



UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CUENCA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

**CONFLICTO DE COMPETENCIA SOBRE EL CONOCIMIENTO EN LA
IMPUGNACIÓN JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE LA
NEGATIVA DE SOLICITUD DE ADOPCIÓN**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE
LA REPÚBLICA**

AUTORAS: JANNETH ALEXANDRA LÓPEZ GUALPA

GABRIELA ALEXANDRA MARTÍNEZ AYORA

DIRECTOR: DR. IVÁN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO

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

**CONFLICTO DE COMPETENCIA SOBRE EL CONOCIMIENTO EN LA
IMPUGNACIÓN JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE LA
NEGATIVA DE SOLICITUD DE ADOPCIÓN**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

AUTORAS: JANNETH ALEXANDRA LÓPEZ GUALPA

GABRIELA ALEXANDRA MARTÍNEZ AYORA

DIRECTOR: DR. IVÁN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO

CUENCA ECUADOR

2022

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO



Declaratoria de Autoría y Responsabilidad

Janneth Alexandra López Gualpa portador(a) de la cédula de ciudadanía N° 0105511679 y **Gabriela Alexandra Martínez Ayora** portador(a) de la cédula de ciudadanía N° 1400967780. Declaramos ser las autoras de la obra: **“CONFLICTO DE COMPETENCIA SOBRE EL CONOCIMIENTO EN LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE LA NEGATIVA DE SOLICITUD DE ADOPCIÓN”**, sobre la cual nos hacemos responsables sobre las opiniones, versiones e ideas expresadas. Declaramos que la misma ha sido elaborada respetando los derechos de propiedad intelectual de terceros y eximimos a la Universidad Católica de Cuenca sobre cualquier reclamación que pudiera existir al respecto. Declaramos finalmente que nuestra 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 nos responsabilizamos y eximimos a la Universidad Católica de Cuenca de toda reclamación al respecto.

Cuenca, **11 de julio de 2022**

F:

Janneth Alexandra López Gualpa

C.I. 0105511679

F: *Gabriela Martínez*

Gabriela Alexandra Martínez Ayora

C.I. 1400967780

CERTIFICO

Certifico que el presente Trabajo de Investigación fue desarrollado por **JANNETH ALEXANDRA LÓPEZ GUALPA** y **GABRIELA ALEXANDRA MARTÍNEZ AYORA**, con el Tema **“CONFLICTO DE COMPETENCIA SOBRE EL CONOCIMIENTO EN LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE LA NEGATIVA DE SOLICITUD DE ADOPCIÓN”**, bajo mi supervisión.



DR. IVAN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO
Tutor

DEDICATORIA

Dedicamos este Proyecto de Investigación a Dios en primer lugar por concedernos la sabiduría para su realización, así como por permitirnos llegar a este valioso momento de nuestras vidas.

A nuestros Padres, quienes han sido nuestro motor y apoyo incondicional a lo largo de nuestra formación académica.

De todo corazón

Janneth Alexandra López Gualpa & Gabriela Alexandra Martínez Ayora.

AGRADECIMIENTO

Agradecemos infinitamente a nuestros Padres por todo el apoyo que nos han brindado a lo largo de nuestra formación profesional, ya que son un ejemplo de perseverancia y firmeza, razones que nos han motivado a seguir adelante en todo momento a pesar de las adversidades.

Al Dr. Ivan Patricio Culcay Villavicencio por su apoyo, entereza, compromiso y sobre todo enseñanzas y rigor académico que nos ha permitido concluir con este Proyecto de Investigación.

A nuestra prestigiosa Universidad Católica de Cuenca, estirpe de grandes profesionales y docentes, que nos brindó la oportunidad de adquirir conocimientos y convertirnos en excelentes personas éticas y profesionales.

Janneth Alexandra López Gualpa & Gabriela Alexandra Martínez Ayora.

RESUMEN

La adopción constituye por excelencia una institución del Derecho de Familia que, por resolución judicial convierte a un menor sin vínculo de consanguinidad en un hijo que bajo la óptica de la ley, constituye un hijo biológico con los mismos derechos y obligaciones.

Si se habla de la adopción a nivel jurídico es preciso conocer a profundidad el Derecho de Familia ya que, la adopción por tema que involucra los derechos de un menor en una situación de pérdida de patria potestad o de orfandad, es Estado a través de sus órganos competentes está en la obligación de proteger a los menores en ese estado de vulnerabilidad.

Si bien, la adopción constituye una medida extrema, es la más ideal para integrar a un menor a un núcleo familia que le brinde la estabilidad que precisa, por lo que, Estado ha conminado al MIES a ser el ente que regule en dos fases la adopción.

Es así que, dentro de la fase administrativa, los ciudadanos interesados en adoptar postulan mediante una solicitud para que el MIES los evalúe si son idóneos para adoptar, es así que, cobra gran relevancia y se da un giro del Derecho de Familia al Derecho Administrativo, pues cuando el MIES niega una solicitud de adopción lo hace mediante acto administrativo y si lo solicitantes negados no se encuentra de acuerdo con tal decisión del órgano público es su derecho el impugnar, sin embargo, surge la pregunta de qué juez es el competente para dirimir esta controversia.

Palabras clave: Adopción, Derecho de Familia, Derecho Administrativo, negativa de solicitud de adopción, competencia.

ABSTRACT

Adoption represents par excellence, an institution of Family Law that, by judicial decision, turns a minor with no blood relationship into a child that, according to the law, becomes a biological child with equal rights and obligations.

In terms of adoption from a legal perspective, it is necessary to understand Family Law in-depth since because it involves the rights of a minor in a position of loss of parental authority or orphanhood, the State through its corresponding entities must protect minors in this vulnerable condition.

Although adoption is challenging, it is the best way to place a child in a family that provides the necessary stability. The State has instructed the MIES to be the entity in charge of regulating adoption in two phases.

Thus, during the administrative phase, citizens interested in adopting apply through an application form so that the MIES can evaluate whether they are suitable to adopt. In this way, it becomes imperative. There is a shift from Family Law to Administrative Law, for when the MIES denies an adoption application it does so through administrative act. If the denied applicants disagree with such decision, it is their right to challenge it; however, a question emerges about which judge is responsible for settling this controversy.

Keywords: Adoption, Family Law, Administrative Law, adoption application denial, authority.

ÍNDICE

Contenido

DECLARATORIA DE AUTORÍA Y RESPONSABILIDAD	I
CERTIFICADO DE TUTOR	II
DEDICATORIA	III
AGRADECIMIENTO	IV
RESUMEN	V
Palabras clave	V
ABSTRACT	VI
Keywords.....	VI
ÍNDICE.....	VII
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: La Familia en la adopción.	3
1. <i>La Familia.</i> -.....	3
1.1. Corte Suprema de EEUU - Bowers vs Hardwick	9
1.2. T-070-15 Corte Constitucional Colombiana. -	10
1.3. Sentencia 10-18-CN/19 Corte Constitucional del Ecuador. -.....	10
1.4. Corte Suprema de EEUU - Obergefell vs Hodges.-.....	11
1.5. <i>Familia y el Derecho de Familia.</i> -	12
1.5.1. El matrimonio como negocio jurídico familiar. -.....	13
1.6. <i>Derecho Constitucional de Familia.</i> -	17
1.7. <i>El matrimonio en el Ecuador.</i> -.....	19
1.8. <i>Sentencia de matrimonio igualitario 11-18-CN/19.</i> -.....	23
CAPÍTULO II: La filiación y la adopción. -	25
2. <i>La Filiación.</i> -.....	25
2.1. Jurisprudencia Argentina- Caso Muller. -	26
2.2. La filiación y la reproducción asistida. -.....	26
2.3. Análisis de caso: “Baby M” – Tribunal Supremo del Estado de Nueva Jersey. -.....	28
2.4. Análisis de caso: “Jonson vs. Calvert”- Tribunal de California. -.....	31
2.5. Análisis de caso: “Kaplan vs. Chamberlain”- Tribunal de Nueva York. - ...	32
2.6. Análisis de caso en Francia: “Gestación por sustitución internacional”. - .	33
2.7. Análisis de caso en Argentina: “Triple filiación”. -	34
3. <i>La Adopción como fuente de filiación.</i> -.....	37

3.1.	Adopción en el Ecuador. –	39
3.2.	Adopción por integración. –	41
3.3.	Adopción Internacional. –	42
4.	<i>El Interés Superior del niño en la adopción. –</i>	<i>45</i>
CAPÍTULO III: El Derecho Administrativo en la adopción y el conflicto de competencia sobre el conocimiento en la Impugnación Judicial del acto administrativo de la negativa de solicitud de adopción. -.....		
5.	<i>Relación del Derecho Administrativo con la adopción. –</i>	<i>48</i>
5.1.	<i>Acto administrativo en el proceso de adopción. –.....</i>	<i>50</i>
5.1.1.	La Competencia. –	51
5.1.2.	El Objeto. –.....	52
5.1.3.	Voluntad. –	52
5.1.4.	Procedimiento. –	53
5.1.5.	Motivación. –	53
6.	<i>Derechos subjetivos de los solicitantes de adopción. –</i>	<i>54</i>
7.	<i>Impugnación administrativa del acto administrativo de la negativa de solicitud de adopción. –</i>	<i>55</i>
7.1.	Recurso de Apelación en sede administrativa del acto administrativo de la negativa de solicitud de adopción. -	56
7.2.	Recurso extraordinario de Revisión del acto administrativo de la negativa de solicitud de adopción. –	59
8.	<i>Conflicto de competencia sobre el conocimiento en la impugnación judicial del acto administrativo de la negativa de solicitud de adopción. –....</i>	<i>61</i>
8.1.	La jurisdicción. –.....	61
8.2.	La competencia. –.....	62
9.	CONCLUSIONES.....	69
10.	RECOMENDACIONES	70
11.	BIBLIOGRAFÍA	71
12.	ANEXOS.....	77

INTRODUCCIÓN

La adopción sin duda alguna es una trama correspondiente al Derecho de Familia, desde el mundo jurídico se lo asimila con la filiación, ya que, por una resolución judicial llega a entablar entre los sujetos (adoptado y adoptantes) un vínculo de filiación que, si bien no constituye una relación consanguínea, tiene exactamente los mismos derechos y obligaciones como si fuera un hijo biológico, por lo que, es fundamental que el Estado haya establecido un proceso tanto administrativo como judicial para que se llegue a concretar esta figura.

