

**Análisis de la normativa ecuatoriana relacionada
a la adopción homoparental a partir de la opinión
consultiva OC24/17**

**Analysis of ecuadorian regulations related to
homoparental adoption based on advisory opinion
OC24 / 17**

Mishell Ortega-Rocero
Universidad Tecnológica Indoamérica - Ecuador
mishell.ortega25@gmail.com

doi.org/10.33386/593dp.2021.4-1.585

RESUMEN

El presente trabajo analiza la viabilidad existente en el país respecto a la adopción homoparental, tomando en consideración lo mencionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva OC-24/17. Para este fin, se analizó el principio de no discriminación dentro de la normativa interna e internacional que se encuentran vigentes dentro del territorio ecuatoriano. El principio de no discriminación establecido en la Constitución de la República menciona que todas las personas son iguales y por lo tanto gozarán de los mismos deberes, obligaciones, derechos y que no sufrirán ningún tipo de discriminación, situación que hace que las personas puedan disfrutar de su derecho al libre desarrollo de su personalidad, pudiendo formar una familia homoparental. La familia está legalmente protegida por el marco jurídico interno y externo, esta cuenta con una definición amplia que no solo protege un modelo tradicional o específico de la misma, sino por el contrario se reconoce a la familia en sus diversos tipos, previniendo la discriminación a las parejas del mismo sexo, dado que los tratados de derechos humanos son de interpretación evolutiva. La opinión consultiva objeto de estudio del presente ensayo reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación, de tal forma que protege el vínculo familiar y garantiza el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo y, por ende, a la adopción. Esta opinión es de carácter vinculante para nuestro país, permitiendo así la adopción entre parejas del mismo sexo, al prohibirse la discriminación de derecho. La medida tampoco presenta un riesgo respecto a la crianza de los niños, ya que hay amplia evidencia científica de que estos se desenvuelven igual de bien que aquellos criados por progenitores de distinto sexo.

Palabras clave: adopción; discriminación; familia; parejas del mismo sexo y opinión consultiva OC-24/17

Cómo citar este artículo:

APA:

Ortega-Rocero, M., (2021). Análisis de la normativa ecuatoriana relacionada a la adopción homoparental a partir de la opinión consultiva OC24/17. 593 Digital Publisher CEIT, 6(4), 5-20. <https://doi.org/10.33386/593dp.2021.4.1.585>

Descargar para Mendeley y Zotero

ABSTRACT

This work analyzes the existing viability in the country regarding homoparental adoption, taking into consideration what was mentioned by the Inter-American Court of Human Rights in its advisory opinion OC24 / 17. For this purpose, the principle of non-discrimination was analyzed within the internal and international regulations that are in force within the Ecuadorian territory. The principle of non-discrimination established in the Constitution of the Republic, mentions that all people are equal and therefore will enjoy the same duties, obligations, rights and that they will not suffer any type of discrimination, a situation that allows people to enjoy of their right to the free development of their personality, being able to form a homoparental family. The family is legally protected by the internal and external legal framework, this has a broad definition, which not only protects a traditional or specific model of it, but on the contrary, the family is recognized in its various types, preventing discrimination same-sex couples, since human rights treaties are of evolutionary interpretation. The advisory opinion under study in this essay recognizes the right to equality and non-discrimination, in such a way that it protects the family bond and guarantees the right to marriage between people of the same sex and, therefore, to adoption. This opinion is binding on our country, thus allowing adoption between same-sex couples, since discrimination by law is prohibited. The measure also does not present a risk regarding the upbringing of children either, since there is ample scientific evidence that they perform just as well as those raised by parents of different sexes.

Keywords: adoption; discrimination; family; same-sex couples and advisory opinion OC24/17

Introducción

Definir a la familia ha sido uno de los puntos de mayor conflicto social en las últimas décadas a consecuencia de muchos procesos de transformación social, jurídica y política en diferentes países de la región. Dichos procesos son considerados fenómenos sociales, que han logrado la evolución del concepto de familia, los estados utilizan términos genéricos o no consolidados al ser de interpretación evolutiva, siempre teniendo presente que dicho significado cambiaría con el tiempo.

Según Paredes y Núñez (2019), el concepto de familia responde a un patrón tradicional de dicho pensamiento, el cual se constituye tomando como base el moralismo antiguo, impidiendo así la transformación social de la estructura de la familia.

Tomando en cuenta las transformaciones sociales vividas últimamente, se han evidenciado en muchas partes del mundo un gran avance dentro de las ideologías de equidad de género. A lo largo de la historia se evidenció que el colectivo LGTBI ha sido víctima de diferentes tipos de agresiones, sufriendo altos niveles de violencia de la sociedad o del estado. Sin embargo, la lucha social que ha llevado este grupo a lo largo de los años les ha permitido obtener y visibilizar varios de sus derechos, aunque aún se encuentran pendientes de reconocimiento otros muy importantes.

