

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CUENCA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA

**ANÁLISIS DE LA FACTIBILIDAD DE LA ADOPCIÓN PRENATAL EN
EL ECUADOR**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO (A) DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE
LA REPÚBLICA**

AUTORES: Stephany Dennise Tenecora Peralta

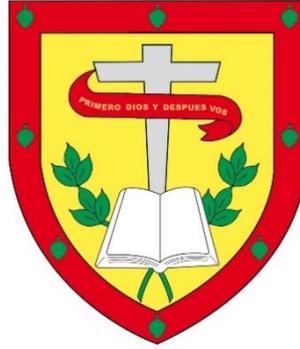
Pablo Israel Clavijo Banda

DIRECTOR: Dr. Iván Culcay, Mgs.

CUENCA – ECUADOR

2022

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA

**ANÁLISIS DE LA FACTIBILIDAD DE LA ADOPCIÓN PRENATAL EN
EL ECUADOR**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO(A) DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE
LA REPÚBLICA**

AUTORES: Stephany Dennise Tenecora Peralta

Pablo Israel Clavijo Banda

DIRECTOR: Dr. Iván Culcay, Mgs.

CUENCA – ECUADOR

2022

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO

DECLARATORIA DE AUTORÍA Y RESPONSABILIDAD



Universidad
Católica
de Cuenca

DECLARATORIA DE AUTORÍA Y RESPONSABILIDAD

CÓDIGO: F – DB – 34
VERSION: 01
FECHA: 2021-04-15
Página 1 de 1

Declaratoria de autoría y responsabilidad

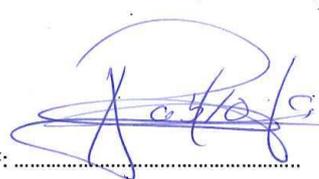
Stephany Dennise Tenecora Peralta de la cédula de ciudadanía N° **0106747710** y **Pablo Israel Clavijo Banda 0104369962**. Declaro ser el autor de la obra: “ANÁLISIS DE LA FACTIBILIDAD DE LA ADOPCIÓN PRENATAL EN EL ECUADOR”, sobre la cual me hago responsable sobre las opiniones, versiones e ideas expresadas. Declaro que la misma ha sido elaborada respetando los derechos de propiedad intelectual de terceros y eximo a la Universidad Católica de Cuenca sobre cualquier reclamación que pudiera existir al respecto. Declaro finalmente que mi obra ha sido realizada cumpliendo con todos los requisitos legales, éticos y bioéticos de investigación, que la misma no incumple con la normativa nacional e internacional en el área específica de investigación, sobre la que también me responsabilizo y eximo a la Universidad Católica de Cuenca de toda reclamación al respecto.

Cuenca, 24 de noviembre 2022

F: 

Stephany Dennise Tenecora Peralta

C.I. 0106747710

F: 

Pablo Israel Clavijo Banda

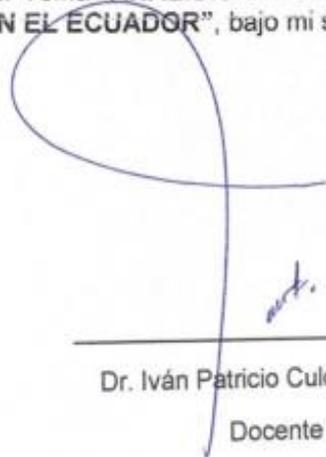
C.I. 0104369962

CERTIFICADO DEL TUTOR



CERTIFICO:

Certifico que el presente trabajo de investigación fue desarrollado por STEPHANY DENNISE TENECORA PERALTA y PABLO ISRAEL CLAVIJO BANDA, con el Tema "**ANÁLISIS DE LA FACTIBILIDAD DE LA ADOPCIÓN PRENATAL EN EL ECUADOR**", bajo mi supervisión.

A large, stylized handwritten signature in blue ink, which appears to be 'Iván Patricio Culcay Villavicencio', written over a horizontal line.

Dr. Iván Patricio Culcay Villavicencio
Docente tutor

DEDICATORIA

Este trabajo de investigación lo quiero dedicar a mi hermana doctora Maritza Elizabeth Tenecora Peralta quien a pesar de su partida siempre fue un ejemplo en vida de constancia y perseverancia, vivirá siempre sus recuerdos en mi corazón y en mis pensamientos hasta el último día de mi vida. A mis padres Cesar Washington Tenecora Muñoz, Cecilia Elizabeth Peralta Bautista quienes han estado presente en cada etapa de mi vida gracias por su amor y ejemplo sin ustedes no podría a ver alcanzado mi meta de ser abogada.

Dedico esta tesis a mis padres Claudio Vinicio Clavijo Rodríguez, Carmen Beatriz Banda Mosquera; a mis hermanos José Andrés, Claudio Fernando, María Claudia y a mi tío Galo Enrique Clavijo Rodríguez quienes siempre me brindaros su apoyo incondicional para que pueda alcanzar mis metas.

AGRADECIMIENTO

Agradecemos a Dios por la vida, por la familia, por el ahora y el después por la oportunidad y la bendición de poder culminar esta etapa de nuestra vida que ha sido llena de emociones a lado de personas extraordinarias.

Agradecemos de manera especial a nuestros padres Cesar Washington Tenecora Muñoz, Cecilia Elizabeth Peralta Bautista y Claudio Vinicio Clavijo Rodríguez, Carmen Beatriz Banda Mosquera , por habernos apoyado en cada uno de nuestros pasos y enseñarnos a no rendirnos y esforzarnos por cumplir nuestras metas, proyectos los mismos han sido un apoyo importante en nuestra vidas pues gracias a su cariño y palabras, amor incondicional han sido nuestra luz constante para seguir adelante y no rendirnos a pesar de las circunstancias.

Agradezco a nuestra Universidad Católica de Cuenca por forjarnos no solo como profesionales sino como ser humanos responsables y solidarios para con nuestros semejantes, por darnos excelentes maestros sabios en sus áreas, en especial por permitirme aprenderme aprender del doctor Iván Patricio Culcay Villavicencio quien como nuestro tutor ha sabido darnos sus conocimientos extraordinarios.

RESUMEN:

Dentro de la normativa internacional el derecho a la vida es reconocido por primera vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, específicamente en su artículo 3; “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.” (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948)

En el Ecuador la recoge en la Constitución ecuatoriana del 2008 como el derecho a la vida en el artículo 66 primer inciso, el cual está estrechamente relacionado con el artículo 45 del mismo texto constitucional: “El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción” (CRE, 2008)

Es así que el derecho a la vida es un derecho fundamental, por lo tanto, en Ecuador no se permite acciones que violenten este derecho, con esto en mente es necesario referirnos al tema que nos compete que es el análisis de la factibilidad de la adopción prenatal en el Ecuador, ya que la falta de normativa con respecto a este tema nos obliga a referirnos a nuestra Carta Magna y el derecho a la vida, y poder de cierta manera acceder a una adopción del nasciturus con la intención de precautelar la vida de este.

Palabras Clave

Derecho a la vida, derecho fundamental, adopción prenatal, nasciturus.

ABSTRACT

In international law, the right to life is recognized for the first time in the Universal Declaration of Human Rights of 1948, in Article 3; "Everyone has the right to life, liberty and security of person" (Universal Declaration of Human Rights, 1948).

In Ecuador, it is stated in the 2008 Constitution as the right of life in Article 66, first paragraph, which is related to Article 45 of the same constitutional text: "The State shall recognize and guarantee life, including the care and protection from the moment of conception" (CRE, 2008).

Therefore, in Ecuador, actions that violate this right are not permitted. With this in mind, it is necessary to refer to the issue that concerns us, which is the analysis of the feasibility of prenatal adoption in Ecuador, since the lack of regulations regarding this area requires us to refer to our Magna Carta and the right of life and to be able to access in a certain way to adopt an unborn child to safeguard the life of that child.

Keywords:

Right to life, fundamental right, prenatal adoption, nasciturus.

TÍTULO EN INGLÉS Y EN ESPAÑOL

**ANÁLISIS DE LA FACTIBILIDAD DE LA ADOPCIÓN PRENATAL EN EL
ECUADOR**

**ANALYSIS OF THE FEASIBILITY OF PRENATAL ADOPTION IN
ECUADOR**

ÍNDICE

DECLARATORIA DE AUTORÍA Y RESPONSABILIDAD	I
CERTIFICADO DEL TUTOR.....	II
DEDICATORIA.....	III
AGRADECIMIENTO	IV
RESUMEN:.....	V
Palabras Clave	V
ABSTRACT	VI
Keywords:.....	VI
TÍTULO EN INGLÉS Y EN ESPAÑOL	VII
ÍNDICE.....	VIII
INTRODUCCIÓN.....	1
Metodología.....	5
CAPITULO I.....	7
1. Desarrollo.....	7
1.1 Antecedentes de la Factibilidad de la Adopción.....	7
1.2 La adopción en el derecho Romano.....	9
1.3 Análisis de los antecedentes históricos de la adopción.....	12
1.4 Antecedentes De La Factibilidad de la Adopción Prenatal	15
CAPITULO II LA FALTA DE NORMATIVA JURIDICA CON RESPECTO A AL ADOPCIÓN PRENATAL QUE VULERA EL DERECHO A AL VIDA DEL NASCITURUS Y EL DERECHO A AL FAMILIA	17
2.1 Legislación comparada.....	17
2.2 Estados Unidos	18
2.3 España.....	22
2.4 Chile.....	26
2.5. La falta de normativa respecto a la adopción prenatal y la vulneración al Derecho a al Vida y al Derecho de Familia del Nasciturus.....	30
CAPITULO III	33
LOS ELEMENTOS PARA LA JUSTIFICACIÓN DE LA FALTA DE REGULACIÓN JURÍDICA PARA SALVAGUARDAR EL DERECHO A LA VIDA Y EL DERECHO A AL FAMILIA DEL NASCITURUS	33

3. Legislación Ecuatoriana	33
3.1 Institución jurídica de la adopción en la legislación ecuatoriana	33
3.2 Finalidad de la institución jurídica de la Adopción:	39
3.3 Requisitos que deben cumplir los adoptantes:	39
3.4 Adopciones Prohibidas:	41
3.5 Efectos de la Adopción:	42
3.6 Constitución de la República del Ecuador	43
3.7 El interés superior del menor	45
3.8 Código de la Niñez y Adolescencia	47
3.9 Nulidad de la Adopción	50
3.10 Análisis de la factibilidad de la incorporación de la Adopción Prenatal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	51
3.11. Elementos justificativos ante la falta de regulación de la adopción prenatal	53
3.12. Propuesta normativa.....	54
3.13. ANEXOS:	56
Conclusiones.....	61
Recomendaciones	62
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63
ANEXOS	66

INTRODUCCIÓN

Por parte de los legisladores se crearon normas con la intención de proteger los derechos de las mujeres, niñas, adolescentes, la vida; Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 1. El derecho a la inviolabilidad de la vida... (CRE, 2008)

El termino adopción tiene su origen en el latín “adoptio” “onem”, adoptare, de ad y optare, desear, que significa profijamiento, que es una forma mediante la cual unas personas pueden ser hijas de otras, de conformidad con la ley y no de la naturaleza.

La adopción es una ficción legal en virtud de la cual se recibe como hijo al que no lo es por naturaleza. Adopción es un suceso jurídico que instaura un parentesco entre dos individuos, con relación equivalente a la paternidad.

La adopción, ofrece amparo al menor; da descendencias a quien no los posee de su sangre, es decir llena dos vacíos, y contribuye con dos inconvenientes sociales: el de una niñez vulnerada o en la posibilidad de no tener un correcto desarrollo, y el de una paternidad frustrada o improbable. (Borda, 2015, pág. 335)

La adopción es una institución que proporciona una familia al adoptado, para su completo desarrollo tanto psicológico como físico y para afirmar su bienestar.

Según el Código de Menores del Ecuador, de 1976, al referirse a la adopción es una institución jurídica de protección familiar y social en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o de madre, respecto de un menor de edad que no es su hijo y que se llama adoptado.

Por su parte, el Código de Menores de 1992, en su artículo 103, decía la adopción es una institución jurídica de protección de menores con carácter social y familiar por la cual una persona, llamada adoptante, toma por hijo a una persona que no lo es, llamado adoptado. El objetivo fundamental de la adopción consiste en que el menor apto para adopción tenga una familia permanente.

Esta es una transcripción defectuosa: “toma por hijo a una persona que no lo es”, porque da a creer que sugiere a una persona que no es tal, cuando se presume que se refiere a una persona que no es hijo del adoptante. (Código de Menores, 1992)

El 23 de mayo de 1993 se suscribe en La Haya la Convención para la Protección de los niños y la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

5.1. Objeto. Al tenor de lo previsto en el artículo 1, la Convención tiene por objeto: a.- Establecer las garantías para asegurar que las adopciones internacionales tengan como interés prioritario el respeto de los derechos fundamentales de los niños, reconocidos en el derecho internacional; b.- Crear un sistema de cooperación entre los estados contratantes para asegurar el respeto de sus garantías y o prevenir el secuestro, la venta o la trata de niños; y, c.- Asegurar el reconocimiento de los estados contratantes de las adopciones efectuadas de acuerdo a esta Convención.

5.2. Condiciones. En materia de adopción internacional corren las siguientes condiciones:

a.- adaptabilidad, es decir opera siempre que el niño sea adoptable; b.- subsidiariedad, tiene lugar cuando no es posible ubicar al niño en el Estado de origen; c.- que las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento es requerido para la adopción han sido rodeadas de los consejos necesarios y debidamente informados sobre las consecuencias de dicho consentimiento, en especial en lo que dice relación a su mantenimiento o ruptura, en razón de una adopción, de los vínculos legales entre niño y su familia de origen; d.- que el consentimiento ha sido expresado en forma libre y en las formas legales requeridas y que sea por escrito; e.- que el consentimiento no es producto de pago o contrapartida y que no ha sido retirado; f.- que el consentimiento de la madre, de ser requerido, no fue dado sino después del nacimiento del menor; g.- si las autoridades competentes, teniendo en cuenta la edad y grado de madurez del niño, han asegurado que las personas, instituciones y autoridades han sido aconsejadas e informados sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento para la

adopción; h.- si se han tomado en cuenta los deseos y opiniones del menor; i.- si el consentimiento del menor ha sido expresado en forma libre, dentro de las normas legales requeridas y que su consentimiento ha sido dado o constatado por escrito; j.- el consentimiento no se ha manifestado mediante una compensación económica o alguna contrapartida de otra naturaleza.

