de asignar mediante resolución administrativa a una familia a un niño, niña o adolescente. Esta fase administrativa está a cargo de Ministerio de Inclusión Económica y Social, quien es también la autoridad central en materia de adopciones.

Cuando una solicitud de adopción ha sido negada en la fase administrativa se puede interponer recurso administrativo ante el Ministro de Inclusión Económica y Social y cuando ha sido negada en la fase judicial se puede interponer recurso ante el Tribunal de Alzada e incluso llegar a la casación por tratarse de una sentencia definitiva que tiene calidad de cosa juzgada.

En la Constitución ecuatoriana (2008), en el artículo 68 expresa: "...La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.", en consecuencia en nuestra constitución está claramente determinado que la adopción es solamente para parejas heterosexuales y no está permitida la adopción para parejas del mismo sexo, por lo que no se podría alegar y sustentar que una adopción para parejas del mismo sexo es inconstitucional, porque para poder acceder a la adopción de parejas del mismo sexo primeramente se deberá cambiar la Constitución y que ésta lo permita.

En Ecuador a pesar de no estar permitido el matrimonio igualitario, si está permitida la unión de hecho de personas del mismo sexo con exactamente los mismos derechos pa-

trimoniales y personales que las parejas que contraen matrimonio, por lo que en las uniones de hecho de las personas del mismo sexo no existe discriminación ni vulneración de ningún derecho, salvo en lo referente a la adopción pero tampoco se puede decir que dicha prohibición es inconstitucional porque la misma Constitución confirma expresamente que la adopción es solamente para parejas de distinto sexo.

Debemos tener en cuenta que la sociedad es siempre cambiante y con mayor razón en lo que se refiere al derecho de familia que no es ajeno a la realidad nacional. Con la nueva Constitución del año 2008 en Ecuador se aceptan y constituyen los diferentes tipos de familia y eso ha generado un cambio de legislación interna en todos los aspectos, entendiéndose que vivimos en un estado de derechos.

Los derechos fundamentales que todo ciudadano posee no son violados cuando se trata de parejas del mismo sexo, puesto que tienen todos los mismos derechos que las parejas de distinto sexo, la única diferencia es en lo referente a la adopción de niños o adolescentes por expresa disposición constitucional y legal, como lo he expresado anteriormente.

En las uniones de hecho para parejas del mismo sexo, no se evidencia ninguna desprotección de los derechos económicos y sociales que son básicos para el desarrollo de los individuos en la sociedad, por lo que puedo afirmar que las parejas del mismo sexo no están sometidas a una exclusión legal, ya que la constitución y las leyes protegen todos los derechos familiares de los individuos.

La única exclusión que pueden tener las parejas del mismo sexo, es la exclusión social por parte de determinado grupo de personas, pero esa exclusión es simplemente social pero no legal ya que en la parte legal y patrimonial, si están garantizados sus derechos inherentes al ser y en los derechos y obligaciones económicas de las parejas, teniendo el mismo trato jurídico que las parejas heterosexuales, reconociéndoles también como familia, ya que la constitución determina que reconoce a la familia en sus diversos tipos, sin disponer ninguna clasificación al respecto.

Este reconocimiento a las parejas del mismo sexo, no es un caso aislado en el Ecuador ya que recoge la situación mundial de la tendencia a la no discriminación basada en la orientación sexual o la identificación del género del individuo, puesto que en la actualidad se quiere hacer valer todos los derechos y la libre opción sexual para evitar la discriminación y que los derechos en condiciones de igualdad sea para todos sin vulneración alguna.

Las parejas del mismo sexo que están unidas de hecho tienen iguales derechos patrimoniales como por ejemplo hacer una separación de bienes o recibir pensión por jubilación. Dichas parejas desde el punto de vista sentimental tienen las mismas consecuencias que las uniones heterosexuales y hay que equiparlas en todo sentido inclusive con las consecuencias económicas y equitativas para ambas partes no teniendo patrimonialmente ninguna situación de desventaja con las otras parejas.

Por haberse unido de hecho legalmente se contrae la sociedad de bienes, pero la pareja se puede apartar de esa regla y optar por dividir o separar sus bienes mediante las capitu-

laciones matrimoniales que también son aplicables para la sociedad de hecho aunque la ley no les ha dado un nombre específico cuando se trate de uniones de hecho.