Por lo que, si se habla de la adopción indispensablemente se habla de la familia, ya que, como se lo dijo en líneas anteriores, se asimila por sentencia a un menor no consanguíneo como si lo fuera. Es imperativo hablar de la familia no solo en su dimensión jurídica, sino también sociológica, pues, el concepto de familia no le pertenece a absolutamente a nadie; es crítico que hasta hoy en día se sigan propugnando normas en base a dogmas ideológicos o aún peor religiosos; la ley no debe estar inmiscuida con tales cuestiones, sino tiene el propósito de equiparar a todos los ciudadanos como iguales.

Es así el caso del matrimonio, que por excelencia se ha constituido a lo largo de la historia como el estandarte de la familia, en el caso nuestro desde la antigua Roma se ha instituido el matrimonio como la unión que forma una familia, sin embargo, los hechos culturales y sociales, hacen que las normas deban actualizarse según lo amerite, si bien las Cortes no deben dejarse influenciar por el clima de un día, pero si por el clima de la era.

Las leyes jamás estarán terminadas, la legislación es un constante proceso a cargo de los parlamentos, que si bien, representan en democracia a la sociedad, no es menos cierto que, están bajo el escrutinio de la carta fundamental y como tal es una limitante a la desigualdad a través de la ley.

Sin embargo, nuestro país ha respetado siempre la norma positiva con la interpretación literal por más inconstitucional que parezca, esto no siempre es adecuado y decimos no siempre porque también existe la seguridad jurídica como un banderín del positivismo jurídico, es decir, es preciso que podamos

conciliar a estas dos posturas en aras de tutelar los derechos de las mayorías y también de las minorías, que si bien, por ser minorías no tienen el mismo impacto en los parlamentos, no se puede obviar el Derecho a la Igualdad, pues todos somos iguales ante ley.

Es menester considerar en esta Investigación Jurídica a la familia pues, se ha hablado de que, las personas homosexuales no pueden constituir una familia a través de la adopción, por lo que, se hace evidente que, existe una discriminación contra tales Seres Humanos por una condición que no constituye una enfermedad ni tampoco algo que lleve implícito una transgresión a los derechos de un menor que podría ser adoptado.

Sin duda alguna, cuando hablamos de la familia, la filiación y la adopción, pensamos jurídicamente que esto pertenece al Derecho de Familia y en efecto es así, pero resulta interesante pensarlo desde el Derecho Administrativo, si bien, la adopción es una Institución del Derecho de Familia, no es menos cierto que las reglas del juego las instituye el Estado y están explícitamente contenidas en el CNA; esta institución está a cargo del MIES que constituye un ente especializado en inclusión social y tiene la obligación de valorar en primera instancia a los candidatos a adoptantes y una vez que son considerados idóneos, llevarlos a la fase de asignación, emparentamiento y del proceso judicial para que se declare en sentencia la adopción de un menor.

El problema que se analizará es el marco discrecional que tienen los operadores del MIES para declarar o no idóneo a una persona o a una pareja y es ahí donde yace el interés en esta investigación propuesta por nosotras.

Si bien se indicó, la adopción es un tema que atañe directamente al Derecho de Familia, pero también al Derecho Administrativo, ya que, cuando no se considera idónea a una persona o pareja, el MIES lo hace mediante un acto administrativo, ahora bien, si es un acto administrativo y se lo pretende impugnar en vía judicial surge la pregunta de cuál es el Juez competente para conocer esta controversia, si por especialidad corresponde a un Juez de Familia o si es un acto administrativo le corresponde revisar la legalidad a un Tribunal Contencioso Administrativo, cuestión que será resuelta en esta investigación.

CAPÍTULO I: La Familia en la adopción.

1. La Familia. –

En la evolución de la sociedad la institución del Derecho de Familia que más recibe cambios es sin duda la familia como núcleo de la sociedad, con el tiempo va evolucionando al punto en que se transforma para dar origen a nuevos derechos positivizados.

Roudinesco distingue tres etapas: “

“La primera: la familia tradicional, la cual respondía a un modelo jerárquico patriarcal; en este punto era fundamental la pareja unida en matrimonio y los hijos; la segunda es: la familia en la modernidad; quedan atrás los matrimonios por conveniencia y dan paso al vínculo fundado por el afecto emocional, pero aún con la división sexual del trabajo y por último llega a nuestros días la familia de la posmodernidad que pone de manifiesto valores como el amor, autonomía y libertad con tintes del crecimiento del consumo de una sociedad mercantilizada.” (Roudinesco, 2004, págs. 19-20)

No es menos cierto que este tipo de familia aún no se ha consolidado en nuestra región, esto en base a que, el conservadurismo de las antiguas generaciones es imperante en nuestra sociedad y por lo tanto, no llegará a concretarse hasta que las nuevas generaciones puedan tener ese poder necesario para ejecutar en normas la familia de la postmodernidad; un ejemplo que ilustra este punto es el matrimonio igualitario en el Ecuador y como tuvo un gran rechazo por parte del sector más conservador de la sociedad.

“En la familia de la postmodernidad quedan atrás las jerarquías y se inicia un proceso que abre el camino al establecimiento de una dinámica familiar que se caracteriza por incluir a sus miembros con un criterio de igualdad, con esto se da paso a pasar de las relaciones de subordinación hacia las relaciones de coordinación en la postmodernidad.” (Grinfeld & Racana, 1999, pág. 127)

Con ello, se da una protección a todos los integrantes de la familia, independientemente de su posición generacional, quedando atrás como centro de protección jurídica: la familia; ahora se prioriza la autonomía de las personas integrantes de esta familia y tiene su lógica, ya que, en anteriores ocasiones en

nombre de la protección de la familia se toleraba violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

Esto ha sido producto de cambio en la sociedad, Krasnow explica que debido a los cambios sociales como:

“(...) la responsabilidad parental en una sola persona, como la familia monoparental, o que vinculan las nociones de padre y/o madre con la de madre afín- padre afín, como en la familia ensamblada; los cambios respecto al nacimiento de familias cuyo origen tiene la unión de dos personas del mismo sexo y por último el avance de la ciencia que motiva a la reproducción asistida o el alquiler de vientre.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo I, 2015, pág. 8)

Krasnow además pone varios escenarios en los cuales en base al avance de la ciencia se pueden establecer varios escenarios en lo que respecta a las madres genéticas, un tema que aún no ha sido tratado en el país, pero que sin lugar a dudas en algún momento llegara, ya que, los alquileres de vientre suceden en varias partes del mundo y ahora con el fallo llamado: matrimonio igualitario, solo es cuestión de tiempo para que lleguen a nuestro país problemas en torno al ejercicio de la autonomía de la voluntad, en tanto que, no se encuentra prohibida la gestación por alquiler y todo lo que no se encuentra prohibido se entiende permitido.

Es decir, en algún punto de la historia tendremos que afrontar el alquiler de vientres por parte de parejas tanto heterosexuales como homosexuales y justo en esta última es en donde van a existir la mayoría de problemas, puesto que, la Constitución prohíbe expresamente la adopción entre parejas del mismo sexo, sin embargo, no prohíbe que una mujer mediante fecundación invitro conciba un hijo o adopte sola a un menor y posteriormente celebre nupcias con otra mujer y vivan las personas juntas, así tampoco prohíbe que un hombre pueda alquilar un vientre o adoptar solo a un menor y posteriormente celebrar nupcias con otro hombre y convivir con el menor, es decir, existen varios escenarios en donde el Derecho aún no ha logrado prever estas situaciones, por lo que, cuando llegue el momento, el Derecho de Familia ecuatoriano debe estar a la altura de tales circunstancias.