5.3. Procedencia. La adopción internacional sólo procede cuando las autoridades competentes del Estado receptor comprobaron: que los futuros padres adoptivos son aptos para adoptar; que han recibido el consejo necesario; y, que el menor es o será autorizado para entrar y residir permanentemente en ese Estado. (HAYA, El 23 de mayo de 1993).

Al referirnos al término pre natal se utiliza para nombrar a aquello que surge o que tiene existencia desde instancias previas al nacimiento. El término se forma con la unión del prefijo pre (referente a lo que antecede) y el adjetivo natal (vinculado al nacimiento).

Es necesario referirse a la derogación de la prohibición del artículo 163 # 1 del Código de la Niñez y Adolescencia; la prohibición de la adopción del nasciturus, pudiendo así garantizar el derecho a la vida y de la madre que busca interrumpir su embarazo, cual sea su condición, a través del aborto consentido, donde ella, bajo su voluntad podría realizar una solicitud para dar en adopción a su hijo que se encuentra en el vientre materno.

“Art. 163.- Adopciones prohibidas. - Se prohíbe la adopción:

1. De la criatura que está por nacer;...” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

En las causales de incapacidad legal y de incapacidad económica satisfactoriamente comprobada, existen casos donde no se interrumpe el embarazo, pero se abandona a las criaturas de las formas más inconcebibles e inhumanas donde se busca su erradicación a través del sistema de adopción de la criatura que está por nacer. El Código Orgánico Integral Penal en el artículo 153 establece que será sancionada la persona que abandone a ciertos grupos, dentro de ellos se encuentran los niños, niñas y adolescentes con la pena privativa de libertad de uno a tres años y

aumenta la pena proporcionalmente según las lesiones provocadas o en caso de producirse la muerte. El derecho a la vida es irrenunciable e intrínseco, donde los instrumentos internacionales amparan el mismo.

EL NASCITURUS. - La palabra nasciturus en términos jurídicos generales hace alusión al concebido que aún no nace.

Por tanto, el nasciturus podemos decir que es un producto de la fecundación que se da a través de la unión de las células sexuales que tiene tanto el hombre como la mujer los mismos que aportan material genético como resultado del mismo producirá vida que el mismo contendrá características que sean únicas como también propias, dentro del ámbito biológico el desarrollo del ser humano se produce con la concepción el mismo que da origen al proceso embrionario, a través de esto demostramos la existencia de la vida del nasciturus quien deberá tener derechos al igual que las personas al ser de la especie humana reconozcan su titularidad como individuo.

En el antiguo Roma al nasciturus no se lo reconocía como persona esto cambia a través de los años donde se ha venido otorgándoles una manera de protección en las constituciones, en nuestro país la adopción prenatal con el fin de salvaguardar la vida del nasciturus es un mito que ha sido imposible de poder alcanzar hasta la actualidad no existen propuestas eficientes que estipule el art 45 donde se manifiesta: "... Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción..." (CRE, 2008).

Metodología

En la presente investigación se utilizarán los siguientes métodos:

El principal objetivo que tiene la investigación es fundamentar los presupuestos teóricos y legales de los derechos fundamentales, y en especial el derecho a la vida en el ordenamiento constitucional ecuatoriano. Para dar cumplimiento al objetivo planteado, se utilizaron métodos; el histórico-lógico, exegético-analítico, jurídico comparado y la técnica de investigación 'análisis de documentos'. El trabajo se ha desarrollado teniendo en cuenta el tratamiento doctrinal y legal que se le brinda a la vida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En la etapa de investigación en la fase de fundamentación teórica, se utilizará el método inductivo y deductivo, pues la información se obtendrá de revisiones bibliográficas que permitirán obtener las bases teóricas de la investigación.

En la fase de Diagnostico Situacional se utilizará el método empírico: este método ayudará a obtener datos sobre la vulneración de derechos al momento de no poder realizar la adopción al nasciturus.

En la fase de la propuesta se utilizará el Método hipotético- Demostrativo: este método permitirá demostrar la necesidad de un cambio en la normativa correspondiente.

Y en la fase práctica emplearemos una investigación cuantitativa, que es el ámbito estadístico, analizaremos una realidad objetiva a partir de encuestas para transformar las mismas en mediciones numéricas y análisis estadísticos para determinar patrones de comportamiento del fenómeno o problema planteado. Este enfoque utiliza la recolección de datos para comprobar hipótesis, que es importante señalar, se han planteado con antelación al proceso metodológico; con un enfoque cuantitativo se plantea un problema y preguntas concretas de lo cual se derivan las

hipótesis. Al término de la investigación se debe lograr una generalización de resultados, predicciones, control de fenómenos y la posibilidad de elaborar replicas con dicha investigación.

CAPITULO I

1. Desarrollo

1.1 Antecedentes de la Factibilidad de la Adopción

Etimológicamente la palabra adopción proviene del latín adoptio, y adoptar, de adoptare, de ad, a y optare, que es desear adoptar. Es decir, se alberga al adoptado como hijo, pero se lo hace por una creación técnica del derecho no porque lo fuera naturalmente, con el propósito de resguardar a los menores desamparados y además favorecer al fortalecimiento de la familia, que consiente la perseverancia de la sucesión. (Chavez, 2011, pág. 199)

Al referirnos en líneas anteriores a la adopción es necesario mencionar que es una institución jurídica que tiene el propósito de proteger a los menores que se encuentran en abandono, por lo tanto, en un estado de necesidad frente al estado, y además se establece que por medio de la figura de la adopción nacen obligaciones y derechos para las dos partes; es decir, así como para el menor adoptado como para los padres adoptantes.

La figura más antigua acerca de la figura de la adopción proviene de la India, en donde esta institución fue popularizada paralelamente con los dogmas religiosos a otros pueblos cercanos. Se supone que en este país lo emplearon los hebreos, transmitiéndola con su traslado a Egipto, donde posteriormente fue transmitido a Grecia y luego a Roma, pero en todos estos lugares la finalidad de la adopción era netamente religiosa. (Panta, 2013)

La adopción no es una herramienta reciente, más bien todo lo contrario es muy antiguo, es así que en la antigüedad ya existieron leyes que reglamentaban este asunto que se lo conocía en todo

un ritual en Grecia y Roma, era un privilegio en ese entonces de los fueros medievales o un arma ideológica durante la guerra civil española.

En el antiguo Código de Hammurabi; que data del año 1750 A.C. por el rey de Babilonia, es uno de los conjuntos normativos más antiguos descubiertos hasta la actualidad y en él ya podíamos encontrar normativa que regulaba el proceso de la adopción. “Si uno tomó un hijo en adopción como si fuera su hijo, dándole su nombre y lo crio, no podrá ser reclamado por sus parientes”. (Cordero, 1977)

En estos tiempos la adopción era muy vinculado con poseer un sucesor, netamente religioso, según se asevera que en el Código de Hammurabi además hay artículos que mencionan a lo que en la actualidad se conoce como “maternidad subrogada o vientre de alquiler”. (Cordero, 1977)

En Grecia y Roma, el proceso de adopción se compone de varios rituales además de lo establecido en la norma, es así que en Grecia tenía un protocolo. Si un patriarca quería proporcionar en adopción a su hijo lo abandonaba en una vasija funeraria en un camino y así la gente podía saber que podía llevarse a ese niño, “Si el niño era recogido era como volver a nacer porque hubo casos de pequeños que nadie adoptó y bien eran comidos por animales o bien morían por inanición”. Durante la antigüedad fue en Roma donde la adopción “vivió su máximo esplendor”. También aquí aparecen los rituales. (Ramil, 2013)

Es así que en el mundo antiguo donde Grecia y Roma ya existían un conjunto normativo, de cierta manera se hallaba normada la adopción de menores que eran abandonados por sus padres, así que, si una persona tomaba un niño en adopción criándolo como propio, proporcionándole su nombre y lo críe, no podrá reclamarlo por estos, y comenzaría a poseer todos los derechos de un hijo legítimo.

La adopción obtuvo gran auge histórico especialmente en el Derecho Romano, ya que su propósito principal era la que de un PATER no muriera sin descendencia y en la parte religiosa de que no permaneciese abandonado el culto de los dioses lares, trascendiendo muy favorecida su práctica, por el concepto de la familia imperante, que la instituía sobre los lazos meramente civiles del parentesco.

Posteriormente en el Derecho feudal, la adopción tuvo un uso muy escaso ya que tenían la idea de que no se podía mezclar entre de una familia a los plebeyos y villanos con los amos o señores, pero posteriormente de la revolución francesa apareció como acto jurídico la posibilidad de establecer un parentesco civil entre dos o más personas, de efectos semejantes a los de la filiación legítima, ha sido permitida por casi todas las legislaciones.

En la actualidad dentro del Derecho se ha reformado la adopción, confiriendo la potestad de adoptar a mujeres y hombres, fundamentándola en el interés superior del menor adoptado, y haciendo intervenir habitualmente en ella a la autoridad judicial.

Sobre estas bases de la institución jurídica, llamada adopción, la regularon las legislaciones romana, española y francesa.

1.2 La adopción en el derecho Romano

La costumbre de la adopción en Roma estuvo determinada por dos factores: el primero, relacionado con el parentesco en cuanto que no todos los parientes por línea ya sean materna y paterna recibían la calidad de “agnados” (es por consanguinidad, al descender ambos de un tronco común de varón en varón), resultando algunos, por consiguiente, en situación perniciosa en el área de los derechos de familia más significativos.

Otro de los factores que contribuyó directamente a la práctica de la adopción, fue meramente de índole religioso, pues el romano como todos los pueblos de la antigüedad fue eminentemente religioso, y dentro de ese conjunto de apreciaciones y dogmas estaba la del culto a la familia y al hogar; como reunión de personas con parentesco familiar, cuya consideración era la de rendir respeto al fundador y demás orígenes de la familia, siendo este el paterfamilias o jefe de la familia, y era un clérigo quien era el encargado de regentar las ceremonias; pero bien podía acontecer que ese culto sucumbiese debido a la declive de la figura de la familia, y es por esto que precisamente la figura de la adopción era la herramienta perfecta para precautelar la posible consecuencia de la desaparición de la sociedad más antigua como es la familia. (Cordero, 1977)

Entonces podemos señalar que los romanos dentro de su derecho ya se reconocían a la adopción como un elemento para instaurar vínculos jurídicos; con la finalidad de al sucesor adoptado se lo colocaba en el mismo lugar que ocupaba un hijo legítimo, por otro lado, además se reconocía a la adopción como un dispositivo para prolongar con las creencias muy arraigadas que tenía esta sociedad del culto al hogar y que este perduraría debido a la continuidad de la descendencia y de la familia. Se tiene registro de la importancia de la adopción que se cree que en algún momento fue tal su relevancia que se prefirió a los hijos adoptados que a los hijos legítimos.

Sin embargo, el criterio frente a la adopción no fue siempre el mismo, sufrió relativas transformaciones a través de las diferentes épocas que enmarcaron el poderío romano. Para comprender más fácilmente el alcance de la institución en el derecho romano, es menester recordar, aunque someramente, las nociones de familia cognaticia y agnaticia, y sus diferencias.

La primera, comportaba la descendencia natural, es decir aquella en la que se dan los vínculos de sangre, en tanto que la segunda comprendía aquellos parientes que lo eran por afinidad, como sería el caso de los hijos de los descendientes directos o consanguíneos de otros paterfamilias que,

por matrimonio, hubieran ingresado al grupo de los parientes agnados o afines de una determinada familia.

De una parte, la familia natural, ocupaba un lugar secundario, al paso que aquellos parientes que lo eran en razón de la agnación o parentesco, participaban de los más importantes derechos civiles; en otras palabras, quienes pertenecían a la línea de varones, o aquellos que sin pertenecer a ella eran adoptados por un paterfamilias, constituían el grupo de los agnados, y, por ende, se encontraban en situación privilegiada, frente al ejercicio de los más importantes derechos en materia civil.

En consecuencia, la descendencia de los hijos naturales de un paterfamilias, que venía a constituir su familia natural o cognada, carecía del goce que el ejercicio de tales derechos implicaba, razón ésta por la que surgió el papel fundamental de la adopción, pues procuraba introducir parientes cognados a la familia agnaticia con el fin de equiparar situaciones. (Febres Cordero, 1977, pág. 30)

Por consiguiente, no pudiendo continuar más que por los hijos varones nacidos de matrimonio legítimo, la familia civil estaba expuesta a extinguirse rápidamente, sea por la esterilidad de las uniones o bien por la descendencia femenina por lo cual, la adopción se imponía como una necesidad.

En Roma, como conclusión podemos destacar que las relaciones de familia que produjeron parentesco fueron de dos clases: se tenían los parientes por consanguinidad o agnados que eran los “alieni juris” o que se encontraban sometidas a la patria potestad de un paterfamilias, sin que obligatoriamente concurriera un lazo de sangre entre los diferentes parientes, revelando esto que se trataba de un parentesco instaurado artificialmente.

Por otro lado, todo lo contrario, al parentesco de consanguinidad, lo que ahora conocemos como de afinidad, apareció el de “cognación”, que este sí procedía de las relaciones de consanguinidad y que pertenece en la actualidad a relaciones de consanguinidad.