Por lo que pueden existir tres regímenes patrimoniales: Régimen de comunidad o sociedad de bienes. Es en el cual los unidos de hecho deciden hacer un patrimonio conjunto donde comparten utilidades y pérdidas, pero de conformidad con la ley deben de nombrar un administrador común en el momento de contraer la unión de hecho, aunque para la venta o enajenación de los bienes siempre será necesario el consentimiento de ambos o en su caso autorización judicial. En este régimen el unido de hecho sobreviviente tendrá derecho a entrar en la sucesión.

Régimen de separación de bienes.- La separación de bienes se obtiene por disolución de la sociedad de bienes o por capitulaciones matrimoniales que también son aplicables a las uniones de hecho y pueden hacerse efectuarse antes de acudir al notario para declarar su unión y durante la unión de hecho. La disolución de la sociedad de bienes se la puede efectuar de mutuo acuerdo ante notario o judicialmente, en cuyo caso el proceso es de una sola instancia. En este régimen el unido de hecho sobreviviente no tendrá derecho a entrar en la sucesión.

Régimen mixto.- Es el que, la pareja unido de hecho habiendo efectuado capitulaciones matrimoniales, que también son aplicables para las uniones de hecho, deciden separar los bienes desde una determinada fecha, por lo que habrá frutos que constituyan gananciales y otros que acrezcan el patrimonio de cada cónyuge, en consecuencia en este régimen el unido de hecho sobreviviente si tendrá derecho a entrar en la sucesión en la parte que no se hubieran efectuado las capitulaciones matrimoniales.

Mientras estén unidos de hecho ya sea en cualquier régimen que hubieran escogido mutuamente se deben los alimentos. Si hubieran hijos y un solo bien destinado a vivienda, en caso de separación o divorcio, al unido de hecho que se queda con la tenencia de los hijos menores de edad, es quien tendrá derecho de uso de la vivienda.

El tema de las parejas del mismo sexo ha estado en constante evolución, cabe recordar que hace algunas décadas atrás, la homosexualidad era tratada como una enfermedad y no solamente eso, sino que también sus actos eran penados ante la ley en algunas legislaciones del mundo, en Ecuador fue despenalizado en el año 1977 por una sentencia de la Corte Constitucional.

En diciembre de 1973 la Asociación de Psiquiatría Americana eliminó la homosexualidad dentro de las patologías y el 1 de octubre de 1981 el Consejo de Europa solicitó abolir las leyes contra los actos homosexuales y pidió a la Organización Mundial de la Salud que suprimiera la homosexualidad de su catálogo internacional de enfermedades.

En la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3 dispone: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño", principio establecido en la Constitución el Código de la Niñez y Adolescencia.

La adopción constituye un derecho del menor a constituir una familia, no es un derecho de los adultos, es un derecho del niño, niña o adolescente siguiendo la doctrina de protección integral y el principio del interés superior, además hay que tener en cuenta que la adopción es una institución y al mismo tiempo una medida de protección específicamente aprobada para el menor no para los adultos, por lo que bajo ningún punto de vista las parejas del mismo sexo que no tengan hijos tienen el “derecho” a la adopción, ya que ese derecho es exclusivamente para el menor, distinguiendo el derecho fundamental del niño, niña y adolescente para tener una familia, a la adopción por parte de adultos que sean parejas del mismo sexo que no es ningún derecho fundamental, por lo que no puede verse entonces como un derecho de las personas del mismo sexo a la adopción, porque hay que ver desde el punto de vista del niño que es una medida de protección, que no es lo mismo. La adopción no es un derecho del adulto sino que la adopción es el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffó e hijas vs. Chile* ya se pronunció al respecto de la homosexualidad. El caso es que una pareja conformada por un hombre y una mujer tuvieron varias niñas, la pareja se separó y el padre solicitó la tenencia de las niñas aduciendo que la madre no era idónea para cuidarlas debido a que era abiertamente lesbiana. El proceso fue ganado en los tribunales por el padre, pero la madre acudió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la referida Corte le dio la razón a la madre. En el párrafo 111 de la sentencia se dijo: “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 éstos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños”