Sin embargo, muy aparte de todos esos matices que irán surgiendo con el tiempo, lo importante es definir a la familia y su fin independientemente de cómo esté conformada por sus integrantes, para Simon se trata de: "(...) una institución social, su trascendencia se encuentra por fuera del Derecho. Las funciones que le asignamos, las relaciones entre sus miembros, el concepto que tenemos de ella." (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 27)

Otros autores amplían este concepto al mencionar que: "(...) resultan de un proceso de evolución social que depende de condiciones históricas y sociales concretas que la van moldeando." (Bossert & Zannoni, Manual de Derecho de Familia, 1999, págs. 5-6), por lo que, es una institución que jurídicamente va a cambiar en torno a las situaciones sociales que vayan aconteciendo con la evolución de la sociedad.

Dentro de la familia existen roles y precisamente ese es uno de los pilares que limitan la autonomía de la voluntad de los integrantes de la familia, sobre todo en sociedades conservadoras que consideran a estos roles como instituciones perpetuas, un claro ejemplo sería el machismo de considerar que su cónyuge únicamente esta para tareas del hogar o la normalización de la violencia contra los hijos.

Krasnow explica el anterior enunciado de la siguiente manera:

"La creencia en la conducción repartidora es uno de los pilares que suelen sustentar a la concepción actual de las familias, pero, según hemos señalado, tal vez la libertad en que se apoya dicha conducción sea mucho menos real de lo que se cree. La familia en general es un campo demasiado profundo para que pueda hablarse con seguridad de conducción. Hacer lo que se quiere no significa que se es libre y hay conducción." (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo I, 2015, pág. 40)

Esto no quiere decir que el ejercicio de la autonomía de la voluntad sea ilimitado, sino que dentro de lo razonable deben los integrantes de la familia desplegar su autonomía y precisamente el Estado mediante el Derecho debe establecer esas limitaciones.

"En las figuras tradicionales, la familia era uno de los grandes reductos de la autoridad, pero hoy avanzan de manera destacada los despliegues de la autonomía. En la actualidad se despliega una relevante autonomía sexual y reproductiva. El desenvolvimiento de la autonomía está vinculado de manera

profunda a la liberación de la vida sexual. Uno de los mayores aportes a la liberación de la vida sexual es la creciente diferenciación de ésta y la reproducción, tan resistida por algunas religiones.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo I, 2015, pág. 41)

La cuestión fundamental en este punto es que, se están tutelando los derechos de los miembros de la familia en la medida en que razonablemente se puedan establecer los límites de la autonomía de la voluntad de cada individuo que por estar dentro de la familia inherentemente tienen un rol y consecuentemente derechos y obligaciones.

Lo complejo es lo cambiante de las sociedades por lo que, el Derecho debe constantemente actualizarse para evitar la transgresión de la autonomía de la voluntad de los miembros de la familia, es decir, la complejidad reside en establecer la razonabilidad del ejercicio de la autonomía de la voluntad en los cambios sociales de la familia a través del tiempo.

Es importante entender que, las leyes están marcadas por tintes políticos, y tales tintes no necesariamente son correctos por más legitimidad democrática en la que se afiancen sus decisiones. En nuestro país existe todavía una fuerte influencia conservadora elitista que tiene incidencia en el cuerpo normativo.

“La tradición conservadora sostiene que para la toma de decisiones políticas correctas o imparciales no era necesario consultar a todos los individuos potencialmente afectados por tales decisiones. En ese sentido, esta tradición tendió a vincular la idea de imparcialidad con la reflexión aislada de algún individuo, o de algún reducido número de individuos y no como propondrían sus rivales teóricos con algún proceso mayoritario de participación o discusión política.” (Gargarella, 2012, pág. 67)

Existen facciones legislativas que hasta el día de hoy vinculan su moral a las leyes, es decir, si bien, las personas votan a un candidato por su forma de pensar coincidente, esto no quiere decir que, cualquier tipo de ley que menoscabe Derechos Constitucionales puede ser planteado por más legitimidad democrática que tenga un sujeto político.

La norma en torno a la familia como Institución Jurídica siempre será cambiante e inclusive es complejo de pensar a la familia en un tiempo no muy prolongado, Krasnow explica que:

Dado el enorme cambio histórico que se produce en este tiempo, que constituye con claridad una nueva era signada por novedades científicas, técnicas y morales sorprendentes y la posibilidad de otra casi inimaginables, la necesidad de orientación se hace más grande pero más difícil que nunca. La aceleración de la historia, producida en los últimos siglos, se intensifica con alcances casi vertiginosos. Siempre, y ahora con especial intensidad, la prospectiva resulta muy difícil” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo I, 2015, pág. 21)

Por otra parte, no se puede dejar de hablar del matrimonio como la Institución que ha dominado desde los albores de la humanidad y conforme ha pasado el tiempo; la costumbre como fuente del Derecho ha producido esta Institución que hoy en día prima como fuente de las calificaciones filiatorias, esto último Krasnow lo explica de la siguiente manera:

“Respecto de la situación de la familia y las familias en el mundo jurídico, cabe señalar, por ejemplo, que, durante un largo tiempo, el matrimonio ha dominado a la filiación estableciendo calificaciones, filiaciones (hijos adulterinos, naturales). Incluso esa dominación en la materia a través del tiempo se ha producido en la legítima, por subsiguiente matrimonio. La dominación general de la familia sobre la sucesión se ha impuesto a través de la legítima, en tanto la integración de la familia con la sucesión se exhibe cuando ésta se dirime ab intestato en términos legales.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo I, 2015, págs. 25-26)

Es decir, no podemos concebir a la familia sin entender al matrimonio, es una de las primeras ideas que llegan al momento de establecer cualquier tipo de investigación sobre las relaciones cercanas de los Seres Humanos, por lo que, cosa aparte sería que en el futuro ya no sea tan preponderante la idea de matrimonio en la familia, como se ha descrito la idea jurídica de la familia seguirá cambiando hasta el fin de la humanidad, la norma nunca estará completa.

En el llamado caso Satya la Corte estableció un precedente interesante en lo que respecta a la determinación del concepto de familia, es así que, desde un enfoque se considera que: “(...) todos los núcleos de familia son iguales en dignidad y protección constitucional sin que se puedan determinar definiciones o formas familiares excluyentes” (Satya , 2018)

Simon añade que: “Los núcleos afectivos adquieren una forma familiar cuando existen elementos materiales e inmateriales que confluyen en la formación de lazos conjuntos y solidarios que marcan el presente y el futuro de

dos personas para formar una familia con o sin hijos.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 34)

Es decir, es menester, obviamente desde una óptica constitucional, dar mayor preponderancia a los lazos afectivos sobre las formas tradicionales de familia, sin olvidar que en la ley existe la definición de lo que es el matrimonio, pero eso no significa que el matrimonio sea igual a familia, sino que, para efectos legales en la unión de dos personas es necesario figuras como la unión de hecho o el matrimonio, sin embargo, para definir que es una familia se deben tomar en consideración los lazos afectivos.

El matrimonio en si es fruto del derecho consuetudinario, es decir de la costumbre que el mismo Simon en otra de sus obras, define a este tipo de fuente del Derecho como: “(...) resultado de un acto de autoridad deliberado o bien de ciertas prácticas sociales que pueden ser verificadas; esto significa dotar a ciertos hechos de la posibilidad de producir normas o generar obligaciones exigibles.” (Simon Campaña, Introducción al Derecho, 2021, pág. 87)

En este punto es necesario considerar que esta fuente tiene una ventaja y una desventaja de proporciones iguales, en el primer supuesto:

“La costumbre es capaz de adaptarse a las necesidades de cada época histórica y al ser un resultado de las prácticas sociales, es más eficaz que el derecho escrito. Por ello, algunos autores consideran que su origen es democrático, en cambio la desventaja yace en que, al no tener un origen centralizado provoca inseguridad, en tanto no se conoce cuál es la costumbre vigente, pudiendo existir costumbres contradictorias y siendo la prueba de la costumbre, compleja.” (Simon Campaña, Introducción al Derecho, 2021, pág. 87)

Por lo que, hoy en día tenemos una inseguridad en torno a las formas de familia que ha venido procurándonos el Derecho Consuetudinario pero que no está positivizado en la ley producto de que la sociedad se niega al cambio de una costumbre que ha regido puntualmente al matrimonio por siglos y esto tiene un trasfondo no tan simple, ya que, se ha realizado por tanto tiempo una práctica que ahora únicamente con el activismo de los grupos sociales, el cambio de normas mediante el parlamento o como se lo hizo en nuestro país, mediante un precedente judicial, se podría cambiar una norma fruto de la costumbre, pero

resulta difícil por lo complicado que supone un cambio de mentalidad de una situación que se ha venido realizando por tanto tiempo.

No es menos cierto que, tal afirmación tiene un cuestionamiento y es que: ¿Cuáles son los efectos o implicancias jurídicas de la familia por tales lazos afectivos?, es decir, es un supuesto de personas conviviendo sin que tengan ningún vínculo consanguíneo o de afinidad, a la luz del Derecho son consideradas como familia y además también para la Justicia Penal de conformidad con el apartado 155 del COIP, se considera violencia intrafamiliar a las personas que mantengan una cohabitación.