1.3 Análisis de los antecedentes históricos de la adopción

En el mundo antiguo de alguna manera ya se encontraba regulada la adopción de niños que habían sido abandonados o entregados por sus propios padres, es así que si alguien tomaba un hijo en adopción criándolo como si fuese suyo, dándole su nombre y sus cuidados, vendría a tener todos los derechos de un hijo legítimo, además ya no podía ser reclamado por sus propios padres.

Aunque se menciona que los hijos adoptivos venían a tener los mismos derechos que un hijo legítimo, en cuestiones de herencia, en el caso de España, el adoptado por un extraño no era heredero forzoso del adoptante y podía ser excluido en la sucesión testada; solo en la sucesión intestada podía heredar a falta de descendientes legítimos o naturales.

En Roma la adopción estaba influenciada por las creencias religiosas, y el culto al hogar que era realizado por el jefe de familia, tenía gran relevancia para ellos, por lo que no podría extinguirse, y recurrían a la adopción para preservarlo. En España también como en el derecho romano respecto a la patria potestad, si se otorgaba en favor de un ascendiente, este adquiría la patria potestad; cuando el adoptante era un extraño la patria potestad quedaba en poder del padre de sangre.

En Francia se llegó a reglamentar la adopción sobre la posibilidad de adoptar menores de edad, otorgándoles a los adoptantes la patria potestad. Se puede concluir que la adopción en países como Roma, España y Francia era realizada por varias razones entre ellas por necesidad o por caridad,

más que por el hecho de acoger un niño como miembro más de la familia, para protegerlo y velar por su bienestar en igualdad de derechos que los hijos propios.

Como se puede evidenciar el origen de la adopción coexiste desde tiempos muy remotos, teniendo en cuenta que la misma fue adquirida por la religión y posteriormente se ha ido consolidando conforme a tiempo y espacio. Es así que desde la antigüedad hasta la presente se ha pretendido regular o normalizar el procedimiento mediante leyes que faciliten a esta institución jurídica el otorgar en adopción a menores que por su estado de abandono lo necesiten. Una de esas primeras leyes que de una u otra manera han sistematizado el procedimiento de adopción es la Declaración de Ginebra de 1924, que básicamente contiene cinco artículos los cuales son en beneficio de los niños, sobre la protección de sus derechos, el artículo segundo indica que: “el niño hambriento debe ser alimentado, el niño enfermo debe ser atendido, el niño deficiente debe ser ayudado, el niño desadaptado debe ser radicado, el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados” (Sociedad de Naciones, 1924, pág. 4)

Esta declaración se realiza después de la I Guerra Mundial, con el fin de proteger y otorgar protección al infante ante los constates abusos y formas de explotación de aquel tiempo. Las Naciones Unidas se fundaron una vez que concluyó la Segunda Guerra Mundial y plasmó la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que marca un hito en la historia sobre los derechos de las personas, es aquí donde se establecen las bases del respeto y se elimina cualquier forma de discriminación, como lo contempla el artículo número 8, que textualmente menciona: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. (Asamblea General de los Derechos Humanos, 1948, pág. 2)

Años más tarde se crea la Convención sobre los Derechos del Niño en el año de 1989, en el cual reconoce que los niños menores de 18 años son individuos con pleno derecho tanto físico, mental y social, también establece el papel que tiene el Estado con los niños que por alguna razón no se encuentran en su entorno familiar, así lo contempla el artículo 21 dice:

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a.- Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y 7 representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; b.- Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen; c.- Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; d.- Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella; e.- Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989)

Esta convención permite que los Estados que reconocen la adopción, siempre tenga en cuenta el interés superior del niño, que se reúnan todas sus garantías para el pleno ejercicio y goce de sus derechos, que las autoridades competentes sean las que aseguren una adopción admisible. Con estos antecedentes se crean leyes que favorecerán la adopción, su procedimiento y ejecución a nivel mundial.

1.4 Antecedentes De La Factibilidad de la Adopción Prenatal

- 1 EL NASCITURUS. - La palabra nasciturus en términos jurídicos generales hace alusión al concebido que aún no nace.

Por tanto, el nasciturus podemos decir que es un producto de la fecundación que se da a través de la unión de las células sexuales que tiene tanto el hombre como la mujer los mismos que aportan material genético como resultado del mismo producirá vida que el mismo contendrá características que sean únicas como también propias, dentro del ámbito biológico el desarrollo del ser humano se produce con la concepción el mismo que da origen al proceso embrionario, a través de esto demostramos la existencia de la vida del nasciturus quien deberá tener derechos al igual que las personas al ser de la especie humana reconozcan su titularidad como individuo.

En el antiguo Roma al nasciturus no se lo reconocía como persona esto cambia a través de los años donde se ha venido otorgándoles una manera de protección en las constituciones, en nuestro país la adopción prenatal con el fin de salvaguardar la vida del nasciturus es un mito que ha sido imposible de poder alcanzar, hasta la actualidad no existen propuestas eficientes que estipule el art 45 donde se manifiesta: "... Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción..." (Constitución, 2008)

La familia es la base fundamental de la sociedad, encargada del desarrollo moral, social, físico de sus integrantes. El niño tiene derecho de ser criado dentro de una familia natural, con respeto, afecto y comprensión dentro de la misma. En nuestra sociedad existen niños(as) privados de tener una familia porque han sido abandonados por partes de personas que no han podido cumplir su obligación de cuidar por ellos, ya que muchos de estos niños(as) abandonados provienen de madres solteras, personas víctimas de violación, o porque la figura paterna los abandono, por este motivo se les debe acoger en las instituciones que son encargadas de velar por el bienestar del niño(a), para que no corran peligro en su

integridad física o moral y se les proporcione una familia. Por lo tanto, hoy en día el Estado juega un papel importante puesto que busca mayor beneficio y protección al adoptado, ya que tienen la responsabilidad de proteger de manera especial a los niños(as) que se encuentran abandonados y brindarles los medios adecuados, la estabilidad y el bienestar. (Campoverde, 2011, págs. 9-10)

La familia es un grupo de personas unidas por el parentesco, esta unión se puede conformar por vínculos consanguíneos o por una relación constituida y reconocida legalmente y socialmente, como es el matrimonio o la adopción.

A raíz de lo expuesto, surge la adopción prenatal de forma libre y voluntaria por sus progenitores, la cual consiste en la manifestación expresa de los mismos para entregar a su hijo que está por nacer, pues o bien no consideran estar en la capacidad y condiciones para hacerse cargo social y económicamente del menor.

Históricamente la práctica de la adopción prenatal se origina de una figura conocida como “foundling wheels” que nace en el siglo XII, en Roma, en donde el Papa Inocencio III, con la intención de erradicar el abandono de los recién nacidos, dispuso instalar en hogares para niños una especie de cilindro de madera en posición vertical en la pared exterior, lugar en donde las madres depositaban al bebé recién nacidos; para posteriormente rotar este cilindro para colocar al bebé en el interior de los hogares para niños y tocar una campana para que las cuidadoras puedan hacerse cargo del menor.

Los primeros sistemas modernos surgieron en Sudáfrica en el año de 1999 (hole in the wall) y Alemania en 2000 (Babyklappe), en donde se han abierto más de 200 establecimientos, siendo el país con el mayor número de estos establecimientos a nivel mundial, posteriormente para extenderse a más países como; “baby hatch” en Malasia, Japón “Stork’s Cradle”, Hungría.

En USA, se los conoce como “Los Baby Safe Haven” se originó en Texas con la sanción de la ley Baby Safe Haven en 1999, permitiendo de esta manera el abandono, lo cual debe efectivizarse cediendo al bebé a una de las personas que se encuentren autorizadas por la ley para recibir a estos bebés, para posteriormente extenderse al resto de estados, con el propósito de descriminalizar el abandono de los recién nacidos y proporcionar una casa refugio protegido donde las progenitoras pudieran abandonar a sus recién nacidos. La ley “Baby Safe Haven” de Texas faculta a una persona autorizada a recoger un recién nacido que aparente tener hasta 70 días de vida. Para evitar que los bebés recién nacidos sean entregados o abandonados se crearon programas para que se puede dar en adopción prenatal, haciendo este proceso totalmente legal, incluso los padres adoptivos pueden ayudar económicamente hasta que los bebés sean entregados y los nombres de los padres biológicos se mantendrán en total confidencialidad, de aquí se extiende en 46 estados de los USA y posteriormente lo adoptan varios países de América.

CAPITULO II LA FALTA DE NORMATIVA JURIDICA CON RESPECTO A AL ADOPCIÓN PRENATAL QUE VULERA EL DERECHO A AL VIDA DEL NASCITURUS Y EL DERECHO A AL FAMILIA

2.1 Legislación comparada

Como se ha venido desarrollando, la adopción es una institución con mayor relevancia en la actualidad, no obstante, el tratamiento que se da a la misma respecto a procedimiento, requisitos, finalidad y objeto es propio de cada legislación, por lo que para realizar de forma pertinente un

estudio comparado, se analizara la aplicabilidad de dicha institución jurídica en las siguientes legislaciones

2.2 Estados Unidos

Ahora bien, cabe mencionar, que en los Estados Unidos de América se puede encontrar dos tipos de leyes clasificadas como leyes de primer y segundo orden, aquellas que corresponden a la denominación de leyes de primer orden se consideran como Leyes Federales, mismas que son de aplicación directa y obligatoria para todo Estado, y , por otro lado, se atribuye como leyes de segundo a los Estatutos que son promulgados de manera independiente por cada estado, tomando a consideración todas las acciones de sus habitantes que de acuerdo a la realidad social es pertinente que sean regulados.

En efecto, lo que respecta al interés superior del menor, Torres (2013) indica que el Derecho norteamericano ha evolucionado a pasos agigantados, a tal punto de obtener jurisprudencia que abarca varias consideraciones y que además funciona como fuente de aplicación o estándar jurídico, sin embargo, como ya se mencionó, la regulación en cuanto a Derecho de familia en los Estados Unidos, es competencia de cada estado, mismos que desarrollan tanto códigos, estatutos y jurisprudencia que permiten facilitar la resolución de los tribunales de justicia, siendo un gran aporte al reconocimiento de los derechos a más de los ya recogidos en la Constitución y estatutos federales de carácter general.

Lo expresado es un punto importante, pues se debe tener en consideración que, en los Estados Unidos, respecto a la institución jurídica de la adopción, los padres están en la libertad de dar en adopción a su hijo o hija renunciando a ellos, y, por consiguiente, a todos los derechos y obligaciones que tenga sobre el menor.

No obstante, surge un conflicto respecto al consentimiento expreso y necesario dentro del proceso de adopción, pues, acorde a lo desarrollado previamente, la adopción es una institución que se regula de manera independiente por cada Estado mediante sus estatutos estatales, siendo estas leyes de segundo orden, es así como, la manera en la cual se otorgue el consentimiento para que pueda configurarse la adopción depende de la regulación que se da en cada Estado.

Como dato relevante, Pastore, A. G. (2019), menciona que son cuarenta y siete Estados, que determina de manera clara y precisa el momento en el que el progenitor biológico puede otorgar su consentimiento para que el menor pueda ser adoptado, son dieciséis Estados que a los padres biológicos puedan dar su consentimiento para la adopción en cualquier momento que sea posterior al nacimiento del menor.

Finalmente, son catorce los Estados que permiten que el padre biológico otorgar su consentimiento antes o después del nacimiento del hijo, a diferencia Alabama y Hawái, siendo esos los únicos estados que facultan a la madre biológica que manifestar su consentimiento para dar en adopción al menor previo al parto, siempre y cuando su decisión sea ratificada posterior a su nacimiento y cumpliendo con las solemnidades que determina la ley.

En tal sentido, es importante traer a consideración a modo explicativo, el Código del Estado de Alabama, el cual establece la manera en la cual se debe expresar el consentimiento por parte de los progenitores para continuar con el proceso de adopción, este podría ser o bien del padre o de la madre, y en caso de que los progenitores sean menores de edad, se les asignara un tutor ad litem previo a que ellos puedan expresar su consentimiento, pues dichos tutores estarán encargados de ejercer la defensa respecto a la protección de los derechos y de igual forma velar por los intereses del padre progenitor.

Al respecto de lo antes dicho, se debe considerar cuando los padres progenitores pueden ejecutar su consentimiento, para ello el Código de Alabama desarrolla lo siguiente:

Código de Alabama Sección 26-10A-13 Se puede tomar un consentimiento o renuncia en cualquier momento, excepto que, una vez firmado o confirmado, se puede retirar dentro de los 5 días posteriores al nacimiento o dentro de los 5 días posteriores a la firma del consentimiento o la renuncia, lo que ocurra en último lugar (Código de Alabama, 2017).

El Código en mención, indica que el otorgamiento del consentimiento se puede ejecutar en dos circunstancias, la primera en entregar el consentimiento como tal, y el segundo en la renuncia de la tenencia del menor, dependiendo cual sea el caso en cuestión, pues, si la madre o el padre progenitor, se rehúsa a hacerse cargo de la crianza del menor, debe otorgar el consentimiento para que proceda la adopción del mismo, y consecuente a ello, se le asigne una familia idónea para su cuidado y crianza, empero, en caso de encontrar una familia que cumpla dicha función, la madre o el padre progenitor de ser el caso, deberá renunciar a la tenencia, circunstancia que permitirá que el menor resida de forma temporal en un centro de acopio para niños, y claro, tanto el consentimiento o la renuncia a la tenencia del menor, podrá llevarse a cabo en cualquier momento, que bien podría ser durante la gestación, o posterior a esta, dejando en evidencia que en dicho Estado se encuentra plenamente permitida la Adopción Prenatal, esto en pro del interés superior del menor y el debido ejercicio de sus derechos comenzando por la vida misma.