Este caso versó sobre la responsabilidad internacional en la que incurrió Chile, según Molina de Juan (2014) “la Corte Interamericana delimitó los puntos sometidos a su decisión a los siguientes temas: 1) los alcances del derecho a la igualdad y a la no discriminación; 2) la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1. de la Convención americana; 3) si existió una diferencia de trato basada en la orientación sexual, y 4) si dicha diferencia de trato constituyó discriminación”. (p. 138)

Aunque la sentencia no se refiere al tema específico de la adopción, la referida Corte resolvió que el interés superior del menor no entra en contradicción con la orientación sexual de los padres ni representaba un riesgo para las niñas, en consecuencia el lesbianismo no era motivo para quitarle la custodia de las niñas a su madre.

En el país existe un caso que se inició mediante juicio No. 17254-2012-0584 en el Juzgado Cuarto de Garantías Penales y que en la actualidad se encuentra en la Corte Constitucional por acción extraordinaria de protección, en el que se trata la petición de

dos mujeres lesbianas quienes formalizaron su unión en el año 2010 en el Reino Unido mediante unión civil y en el año 2011 mediante unión de hecho en el Ecuador y solicitaron al Director del Registro Civil que inscriba a su hija en los libros respectivos, lo cual fue negado basado en el artículo 82 de la Constitución y en los artículos 32 numeral 5, 33 y 80 de la entonces Ley de Registro Civil que en la actualidad dicha ley se encuentra derogada y sustituida por la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Ante esta negativa, las peticionarias acuden a la Defensoría del Pueblo que toma el caso y emprende una Acción de Protección por vulneración de derechos humanos.

Las accionantes fundamentan su petición aduciendo que la decisión de formar una familia es parte de su proyecto de vida y que han sufrido discriminación por su orientación sexual, lo que vulnera el principio y derecho de igualdad a la familia y a la protección que otorga el Estado a sus diversas formas y se ha vulnerado el interés superior del niño. La pretensión está constituida por cuatro derechos fundamentales: a la identidad, a la igualdad, filiación y principio de supremacía de la Constitución, por lo que la discusión está en torno de los derechos de la niña y no de la pareja.

Sobre este tema la Corte Constitucional está obligada a pronunciarse sobre las realidades sociales de manera independiente de las apreciaciones religiosas o políticas.

Pongamos un caso hipotético en que el niño nació en una familia nuclear con sus padres biológicos pero por diferentes circunstancias el niño quedo solamente en custodia de uno de sus padres y al unirse su padre o madre quien tiene la custodia del menor, con otra pareja del mismo sexo -lo cual está permitido por la ley-, ese niño ya se encuentra formando parte integral de esa familia que ha conformado su progenitor, por lo que, tomando en cuenta que la adopción es una medida de protección judicial a favor del menor y al mismo tiempo una institución que no es a favor de las personas adultas sino a favor del menor, no veo escollo para que la nueva pareja lo adopte como hijo común siguiendo la normativa vigente, puesto que en la práctica el menor ya tiene un “vínculo” con la pareja de su padre o madre y en la práctica constituyen una familia.

Si la propia Constitución acepta y reconoce los diferentes tipos de familia y mediante ley se ha aprobado el registro de las parejas del mismo sexo y género mediante unión de hecho e incluso las personas pueden cambiar su género en sus documentos de identificación y es política de Estado la defensa de género y la protección a las personas homosexuales, y si el principio del interés superior del menor es estar con su familia de origen, es realmente absurdo que no se acepte la inscripción de una menor cuando es hija biológica de la pareja con la cual está unida de hecho conforme a la ley.