Hablando de los derechos de las personas pertenecientes a este grupo, León (2019) menciona que, tanto en Ecuador como en otros países de la región, la garantía y reconocimiento de los derechos de este grupo con relación a las parejas heterosexuales denominadas “tradicionales” aún son abiertamente negados. Derechos como el matrimonio o la adopción aún no son otorgados a las personas pertenecientes a este grupo, lo que pone en tela de juicio el concepto de igualdad para este colectivo de la sociedad en los países de la región.

Con relación a este tema, la opinión consultiva OC-24/17 “Identidad de género, e

igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, redactada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), establece que todos sus estados miembros deben adoptar los mecanismos y medidas necesarios que permitan asegurar que las parejas del mismo sexo puedan tener acceso a la figura del matrimonio. En tal virtud, el punto de controversia de esta investigación es analizar si la opinión consultiva en materia de estudio crearía la obligación de permitir la adopción de niños, niñas y adolescentes que se encuentren en orfandad por parejas del mismo sexo. Por lo expuesto se justifica el actual trabajo investigativo, el cual se enfoca en conocer si las opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son de carácter vinculante en el país.

Objetivos

Objetivo general

Analizar la opinión consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derecho Humanos en relación con el principio de no discriminación.

Objetivos específicos

- Examinar el principio de no discriminación desde el derecho constitucional
- Determinar si el principio de no discriminación faculta la adopción a parejas del mismo sexo.

Métodos empleados

Para el desarrollo del presente trabajo de investigación se emplea la metodología de investigación bibliográfica – documental. Como lo mencionan (Hernández et al., 2014), la investigación bibliográfica se caracteriza por el uso de datos de fuentes secundarias como base de la investigación. Dentro de las principales ventajas de la investigación bibliográfica radica en que esta abarca el análisis de un campo amplio de fenómenos de investigación, dado que el

enfoque abarca una realidad de espacio y tiempo más dilatada.

Se empleará este método de investigación debido a que se analizarán fuentes bibliográficas de distintos autores, que sean correspondientes a la opinión consultiva mencionada y su aplicación dentro de la normativa ecuatoriana referente a la adopción. Este análisis permitirá comprobar si la opinión consultiva es de carácter vinculante para el Ecuador.

Estructura de los capítulos

El presente trabajo de investigación contará con dos capítulos, además del apartado introductorio, conclusiones y recomendaciones pertinentes. En el primer capítulo se estudia el principio de no discriminación desde la perspectiva del derecho constitucional, así como también, diferentes instrumentos internacionales que se encuentren vigentes en el país, además de examinar el artículo 11 de la constitución de la república y finalmente se analiza la aplicación de la normativa emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación a la no discriminación, revisando si la legislación emitida por este organismo es más favorable que la legislación ecuatoriana.

Dentro del segundo capítulo se tratará el análisis del principio de no discriminación en base a la opinión consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de determinar si dicha opinión consultiva permite la adopción para parejas del mismo sexo en Ecuador. Finalmente, se expondrán resultados tanto a favor y en contra obtenidos de estudios científicos realizados en países que ya cuentan con esta medida desde hace muchos años para complementar los análisis realizados.

Desarrollo

Capítulo I: análisis del principio de no discriminación desde el derecho constitucional

Antecedentes

Antes de comenzar a hablar del principio de igualdad y no discriminación, es necesario hacer mención a los derechos humanos que son considerados como derechos inherentes para cada persona del planeta sin excepción alguna. Los derechos y principios presentan características propias y tienen carácter de ser: irrenunciables, inalienables, interdependientes, indivisibles y de igual jerarquía.

De conformidad a lo estipulado por Dávila (2018), los derechos humanos han estado en constante evolución a lo largo de los años, progresando conforme la sociedad lo ha requerido. Es así como el colectivo LGBTI ha permanecido en constante lucha, situación que les ha permitido conseguir el reconocimiento de varios de sus derechos, siendo su principal meta la aplicación de los derechos de igualdad, logrando de esta manera tener una vida digna sin ningún tipo de discriminación.

Con relación a la historia del colectivo LGBTI, en Latinoamérica se comenzaron a organizar los primeros grupos en la década del 60, siendo considerado como uno de los primeros pasos de este colectivo en su afán de involucrarse en la vida política de los países, uniéndose también como grupo de poder con el objetivo de mostrar sus ideologías mediante manifestaciones y protestas sociales en favor de obtener derechos que les fueron negados a lo largo de los años (Estefan, 2013).