Vinculado a esto, se puede evidenciar falta de normativa jurídica en el ordenamiento jurídico Ecuatoriano respecto a la adopción prenatal, que producto de ello, llega a vulnerar el derecho a la vida y el derecho a la familia del nasciturus, pues, respecto a lo que señala el Código de la Niñez y Adolescencia en el artículo 151, en el cual determina de forma taxativa quienes podrían ser sujetos de adopción, entre los cuales están los niños, niñas y adolescentes, entendiéndose que la calidad de adoptado solo podrían tener los menores ya nacidos, pues solo desde dicho hecho,

son considerados legalmente como personas acorde a la norma expresa, motivo por el cual limita que el proceso de adopción pueda llevarse a cabo de manera previa al parto, pues existe prohibición expresa en cuanto a la adopción del menor que está por nacer.

En el contexto analizado, el Código de Alabama Sección 26-10A-11; 26-10A-12 determina que bien sea el consentimiento o la renuncia para tener validez, debe manifestarse por escrito y con la firme de quien lo suscribe, dejando en claro que el acto tiene total validez al hacerlo de forma libre y voluntaria careciendo de vicio o nulidad que impidan su ejecución.

Ahora bien, para el caso de la adopción prenatal, el padreo o la madre biológica deberá ratificar su consentimiento ante el juzgado competente, quien se encuentra en la obligación de poner en conocimiento de la parte procesal que ha dado su consentimiento previo, los efectos de dicho acto además del tiempo que tiene para retirarlo en caso de que así lo desee, indicando los requisitos de procedimiento detallados en la sección 26-10A-13 Y 26-10A-14 del mismo Código.

Por otro lado, en caso de no ser una renuncia o consentimiento previo al parto, para su validez puede llevarse a cabo ante el juzgado que tenga jurisdicción para conocer el procedimiento de adopción o al funcionario público designado judicialmente para cumplir con su verificación, así como también a la persona designada por cualquiera agencia que la faculte para realizar las investigaciones pertinentes respecto al hogar de adopción, y finalmente se puede llevar a cabo frente a notario público.

Igualmente, lo expresado es un punto importante, pues el Código del Estado de Alabama permite que el consentimiento para el otorgamiento o renuncia del menor, se dé previo al nacimiento del mismo, para lo cual debe cumplir con ciertas formalidades con son la suscripción

de dicho documento y la conformación de lo manifestado ante el Juez de sucesiones, el cual explicara a detalle, los efectos jurídicos de su decisión.

Así como también los requisitos en caso de querer deshacer la misma, particular totalmente ajeno a la realidad jurídica ecuatoriana, pues, el Código de la Niñez y Adolescencia, no contempla ninguna de estas circunstancias, pues como se ha venido desarrollando únicamente permite la adopción a niños, niñas y adolescentes que ya hayan nacido, sin considerar la voluntad de los padres progenitores ni el consentimiento de los mismo frente a la posibilidad de dar el adopción al menor que está por nacer.

2.3 España

Dentro de la legislación Española, la institución jurídica de la Adopción se encuentra regulada en el Código Civil, norma que es de aplicación para todo el territorio nacional, empero, cada comunidad se encuentra facultada para promulgar normativa interna aplicable exclusivamente a su localidad, como es el caso de la comunidad de Madrid que posee la Ley de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, misma que desarrolla medidas de protección a menores a fin de garantizar el ejercicio de sus derechos evitando así su posible vulneración. (Ley 6/1995 - Ley de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid, 1995).

En un inicio, la redacción del Código Civil de la legislación española establece que la institución jurídica de la adopción no generaba la ruptura del vínculo existente entre el adoptado y sus progenitores, peor aún, adquirir derechos sucesorios respecto al adoptante.

Dentro de dicho cuerpo legal, uno de sus requisitos para cumplir con el trámite de la adopción era en cuanto a la edad del adoptante, quien debía cumplir como mínimo con cuarenta y cinco años de edad, además de que estaba prohibida la adopción para quien ya tenga hijos legítimos. Es así como, en los años cuarenta, respecto a la adopción surgen ciertas reformas a fin de modificar los efectos de dicha institución, y que dicha situación permita que la filiación consanguínea y la adoptiva se encuentren en igualdad de condiciones.

En fecha 24 de abril 1958 se realizó una modificación a la redacción originaria al Código Civil, diferenciando entre la adopción plena y menos plena, permitiendo los derechos sucesorios entre el adoptado y el adoptante. Años más tarde, en 1970 el cuerpo legal antes mencionado, desarrollo los requisitos para la procedencia de la adopción dependiendo si la misma sería plena o simple, ahora bien, un hecho importante respecto a la institución jurídica de la adopción, tuvo lugar en fecha 13 de mayo de 1981 con la entrada en vigencia de la Ley 21, la cual proclamó dos principios fundamentales, colocando a la adopción como el elemento de conexión entre la integración familia y el interés superior del menor, además dicha norma, potencio la protección de los menores mediante el ejercicio de las entidades públicas encargadas.

Con la entrega en vigencia de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor se desarrolló consideraciones respecto a la adopción nacional como internacional, además de los mecanismos adecuados que permitan proporcionar una familia a los menores que carezcan de ella. Es así como, tanto las parejas como personas solteras que querían adoptar debían presentar la respectiva solicitud a los Servicios de Protección de Menores de sus respectivas Comunidades Autónomas, documento que posteriormente sería analizado para poder ingresar a la lista de espera, y a futuro proceder con la respectiva entrevista, presentación de documentos y visita al domicilio, de modo que, como resultado, le permita a la autoridad competente aprobar o rechazar dicha

solicitud, en caso de tener resultado favorable, de manera inmediata formaran parte de la lista de asignación que le permitirá el acogimiento del menor, una vez que se presente la propuesta de adopción a la entidad pública encargada. Es así como, de acuerdo a la sana crítica del juzgador, valorará la documentación entregada, y dictará auto de adopción ordenando para su validez la inscripción en el Registro Civil. De Wilde. (1996).

Es importante indicar los requisitos que determina el Código Civil Español para que proceda la adopción del menor, siendo estos los siguientes:

1. Ser mayores de 25 años.
2. Que la diferencia máxima de edad entre adoptado y adoptante no sea superior a 40 años.
3. Presentar la solicitud ante el Registro de Adopciones. Haber presentado la correspondiente solicitud en el Registro de Adopciones.
4. Poseer unas condiciones psico-pedagógicas y socioeconómicas mínimas como pueden ser.
5. Que el medio familiar reúna las condiciones adecuadas para la atención del menor respecto a su salud física y psíquica.
6. En el caso de cónyuges o personas que convivan habitualmente de hecho, que exista una relación estable y positiva.
7. Que existan motivaciones y actitudes adecuadas para la adopción.
8. Que exista voluntad compartida por parte de ambos en el caso de ser cónyuges o parejas de hecho.
9. Que exista aptitud básica para la educación de un niño.

10. Será negativo que los solicitantes condicionen la adopción a las características físicas, al sexo o a la procedencia socio familiar de los menores, así como la ocultación o falseamiento de datos relevantes para la valoración por parte de los solicitantes.

Del Estado, B. O. (2019). Código Civil y legislación complementaria.

Un punto importa a considerar respecto a la institución jurídica de la adopción, es que, dentro de la legislación española, se permite la adopción entre parejas del mismo sexo a partir del año 2005 esto a partir de la entrega en vigencia de la ley que permite el matrimonio entre parejas del mismo sexo, eliminado todo tipo de discriminación existente para contraer nupcias. De lo manifestado en líneas anteriores, se evidencia, que la adopción dejó de ser una alternativa solo para las parejas que se encuentren impedidas de su reproducción biológica, pues, su solicitud también es presentada por personas que se encuentran exentas de dicho impedimento, pero quieren formar una familia.

Actualmente, la institución jurídica en mención tiene como finalidad velar por el interés superior del menor al proporcionarle una familia apta para su desarrollo y el ejercicio de sus derechos, particular que ha generado que se realice una valoración adecuada de los solicitantes. Pastore. (2019).

Ahora bien, en base a lo expuesto, se debe mencionar que El Código Civil Español tiene un carácter restrictivo en lo que refiere a la posibilidad de la adopción de la criatura que está por nacer, determinando que la madre progenitora que ha manifestado su voluntad para dar en adopción al menor previo al parto, para que dicho acontecimiento tenga validez, es necesario que la madre ratifique su consentimiento treinta días posteriores al parto, caso contrario lo actuado con anterioridad se consideraría como nulo.

No obstante, es importante indicar que a pesar de España poseer el cuerpo legal en mención que es de aplicación general para todo el territorio nacional, en lo que respecta a la institución jurídica que es objeto dentro del presente trabajo de investigación, cada comunidad perteneciente a dicha legislación se encuentra facultada para regular normativa interna que sea de su exclusiva regulación.

Por tanto, es el caso de la Comunidad de Madrid que bien se encuentra sometida a la regulación del Código Civil Español, ha creado, dentro de su normativa interna, la Ley de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, dentro de la cual, a fin de garantizar el goce efectivo de los derechos de los menores y evitar que los mismos sean vulnerados, permite y faculta a los padres progenitores entregar en adopción a la criatura que está por nacer, siempre que cumplan con los requisitos que dicho cuerpo legal requiere, y la manifestación del consentimiento libre de vicios, en primera e instancia y posterior al parto para que surta su validez.

2.4 Chile

Chile es una de los países de Latinoamérica con mayor avance respecto a la institución jurídica de la adopción, pues dicha legislación cuenta con La Ley de Adopción Chile, la cual surge como respuesta o alternativa adecuada para la madre que enfrenta un embarazo no deseado que consecuentemente podría dar lugar a un aborto provocado, por tanto, como mencionan Barboza y Salvo (2015).

Lo novedoso de dicha norma, es que prevé la posibilidad de que el trámite de adopción puede iniciar previo al nacimiento del menor, en caso de existir voluntad expresa de la madre en la entrega del menor, particular que debe ser ratificado a posterior al parto, esto en caso de los

progenitores no contar con las condiciones necesarias y factibles para asumir la responsabilidad del menor.

Pues resulta obvio que, si una mujer en estado de gestación ya sea de forma individual o conjunta con su pareja, considera que no está apta para ser madre y brindar al menor un ambiente sano para su desarrollo, podrá entregar en adopción al menor que está por nacer, siendo así, que a futuro se pueda garantizar el ejercicio pleno de los derechos del menor, además del beneficio psicológico que tiene su pronta adaptación a su nueva familia.

No obstante, una de las razones fundamentales que justifica la adopción prenatal, es el evitar el aumento de embarazos no deseados, así como el abandono de menores, sin dejar de lado, el determinar de manera precisa que se puede entender por padres que no se mantengan las condiciones necesarias para hacerse cargo del menor, particular que la doctrina lo resuelve al definir en términos generales como la limitación del pleno desarrollo y ejercicio de los derechos de del niño, niña o adolescente. Congreso Nacional de Chile (2012)

Por otra lado, si bien la madre está facultada para iniciar con el proceso de adopción al encontrarse en estado de gestación, la Ley antes mencionada, prevé en su Art. 9 que debe ratificar su voluntad de entregar en adopción al menor, ante el Tribunal, dentro de los 60 días posteriores al parto, caso contrario se entenderá tácitamente como que ha desistido, empero, en caso de fallecer la madre sin poder dejar constancia expresa de su ratificación, dicha decisión previa se considera como suficiente para la continuación del proceso.

El mismo cuerpo legal en su Art. 10 determina que posterior a la ratificación del consentimiento por parte de la madre, dentro de 5 días siguientes, el juzgador competente la citara a Audiencia de Juicio.

Como establece Corral Talciani, H. F. (2001), la entrega de un niño o niña en adopción antes de su nacimiento y de manera voluntaria por parte de sus progenitores, es una situación novedosa a nivel de América Latina, la misma que consiste en que la madre o ambos progenitores pueden expresar su voluntad de entregar al hijo que aún no nace, bajo la causal de no encontrarse capacitada o en condiciones de no poder hacerse cargo responsablemente del nuevo ser humano, entendiéndose que no es causal la falta de recursos económicos.

Un dato importante dentro de la legislación chilena, es que la madre para continuar con el proceso de adopción del menor, debe contar de manera obligatoria con la verificación y garantía de la organización competente que de manera común suele ser el Servicio Nacional de Menores (SENAME), el cual tiene la facultad de reconocer la decisión del juzgador que ha conocido la solicitud de adopción.

Es así que, el procedimiento, de acuerdo a lo descrito en la referida Ley de Adopción 19.620 a partir de su artículo 23, se desarrollará por el Juez de Letras de la residencia de la niña o niño a adoptar (Congreso Nacional de Chile, 2007).

Una vez desarrolla brevemente la realidad tanto normativa como procesal de la adopción en Chile, es importante indicar que nuestra legislación no cuenta con una normativa específica que desarrolle el tema, como se evidencia en Chile, pues la norma que engloba de forma general todo el cuanto a la institución jurídica de la adopción se refiere es el Código de la Niñez y la Adolescencia.

De modo que, a pesar de similitud respecto a la realidad social que existe entre Chile y Ecuador, la adopción del que está por nacer, no está contemplada dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pues dicho acto sería ilícito en lo absoluto al existir prohibición expresa de la norma, pues

en la legislación ecuatoriana el Código de la Niñez y la Adolescencia, limita que se lleve a cabo el proceso de adopción de nonatos.

Es necesario resaltar, que lo que respecta al impedimento de la adopción prenatal en el Ecuador, es una disposición que bien puedes considerarías contraria a la Constitución de la República, dentro de la cual se encuentra reconocida el derecho a la vida desde el momento de la concepción, y demás derechos que de este se desprenden como lo es, el desarrollo integral del menor, derecho a una familia, una vida digna, el desarrollarse en un ambiente sano y adecuado gozando del libre ejercicio de sus derechos, todo esto en correlación con la debida consideración del principio de interés superior del menor.

De esto se desprende, que, dentro del Estado Ecuatoriano, existe una problemática latente que puede causar un perjuicio respecto a diversos puntos de vista, por lo que sería fundamental, como alternativa a las problemáticas antes mencionadas, optar por la adición desde que existe el embarazo, proceso que debe ser guiado por las organizaciones que de su ejercicio se determina para el cumplimiento de su labor, como sería el caso de la Unidad Técnica de Adopciones.