Ahora bien, desde esta óptica podría plantearse como se deberían interpretar las implicancias jurídicas entorno a una pareja homosexual que se generan por un lazo afectivo sin que ello se encuentre jurídicamente planteado, es decir bajo su cuidado un menor ya sea por cualquier situación, bien podría ser por migración de los padres al exterior, por abandono, porque antes de estar en tal relación afectiva homosexual, adoptó un menor y después inicio su relación de convivencia con otra persona de su mismo sexo, bien sea sin ningún vínculo jurídico, de unión de hecho o de matrimonio.

1.1. Corte Suprema de EEUU - Bowers vs Hardwick

A mediados de los años 80 la Corte Suprema de EEUU tenía un criterio bastante retrogrado entorno a la moral privada de cada individuo, esto a tal punto que, Estados sureños tenían en sus leyes la restricción de la homosexualidad.

“En ese sentido, la Corte Suprema de Norteamérica tomó una actitud más bien sorprendente cuando en el caso Bowers vs Hardwick consideró constitucional una ley del estado de Georgia en la que se condenaban los actos de sodomía que incluían, entre otros aspectos, las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. En el voto mayoritario, el Juez White afirmó que no existía un derecho fundamental que protegiese la homosexualidad y que la Corte debía ser muy restrictiva en la creación de nuevos derechos. Yendo aún más lejos, el Juez Burger, en un voto concurrente, afirmó que la condena respecto de este tipo de prácticas se encontraba enraizada en la moral judeocristiana. Citando a Blackstone, se refirió a la homosexualidad como un infame crimen contra la naturaleza, y una ofensa de maldad más profunda que la violación, cuya sola mención constituye una desgracia para la naturaleza humana. (Gargarella, 2012, págs. 232-233)

El fallo en mención fue en el año 86, es decir, hace poco más de 35 años la justicia norteamericana tenía un sentido muy distinto a lo que es hoy en día, sin embargo, hasta hoy encontramos en la Corte a jueces que defienden lo que ellos llaman la ley natural.

La cuestión es que, si en una nación en donde existe un acervo de libertad más enraizado que el nuestro, sucede de esta manera, que podemos esperar actualmente de nuestro país en donde aún las facciones legislativas conservadoras tienen gran impacto y cuantos años más tendrán que pasar para que tengamos un sistema jurídico que garantice los derechos personales y morales de todos.

1.2. T-070-15 Corte Constitucional Colombiana. –

Define a una familia como: “(...) aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos.” (Familia, Concepto y Origen, 2013)

Simon con toda la razón explica que estas definiciones tan ambiguas dan lugar a múltiples interpretaciones sobre lo que es la familia, tácitamente reconociendo todas las formas diversas de familia, lo que supone un problema para el Derecho.

Ahora es irrelevante la existencia o no de hijos, dando una relevancia a “(...) que existan relaciones afectivas, un proyecto de vida conjunto y ánimo de permanencia.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 34)

1.3. Sentencia 10-18-CN/19 Corte Constitucional del Ecuador. -

La jurisprudencia constitucional ha establecido que:

“El derecho al matrimonio se apoya en el derecho a la protección de la familia. Esto es así porque la celebración del matrimonio es un medio para la conformación o consolidación de la familia; por un lado, da lugar a un estado civil, el de casado, en cuya virtud se crean específicos derechos y obligaciones entre los contrayentes; y, por otro lado, genera un entramado de significaciones sociales (extrajurídicas) que, a su vez, impacta en la vida de

pareja, al interior de ella y respecto de su entorno. Los que, obviamente, no coinciden totalmente, ni cuantitativa ni cualitativamente, con los provenientes de una unión de hecho.” (Matrimonio de personas entre mismo sexo, 2019, pág. 16)

1.4. Corte Suprema de EEUU - Obergefell vs Hodges.-

Como ha dicho la Suprema Corte de los Estados Unidos: “(...) el matrimonio brinda apoyo a una unión entre dos personas como ninguna otra en términos de su importancia para aquellos que se han comprometido, cobijando a la unión monogámica con una mayor estabilidad institucional.” (Obergefell vs Hodges, 2015)

En el caso ecuatoriano el ex Juez Grijalva hace una explicación respecto a la familia y la migración.

“El hecho migratorio en su dimensión más básica es un proceso de movilidad física, es decir, un cambio de residencia. Este cambio puede tener importantes consecuencias sociales, culturales, económicas y también jurídicas, no solo para la persona migrante sino para su familia. En este apartado exploramos algunos de los efectos sociales y jurídicos. Se exponen los primeros conceptos de residencia y domicilio. Luego se analiza su importancia para el matrimonio y para la relación entre padres e hijos.” (Grijalva Jiménez, 2012, pág. 113)

Es una situación común que en los países del tercer mundo o también llamados subdesarrollados, los padres de familia tengan que buscar días mejores para su descendencia, esto no quiere decir que dejen de ser familia para sus hijos, sino más bien todo lo contrario, si en un acto de migración legal o ilegal buscan días mejores para los suyos es por el advenimiento de la formación de sus hijos que requieren recursos para su proyecto de vida.

A manera de conclusión el matrimonio es hoy en día la base de la estabilidad jurídica de la familia, ya que, nuestra sociedad que tiene elementos de la cultura occidental, no concibe la poligamia como así lo hacen los musulmanes ortodoxos que la han normalizado desde hace siglos y así mismo no conciben a la monogamia como base de la estabilidad jurídica de la familia.

El Derecho está marcado por los cambios sociales, es así que, debe estar a la vanguardia de las circunstancias sociales, las normas no pueden ser tomadas

como dogmas, los cuales normalizan la exclusión de las minorías sociales que también tienen derechos y aún si se trata de personas que no afectan a un tercero con el ejercicio de su autonomía, sino más bien afectan a una idea que es tomada como lo normal y su contraposición es lo anormal, por lo tanto, la construcción social la lleva a considerarla como algo negativo para la sociedad.

El Estado es concebido como un ente que está precisamente para considerar el bienestar general de los ciudadanos o administrados, no solo de la mayoría democrática sino también de los grupos que han sido excluidos por las ideas de la mayoría.

1.5. Familia y el Derecho de Familia. -

Krasnow define al Derecho de Familia como: “El conjunto de normas jurídicas destinadas a regular los derechos subjetivos y deberes jurídicos que nacen de las relaciones jurídicas familiares.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo I, 2015, pág. 119) y Zannoni define a las relaciones jurídicas familiares como: “toda relación que el Ordenamiento Jurídico establece entre personas, imputando deberes o atribuyendo derechos, interdependientes y recíprocos, para la realización de fines o intereses familiares.” (Zannoni E. , Derecho Civil. Derecho de Familia - Cuarta Edición, 2002, pág. 45)

De lo descrito se dilucida la importancia del interés familiar dentro de esta rama del Derecho, sin embargo, no se puede dejar de decir que, el concepto de interés familiar ha ido mutando conforme ha pasado el tiempo y los cambios sociales han acaecido, por ejemplo, un cambio fundamental que ha sucedido en torno al interés familiar es la predominancia de la autonomía de la voluntad de cada miembro de la familia.

Lo antes anotado quiere decir que, no por la conservación del interés familiar se puede anular o menoscabar la autonomía de la voluntad de uno de sus miembros, esto quiere decir que, el plan de vida de una persona tiene que guardar armonía con su rol dentro de la familia.

Un ejemplo cotidiano en este punto sería la violencia contra la mujer, en tiempos antaño, se consideraba algo normal en la sociedad la violencia intrafamiliar, en especial en contra de la mujer y ella no tenía sino que aguantar

tales maltratos en nombre de esa conservación del interés familiar, ya que, en tal época era socialmente rechazado el divorcio y simbolizaba el desgarramiento de la Institución Jurídica de la Familia, no importaba el proyecto de vida de la mujer sino únicamente la conservación de ese matrimonio, es lógico pensar que a ninguna mujer le puede parecer un plan de vida el soportar violencia por la conservación de un matrimonio y en el caso de que una mujer piense así, estamos frente a un problema psicológico muy grave.

Krasnow en este punto comenta que:

“En vinculación con lo precedente, cuando el derecho partía de la concepción vertical de familia, se entendía que el interés familiar se encontraba en un nivel de superioridad respecto de los intereses individuales de cada miembro, encontrándose estos últimos en una situación de sujeción respecto del primero. En cambio, en el presente, con una concepción horizontal de familia que parte del reconocimiento de la autonomía personal de cada miembro, el interés familiar constituye una dimensión que corresponde con el modelo actual de Derecho de familia. Desde este lugar, el interés individual de cada miembro de la familia tendrá como límite la no afectación del interés individual de los demás, preservándose de esta forma el marco de autonomía que cada uno tiene en el interior de la familia.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo I, 2015, págs. 119-120)

Las relaciones jurídicas de los miembros de la familia se encuentran en tres sectores, el primero son las relaciones derivadas de una pareja, la segunda de los padres con los hijos y la tercera entorno a las de parentesco y vínculos afectivos, es decir, en esta última no necesariamente es primordial la consanguinidad o la afinidad sino el afecto.