CONCLUSIONES

Sobre el tema principal de la adopción a pesar de que existe prohibición expresa en la Constitución del Ecuador para permitir la adopción en las parejas del mismo sexo, existe el principio constitucional de que los niños merecen una protección de la familia como he hecho referencia en páginas anteriores por lo que creo es

apropiado una reforma constitucional para que la adopción pueda realizarse en parejas del mismo sexo siempre y cuando la persona que adopte sea la pareja permanente o en unión de hecho con el padre o madre del niño que se va a adoptar, justamente favoreciendo el interés superior del menor, principio consagrado en la Constitución y tratados internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño, porque si el padre o madre del menor tiene su pareja del mismo sexo, -tipo de familia permitida en la actualidad por la Constitución- no hay razón para que el hijo de ese padre o madre, no pueda ser adoptado por la pareja permanente o de unión de hecho de su padre o madre, que en la doctrina es llamada adopción integrativa, tal como lo menciona el tratadista Moreno citado por Herrera (2014): “Si bien se ha resumido a la adopción integrativa en la ‘adopción del hijo del cónyuge’, es preciso resaltar que aquélla abarca diversas formas adoptivas, ya sea que se analice desde la perspectiva de quién es el adoptante: cónyuge, o concubino, del progenitor biológico o legal; como desde la perspectiva de quién es adoptado: niños o adolescentes que solamente tienen filiación materna, o que tienen ambas filiaciones, encontrándose, dentro de este último grupo, niños o adolescentes cuyos padres biológicos no convivientes han fallecido (orfandad paterna o materna), o se han desatendido totalmente de aquéllos (situación de abandono), o bien, por el contrario, mantienen una buena relación con el niño o adolescente en cuestión. La adopción integrativa alcanza también el caso de la adopción del hijo adoptivo del cónyuge o del concubino, supuesto que obliga a valorar si se trata de nueva adopción de características autónomas e independientes, o si puede ser considerada como la ampliación de la adopción originaria”. (p.29)

Es incongruente que la Constitución acepte y reconozca los diferentes tipos de familia, que mediante ley se apruebe y proteja a las parejas del mismo sexo y género -incluso con políticas de Estado- pero no se permita la adopción del hijo o hija de la pareja de la que legal y constitucionalmente se está unido de hecho, porque al no permitir esa adopción del hijo de su pareja allí sí se estarían violando el derechos del niño, niña o adolescente a permanecer con su familia, porque el menor ya tiene un vínculo filial de origen que debe de ser respetado.

La familia es una realidad social antes que una realidad jurídica y si la legislación ecuatoriana permite la adopción homoparental pero con niños o niñas del mismo sexo de quien los va a adoptar, en base al mismo principio establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, opino que debería hacerse la excepción sobre la adopción para que solamente sea permitida entre parejas homosexuales o del mismo género cuando se trate del hijo de la pareja con la cual convive, puesto que no podría separarse al menor de su familia de origen con la cual ya tiene un vínculo establecido teniendo en cuenta la idoneidad del adoptante y cumpliendo con todos los requisitos establecidos en la ley debiendo además reunir las cualidades personales necesarias para cumplir su rol paternal o maternal.

La adopción tiene que cumplir con su cometido que es el interés superior del niño, por lo que mirándolo dentro del punto de vista del interés superior si se debería de permitir la adopción del hijo del cónyuge o del unido de hecho así la nueva pareja fuese homosexual o tuviere el mismo género.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACEDO, A. (2013). *Derecho de Familia*. Madrid: Editorial Dykinson.
- BELLUSCIO, A. C. (2004). *Manual de Derecho de Familia*. Tomo I (Séptima ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea.
- BORDA, G. (1974). *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II. Familia. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- CORNEJO, H. (1987). *Derecho Familiar Peruano*. Tomo II (Sexta ed.). Lima: Editorial Studium.
- GÓMEZ PIEDRAHÍTA, H. (1992). *Derecho de Familia*. Bogotá: Editorial Temis.
- HERRERA, M. (2014). Análisis del Artículo 594. En A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera, & N. Lloveras (Eds.), *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- MEDINA, G. (2012). La adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/085_MEDINA_Graciela_LA_ADOPCION.pdf
- RAMOS, R. (2009). *Derecho de Familia*. Tomo II (Sexta ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia*. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Acción de Protección. Juicio No. 17254-2012-0584. Juzgado Cuarto de Garantías Penales. Aceptar parcialmente la demanda formulada y declarar la inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 516 del Código Penal, y suspender totalmente los efectos de dicho inciso. Resoluciones del Tribunal Constitucional, resolución No. 106-1-97. Registro Oficial Suplemento No. 203 del 27 de noviembre de 1997.
- Atala Riffo y niñas vs. Chile. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de febrero de 2012.