Pues esto generaría un beneficio tanto social, como particular ya sea para la madre que no contaba con las condiciones requeridas que le faculden cumplir con las necesidades del menor, como para el que está por nacer, pues este podrá gozar de una vida digna rodeado de las condiciones necesarias para su debido desarrollo.

Otro conflicto que surge, es la confusión existente al considerar la adopción prenatal como una práctica de vientre de alquiler, particular totalmente errado, pues a diferencia de, la adopción a menores mientras que encuentran en el vientre materno, facilita a la disminución que de forma común se observa en mujeres adolescentes que pasan por abortos de hijos no deseados o en el peor

de los casos ha llegado a abandonar al recién nacido vivo, e incluso en caso llegando a causar su muerte, por todo ello, es importante la incorporación de dicha institución jurídica a nuestro ordenamiento.

2.5. La falta de normativa respecto a la adopción prenatal y la vulneración al Derecho a al Vida y al Derecho de Familia del Nasciturus

En el Ecuador, la criatura que esta por nacer, goza ya de derechos como lo son; a la vida, a tener una familia, a vivir en un ambiente sano, a su integridad, entre otros, ahora bien, para entrar en materia de la problemática en cuestión, es importante traer a consideración ,la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en la cual en su artículo 8 que “los Estados parte se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluida la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares”.

Bien se puede decir, que el derecho a la vida es uno de los principales y fundamentales derechos que se debe reconocer a todo ser humano, y al ser el Ecuador un estado Constitucional de Derechos y Justicia, establece dentro de la Constitución, siendo esta la Carta fundamental, principios que desarrollan los derechos fundamentales que el Estado se encuentra en la obligación de garantizar y proteger.

En el ordenamiento jurídico Ecuatoriano, el derecho a la familia se encuentra desarrollado en el artículo 45 de la Constitución en tanto indica que: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho [...] a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; [...]”

Respecto al tema de estudio del presente trabajo, se determina que la falta de normativa respecto a la adopción prenatal vulnera e impide, en el Ecuador el derecho a la familia del menor,

por lo que se evidencia la omisión ante el deber garantista del Estado, que como se establecen la Constitución de la República del Ecuador (2008) que todo niño tiene derecho a formar parte de una familia, además de obtener protección de la misma y apoyo en todas las esferas necesarias para su correcto desarrollo integral, puesto que no se debe dejar de soslayar, que la familia es sin duda el núcleo de la sociedad, así lo desarrolla el artículo 67 del prenombrado cuerpo legal.

Lo manifestado se apoya en el Código de la Niñez y Adolescencia (2019), dicho cuerpo legal establece se debe proteger a la familia siempre a fin de que la misma pueda generar las condiciones necesarias para el desarrollo integral del menor, siendo la obligación del Estado el promover todo tipo de políticas públicas que estén encaminadas a la protección de la familia como núcleo social, dando entender, que si la familia puede satisfacer el desarrollo integral del menor, no existiría conflicto alguno, en que un menor, que forme parte de un proceso de adopción prenatal pueda acceder a una familia para el debido ejercicio de sus derechos y cumplimiento de deberes.

De modo que, El Estado Ecuatoriano, se encuentra en la obligación de desarrollar una normativa que permita la adopción prenatal del menor, pues, ante la prohibición existente de que dicha figura normativa se lleve a cabo, da lugar a la colisión de derechos fundamentales reconocidos en la constitución, además de la falta la seguridad jurídica de los menores frente a su derecho a la familia.

El Ecuador debe acoplar la posibilidad de la adopción del que esta por nacer dentro de su ordenamiento jurídico, a fin de evitar que los derechos de más niños y niñas sean vulnerados al ser institucionalizados en espera de una nueva familia o abandonados en situaciones precarias e inclusive convertirse en una opción para aquellas mujeres con embarazos no deseados, pues la institución jurídica en mención, permite que niños, niñas o adolescentes gocen de su derecho a formar parte de una familia, aunque no de manera consanguínea pero sí de forma legal y afectiva.

La Adopción en el Ecuador empieza con la declaratoria de adoptabilidad emitida por sentencia. En varios de los procesos, los derechos de niños, niñas o adolescentes como tener una familia y disfrutar de su convivencia son vulnerados, o su necesidad afectiva y emocional se ve coartada debido a los trámites que toman varios años

Es importante indicar, que comúnmente los procesos de adopción en el Ecuador tardan un tiempo excesivo, por cuanto es importante que, a fin de garantizar el derecho a la vida y a la familia, se inicie con estos procesos, en caso de que sea voluntad de los progenitores desde el embarazo, pues, caso contrario, el proceso al llevar muchas trabas de por medio, provoca que los menores perduren por varios años en centros de acogida, generado así la vulneración de sus derechos.

CAPITULO III

LOS ELEMENTOS PARA LA JUSTIFICACIÓN DE LA FALTA DE REGULACIÓN JURÍDICA PARA SALVAGUARDAR EL DERECHO A LA VIDA Y EL DERECHO A AL FAMILIA DEL NASCITURUS

3. Legislación Ecuatoriana

3.1 Institución jurídica de la adopción en la legislación ecuatoriana

Para un mejor entendimiento del tema a desarrollar en el presente trabajo de titulación, es pertinente partir de conceptos claves, así como lo establece el Art. 60 del Código Civil limitando que únicamente con el nacimiento de una persona se fija el principio de su existencia legal una vez que este ha sido separado completamente de su madre, de modo que, si la criatura perece dentro del vientre o previo a su separación, se entiende no haber existido jamás. No obstante, previo a la reforma del Código Civil en el año 1989, de forma adicional se exigía el requisito que el recién nacido, viva veinticuatro horas para ser considerado persona.

De igual modo, otro concepto a considerar es que se entiende por nacimiento de una persona, pues como se mencionó con anterioridad, acorde a la doctrina de la vitalidad, para que se llegue a constituir el nacimiento de una persona y el inicio de su existencia legal, es necesario que la criatura nazca viva y sea separada del vientre de la madre, pues así lo determina nuestro código civil reformado, sin embargo, la controversia surge si basta con la simple separación del vientre materno o es necesario que el cordón umbilical sea cortado.

De la problemática expuesta, se encuentra su solución en el art. 130 de la Ley de Registro Civil que manifiesta lo siguiente:

Se entenderá por nacimiento vivo a la expulsión o extracción completa del cuerpo de la madre prescindiendo de la duración del embarazo, de un producto de la

concepción que, después de tal separación, respire o manifieste cualquier otro signo de vida, tal como el latido del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimiento efectivo de músculos voluntarios, haya o no haya sido cortado el cordón umbilical y esté o no unido a la placenta; cada producto de tal alumbramiento se considerará nacido vivo. (Código Civil Ecuatoriano, Registro Oficial)

Es así como, a pesar de la existencia legal de una persona inicia con el nacimiento de la misma, la norma, cumpliendo con su función garantista, no ha dejado en desprotección a la persona antes de nacer, particular que se encuentra plasmado en nuestro Código Civil en el art. 61 que manifiesta lo siguiente:

La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra.

Toda sanción a la madre, por la cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.

No obstante, la norma no protege únicamente la vida, sino todos los derechos que le pertenecen al nasciturus una vez que inicie su existencia legal, pues así lo manifiesta el Art. 63 del Código Civil:

Los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron.

En el caso del Art. 60, inciso segundo, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.

Es decir, mientras el menor no nazca, para nuestra legislación, carece de existencia legal, no obstante, mantiene suspenso sus derechos que le corresponderán al momento de nacer, mismos que serán concedidos con efectos retroactivo, es decir, como si el recién nacido vivo los hubiera adquirido al momento de la creación o transmisión de dichos derechos. De lo redactado en líneas anteriores a modo de introducción, se evidencia que el Ecuador, el nasciturus gozara de sus derechos una vez que nazca, como lo es el derecho a la vida, a vivir en un ambiente sano, educación, integridad a tener una familia, etc.

Ahora bien, para entrar en materia del presente trabajo de investigación, es fundamental poner en conocimiento que, actualmente, el Ecuador frente a los cambios sociales del momento, debe acoplar su normativa vigente a fin de que le permita al Estado, así como lo determina la Constitución de la República, reconocer y garantizar los derechos de los ciudadanos, tal es el caso, que viene a ser su obligación, proteger y garantizar la vida de los nasciturus desde la concepción.

Empero, su pleno cumplimiento puede estar supeditado a diversas circunstancias, como embarazos no deseados en los que la madre no suele hacerse cargo del menor, por desconocimiento de métodos anticonceptivos, violación, o falta de recursos económicos, que dan lugar al abandono o en el peor de los casos, la muerte del menor, es por ello, que debe existir el impulso estatal de crear una alternativa jurídica voluntaria frente a dicha problemática, que genere un beneficio tanto para la madre como para el concebido que está por nacer, y claro, la alternativa adecuada es la Adopción Prenatal, pues una vez que se incorpore y permita esta institución jurídica, se podrá garantizar a cabalidad el derecho a la vida y a tener una familia de quien está por nacer.

En éste sentido, Mendoza (2015) señala que existen varios factores que influyen en la decisión de desligarse del hijo, como: “la inmadurez afectiva, la falta de sostén familiar, la ausencia de una figura paterna, falta de espacio físico, la ausencia de recursos económicos, etc.”, la

voluntariedad al momento de entregar a su hijo o hija en Adopción es el eje fundamental, mucho más cuando se trata de la criatura que está por nacer, durante este procedimiento distintas pueden ser las emociones por las que atraviesen los progenitores; sin embargo, ratifican su decisión para que su bebé pueda recibir todo lo que sus padres biológicos no pueden ofrecerle.

De este modo se valida la necesidad de que el trámite de Adopción se dé previo al nacimiento del ser humano para que inicie un contacto adecuado con sus futuros padres adoptantes, además de que se le evitaría vivenciar todo el proceso legal, el mismo que representaría un agotamiento psicológico para el niño, niña o adolescente.

Es por ello, que brevemente se debe señalar que la adopción es aquella institución jurídica que permite la determinación de vínculos filiales semejantes a los consanguíneos, concepto que será desarrollado a continuación de acuerdo a la particularidad de diversos autores:

Para Hernán Gómez: “La Adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del estado se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”. (Gómez, 1992, pág. 288)

El mismo autor Gómez (1992) refiere que la adopción es principalmente y por excelencia una medida de protección a través de la cual bajo la suprema vigilancia del Estado establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza.

El Diccionario Jurídico De Guillermo Cabanellas De Las Cuevas (2011) define a la Adopción tanto quiere decir prohijamiento; que es una manera que establecieron las leyes por la cual pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente. La adopción es el acto

por el cual se recibe como hijo nuestro, con autoridad real o judicial, a quien lo es de otro por naturaleza.

El tratadista argentino Ferri (1945) considera la adopción es una institución jurídica solemne de orden público, por la que se crean entre dos personas que pueden ser extrañas la una de la otra, con intervención judicial, vínculos semejantes a aquellos que existen entre padre o madre y sus hijos". "Una institución jurídica de protección familiar y social en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre, señalados en este capítulo respecto de un menor de edad que no es su hijo y que se llama adoptado. (Ferri, 1945)

“Se puede definir diciendo que es aquella institución por virtud de la cual se establecen entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima” (Puig, 2011, p. 170)

“En términos generales puede plantearse la adopción como una ficción legal cuyo propósito es suplir los vínculos biológicos de la filiación, creando un parentesco cuya fuente es la norma jurídica” (Baqueiro, 2011, p. 248).

De lo señalado por los autores antes mencionados, se debe destacar que la adopción fundamentalmente tiene como objetivo crear vínculos de filiación que permitan la relación de parentesco entre adoptantes y adoptado y que, por tanto, el menor pueda pertenecer a una familia.

Es importante indicar, que acorde a lo establecido en el Código Civil Ecuatoriano (2021) en el Art. 314 define la adopción como una institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre respecto de un menor

de edad que se llama adoptado». Existe cierta restricción para que la adopción se lleve a cabo y es que se entenderá como menor de edad al que no cumple 21 años.

Lo expuesto guarda relación con la definición que se puede encontrar en el Código de la Niñez y Adolescencia en el Artículo 152, en la cual, determina que, de la adopción, se desprenden los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, etc., entre los adoptantes y el adoptado.

Respecto a la adopción, nuestro Código Civil, establece que el adoptante asume todas las responsabilidades como si fuese el padre biológico del menor, es decir adquiere derechos y obligaciones para con el niño que es adoptado, empero, el Código de la Niñez y Adolescencia, determina que el objeto de la adopción, es garantizar al menor, el formar parte de una familia que se le considere apta tanto social como legalmente para cumplir con su rol de forma adecuada.

En este sentido, la protección de niño, niña y adolescente es la prioridad dentro de esta institución, por lo que es fundamental velar por otorgarle una familia que cumpla todos los requisitos que el Código detalla, a fin de garantizar una familia estable al amparo de lo previsto Constitución de la República en su artículo 67 inciso primero que dice lo siguiente: “Se reconoce la familia en sus diversos tipos.

El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Es decir, el Estado se ve en la obligación de proteger a la familia y garantizar los derechos de todos sus integrantes sin distinción, pues se considera a dicha institución como el ente

fundamental de la sociedad, por tanto, si en la familia pasa a formar parte un miembro mediante la adopción, este gozará de todos los derechos y obligaciones como si fuese hijo biológico.

3.2 Finalidad de la institución jurídica de la Adopción:

El Código de la Niñez y Adolescencia, en su Art. 151 establece como finalidad de la adopción el garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentre en aptitud social y legal para ser adoptado.

Esto es evidente, pues al ser un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es deber del mismo, velar por el cumplimiento de los derechos, en todo proceso, más aun aquellos que involucran a menores como es el caso, para que de forma adecuada consigan los objetivos esperados en el menor tiempo posible cumpliendo a cabalidad con los requisitos que la norma prevé, además, de éste modo se podrá evitar que quien será adoptado forme parte de hogares disfuncionales, que no les permita acceder a su pleno desarrollo intelectual, emocional y físico.