Al establecer a la familia dentro del Derecho es menester explicar cómo entendidos en esta rama, incorporan a la familia dentro de una rama autónoma del Derecho, para empezar, se establece a la formación jurídica de la Familia desde el punto de vista de un acto jurídico.

1.5.1. El matrimonio como negocio jurídico familiar. -

Simon considera que existe un acto jurídico familiar o un negocio familiar que es diferente a todos los demás actos jurídicos, que tienen los siguientes elementos:

“(…) el acto jurídico familiar no admite representación; no puede ser sometido a modalidades; los derechos subjetivos son irrenunciables e intransmisibles, al contrario de los derechos patrimoniales; y la autoridad pública cumple una función esencial para la formación de la relación familiar.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 36)

Las peculiaridades de este acto jurídico no son tan distintas a los demás actos jurídicos o negocios jurídicos, tiene características esenciales de los actos jurídicos, por lo que, para entenderlo es preciso tener conceptos claros sobre que es el hecho o negocio jurídico.

Por una parte, podemos entender al Negocio Jurídico como: “(…) la actividad o la actuación que lleva a cabo quien ajusta su conducta al Derecho. Por esta razón debe desligarse del concepto de Negocio Jurídico, todo acto contrario al Derecho.” (Coello García, Teoría del Negocio Jurídico, 2006, pág. 22)

Parraguez afirma que tales hechos son: “realizados por el ser humano, es siempre voluntario en el sentido de que todos sus actos no reflejos responden a una decisión de obrar. Cuando esa decisión no existe no puede hablarse propiamente de un hecho humano.” (Parraguez Ruiz, 2021 , pág. 37)

Es así como empezamos a eliminar todas las concepciones subjetivas o ideológicas de lo que es la familia y únicamente empezamos a construir un concepto jurídico de la familia, esto no quiere decir que se deja por afuera las ideas de la sociedad, siempre va existir una incidencia o carga social de lo que es la familia a través de los legisladores, sin embargo, es tarea del Derecho quitar la mayor cantidad de censo ideológico o dogmático, y la línea trazada para esto es garantizar los mismos derechos sobre la familia para todos los ciudadanos.

Simon entiende que los actos jurídicos familiares “(…) por ser algunos de ellos de orden público, puedan entenderse como diferenciados, sin embargo, un estudio de algunas de sus particularidades es común a otros actos o negocios jurídicos que hacen relación con los derechos personalísimos o los derechos humanos.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 36)

Obviamente un acto jurídico familiar es el matrimonio, es el acto más antiguo y más representativo de la familia, pero para efectos de esta investigación se hará una profundización más importante del acto jurídico familiar de la adopción como fuente de filiación.

Ahora bien, para entrar a conocer los derechos personalísimos es necesario empezar desde el Estado Civil, “como generador de derechos y obligaciones, en sentido restringido se refiere al Estado Civil de la familia, básicamente se da por dos posiciones; familia que formo y familia que provengo.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 36), el Estado en el que un ciudadano se encuentra es un atributo de la personalidad, el rol que desempeña dentro de una familia y de la sociedad.

El Estado Civil tiene algunas características que cabe mencionar, el primero es la universalidad que:

“(…) se aplica a todo desplazamiento familiar; unidad: implica la indiferenciación jurídica del estado de familia y del concepto de familia; indivisibilidad: así este no puede ser separado de acuerdo al interés o al tipo de relación que para todos los efectos es uno solo.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 36)

Somarriva amplía con el concepto de:

“*Oponibilidad erga omnes*, se puede presentar a todos, pero de forma específica a las personas que son parte de la relación familiar para que estas cumplan sus deberes y derechos, es decir, tiene un efecto absoluto (…) el estado civil a que ellos dan origen puede oponerse a cualquier persona.” (Somarriva Undurraga, 1963, pág. 10)

Fueyo explica de debe existir una estabilidad: “que conlleva permanencia, que el estado sea permanente no significa inmutabilidad.” (Fueyo Laneri, 1959 , pág. 35), en páginas anteriores se comentó sobre la evolución normativa necesaria que debe tener el Derecho de Familia.

Simon explica que, existe una inalienabilidad, lo que significa que:

“(…) no puede ser modificado o establecido por la simple voluntad del titular, pero hay que distinguir la intransmisibilidad, no puede ser transmitido por actos jurídicos; e intransigibilidad, ya que no puede ser materia de transacción, sin embargo, algunos derechos patrimoniales son transigibles.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 37)

Por último, también por regla general los Derechos De Familia no pueden ser prescriptibles o renunciables y el estado de familia al ser un atributo de cada persona es inherente a cada titular, Simon explica que se:

“(…) excluye el ejercicio por parte de terceros en dos sentidos: intrasmisibilidad sucesoria, la muerte extingue la relación misma, sin perjuicio que la muerte de origen a una relación distinta; inadmisibilidad de subrogación, ya que no puede ser objeto de subrogación por parte de terceros.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 37)

Ahora bien, al momento que dos personas celebran nupcias nacen relaciones jurídicas entre los cónyuges, al respecto Krasnow explica que surgen relaciones “(…) de contenido personal y patrimonial, las cuales en su contenido y alcance dependerán de la situación que atraviese la pareja.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo I, 2015, pág. 120), esto quiere decir que, depende de la situación afectiva que pase una pareja y que tal situación trascienda jurídicamente.

Así mismo, cuando se integra un descendiente a la familia por cualquiera de las fuentes de filiación, nacen relaciones jurídicas de carácter personal y patrimonial entre los hijos y sus padres. Las relaciones jurídicas tienen que ser captadas por las normas y son tales normas las que deben armonizar el orden público y la autonomía de la voluntad.

Resulta un orden público y solamente es legítima la intervención del Estado, en la medida que: “(…) se compruebe el compromiso de derechos de uno o varios de sus miembros.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo I, 2015, pág. 121), existen corrientes que van más allá, por ejemplo: en países de Ideología Socialista tendientes a la intervención estatal en todo ámbito, se idealizó al Derecho de Familia como una rama del Derecho Público en razón de que “(…) el Estado debía penetrar en el interior de la familia, por ser esta última el centro del desarrollo de la sociedad.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo I, 2015, pág. 122)

Otra facción creía que el Derecho de Familia era una subespecialidad del Derecho Social pues se sostenía que: “(…) el Estado además de proteger los intereses individuales de cada miembro de la familia, privilegia la función que cumple la familia en la sociedad.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo I, 2015, pág. 122), esta camarilla la separaba del Derecho Civil ya que, consideraba que esta última rama estaba para regular las relaciones de carácter económico.

Con el paso del tiempo la corriente que rige es la del Derecho de Familia dentro del ámbito del Derecho Civil y resulta lógico, primero en el sentido de que el libro primero de nuestro Código Civil regula a las personas y si bien también existe otro código para la regulación jurídica de los menores no deja de ser una rama hija del Derecho Civil. Krasnow explica que: “(...) al entender que la importancia que representa el orden público familiar en esta área del derecho no es ajena al resto del Derecho Civil.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo I, 2015, pág. 122)

Obviamente tiene una connotación especial el Derecho de Familia en todos los países por ser la rama que se encarga de garantizar la vigencia de los derechos de los menores, al punto que en nuestro País existen juzgados especializados en materia de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

Inclusive la norma procesal creada para la tramitación judicial de las causas en las que se ven inmiscuidos los miembros de una familia, se las tramita con más celeridad y con más rapidez si se trata de Niñez y Adolescencia.

1.6. Derecho Constitucional de Familia. –

Para comenzar a entablar este punto, es necesario comentar cual es la finalidad del Estado, cuando comenzamos a estudiar la norma fundamental, es en tal norma donde está recogida la finalidad, el porqué de la existencia de un ente ficticio con un poder sobre todos los ciudadanos.

Bobbio explica la legitimidad del poder del Estado:

“El poder del Estado se establece para proteger a la persona humana y los Derechos Fundamentales y, por otra parte, el Derecho limita dicho poder estatal para que este respete aquellos derechos. Dicho de otra forma, el Estado persigue sus fines en las formas y términos del Derecho.” (Bobbio, 1997, pág. 340)

Es necesario puntualizar la finalidad de un Estado, pues se supone que a través de sus leyes propende en la realización de tales fines, Oyarte explica que: “El Estado tiene poder, un poder que debe ser ejercido para cumplir la finalidad para la cual fue creado. Éste, como cualquier sociedad, no se justifica por sí mismo sino en pro del cumplimiento de su finalidad.” (Oyarte Martínez, 2019, pág. 129), y en lo que respecta a la familia, tiene como finalidad la realización

personal de cada miembro, es decir, la familia como Institución está pensada para que cada miembro pueda alcanzar el Buen Vivir sin anular su autonomía de la voluntad en nombre de la familia, y el Estado está precisamente para eso, para en este punto legitimar su poder en medida que mediante su poder normativo garantice los derechos de cada actor de la familia.