El primer caso de un colectivo LGBTI constituido como tal en la región es en 1967. El grupo denominado “Nuestro Mundo”, fue el primer grupo constituido públicamente bajo una orientación homosexual en América del Sur, este grupo se consolidó como uno de los pilares fundamentales para el comienzo de nuevos colectivos LGBTI a nivel de la región; no

obstante, la dictadura militar que se encontraba establecida en Argentina haría que este grupo desapareciera, funcionando de manera clandestina en el exilio.

El panorama actual en Latinoamérica respecto a las adopciones homoparentales muestra que hay cinco países en que está permitido: Argentina y Brasil en 2010, Uruguay en 2013, los estados Federales de la Ciudad de México, Coahuila, Michoacán, Campeche, Colima, y Morelos en los años de 2010, 2014 y 2016 respectivamente y Colombia en 2015 por una sentencia emanada por la Corte Constitucional (Chaparro & Guzmán, 2016).

Considerando que en los países de América Latina se comparte la misma tradición sociocultural, se han podido apreciar diferentes maneras y tipos de discriminación social hacia este grupo, mismas que aún se encuentran vigentes dentro del contexto cultural de la sociedad latinoamericana. Por lo cual se presentan nuevos retos dentro de la región en los que se busca garantizar los derechos que se le van reconociendo paulatinamente a la población LGBTI (Chaparro & Guzmán, 2016).

El principio de igualdad

El principio de igualdad se ha convertido en uno de los ejes fundamentales en la que se fomenta la dignidad humana, derivando en el establecimiento de los derechos humanos. Dávila (2018) define al principio de igualdad de la siguiente manera:

El derecho de todos los seres humanos a ser iguales en su dignidad, a ser tratados con respeto y consideración y a participar con base igualitaria con los demás en cualquier área de la vida civil, cultural, política, económica y social. Todos los seres humanos son iguales ante la ley y tienen derecho a una misma protección y garantía ante la ley (p.35).

Es decir, el principio de igualdad es la vía que permite que todos los seres humanos puedan ser tratados en igualdad de condiciones,

sin importar su situación o condición actual. De la mano de este principio se enlaza el de no discriminación, que garantiza que por ninguna circunstancia se segregue del goce de derechos a los seres humanos. Esta situación aún es algo compleja debido a que la ideología colectiva presenta diferentes estigmas con relación a las diferencias entre un individuo y otro. Dentro de este aspecto, Dávila (2018) nos dice que son motivo de discriminación ciertos aspectos de las personas como su:

Raza, color, origen étnico, ascendencia, género, embarazo, maternidad, estado civil, familiar o de cuidador, idioma, religión o creencia, opinión política o de otra índole, nacimiento, origen nacional o social, nacionalidad, estatus económico, asociación con minoría nacional, orientación sexual, identidad de género, edad, discapacidad, estado de salud, predisposición genética o de otro tipo a alguna enfermedad, o por combinación de algunos de estos motivos, o en base a características asociadas con alguno de estos motivos (p.36).

Para poder comprender de mejor manera la definición del principio de aplicación de los derechos, primero se debe comprender la posición de este dentro del contexto jurídico. Como lo menciona Benavides (2019), se pueden nombrar los siguientes principios para el tratamiento de casos jurídicos en derechos humanos:

- **Norma:** Establece situaciones dadas en un contexto real, teniendo una solución abstracta y jurídica a la vez. Por lo general, la norma no admite niveles que no se relacionen con el caso que trata, ni la modificación de los efectos de su aplicación.
- **Directriz:** Son estándares políticos que definen objetivos de temática económica, política o social.
- **Principio:** Establece un objetivo general, mismo que debe

alcanzarse en todas las situaciones que se relacionen con el mismo. El principio no establece soluciones automáticas o describe hechos (p.43).

Dentro de esta temática, Alexy (2014) nos dice lo siguiente:

Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas (p.67).

Siendo así, los principios son considerados como normas técnicas, ya que, disponen que se realice algo en la mayor medida viable y se someten a las posibilidades jurídicas, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se tiene un orden jerárquico de distintas normas empezando por la constitución de la república, pasando por las diferentes ordenanzas y reglamentos.

Lo anteriormente mencionado está establecido dentro de los principios de aplicación en el marco de los derechos constitucionales, y se encuentran tipificados en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, la cual señala lo siguiente:

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o

anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

De acuerdo con el artículo citado se puede apreciar que el principio de igualdad tiene como fin garantizar que los derechos sean ejercidos en condiciones de paralelismo para todas las personas, dejando de lado situaciones y características personales. En tal virtud, el principio mencionado se encontraría bajo normativa y aplicación de los propios derechos contemplados por la constitución ecuatoriana.