3.3 Requisitos que deben cumplir los adoptantes:

El Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. 159, determina de forma taxativa los requisitos que debe cumplir quien pretende ostentar la calidad de adoptante, siendo estos los siguientes:

1. Estar domiciliado en el Ecuador o en uno de los Estados con los cuales el Ecuador haya suscrito convenios de adopción.
2. Ser legalmente capaces
3. Estar en pleno ejercicio de los derechos políticos
4. Ser mayor de veinticinco años

5. Tener una diferencia de edad no menor de catorce ni mayor de cuarenta y cinco años con el adoptado. La diferencia mínima se reducirá a diez años cuando se trate de adoptar al hijo del cónyuge o conviviente, en los casos de unión de hecho que cumpla con los requisitos legales. Estas limitaciones de edad no se aplicarán a los casos de adopciones entre parientes. Tratándose de parejas, los límites de edad se aplicarán al cónyuge o conviviente más joven.

En los casos de pareja de adoptantes, ésta debe ser heterosexual y estar unida por más de tres años, en matrimonio o en unión de hecho que cumpla los requisitos legales;

Gozar de salud física y mental adecuada para cumplir con las responsabilidades parentales;

Disponer de recursos económicos indispensables para garantizar al adoptado la satisfacción de sus necesidades básicas; y,

No registrar antecedentes penales por delitos sancionados con penas de reclusión.

No obstante, de forma adicional a los requisitos que deben existir para que pueda llevarse a cabo la adopción, acorde lo dispuesto en el Art. 161 del Código de la Niñez y Adolescencia: es fundamental el consentimiento de los siguientes sujetos:

1. Del adolescente que va a ser adoptado.
2. Del padre y de 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 la madre adolescente que consienta para la adopción de su hijo.

El Juez tiene la obligación de constatar personalmente, en la audiencia correspondiente, que el consentimiento se ha otorgado de forma libre y espontánea; y que la Unidad Técnica de Adopciones del Ministerio de Bienestar Social ha cumplido con las obligaciones que tiene como institución estatal enfocada en ésta área. Código de la Niñez y Adolescencia (2014)

Bajo el mismo sentido, en caso de uno de los padres haber fallecido o se encuentra impedido legalmente de manifestar su voluntad, bastara el consentimiento expreso del otro progenitor, en caso de divorcio o separación, de igual forma bastara con el consentimiento de quien ejerza la patria potestad del niño, niña o adolescente, todo esto con previa autorización por parte del Ministerio de Inclusión Económica y Social, existiendo claro el derecho de contradicción por el otro progenitor en caso de inconformidad ante dicho supuesto.

Dentro del mismo artículo, se detalla que en caso de ser el adoptado mayor de edad, es necesario para la continuación del proceso con consentimiento por escrito, por otro lado, en caso de ser el adoptado niño, niña o adolescente que no tenga representante legal alguno y pertenezca a un centro de acogimiento temporal, se considera como su consentimiento le emitido por el director de dicho centro una vez que exista el informe de la Unidad Técnica de Adopciones (Código Civil, Art. 321).

3.4 Adopciones Prohibidas:

La norma de forma taxativa establece las prohibiciones para que se lleve a cabo el proceso de adopción:

1. De la criatura que está por nacer; y,
2. Por parte de candidatos predeterminados, salvo cuando el niño, niña o adolescente a adoptarse sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad del candidato a adoptante o hijo del cónyuge o conviviente en los casos de unión de hecho que reúna los requisitos legales. (Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 163)

3.5 Efectos de la Adopción:

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, los efectos de la adopción se encuentran en el Código Civil en su Art. 324, en el cual, en su parte pertinente determina que la adopción genera efectos tanto para el adoptante como para el adoptado, pues dicha institución jurídica, da lugar a los mismos derechos y obligaciones que la relación entre padres e hijos biológicos.

De igual modo, ¡la misma norma expresa en su artículo 326 inc. 2 que se exceptúa el derecho de herencia de los padres de los adoptantes; ya que, en caso de concurrir los adoptados con el menor adoptado, de manera exclusiva la herencia debe ser dividida en partes iguales, una para el padre o padres, y otra para el menor adoptado, de modo que, no genere perjuicio al cónyuge sobreviviente.

Es así como según Borda (1960) el principal efecto que genera la adopción, es la creación del parentesco civil de primer grado entre la persona que es el adoptante y la persona que es el adoptado.

Bajo el mismo sentido, otro de los efectos de la adopción, es que el menor adoptado, de forma evidente, adquiere exactamente, al igual que un hijo adquirido de forma natural, los mismos derechos y obligaciones, como es la identidad del menor, pues el adoptante, deberá dar al menor

nombre y apellidos, esta no es una disposición obligatoria, pues no en todos los casos se debe cambiar el nombre y el apellido del adoptado.

Se debe entender, que toda disposición legal que a la adopción se refiera, debe tener como prioridad la protección del menor, cumpliendo con su objetivo que es dotarle de una familia permanente que cumpla con los estándares que la ley exige, no obstante, se debe considerar que tanto el adoptante como el adoptado deben encontrarse en igualdad de condiciones, es decir que gocen de los mismos derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos de la naturaleza misma de la relación parento filial.

Se debe destacar, que el proceso de adopción como se ha venido mencionando dentro del presente trabajo de titulación, una vez finalizado el proceso, reconoce al menor como miembro de la familia de forma irrevocable, es decir que ocupa el estado jurídico legal como hijo biológico.

3.6 Constitución de la República del Ecuador

La Constitución de la Republica es la norma suprema dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, esto se traduce a que su aplicación es directa e inmediata, pues como indica Valdivieso Ortega y Bossano, (2008), además de prevalecer sobre cualquier procedimiento, trámite u organismo, etc.

Es así como, en materia de niñez y adolescencia, siempre debe primar el interés superior del menor por sobre todo pues su entorno de crecimiento y convivencia, debe permitirle satisfacer sus necesidades sociales, emocionales y culturales, esto siendo uno de los mayores deberes del Estado, al ser garantista en derechos, primando así el derecho a la vida, a una familia y disfrutar de su convivencia.

De lo expuesto, es necesario resalta la obligación por parte del Estado, en precautelar por la identidad de los menores, pues, a partir de la concepción, se constituye la identidad que viene a ser coloquialmente aquel conjunto de elementos genéticos, físicos, psicológicos, espirituales, culturales, ideológicos, religiosos, etc.

La identidad es tan importante para un ser humano, pues es la prueba de la existencia de todo individuo, por lo que no sería posible dejar a un menor sin una identidad oficial, entendiéndose a la misma +como un nombre, un apellido, una nacionalidad y a conocer la identidad de sus progenitores.

El cuerpo legal en cuestión es considerado por su supremacía constitucional, como garantista de derechos, pues reconoce a plenitud todos los Derechos Humanos que se encuentran establecidos en convenios y tratados internacionales, derechos que prevalecen por el nivel jerárquico que tiene la Constitución, es así que el Art. 44 establece de forma prioritaria el desarrollo integral de niñez y adolescencia con el siguiente texto:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. (Constitución, 2008)

Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

Por otro lado, en su artículo 69 hace mención a la protección de los derechos de quienes integran la familia, en su numeral 6 dice “Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción”,

De lo anterior se evidencia que viene a constituir un tipo de garantía para la persona adoptada, pues, como ya se ha hecho mención, la adopción es una institución, más no un contrato, institución que ha evolucionado a fin de precautelar los intereses de los niños, niñas y adolescentes.

Los derechos que más se deberían priorizar respecto a niños, niñas y adolescentes es el derecho a la vida, a tener una familia y disfrutar de su convivencia, es así que, la adopción prenatal, evitaría la inobservancia a estos derechos, pues, a pesar del proceso de adopción que en ciertos casos puede durar un tiempo considerable, no obstante si este se inicia previo al nacimiento del menor, una vez que este ha culminado con resultados positivos, la adaptación a su nueva familia se dará con mayor facilidad.

3.7 El interés superior del menor

Dentro de nuestra legislación, el principio de primacía del interés del menor se encuentra en el artículo 44 de la Constitución de la República: El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad

y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

De igual forma, el Código de la Niñez y Adolescencia, por su propia naturaleza normativa, lleva de forma intrínseca el principio del interés superior del menor, y lo desarrolla de la siguiente forma: Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad.

Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral (...)

Según Mena y Cáceres (2019), el principio en cuestión, está direccionado a la total satisfacción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; destacando la obligatoriedad respecto al deber por parte de las entidades tanto públicas y privadas de velar por su cumplimiento.

Es así como, para que lo manifiesta llegue a configurarse en su totalidad, es importante que se dé un balance entre los derechos y obligaciones de niños, niñas y adolescentes, en la forma en la cual se materializaran dichos derechos y obligaciones. Es necesario resaltar, que los derechos del menor únicamente podrán ser garantizados, toda vez que se brinden los mecanismos idóneos que permitan el goce de estos.

3.8 Código de la Niñez y Adolescencia

El Código de la Niñez y Adolescencia es el cuerpo legal por excelencia, que regula la institución jurídica de la adopción, determinando así, su definición, alcance, efectos, prohibiciones, y demás aspectos procesales que a dicha institución se refiere, sin dejar de lado un aspecto fundamente que es la incondicionalidad e irrevocabilidad de la adopción, particular que genera certeza y seguridad jurídica a al sujeto en quien recae la adopción.

Por tanto, en dicho cuerpo normativo, en su Art. 154 señala que La adopción no puede ser sujeta a modalidades, y una vez perfeccionada, ésta será irrevocable. Cualquier condición que se imponga por parte de quienes deben presentar su consentimiento se tendrá por no escrita, sin afectarse por ello la validez de la adopción. La incondicionalidad e irrevocabilidad limitan a la adopción a que se convierta en un negocio lucrativo de niños, niñas o adolescentes, en el cuál los padres del adoptado condicionen dicho proceso con la finalidad de obtener algún tipo de ganancia a cambio, o que los padres adoptantes cumplan con determinados requisitos en pro de su conveniencia y de este modo ponen en riesgo al principal beneficiario de éste procedimiento.

Además, mediante la irrevocabilidad se pretende que los niños o niñas que pasan a formar parte de una nueva familia sean vistos como objetos que ²⁷ pueden ser devueltos en caso de que los padres no se acoplen a él o ella, afectando sus aspectos psico-afectivos.

Ahora bien, dentro de este entorno procedimental, nos encontramos frente a requisitos legales para ser adoptado. Requerimientos que están sujetos a lo determinado en el artículo 158 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que se refiere a la aptitud de los menores, para ser adoptados; siendo estos:

- a) Orfandad respecto de ambos progenitores;

- b) Imposibilidad de determinar quiénes son sus progenitores o, en su caso, sus parientes hasta el tercer grado
- c) de consanguinidad;
- d) Privación de la patria potestad a ambos progenitores; y,
- e) Consentimiento del padre, la madre, o de ambos progenitores, según corresponda, que no hubieren sido privados de la patria potestad.

Cada una de las causas antes mencionadas, confluyen de forma paralela, al estado de vulnerabilidad de los niños y niñas, que no poseen un entorno familiar adecuado y requieren de un núcleo familiar, idóneo y comprometido con una visión de derechos, para aceptar el rol de madres y padres adoptivos, quienes estén dispuestos a asumir apropiadamente la crianza, protección, cariño, educación, salud, buen trato, contribuyendo con amor al buen vivir y a la garantía de derechos.

El Juez que declare la adopción de un niño, niña o adolescente, deberá notificarlo a la Unidad Técnica de Adopciones de la respectiva jurisdicción, en el plazo máximo de diez días contados desde que la sentencia quedó ejecutoriada.

Asimismo, tanto la fase administrativa como judicial, tiene el objetivo de que la adopción, sólo sea autorizada por las autoridades nacionales competentes, a través de resoluciones motivadas en las cuales se justifiquen los criterios legales correspondientes, en cuanto a la situación jurídica del adoptante y el adoptado, así como también, la idoneidad del emparentamiento realizado. Vega (2013)

Por consiguiente, el proceso de adopción en Ecuador, requiere de la máxima intervención del Estado y este a través de sus instituciones, está obligado a dar seguimiento a las adopciones de menores, tanto en sede nacional como internacional, ya que de acuerdo con los compromisos aceptados por Ecuador, con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene la obligación de garantizar el principio de interés superior, a lo largo del procedimiento de adopción, disponiendo medidas que permitan garantizar sus derechos, así como las prohibiciones respectivas, a través de las cuales se busca que no se afecten los derechos del menor en dicho procedimiento.

El Código de la Niñez y Adolescencia (2014) en su Art. 151 especifican la finalidad de la adopción y señala que “tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentre en aptitud social y legal para ser adoptado. El mismo cuerpo legal en el Art. 159, establece los requisitos para los adoptantes, que deben ser cumplidos en su totalidad para que se haga efectiva la adopción dentro del país. Dichos requisitos están en concordancia con el Art. 316 del Código Civil del Ecuador, con la diferencia de que éste cuerpo legal menciona como edad mínima para adoptar: 30 años, siendo 25 años los señalados por el Código de la Niñez y Adolescencia que, bajo el análisis de la Pirámide de Kelsen, se entiende como preponderante al Código de la Niñez y Adolescencia.

Existe además la obligatoriedad del consentimiento de los sujetos parte de la adopción, en los señalados en el Art. 161 del Código de la Niñez y Adolescencia. Adopciones Prohibidas En el Ecuador, existen dos circunstancias claras en las cuáles no pueden darse las adopciones:

1. De la criatura que está por nacer; y,

2. Por parte de candidatos predeterminados, salvo cuando el niño, niña o adolescente a adoptarse sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad del candidato a adoptante o hijo del cónyuge o conviviente en los casos de unión de hecho que reúna los requisitos legales.

No obstante, aun en estos casos los candidatos a adoptantes deben ser declarados idóneos de acuerdo con las reglas generales. (Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 163).