La Doctrina Argentina explica que el Derecho Constitucional de Familia implica que:

“(…) los operadores jurídicos y judiciales están compelidos a adentrarse en el análisis de las Instituciones del Derecho Familiar desde la plataforma jurídica constitucional, aprehendiendo en sus concepciones y convicciones jurídicas la subordinación y acatamiento que el Derecho Familiar debe guardar respecto al Proyecto Jurídico Político que nuestra Carta Magna ha diseñado para la convivencia social colectiva.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo I, 2015, págs. 139-140)

La limitación de los derechos constitucionales debe ser dada por el Parlamento de cada País, según sea el caso, es decir, solo el órgano competente puede limitar los derechos reconocidos en la ley fundamental, es así que debe hacerlo: “(…) dentro del marco de la legalidad delegada; y por otro lado, a más de ser legal, no debe afectar la esencia del derecho que está siendo reglamentado.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo I, 2015, pág. 141)

Por lo que, podemos concluir que las limitaciones de tales derechos reconocidos deben respetar los principios de legalidad y de razonabilidad, si aplicamos adecuadamente estos principios implícitamente traemos la realización de la justicia.

La razonabilidad que tienen los agentes legislativos del Estado para crear normas, están supeditados a no poder suprimir o alterar la sustancia del derecho objeto de la reglamentación, esto último la doctrina explica de la siguiente manera:

“(…) la esencia de un derecho, es la parte del contenido sin la cual ese derecho pierde su peculiaridad, o sea lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es así mismo aquella parte del contenido que resulta ineludiblemente necesaria para que ese derecho permita a quien es su titular la satisfacción de los intereses para cuya

consecución el derecho se otorga.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo I, 2015, pág. 143)

Es decir, el límite es el fin del derecho, por lo que, es normado el Derecho Constitucional en la medida en que, la aplicación de tal derecho reglamentado no pierda su espíritu para el cual fue reconocido, es así que, se debe aplicar una restricción adecuada sin afectar la esencia misma de ese derecho.

1.7. El matrimonio en el Ecuador. –

Desde la carta fundamental del Ecuador del año 1929, era muy común las normas constitucionales entorno a la protección familiar y también al amparo del matrimonio y solo a partir de la carta del año 1945 se incluyó el: “(...) Principio de Igualdad de Derechos de ambos cónyuges, y por única vez se contempló la posibilidad de disolución del matrimonio por mutuo consentimiento o por petición de uno de los cónyuges, siempre que exista una causal determinada en la ley.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 38)

Lastimosamente tales normas no duraron mucho en nuestro Ordenamiento Jurídico, en realidad menos de un año pues en 1946 se dictó una nueva Carta Magna, en ella ya no apareció la igualdad ni el divorcio y únicamente se estableció que: “el Estado protege y las leyes regularan el matrimonio, la familia y el haber familiar.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 38)

En 1967 se reconoció a la familia como célula fundamental de la sociedad y se lo plasmó con igual protección al matrimonio y a la maternidad, “se determinó que el matrimonio se funda en el libre consentimiento de los contrayentes y la igualdad esencial de los cónyuges, que no significaba igualdad en derechos.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 38)

En 1978 se vuelve a reconocer la igualdad de derechos de los contrayentes, pero su innovación sin duda da lugar a la Sociedad de Bienes, es así como llegamos a finales del siglo XX, en donde las regulaciones constitucionales sobre la familia estaban profundamente marcadas por la religión en el Ecuador y una “visión androcéntrica, las dos interrelaciones y fortalecidas mutuamente; una

tendencia que se modifica parcialmente a partir de la Constitución de 1998.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 38)

La innovación en el año 98 fue que el legislador constituyente estableció: “la igualdad de derechos y oportunidades de los integrantes de la familia y no exclusivamente de los cónyuges, a estos se les reconoció como iguales en derechos y obligaciones, así como en capacidad legal. Por primera vez se establece a nivel constitucional el Principio de Corresponsabilidad paterna y materna en relación al cuidado de los hijos.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 39)

Así también se reconoció la unión de hecho y también se estableció la obligación estatal de brindar protección a los jefes de familia en el ejercicio de sus obligaciones, es decir, aquí se podría pensar que el Estado comenzó a reconocer derechos de las familias no convencionales, es decir, empieza a incorporar a las familias que hasta el momento estaban relegadas como las madres solteras.

Simon explica también que: “Adicionalmente, en el art. 84 se garantizó a los pueblos indígenas el mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico, por supuesto, esto incluye las tradiciones en relación a la diversidad de vida familiar.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 40)

Así llegamos al año 2008, aquí es muy peculiar la manera en que se agrupo a los Derechos de la Familia, en el año 98 tales derechos eran recogidos en los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cambio ahora están recogidos en los Derechos de Libertad, la posible explicación de esto es que: “la comisión especial de revisión y redacción, que al dividir los derechos consideró que los temas sobre familia eran parte de los Derechos Civiles en el lenguaje clásico, y estos se agruparon bajo la denominación de libertad. (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 41)

Por primera vez el texto constitucional reconoce a los diversos tipos de familia, asegurándoles protección del Estado al reconocerles como núcleo fundamental de la sociedad y labrando condiciones que ayuden a la realización de los fines de la familia, a mi criterio la finalidad de la familia es la ayuda mutua

entre los integrantes para la realización personal de cada miembro, tutelándose así tanto a la familia como Institución y la Autonomía de la Voluntad.

De lo antes anotado es menester decir que Iglesia Católica envió un pronunciamiento sobre el reconocimiento de los demás tipos de familia, en su parte medular menciona:

“Se atenta en contra de la familia como célula fundamental de la sociedad y del bien común. La nueva Constitución desdibuja la familia, cuando rechaza la existencia de la familia tipo, para sustituirla con distintos tipos de familia. De ahí se pasa a equiparar a la familia la unión de personas del mismo sexo. Hacemos notar que los derechos de las personas homosexuales se encuentran garantizados en la legislación común, en el marco de la no discriminación.” (Conferencia Episcopal Ecuatoriana , 2008)

Resulta ilógico que la iglesia por un lado diga que los derechos de las personas homosexuales se encuentran garantizados en la legislación común, pero al mismo tiempo no se los puede reconocer como familia, por lo que, nos da a pensar que, la iglesia no es dueña del concepto de que es la familia y que no es la familia o cual es el único tipo de familia que se debe reconocer en las cartas fundamentales de los países.

También es importante comentar que se eliminó la protección Estatal del matrimonio y únicamente se lo definió como la unión entre un hombre y una mujer, como un contrato tiene que tener la capacidad legal de los contrayentes y su libre consentimiento.

Aquí es importante comentar un poco sobre el matrimonio en el Ecuador, ya que hasta el año 2019 el matrimonio en el Ecuador tiene una definición en la normativa civil como: “(...) un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.” (CC, 2005), sin embargo, a partir de la sentencia de la Corte Constitucional, se eliminaron las palabras un hombre y una mujer y también la palabra procrear.

Simon explica que:

“La Corte, al aceptar su competencia para resolver la consulta de norma, parte de la afirmación de que las normas jurídicas impugnadas no contienen simplemente una definición de matrimonio, sino que incorporan una condición necesaria para que una pareja de personas tenga el poder jurídico, instituido por esas mismas leyes, de contraer matrimonio: que estas parejas estén

integradas por un hombre y una mujer. Por ello, estiman que la consulta finalmente es si las parejas del mismo sexo no tienen el poder jurídico de contraer matrimonio o se ha prohibido expresamente esta posibilidad.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, págs. 67-68)

Ahora bien, la explicación de por qué se declararon inconstitucionales tales términos, fue porque en primer lugar la Corte consideró que:

“(…) en un Estado constitucional de derechos, en donde la Constitución tiene la máxima jerarquía formal y una jerarquía sustantiva. Por esta última dimensión se constituye un tejido de principios, fines y valores de justicia, que goza de prioridad axiológica respecto de la ley, y que subyace al documento promulgado por la autoridad constituyente, aunque, al mismo tiempo, lo trasciende (dimensión sustantiva). Por ello, la naturaleza de la interpretación constitucional consiste en una argumentación sobre el significado de la Constitución tomada en su integralidad; lo que incluye, tanto al documento en que ella está escrita, cuanto al tejido axiológico que vertebra su contenido.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 68)

Por lo que, en interpretación de la Corte y en aplicación de una opinión consultiva de la CIDH, la carta fundamental no prohíbe al parlamento instituir el matrimonio de parejas del mismo sexo, es decir en el apartado 67 no es de carácter prohibitivo, como lo son las leyes subsidiarias del 81 del CC y 52 la LOGIDC.

Simon entiende que:

“La discrecionalidad del legislador, el instituir o no esa clase de matrimonio otorgándole a las parejas del mismo sexo el poder de contraer matrimonio, concluyendo que el legislador no solo está meramente permitido de instituir dicho tipo de matrimonio, sino que tiene el deber fundamental al matrimonio y por tanto está obligado a asegurar que las parejas del mismo sexo puedan casarse.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 68)

Por otro lado, en el caso de la procreación, la lógica es más sencilla, pues el matrimonio en si no está orientado a la prosecución de la especie, sería restrictivo el considerar que, solo el tipo de familia, ya que se trataría de un fin biológico y el matrimonio va más allá.