En el momento en el que se prohíbe la discriminación y se sanciona esta, se hace una relación a los distintos tratos ilegítimos que sufren las personas con la relación de los derechos humanos, no solo haciendo referencia al derecho a la igualdad. Al momento en el que una persona discrimina a otra, se afectan una serie de derechos humanos y no solo al derecho de igualdad. Esta situación perjudica directamente al proyecto y proyección de vida que tiene el individuo; es por ello que resulta importante determinar la participación del estado en un caso particular, examinando también los mecanismos de remediación y reparación que se consideren necesarios.

Benavides (2019) menciona que el principio de igualdad que se encuentra consagrado dentro de la constitución de la república del Ecuador es abierto. Esta situación se pone en manifiesto en el momento que la constitución establece la prohibición de la discriminación de cualquier manera, ya sea esta temporal o permanente, individual o colectiva. Esta situación se traduce en la generación de un nivel de protección de los derechos constitucionales debido a que, en el caso de existir cualquier restricción relacionada con un trato diferenciado, no será necesaria la comprobación de las causas que llevaron a generar ese trato, ni correlacionar

a dicho trato con alguna categoría. En este tipo de casos, únicamente se necesita señalar la discriminación generada y comprobar que dicha discriminación es ilegítima, logrando así obtener protección por parte del estado ecuatoriano.

Una de las diferentes formas de realización del principio de igualdad es el establecimiento de acciones afirmativas. Estas acciones se enfocan en promover la igualdad entre las personas dentro de la sociedad, sin importar las circunstancias por las que se encuentren atravesando. Como consecuencia, se puede afirmar que este principio es de corte transversal debido a la verificación que debe hacerse en el ejercicio de cada uno de los derechos (Benavides, 2019).

Igualdad formal

De conformidad a lo establecido en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, todos los seres humanos vienen al mundo iguales y libres en derechos y dignidad ante la ley. El artículo 2 del mismo cuerpo normativo nos dice que toda persona, sin realizar algún tipo de distinción, tiene los derechos y libertades proclamados en dicha declaración, sin importar alguna diferencia que pudiera existir, fortaleciendo la idea mencionada al inicio de este trabajo en donde se manifiesta que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana (Zuleta, 2019).

Por otro lado, Dávila (2018) menciona lo siguiente con relación a la igualdad formal:

La igualdad formal o igualdad ante la ley es una conquista de las declaraciones de derechos y constituciones liberales, entendiéndola como que todos somos iguales ante la ley, y así mismo entendiendo que la ley obliga a todos los ciudadanos y a los poderes públicos por igual. La aparición del derecho antidiscriminatorio hizo posible que varios grupos humanos tengan una vida digna dentro de la comunidad, sin embargo, a esto se le suman algunas excepciones (p.37).

En función de la igualdad, se pueden alcanzar los objetivos planteados para el derecho antidiscriminatorio, a partir de una interpretación formal dejando de lado las discriminaciones que se presentan en la sociedad a razón de que la sociedad considera a otros grupos como “inferiores”. Esto permite comprender que la igualdad formal también conlleva aspectos como la igualdad de oportunidades y la igualdad de resultados.

El principio de igualdad y no discriminación dentro de la legislación internacional

El principio de igualdad ha tenido cabida en diferentes legislaciones y cuerpos legales a nivel mundial. Uno de los cuerpos legales que se puede mencionar es la Carta de las Naciones Unidas (1945), que en su artículo primero establece lo siguiente:

Art. 1.- Los propósitos de las Naciones Unidas son:

1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;

2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;

3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de

carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y

4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes (p.3).

Es decir, los seres humanos son libres e iguales desde su nacimiento, sin importar las diferencias que se puedan presentar con respecto a su religión, etnia, orientación sexual, preferencias políticas, entre otras. El artículo 2 de la Carta establece los lineamientos del principio de la no discriminación, mencionando que “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (Organización de las Naciones Unidas, 1945, pág. 7).

Con relación a los derechos de las personas del grupo LGBTI, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en el año 2008 la resolución A/63/635, enfocada en el tratamiento y manejo de la protección y promoción de los derechos humanos. Dicha resolución hace referencia a un anexo a la carta presentada a la Asamblea General por parte de varios estados miembros, incluyendo el Ecuador, que al momento de la aprobación de dicha resolución se encontraba con una nueva Constitución, enfocada en los derechos humanos.

Otro de los documentos internacionales que se puede analizar, y que es el motivo principal del presente estudio, es la Opinión Consultiva sobre la Identidad de Género (2017). Esta opinión consultiva se constituye en uno de los hitos de mayor importancia dentro de la reivindicación de los derechos de las parejas del mismo sexo, debido que esta opinión OC-24/17 ordena a los estados parte a garantizar y

reconocer el vínculo familiar entre parejas del mismo sexo en igualdad de derechos que tienen las parejas heterosexuales.