Para hablar sobre el Principio del Interés Superior el Art. 11 señala que: Es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. En otras palabras, el Principio del Interés Superior del Niño busca la plena satisfacción de los derechos para este grupo de atención prioritaria, y no convertirse en una directriz indeterminada para la normativa legal.

Como ya se citó, en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos de los Niños establece que todas las medidas destinadas a ellos y sean tomadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, jueces, autoridades u órganos legislativos deberán atender a este principio.

3.9 Nulidad de la Adopción

Existen casos en los cuáles se puede anular la adopción (Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 177), la misma que será invalidada por un juez dentro de la Fase Judicial del procedimiento, en los siguientes casos:

1. Falsedad de los informes o documentos necesarios para concederla;

2. Inobservancia del requisito de edad del adoptado según el Art. 157;
3. Falta de alguno de los requisitos que debe reunir el adoptante, según el artículo 159 4. Omisión o vicio de los consentimientos requeridos por el artículo 161; y,
5. Incumplimiento de la exigencia contemplada en el artículo 160 para la adopción por el tutor.

Quien puede demandar la nulidad de la adopción es el adoptado, la persona cuyo consentimiento se omitió, en el caso del numeral 4 del artículo citado; y la Defensoría del Pueblo. Dicha acción prescribe en el plazo de dos años contados desde la inscripción de la sentencia de adopción en el Registro Civil. Los legitimados activamente para el ejercicio de nulidad tienen derecho a acceder a todos los documentos e información sobre el caso en particular de ser necesarios.

A tenor de lo expuesto se destaca en esta investigación que todo niño necesita una declaratoria de adoptabilidad, documento emitido por un juez competente, quien debe determinar, según sea el caso, que el menor no puede ser reinsertado con sus padres o con algún pariente cercano. Solo entonces, se involucra la otra parte de una adopción, a los posibles padres.

3.10 Análisis de la factibilidad de la incorporación de la Adopción Prenatal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Del presente trabajo de investigación se desprende la necesidad de regular la adopción del menor que está por nacer a fin de garantizar el cumplimiento del Principio del Interés Superior del niño, reconocido en el Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, en concordancia con convenios y tratados internacionales.

En este sentido, si bien la adopción debería ser el último recurso a considerar para que el menor tenga derecho a una familia, pues se entiende que siempre habría aceptación por su familia directa, no obstante, cada vez son mayores los casos en los cuales, los progenitores no cumplen con las condiciones mínimas para satisfacer las necesidades del menor, ya sea en el ámbito económico, social e incluso emocional, por lo cual es necesario proceder con la institución jurídica de la adopción.

De lo manifestado se desprende que la adopción prenatal, debería ser incorporada a nuestra normativa interna, de modo que limitaría los casos de abandono de menores, así como de abortos en clínicas clandestinas, por lo que, en caso de que llegue a ser incorporada dicha institución en nuestro ordenamiento jurídico, y a fin de evitar el abuso de esta figura jurídica, es fundamental que la misma, este acompañada de un control estricto que limite el acuerdo, negocios o comercialización de menores, particular que en efecto, es considerado como delito y sancionado por la ley.

No obstante, un criterio importante a considerar es la edad del menor que se pretende adoptar, pues, los adoptantes en su mayoría, anhelan aquellos que se encuentran entre los 0 meses hasta los 3 años de edad, pues esto facilita la adaptación del menor y el vínculo con su familia adoptante.

Dentro de nuestra legislación, como se ha venido desarrollando en el presente trabajo de investigación, está prohibido la adopción prenatal, por lo que es importante analizar dicha posibilidad no solo desde la esfera jurídica sino también social de otros estados que si regulan esta institución, como es el caso de Estados Unidos y Chile, aquellos estados argumentan que el motivo de incorporar la adopción prenatal es evitar que los derechos del menor sean vulnerados dada la

posibilidad que sea abandonado, sea producto de un embarazo no deseado o la vida de sus progenitores se desempeñe de manera precaria.

De modo que, es evidente que la figura jurídica de la adopción debe ser considerada de acuerdo a la realidad actual, a fin que pueda cumplir con su propia naturaleza que es velar por los intereses del menor fortaleciendo el ejercicio de sus derechos constitucionalmente reconocidos. Pues, como se ha expuesto, en nuestra legislación únicamente puede ser adoptado el menor que cuente sentencia favorable que declare la adoptabilidad, no obstante, no está permitido que el proceso en mención tenga inicio a partir de la gestación de la madre.

3.11. Elementos justificativos ante la falta de regulación de la adopción prenatal

A pesar de los diversos debates existentes sobre la adopción prenatal, en el Ecuador, existe prohibición manifiesta sobre dicha institución, pues se considera que la adopción debe ser el último recurso a considerar en pro del derecho de familia, pues ante toda situación, se debe priorizar la familia directa. Es así como, dicha posibilidad a pesar de forma parte de la realidad jurídica social de todo Estado, presenta diversas trabas, como es el caso de UNICEF, que se encuentra en contra de la entrega voluntaria de la criatura que está por nacer, pues desarrolla que esto implica un factor similar a la trata o comercialización de menores.

Bajo el mismo sentido, la institución en mención sería la opción viable para que los progenitores se deshagan del menor que fue concebido y no se encuentran bajo las causales que permiten el aborto, por lo que, en ciertos casos, se pretendería justificar y obra como salida en caso de embarazos no deseados a la adopción prenatal como una medida para evitar el aborto, y permitir el derecho a la vida y a la familia para el menor.

3.12. Propuesta normativa

Es así como, se demuestra la necesidad de una reforma normativa que faculte el proceso de adopción previo al nacimiento, una vez que cumpla con los requisitos que la ley manda, para lo cual brevemente se realizara a continuación, una propuesta normativa referente a la institución jurídica en cuestión siendo esta la siguiente:

En primero lugar, es importante que se derogue el número 1 del Artículo 163 que textualmente dice: “Se prohíbe la adopción: de la criatura que está por nacer”, de modo que el artículo precedente contaría con el siguiente texto:

Art. 163.- Adopciones prohibidas. - Se prohíbe la adopción:

1. Por parte de candidatos predeterminados, salvo cuando el niño, niña o adolescente a adoptarse sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad del candidato a adoptante, o hijo del cónyuge o conviviente en los casos de unión de hecho que reúna los requisitos legales. No obstante, aun en estos casos los candidatos a adoptantes deben ser declarados idóneos de acuerdo con las reglas generales.

En el Artículo 163 derogar el numeral 1 que textualmente dice: “Se prohíbe la adopción: de la criatura que está por nacer”

Como segunda propuesta normativa, en la sección tercera, relativa a las normas especiales para el procedimiento de adopción, es pertinente que se agregue un artículo referente a la entrega consentida en adopción del nasciturus, mismo que podría desarrollarse de la manera siguiente:

Art. 290.- Entrega consentida en el procedimiento de adopción prenatal: En conformidad al procedimiento referido en el artículo precedente, el mismo procederá para los casos en que la madre se encuentre aun en estado de gestación. Los progenitores manera individual o conjunta podrán presentar su solicitud para dar en adopción a la criatura que está por nacer al Juez Competente para conocer la causa, que para efectos será el juzgador de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

Una vez presentada dicha solicitud, el juzgador en un término cinco días calificará la misma, y en caso de cumplir con los requisitos que la ley determina, convocará a audiencia dentro de los quince días siguientes. En la audiencia, la o el progenitor que haya presentado la solicitud, deberá ratificar de forma expresa su voluntad de entregar a la criatura que está por nacer en adopción, acto seguido el juzgador que conoce la causa, oficiara a la entidad competente para que realice todas las investigaciones necesarias que acrediten la veracidad de lo expuesto por la parte actora en su solicitud.

En caso de obtener respuesta favorable de la entidad competente, el juzgador convocará a la ratificación de la voluntad de entregar en adopción, de la o el progenitor solicitante en el término de 60 días posteriores a la fecha de nacimiento del menor, en caso de inasistencia, se entenderá que la parte actora ha desistido de su decisión, por lo que toda actuación posterior será nula.

Si al momento del parto, o posterior a este, falleciere la madre y no ha podido dar su consentimiento, se entenderá el otorgado inicialmente en audiencia como su voluntad final.

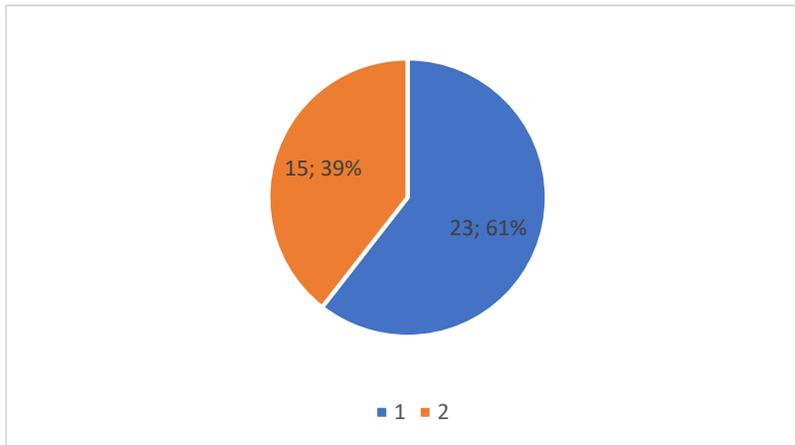
3.13. ANEXOS:

Esta encuesta fue realizada a 38 personas de la ciudad de Cuenca

1. ¿Conoce usted a que se refiere el termino nasciturus?

1: SI 23

2: NO 15



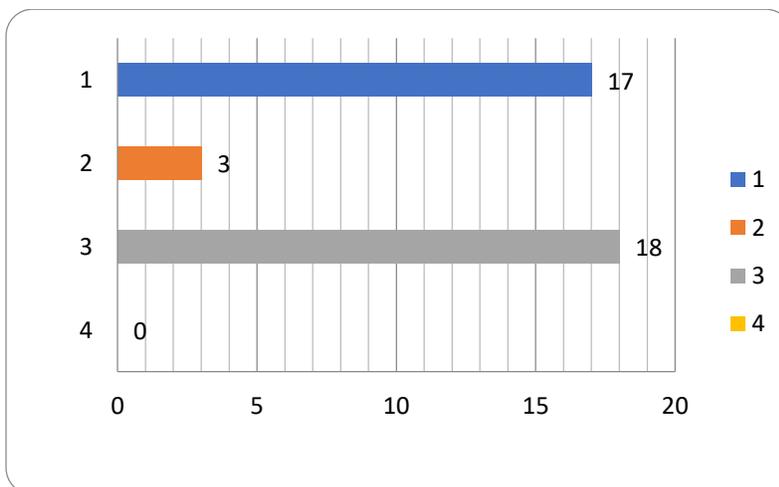
2. ¿Conoce usted acerca del proceso de adopción en el país?

1:SI 17

2: NO 3

3: NO CONOZCO, PERO ME GUSTARIA APRENDER 18

4: NO ME INTERESA 0



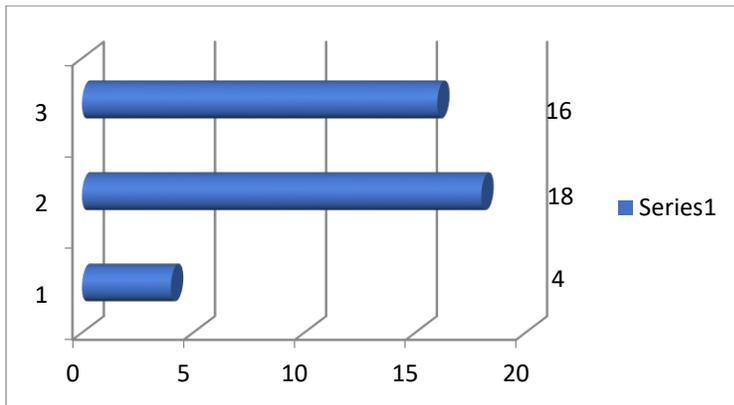
3. ¿Conoce usted si existe una normativa para la adopción del nasciturus?

SI: 4

NO: 18

NO CONOZCO, PERO ME GUSTARIA APRENDER DEL TEMA: 16

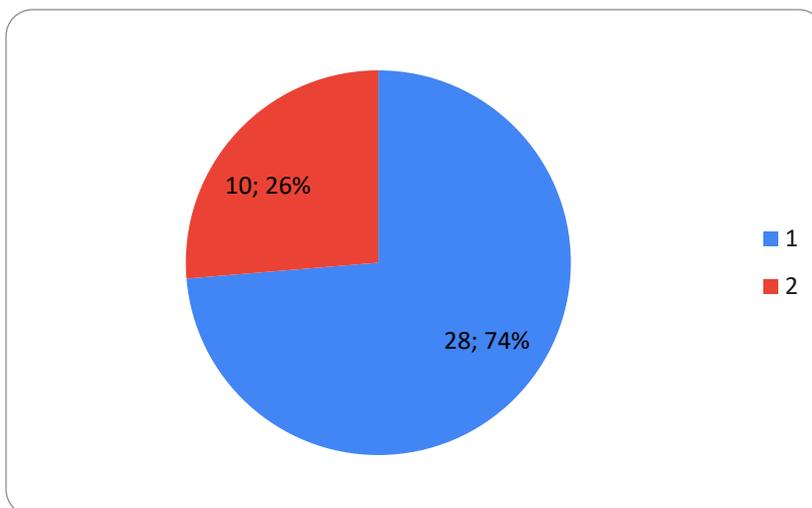
NO ME INTERESA: 0



4. ¿Desde cuándo piensa usted que inicia la vida del ser humano?