“Desecha el argumento de que la finalidad del matrimonio sea el fomentar el crecimiento, o evitar el decrecimiento, demográfico, al considerar que en nuestro país esto no es una necesidad fáctica, ni una exigencia jurídica. Tampoco considera que sea un argumento aceptable sostener que se

quebrantaría lo que tradicionalmente se ha entendido por matrimonio.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 69)

1.8. Sentencia de matrimonio igualitario 11-18-CN/19. –

Por último, Salgado Pesantes quien fue uno de los cuatro jueces que salvaron su voto, sostiene por qué no es correcto este tipo de reforma a la Carta Fundamental y explica que:

“La opinión consultiva OC 24/17 no constituye un Instrumento Internacional, inclusive, ésta no conlleva una obligación que genere efectos directos y mediatos en un Estado, estiman que no hay una contradicción con la Constitución y que no existe deber de adecuación. Para ellos, el texto constitucional es claro y por ello no se requiere interpretación.” (Matrimonio igualitario , 2019, pág. 65)

La lógica es en defensa de la supremacía de la carta fundamental, es decir, resulta también importante porque, los jueces que se apartaron de la sentencia de mayoría, explican que los jueces por más constitucionales que sean deben respetar a la norma suprema, lo que básicamente se hizo fue darle una interpretación que no era y el límite de la interpretación es la reforma, por lo que, le dieron un sentido completamente distinto al espíritu de la Ley.

Resulta peligroso para un Estado el tolerar la intromisión de una función judicial en el poder legislativo, ya que, un Juez no es un legislador y aún menos un legislador constituyente que en base a un activismo judicial pueda cambiar el sentido de cualquier norma legal o aún peor constitucional.

Ortega Cárdenas es uno de los referentes cuando se trata de criticar el fallo analizado, pues él considera que:

“Más allá de la divergencia de criterios morales o filosóficos, en un término netamente técnico jurídico, el Ecuador, el día 8 de julio de 2019, con la publicación en el Registro Oficial Nro. 96, Edición Constitucional, de las sentencias de matrimonio igualitario, instala un nefasto precedente que destruye principios fundamentales aupado por una errada apreciación de la visión neoconstitucionalista. En boca del maestro constitucionalista ecuatoriano Rafael Oyarte; Le hicieron decir a la Constitución lo que no dice, apelando a un control de convencionalidad omnímodo y ciego; lo cual va en contra del texto constitucional (...)” (Ortega Cárdenas, 2020, pág. 15)

Ahora bien, porque es importante para esta investigación el detenimiento en el análisis de tal sentencia y la respuesta es simplemente que, si las parejas del mismo sexo ahora pueden casarse en el Ecuador, no limita en nada que, en algún momento puedan llegar a adoptar, si bien es cierto, el texto constitucional expresamente dice que únicamente las parejas heterosexuales pueden adoptar, Salgado citado por la obra de Ortega, difiere y lo explica así:

“La forzada interpretación que promueve el texto del Juez ponente, no se ajusta al artículo 427 de la Constitución. En primer lugar, desconoce la literalidad del artículo 67 de la ley fundamental al otorgarle un sentido que no tiene que lo modifica por completo. Y, en segundo lugar, no se precautela la integralidad del texto constitucional, porque se realiza una interpretación que desconoce y anula otras disposiciones constitucionales, como puede ser el art. 68 de la adopción, también el 69 que se refiere a los padres y madres (paternidad y maternidad). E incluso anula los mecanismos de reforma constitucional.” (Ortega Cárdenas, 2020, págs. 27-28)

El debate sobre la adopción de parejas del mismo sexo, sin duda alguna llegará al Ecuador en los días venideros, la posición de los juristas ecuatorianos frente a esto debe ser más jurídica que ideológica, es menester de los jueces ser los primeros en respetar la ley fundamental.

CAPÍTULO II: La filiación y la adopción. -

2. La Filiación. -

Como punto de partida, la palabra filiación es la: “Procedencia de los hijos respecto de los padres.” (Real Academia Española, 1984, pág. 642), esta es la institución que más ha mutado con el tiempo en razón de que, se ha ido adaptando a los modelos o los tipos de familia que hoy en día se han venido dando, es producto también de la consolidación de la Doctrina Internacional de los Derechos Humanos, por lo que, al menos en nuestro país ha mutado y seguirá mutando según los cambios sociales que acontezcan.

Existen varios hechos sociales que son importantes mencionar para comprender la evolución de la filiación, en primer lugar, los mal llamados hijos ilegítimos, que básicamente son hijos concebidos fuera del matrimonio, eran hace tiempo considerados como un tipo de hijos de segunda categoría, gracias a la incorporación de Tratados o Convenios Internacionales respecto de Derechos de Niñez y Adolescencia, son tratados en igualdad de condiciones que los hijos concebidos dentro del matrimonio.

La Doctrina argentina ya en los años 80 propugnaba por la igualdad de todos los hijos, es así que, ellos consideran uno de los principios cardinales de la filiación a la igualdad.

“La distinción entre dos categorías de hijos era solo efecto de la determinación del vínculo, puesto que se extendían los mismos derechos.” (Bossert & Zannoni, Régimen legal de filiación y patria potestad , 1985 , pág. 381) y por otra parte Krasnow explica que: “(...) la filiación por naturaleza, los certificados de nacimiento no debían contener especificaciones relativas al nacimiento dentro o fuera del matrimonio. De esta forma se evitaba cualquier tipo de discriminación latente en el ámbito social respecto al hijo extramatrimonial.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo III, 2015, pág. 20)

Este Derecho a la Igualdad garantiza el derecho a la identidad del menor, la identidad es un atributo de la personalidad de un Ser Humano que acompaña a una persona a lo largo de su vida.

2.1. Jurisprudencia Argentina- Caso Muller. –

La Jurisprudencia argentina ha desarrollado con una interesante connotación el Derecho a la Identidad de una persona, en el afamado caso “Muller”, los magistrados consideraron que:

“(…) conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al Ser Humano, que, incluyendo lo biológico, lo trasciende. El normal desarrollo psicofísico exige que no se trabe la obtención de respuestas a esas interrogantes vitales. Conocer la verdad permite elaborar un proceso de crecimiento y estructuración del psiquismo.” (CSJN - Caso Muller, 1990, pág. 141)

2.2. La filiación y la reproducción asistida. -

El segundo hecho importante sin duda es la reproducción asistida, en nuestro país aún no se ha debatido este tema, pero sin duda alguna llegará el momento, en Argentina se encuentra a la vanguardia este tópico, tal es así que, ha creado ya una norma sobre la cobertura de tratamientos de procreación asistida, es decir, estamos en el momento histórico que ni siquiera se necesita de una relación sexual para la consecución de la especie humana, peor aún del matrimonio, ahora las mujeres no necesitan de un hombre para poder ser madres, obviamente en la medida en que sean asistidas por un médico especialista en reproducción asistida para que puedan concebir a través de un banco de espermias y de óvulos; mismos que se combinan para poder implantarse en el útero de la mujer.

“Desde esta mirada plural, la filiación por TRHA de forma progresiva ha logrado su reconocimiento en el Derecho de Familia. Si bien desde hace tiempo el avance científico posibilitó el desarrollo de estos procedimientos y con ello el surgimiento de esta fuente de filiación en el ámbito social, su traslado al derecho no fue fácil y hasta el presente su recepción no ha sido total. Decimos esto porque si bien la ley representa un avance significativo y necesario, solo contribuye a resolver algunos de los tantos problemas que comprende, por ello, en su génesis se ubica en el seno del Derecho Público (...)” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo III, 2015, págs. 15-16)

En palabras del maestro Zannoni la Filiación es: “el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia.” (Zannoni E. , Tratado de Derecho de Familia - Tomo II: Filiación, Estado Civil y Alimentos, 1981, pág. 313), existen autores que (Matrimonio de personas entre mismo sexo, 2019), también incluyen a la adopción como una fuente de filiación de facto, es decir, no restringen únicamente a la filiación conforme a la procreación; es un salto dado por la doctrina del Derecho de Familia moderno en razón de que también socialmente ha evolucionado el concepto de familia conforme fue explicado en páginas anteriores.

La procreación es un fenómeno biológico que sucede en todos los seres vivos que requieren la prosecución de la especie, en el caso de los Seres Humanos tiene una connotación de carácter normativo, eso sí dependiendo de la sociedad en la que se desenvuelvan los individuos, es decir, el mismo carácter normativo que tiene en nuestro país la filiación, es diametralmente distinto de cómo se lo percibe normativamente en medio oriente, en donde es predominante la Legislación Clériga a través del Corán como norma.

En nuestro particular, nuestra normativa es fruto de carácter occidental romano que, ahora con la llegada del neoconstitucionalismo tiene el espacio para poder evolucionar a acoplarse a los cambios de la sociedad, en cambio en países más conservadores dicha evolución resulta más compleja entorno a que la sociedad se resiste a aceptar tales cambios.

Conforme a estas nuevas tendencias la doctrina diferencia dos tipos de derechos, el primero, el derecho a conocer el origen y el segundo, más ligado a la filiación, el derecho a establecer vínculos jurídicos.