Con relación al derecho a la igualdad y no discriminación, la opción consultiva menciona lo siguiente:

La Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, pág. 32).

Como se puede apreciar, la igualdad de las personas no va a depender de la orientación de género o sus preferencias sexuales. Esta situación no es un estímulo para que las demás personas discriminen o marginen al grupo mencionado, por lo que la noción de igualdad se desprende de las situaciones de género.

Por otro lado, la opinión consultiva nos indica que:

Los estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, pág. 34)

Es importante señalar que la CIDH es una institución autónoma cuyo objetivo

principal es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1979). Con el afán de cumplir con el objetivo mencionado, la Convención le ha dispuesto de dos funciones. La primera función le entrega a la Corte la capacidad para conocer acerca de casos contenciosos, sometidos ya sea por estados miembros de la Carta Americana de Derechos Humanos (CADH) o por la Comisión. En este caso, las decisiones de la Corte tienen el carácter de vinculante para los estados.

En lo referente a la función consultiva, esta tiene como objetivo principal ser un instrumento de ayuda en el cumplimiento de las obligaciones que tienen los estados miembros de la CADH con relación al cumplimiento en la protección de derechos humanos. Por ello, la CIDH tiene la facultad interpretar la Carta y los diferentes instrumentos relacionados con la protección que se encuentran dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Por otra parte, luego de la realización de un pedido por parte de un estado miembro, la Corte establece un abanico de opiniones acerca de la factibilidad y compatibilidad entre las leyes internas con los instrumentos del Sistema (León, 2019).

Con relación al carácter vinculante de la CIDH, la opinión consultiva OC-15/97 (1997) establece que “aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables” (p.4). Estos efectos de carácter jurídico se plasman dentro de las obligaciones que presenta el estado en adaptar dentro de su normativa legal interna los estándares fijados en cada opinión.

Un estado al ser miembro de la CADH y después de aceptar la competencia por parte de la CIDH, se encuentra en la necesidad de cumplir con los diferentes parámetros y estándares establecidos dentro de las opiniones emitidas por la Corte, esto con el objetivo de garantizar el ejercicio libre de los derechos y libertades que se reconocen en dichas opiniones, sin ningún tipo de discriminación por parte de la sociedad (León, 2019).

Análisis del artículo 11 de la constitución de la república del Ecuador

El artículo 11 de la Constitución Ecuatoriana manifiesta lo siguiente:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

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

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

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

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos

y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la constitución.

El estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios, y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

Se observa que la totalidad del artículo mencionado contiene lo que se denomina en doctrina jurídica como “Principio de derechos humanitarios”. Este artículo hace principal énfasis a los derechos que presentan los ciudadanos del territorio nacional como tal. Es importante hacer hincapié en el numeral 3, que nos señala lo siguiente:

Art. 11, numeral 3.- Los derechos y garantías establecidos en

la constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

Este artículo hace mención del carácter de aplicación inmediata de los cuerpos legales que traten acerca de derechos humanos. Este principio de aplicación directa e inmediata establece que todo juez o autoridad competente está en el deber de aplicar de manera inmediata todos los cuerpos legales referentes a derechos humanos como tal. Esto se basa en dos principios, el principio de incondicionalidad y el principio de la plena justiciabilidad de los derechos y garantías.

Respecto al principio de incondicionalidad, el cual hace referencia a que la aplicación de los derechos humanos se debe realizar sin ningún tipo de condiciones o trabas al momento de su aplicación, es importante considerar también que los derechos humanos únicamente pueden tener validez y existencia jurídica en el momento que el orden jurídico positivo les otorga el debido reconocimiento. Como lo menciona Alcaraz (2007), los derechos humanos deben tener un reconocimiento por parte de las instituciones del estado, siendo un principio que debe aplicarse a niveles internacionales con el fin de que puedan ser aplicados sin condiciones.

Con relación al principio de la plena justiciabilidad de los derechos y garantías, García (2012) menciona lo siguiente:

El juez o tribunal no puede omitir la aplicación de las normas constitucionales o de los instrumentos internacionales que establezcan derechos y garantías por falta de ley que regule su aplicación, ya que son de aplicación directa e inmediata y sin que requiera requisito alguno para aplicarlos, salvo los que establece la norma que los reconoce, ya que esta misma los reglamenta y regula (p.3).

Como se detalla, los jueces están en la obligación de cumplir con la aplicación de dichas normas e instrumentos internacionales, siempre y cuando estos se encuentren plenamente reconocidos por el estado.