DESDE SU CONCEPCION: 28

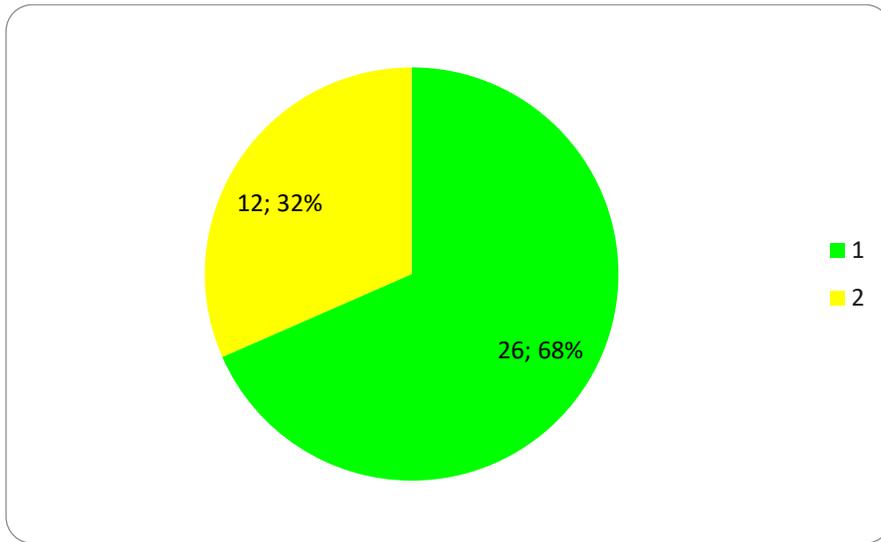
DESDE SU NACIMIENTO: 10



5. ¿Considera que se violenta los derechos de los nasciturus al no permitirles no ser concebidos para ser posteriormente dados en adopción?

SI: 26

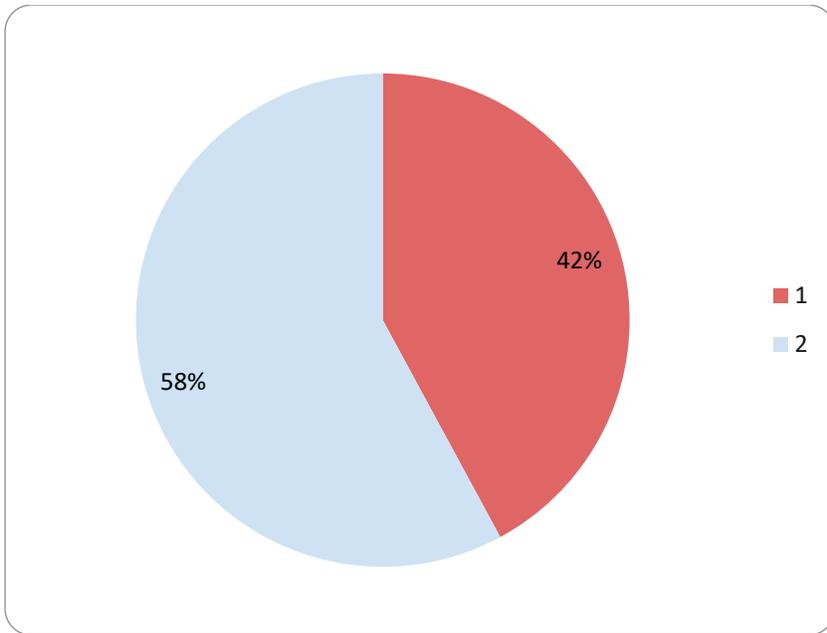
NO: 12



6. ¿Considera usted que se vulnera el derecho de los padres biológicos si al nasciturus se le adoptara desde la concepción?

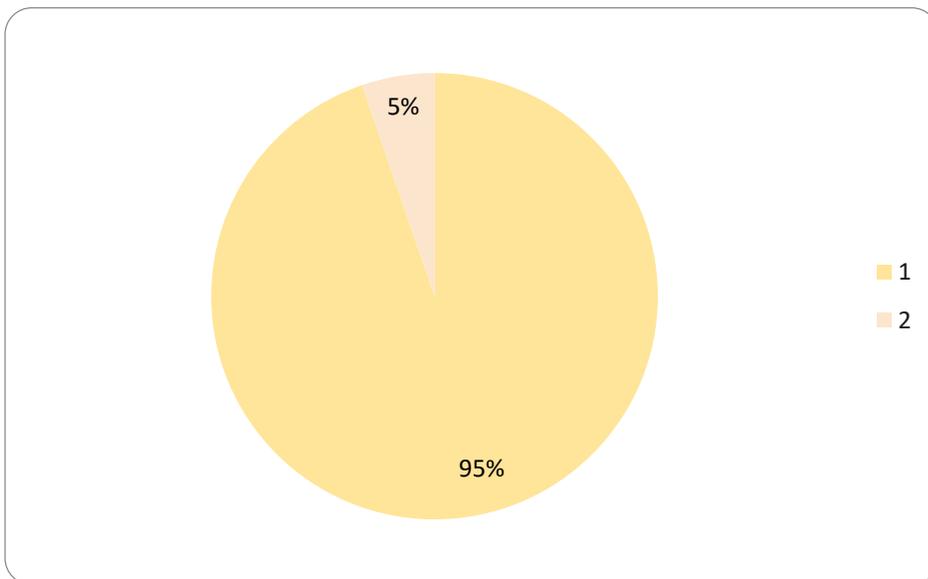
SI: 16

NO: 22



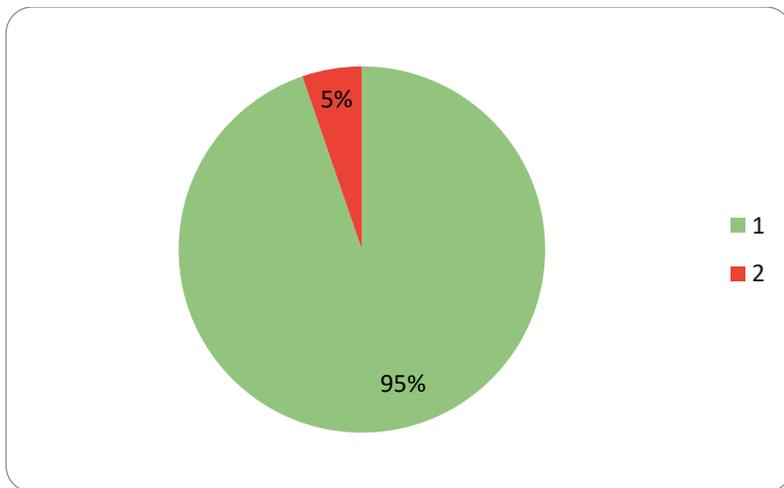
7. ¿Cree que es importante implementar un mecanismo de adopción prenatal en el Ecuador?

SI: 36
NO: 2



8. ¿Considera usted que debería reformarse la legislación ecuatoriana que permita la adopción prenatal?

SI: 36
NO: 2



Como podemos observar existe un desconocimiento acerca de la adopción prenatal, en general por parte de la población, partiendo desde el termino nasciturus, es importante que nuestro legislativo no solo trabaje en la necesidad de crear un normativa que de paso a un procedimiento para este tipo de adopción, además existe la necesidad de socializar y concientizar sobre este tan controvertido tema, con la finalidad de respetar los derechos del nascirturus, evitar el aborto sea este legal o ilegal, precautelando la vida de la madre dentro de estos procedimientos, y brindar una oportunidad a padres que no pueden procrear, brindándoles la oportunidad de tener descendía.

Conclusiones

1. La Adopción es la institución jurídica que permite garantizar a los menores que formar parte de una familia sin que exista vínculo consanguíneo de por medio, siempre que el Estado encuentre en las condiciones necesarias para satisfacer sus necesidades del menor.
2. La institución jurídica de la Adopción Prenatal debe considerarse una medida de protección para los nasciturus que sus progenitores no quieren hacerse cargo, es así, que su regulación, permitiría que el menor neonato, pueda ser incluido en una familia adoptiva que le permita el pleno ejercicio de sus derechos y cumplimiento de obligaciones.
3. La incorporación de la institución jurídica de la Adopción Prenatal es necesaria de manera especial para los casos de embarazos no deseados, en los cuales, comúnmente la criatura que está por nacer es abandonada o inclusive se llega a causar su muerte por medio de un aborto realizado de manera insegura y clandestina, poniendo riesgo incluso la vida de la madre. Pues dicha figura jurídica, sería una medida de protección a fin de precautelar el derecho a la vida y a tener una familia para el nasciturus.
4. Dentro del presente trabajo de investigación, del estudio de legislación comparada como es el caso de Chile, que mediante la Ley de Adopciones de menores, regula la adopción del que está por nacer, por tanto, su estudio, es fundamental para delimitar la posición jurídico y social, el impacto y los efectos de incorporar la institución jurídica de la adopción dentro del ordenamiento jurídico.

Recomendaciones

5. Se recomienda una reforma normativa al Código de la Niñez y Adolescencia, respecto a la institución jurídica de la adopción, pues, es importante indicar que el ordenamiento jurídico debe estar acoplado a la realidad actual, ya que, el cuerpo normativo en mención no ha sido reformado respecto a dicha institución desde el año 2003 sin considerar la evolución existente.
6. Se debería minimizar los términos respecto al proceso y tramitación de la Adopción en general, a fin de buscar mayor eficiencia y eficacia en dichos procesos y agilizar el mismo.
7. En virtud de la necesidad imperante de velar por el interés superior del menor, se debería implementar la institución jurídica de la adopción prenatal, pues, es el mecanismo viable que permitiría garantizar que el menor, que, por circunstancias diversas, ha sido rechazado por su familia biológica, pueda acceder a una familia adoptiva que le permita desarrollarse y satisfacer sus necesidades físicas, psicológicas, sociales y emocionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Brena-Sesma, I. (2005). Algunas reflexiones sobre los antecedentes de la adopción Revista de Derecho Privado UNAM. México.
- Torres, J. (2013) El interés del menor en el Derecho de familia norteamericano: del caso de Mary Ellen McCormack a los supuestos de oncofertilidad. Análisis comparativo con el Derecho español. a Facultad de Derecho de la Northwestern University de Chicago.
- Pastore, A. G. (2019). Adopción prenatal, baby hatches, parto anónimo y parto confidencial o discreto:¿ son alternativas jurídicamente válidas para resguardar los derechos de la madre y el niño frente a la posible legitimación del aborto?.
- Código de Alabama. (2017). Senado de Alabama. Estado de Alabama, Estados Unidos de Norte América.
- Ibañez Segovia, A (2012) "La adopción" Editorial Popocatepelt.
- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, (2003).
- Cabrera, J (2012). Interés Superior del Niño. Quito. Edit. Cevallos
- Chávez, A. (2011). La familia en el derecho (relaciones jurídicas parentofiliales). México: Editorial Porrúa.
- Cabanellas, G. (2008). Diccionario jurídico elemental. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.
- Congreso Nacional de Chile (2012) Adopción en Chile: Principios y Regulación.
- Barboza Álvarez, G., & Salvo Contreras, C. (2015). La Adopción en Chile Ley de Adopción N° 19.620 y su Reforma.
- Corral Talciani, H. F. (2001). El nuevo régimen jurídico de la adopción en Chile.
- Mendoza, N. (2015). El control en la adopción de niñas, niños y adolescentes vulnera derechos fundamentales.
- Fonrodona Puyana, H. (1959). La Adopción en la Legislación comparada y su Reglamentación en Colombia

- Gómez, H.(1992) Derecho de Familia. Santa fe de Bogotá: Editorial Temis, S.A.
- Ferri, J. (1945). LA Adopción – Afiliación.
- Puig Peña F,(2011) Tratado de derecho civil español, tomo II, derecho de familia, vol. II, paternidad y filiación.
- Baqueiro Rojas, E (2011). Derecho de familia, edición revisada y actualizada.
- Borda, G, (1960) MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, Buenos Aires, Editorial s.e., Argentina.
- Ortega, G. V., & Bossano, M. L. (2008). La protección jurídica del non nato en el Ecuador. *Ius Humani: Revista de Derecho*, (1), 51-81.
- Mena, M. C. M., & Cáceres, E. E. (2019). La adopción de la criatura por nacer en Ecuador. Un estudio del interés superior del niño y su derecho a la familia. *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, (25), 507-529.
- Conferencia Mundial de los Derechos Humanos. (1993). Viena.
- Gomez, M. (2006). Más allá del derecho: justicia y género en América Latina. Bogota.
- Unidas, N. (1993). Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.
- De la Vega- Hazas, J. (2013). La adopción: criterios morales y pastorales.
- Pastore, A. G. (2019). Adopción prenatal, baby hatches, parto anónimo y parto confidencial o discreto:¿ son alternativas jurídicamente válidas para resguardar los derechos de la madre y el niño frente a la posible legitimación del aborto?.
- Ley 6/1995 - Ley de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid. (1995). BOE - Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, España: Cortes Generales del Reino de España.
- De Wilde, Z. (1996). La Adopción Nacional e Internacional.

Normas Jurídicas

1. Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Nro. 180. (Asamblea Nacional 10 de agosto de 2021).
2. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449. (Asamblea Nacional 20 de Octubre de 2008).
3. Código Penal, Registro Oficial 147. (Asamblea Nacional 15 de febrero 2012).
4. Código de la Niñez y Adolescencia, Registro Oficial (Asamblea Nacional 29 de julio de 2019)
5. Código Civil Ecuatoriano, Registro Oficial (Asamblea Nacional 08 de julio de 2019)

ANEXOS



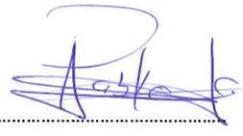
Stephany Dennise Tenecora Peralta portador(a) de la cédula de ciudadanía N° **0106747710** y **Pablo Israel Clavijo Banda** portador(a) de la cédula de ciudadanía **0104369962**. En calidad de autor/a y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación **“ANÁLISIS DE LA FACTIBILIDAD DE LA ADOPCIÓN PRENATAL EN EL ECUADOR”** de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos y no comerciales. Autorizo además a la Universidad Católica de Cuenca, para que realice la publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 24 de noviembre de 2022

F: 

Stephany Dennise Tenecora Peralta

C.I.0106747710

F: 

Pablo Israel Clavijo Banda

C.I. 0104369962