Este artículo se considera un acercamiento a la aplicación y ejecución de los derechos del libre desarrollo de la personalidad como tal, siendo considerados como derechos inherentes a la persona, su dignidad y las principales libertades. También se considera como un avance en la protección de los derechos considerados de la personalidad del ser humano.

Se consideran como derechos de la personalidad a los derechos que resultan inherentes e inseparables de la condición humana, como lo mencionan Galiano y Tamayo (2018), los derechos relacionados con la personalidad tienen soporte y respaldo constitucional dentro de la mayor parte de los ordenamientos jurídicos vigentes a nivel mundial, incluido en el Ecuador; esto permite que puedan ser concebidos y regulados dentro de las legislaciones mencionadas no solo como derechos genuinamente civiles, sino también como derechos fundamentales del ser humano.

Capítulo II: análisis del principio de no discriminación desarrollado en la opinión consultiva OC-24/17 y análisis de puntos de vista a favor y en contra

Opinión consultiva OC-24/17

Esta opinión consultiva se ha constituido

como un gran avance en el campo del reconocimiento de la familia diversa a nivel latinoamericano. Es importante mencionar que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos la familia se encuentra protegida dentro del marco de la CADH, específicamente en el artículo 17. Sin embargo, la Corte menciona que la Convención, al momento de establecer una definición restrictiva acerca del matrimonio o de la manera en la que se debe concebir una familia, no implica que esta definición de familia sea la única que presenta protección por parte de la Convención (Paredes & Núñez, 2019).

Es importante señalar que la corte desarrolló un análisis acerca de los distintos instrumentos internacionales, mencionando que ninguno de los que fueron analizados contiene la definición de la palabra familia, por lo que no se puede delimitar el concepto de familia en base a las tradiciones.

Esta interpretación restrictiva y excluyente con relación al concepto de familia, misma que excluye a la protección interamericana sobre la relación afectiva existente entre personas del mismo sexo hace que el objetivo no se pueda cumplir como tal. Esto se debe principalmente a que el vínculo afectivo que se encuentra protegido por la convención no se puede cuantificar de ninguna manera, por lo que la definición de familia se debe abordar de una manera flexible, incluyendo este concepto a las familias poligámicas, debido a que no hay motivos que generen el desconocimiento de este vínculo relacionado con personas del mismo sexo (Paredes & Núñez, 2019).

Es adecuado mencionar que la negación del derecho de acceso a la institución del matrimonio únicamente por no ser una relación de procreación va en contra con lo mencionado en el artículo 17 de la convención, mismo que menciona lo siguiente:

Artículo 17.- Protección a la familia. -

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el

estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo (Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", 1969).

El numeral 2 menciona que la corte reconoce el matrimonio entre personas de diferente sexo (hombre y mujer), esto en contraste con lo mencionado en la opinión consultiva 24/17, en donde se da la facultad de que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio, esto en base al párrafo 178 de dicho documento, que nos indica lo siguiente:

La definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la

familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los “lazos familiares” pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máximo cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. Es por ello que el estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, pág. 74).

Es decir, de acuerdo con la corte, el concepto de familia ha ido cambiando conforme el tiempo ha ido pasando, mencionando que la sociedad ha ido rompiendo estereotipos en lo referente a formación de familias, hijos no reconocidos, entre otros.

De la misma manera se indica que la adopción, como institución de carácter social, permite que en determinadas ocasiones dos o más personas que no han tenido una relación anterior o conocimiento de la existencia de ambos se conviertan en familia, reconociendo que la adopción se debe realizar por una pareja formalmente casada.

Es importante señalar que en el capítulo 7 de esta opinión consultiva se reconoce el derecho a la identidad de género como tal, mencionando que es uno de los aspectos principales relacionados al reconocimiento de la dignidad, situación que se establece como la posibilidad para todos los seres humanos de escoger con libertad los factores y opciones que puedan dar un mejor sentido a su existencia y vida en la sociedad, esto de acuerdo con sus propias convicciones.

Esto juega un papel determinante en la autonomía del individuo y en el desarrollo de su personalidad, ligando la libertad de género al

concepto de libertad. Es así como la corte (2017) estableció lo siguiente:

La vida afectiva del cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad, en el que también influye la orientación sexual de la persona, la cual dependerá de cómo ésta se autoidentifique (p.46).

En base a esta situación, la corte acredita a que se puedan formar familias entre personas del mismo sexo o diferentes tipos de género, por lo que se faculta a que estas personas puedan tener la posibilidad de adoptar niños. Esta situación, si bien aún no es aceptada y bien vista por la sociedad de la región, es un hito dentro de la lucha del grupo LGBTI como tal, puesto que, tienen a la opinión OC-24/17 que reconoce la unión formal entre personas del mismo sexo, pudiendo considerarse como familia.

Entrando a detalle, al momento de investigar si esta opinión consultiva permite la adopción para parejas del mismo sexo, es importante considerar algunos aspectos de vital importancia Ecuador al ser un estado miembro de la Convención Americana de los Derechos Humanos, presenta un carácter incluyente, por tal motivo, las opiniones consultivas emitidas por la corte son consideradas de carácter vinculante, por lo que se deben aplicar dentro de la normativa ecuatoriana.

En el país sí existe la posibilidad de aplicar la adopción de personas del mismo sexo debido a que en el año 2019 se reconoció el acceso al matrimonio igualitario, por lo que se reconoce y garantiza el vínculo familiar de parejas del mismo sexo, situación que hace que esta unión esté cubierta para los derechos que se derivan de la protección a la familia mencionados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica.

Puntos de vista sobre la adopción homoparental

Al llegar la aprobación del matrimonio igualitario, también se ha puesto sobre la mesa a nivel local la posibilidad de la adopción de niños y niñas entre parejas conformadas por individuos del mismo sexo.

Los detractores de que esta medida se impelmente basan argumentos en la definición tradicional de la familia (compuesta por padre y madre) y más argumentos principalmente de naturaleza religiosa. Sin embargo, como se expuso anteriormente, la definición de familia puede tener muchos matices y no puede encasillarse dentro de un único molde, al ser de interpretación evolutiva.

Sin embargo, la comunidad científica presente en países que cuentan con esta medida ya desde hace muchos años, han realizado estudios científicos en los que llegan a la conclusión de que los niños criados por familias homoparentales se desenvuelven igual de bien que aquellos criados por progenitores de distinto sexo.

(Martínez et al., 2019) mencionan que, si bien estos niños se exponen más a estigmatización social, pero al no ser una variable que no depende de la estructura de la familia o la orientación sexual de los progenitores, la tendencia y consistencia de los estudios analizados por estos autores muestran que no hay diferencia en el bienestar psicológico ni el desarrollo de la sexualidad entre los niños de este tipo de familias.

Conclusiones

El principio de no discriminación estipulado en el artículo 11 numeral 2 de la norma suprema interna indica que ningún ciudadano puede sufrir discriminación de algún tipo y por algún motivo; ante el marco jurídico nacional e internacional, todas las personas son iguales y por lo tanto gozarán igualdad de condiciones respecto a deberes, derechos y obligaciones.

En el momento en el que se prohíbe la

discriminación y al sancionar esta de cualquier manera que se presente, se relaciona cualquier situación de segregación con la violación de los derechos humanos en general, no sólo se considerará la vulneración del derecho a la igualdad, sino una serie de derechos humanos que interfieren y perjudican el desarrollo del proyecto de vida de un individuo.

Analizando la situación de la adopción por parte de parejas del mismo sexo, es necesario tener en cuenta la condición del matrimonio igualitario, debido a que la corte y la legislación ecuatoriana contemplan la adopción únicamente para parejas legalmente casadas. Lo que nos lleva a tener en cuenta el concepto de familia como tal, definiéndola más allá de los términos de consanguinidad y afinidad. Este concepto ha tenido cambios importantes en los últimos años debido a la ruptura de estándares y paradigmas tradicionalistas con respecto a este tema.

Al abordar el tema de la familia, también debe tomarse en cuenta la diversidad de la que se compone la misma. Ecuador legalizó el matrimonio igualitario en el año 2019, por lo que las parejas del mismo sexo que se encuentren legalmente casadas deberían acceder a los mismos derechos que las parejas casadas que se encuentran en el denominado estándar “tradicional”, lo que les permite también ser partícipes de adoptar niños.

Esto es justificable debido a que Ecuador es parte del Pacto de San José de Costa Rica, situación que hace que las opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sean de carácter vinculante, por lo que deben incluirse necesariamente dentro de la normativa y estatutos ecuatorianos.

Al momento de hablar sobre la adopción por parte de parejas del mismo sexo, se debe considerar el contexto histórico y cultural del país como tal. Ecuador aún tiene rasgos muy conservadores dentro de su cultura y contexto, a consecuencia, este escenario causa que la adopción por parte de personas del mismo sexo no sea aceptada o bien vista, en conjunto con el matrimonio igualitario.

Con la finalidad de que se reconozca la adopción por parejas del mismo sexo en Ecuador, se necesita adecuar el sistema jurídico interno a los derechos que se derivan de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Esto se puede llevar a cabo por medio de interpretación constitucional, aplicación directa de la CADH a través del control de convencionalidad, mismo que se origina de la obligación que tiene los estados a cumplir con los tratados internacionales a los que se han ratificado, y en caso de ser necesario, llevar a cabo una reforma constitucional.

Para finalizar, se menciona que los puntos de vista a favor cuentan con más evidencia científica que los argumentos en contra, los primeros demuestran que los niños criados por padres del mismo sexo no presentan tendencias anormales dentro de su desarrollo, a pesar de que sí pueden resultar más expuestos a estigmatización social por parte de terceros.

Referencias bibliográficas:

- Alcaraz, S. (2007). La incondicionalidad de los derechos humanos en los tiempos actuales. *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, 171-186. Obtenido de <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&e src=s&source=web&cd=&ved=2ahUKE wjb3JXGnanvAhVSo1kKHfKNDVwQ FjACegQIARAD&url=https%3A%2F% 2Frevistas-colaboracion.juridicas.unam. mx%2Findex.php%2Frev-posgrado-dere cho%2Farticle%2Fdownload%2F17160 %2F15369&usg=AOvVaw3S>
- Alexy, R. (2014). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC. Obtenido de <http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20de%20los%20Derechos%20 Fundamentales-Robert%20Alexy.pdf>
- Benavides, G. (2019). *El derecho a la igualdad y no discriminación de las personas en movilidad humana*. Obtenido de Defensoría del Pueblo de Ecuador : [DPE-006-2019.pdf](http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/2345/1/AD-</p></div><div data-bbox=)

- Chaparro, L., & Guzmán, Y. (2016). Adopción homoparental: Estudio de derecho comparado a partir de las perspectivas de los países latinoamericanos que la han aprobado. *Revista CES Derecho*, 1-3. Obtenido de <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/12389>
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito, Ecuador.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”. (22 de Noviembre de 1969). *Organización de los estados Americanos*. Obtenido de Organización de los estados Americanos: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Octubre de 1979). *Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Estatuto_CorteIDH.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (14 de Noviembre de 1997). *Opinión Consultiva oc-15/97. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_15_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de Noviembre de 2017). *Opinión Consultiva OC-24/17. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf
- Dávila, V. (2018). *Principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual, en el acceso al matrimonio civil en la Constitución 2008*. Obtenido de Repositorio Universidad Central del

Ecuador: <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/16969/1/T-UCE-0013-JUR-108.pdf>

Estefan, S. (2013). Discriminación estatal de la población LGBT. Casos de transgresiones a los derechos humanos en Latinoamérica. *Revista Sociedad y Economía*, 183-204. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/996/99629494008.pdf>

Galiano, G., & Tamayo, G. (2018). Análisis constitucional de los derechos personalísimos y su relación con los derechos del buen vivir en la Constitución de Ecuador. *Revista de Derecho Privado*. Obtenido de <https://www.redalyc.org/jatsRepo/4175/417555894005/html/index.html>

García, J. (22 de Agosto de 2012). *Análisis jurídico de los derechos del Art. 11 de la Constitución*. Obtenido de DerechoEcuador.com: <https://www.derechoecuador.com/analisis-juridico-de-los-derechos-del-art-11-de-la-constitucion>

Hernandez, R., Fernández, C., & Baptista, M. (2014). *Metodología de la investigación*. México: McGraw-Hill.

León, M. A. (2019). La fuerza vinculante de la OC-24/17 "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo" para el estado ecuatoriano. *FORO: Revista de Derecho*, 43-60. Obtenido de <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjYicXI16HvAhVloFkKHSiBAUYQFjACegQIFBAD&url=https%3A%2F%2Frevistas.uasb.edu.ec%2Findex.php%2Fforo%2Farticle%2Fdownload%2F1258%2F1159%2F&usg=AOvVaw1H5OCHQbeAdQRUIAt0hwkp>

Martínez, J., Sáenz, M., & Echeverry, J. (2019). Efectos de adopción y crianza homoparental. *Arch Med*, 19(2), 396-06. doi:<https://doi.org/10.30554/>

archmed.19.2.3321.2019

Organización de las Naciones Unidas. (26 de Junio de 1945). *Carta de las Naciones Unidas*. Obtenido de Naciones Unidas: <https://www.un.org/es/charter-united-nations/>

Paredes, G., & Núñez, M. (2019). El matrimonio igualitario a la luz de la Convención Americana: análisis de la Opinión Consultiva OC-24/17 en el contexto jurídico ecuatoriano. *FORO: Revista de Derecho*, 61-81. Obtenido de <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/1260/1170>

Zuleta, A. (2019). El principio de igualdad y no discriminación analizado desde la figura de la mujer como sujeto de derechos. *RES NON VERBA*, 1-14. Obtenido de <http://revistas.ecotec.edu.ec/index.php/rnv/article/view/216/175>