De lo antes anotado Krasnow en su obra explica que:

“(...) el derecho a conocer responde a un hecho único (el causado por los genes); en cambio, el orden jurídico se nutre también de los valores imperantes en determinada sociedad; de allí que la ley pueda establecer restricciones a la normal concordancia entre el dato genético y el jurídico.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo III, 2015, pág. 28)

De lo antes citado, una cosa es tener el derecho a conocer un dato respecto de nuestro origen biológico y otro muy distinto es tener el derecho respecto de

ese origen, a pretender tener un vínculo jurídico respecto de ese dato genético, es así que, es necesario que el Estado ecuatoriano se apresure a regular esta práctica de reproducción asistida.

Por parte del hombre no hay que olvidar que, si bien, se ve limitado por la biología en lo que respecta a la concepción, sin embargo, nuestra legislación no prohíbe el alquiler de vientres, sin duda es una fuente de filiación que está aún inexplorada por nuestra legislación actual, pero que, con el tiempo llegará y así también el hombre podrá tener descendencia sin la necesidad de tener una pareja, lo que resulta interesante desde el punto de vista jurídico.

En los EEUU ya en los años 80 y 90 tuvieron un desarrollo jurisprudencial respecto de este tema, y en realidad no solo es un caso que implica al derecho de familia, sino desde la óptica del contrato de sustitución de maternidad, es un tópico jurídico que une al Derecho Civil – Contratos y al Derecho de Familia.

2.3. Análisis de caso: “Baby M” – Tribunal Supremo del Estado de Nueva Jersey. –

La Sra. Mary Gould, fue inseminada con espermatozoides del Dr. Stern, cabe mencionar que no tenían un vínculo afectivo, ni afectivo - jurídico, como lo es la unión de hecho o el matrimonio, pero si tenían un vínculo jurídico contractual, es decir:

“(…) tras firmar un contrato por el cual se comprometía a entregar la niña al matrimonio Stern a cambio de una suma de dinero. El Juez de primera instancia, en marzo de 1987, se pronunció por la validez del contrato, por lo que negó derechos de madre a la Señora Gould y dispuso la entrega de la niña al matrimonio Stern que se formalizaría respecto de la madre por el camino de la adopción integrativa” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo III, 2015, págs. 61-62)

Más adelante, en el siguiente capítulo se comentará brevemente que es la adopción integrativa o adopción por integración, tanto la figura jurídica de la maternidad subrogada y la adopción por integración, son figuras que aún no se encuentran contempladas en el Derecho Ecuatoriano, pero que sin duda en algún momento llegarán.

El fallo antes comentado fue apelado al Tribunal Supremo del Estado de Nueva Jersey, que aceptando el recurso:

“(...) declaró nulo el contrato de sustitución de maternidad y nula la adopción integrativa otorgada a favor de la Señora Stern. Determinó que la custodia de la niña estaría a cargo del Señor Stern y al restablecerse los derechos parentales de la madre biológica, se fijó a su favor un régimen de comunicación. Destacó el Tribunal que la invalidez de este tipo de contrato ratifica el derecho de la madre natural a arrepentirse de la entrega prometida.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo III, 2015, pág. 62)

De este caso se puede comentar ampliamente sobre tres ramas del Derecho, la primera sin duda es: el Derecho de Familia entorno al menor, a la madre biológica del menor y al padre biológico; la segunda rama: el Derecho Civil - Contratos, pues es fuertemente para el Derecho Privado el analizar un caso como este, en el sentido de que, si bien no está permitido el alquiler de vientres en el Ecuador, tampoco está prohibido y además el Estado no podría limitar la autonomía de la voluntad del cuerpo de una mujer, sin embargo, es un hecho que se debe analizar, los elementos de un contrato tan particular como este para validar su legitimidad de ley para las partes.

Es preciso en este punto comentar sobre la interpretación que debe tener un contrato, Hernán Coello expresa que: “La interpretación es, como enseñan las reglas de hermenéutica, una operación lógico jurídica que tiene como objeto el encontrar la voluntad de la ley de los contratantes.” (Coello García, Contratos - Tomo I , 2010, pág. 11)

Como cualquier otro contrato debe tener los elementos esenciales, el autor citado explica que debe primero existir capacidad por parte de los contrayentes.

La capacidad significa “la aptitud legal para adquirir derechos y contraer obligaciones, como la facultad de que gozan las personas capaces de obligarse por sí mismas, como dice nuestra ley, sin el ministerio o autorización de otra.” (Coello García, Teoría del Negocio Jurídico, 2006, pág. 28), por lo que, para pensar en un acuerdo de voluntades de este tipo lo primero es que las partes sean legalmente capaces, sobre todo la madre sustituta.

El segundo elemento es el consentimiento de las partes, Coello explica que: “Para el consentimiento y la manifestación unilateral de voluntad, aunque no

pueda haber en este caso consentimiento, debe prestarse libre de vicio.” (Coello García, Teoría del Negocio Jurídico, 2006, pág. 30), no está por demás decir que, los vicios del consentimiento son el error, fuerza y dolo.

El tercer elemento es el objeto, el mismo autor expone que es: “(...) aquello sobre lo que recae la declaración de voluntad, tiene amplias posibilidades, pues caben dentro de este concepto las cosas corporales, incorpóreas o meros derechos y, además, los hechos.” (Coello García, Teoría del Negocio Jurídico, 2006, pág. 31), el objeto tiene que ser lícito y posible, es decir, no debe ir contra norma expresa o que constituya un delito tipificado en el COIP. Es aquí donde empiezan los problemas, ya que, el objeto en este caso es la gestación de un menor.

El último elemento es la causa lícita, este componente no es más que: “el motivo de los actos y contratos.” (Coello García, Teoría del Negocio Jurídico, 2006, pág. 31), tal motivación va a producir un efecto y tal consecuencia va a generar una obligación, que en este particular es el deseo de tener un hijo y que se lo quiere hacer a través de maternidad sustituta.

Por último, la tercera rama a considerar es el Derecho de Público entorno a la adopción, si bien, es una figura que se encuentra regulada en el CC y el CNA y los actos normativos del MIES, no es menos cierto que, el Estado a través de los entes competentes está facultado para regular esta figura de adopción y su aplicación en la fase administrativa de la adopción.

Algunos autores consideran que la adopción es un tópico jurídico que es regulado propiamente por el Derecho Público y no por el Privado, nosotras consideramos que, en este punto en específico, se trata de un híbrido pues, un contrato de maternidad subrogada se alimenta tanto de las dos vertientes, de lo que disponga el Derecho Público y de lo que disponga el Derecho Privado.

Es importante comentar que, en nuestra Legislación Penal lo que está prohibido es la adopción ilegal, dentro del delito de trata de personas en el apartado 91, numeral 5, que prescribe:

“Trata de personas. - La captación, transportación, traslado, entrega, acogida o recepción para sí o para un tercero, de una o más personas, ya sea dentro

del país o desde o hacia otros países con fines de explotación, constituye delito de trata de personas.

Constituye explotación, toda actividad de la que resulte un provecho material o económico, una ventaja inmaterial o cualquier otro beneficio, para sí o para un tercero, mediante el sometimiento de una persona o la imposición de condiciones de vida o de trabajo, obtenidos de:

5. La adopción ilegal de niñas, niños y adolescentes.” (COIP, 2014)

Bajo lo óptica de nuestra legislación, esto correspondería por parte de la madre no biológica a una adopción ilegal, sin embargo, es discutible, pues tiene que corroborarse un fin de explotación para que la conducta se circunscriba en un delito, sin embargo, si estamos comentado que la intención de los contratantes es integrar a un menor a su familia, no constituiría un delito.

2.4. Análisis de caso: “Jonson vs. Calvert”- Tribunal de California. –

En el año 93 se presentó un nuevo caso similar, pero con una diferencia que la madre gestante, la Señora Anna Jonson, únicamente alquiló su vientre y fue implantada con un óvulo fecundado y el material genético fue proporcionado por la pareja: Mark y Crispina Calvert.

“Mark y Crispina Calvert eran una pareja casada que deseaba tener un hijo. Crispina debió someterse a una histerectomía en el año 1984. Sin embargo, sus ovarios siguieron en condiciones de producir óvulos y la pareja consideró la posibilidad de recurrir a una madre sustituta. En 1989, Anna Jonson tomó conocimiento del deseo de la pareja y se ofreció para ser madre sustituta. El 15 de enero de 1989 se firmó un contrato, en el cual se establecía que en un embrión proveniente del empleo de gametos de la pareja sería implantado en el útero de Anna y que el niño que naciera sería entregado a Mark y Crispina como hijo de la pareja.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo III, 2015, pág. 62)

En este contrato se estableció que, por este acuerdo de voluntades se acordó dar a la madre gestante diez mil dólares en cuotas, además se acordó pagar un seguro de vida por doscientos mil dólares.

En el momento que nació el menor, la Señora Jonson se negó a entregar al niño, “El Tribunal de California sostuvo que los acuerdos de maternidad sustitutiva exigen mostrar consideración a cada uno de los adultos que participan en ellos, pero la consideración debe ser el bienestar del niño que el acuerdo ha

hecho posible.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo III, 2015, págs. 62-63)

En tribunal resolvió que el menor era hijo de los progenitores biológicos y no de la madre subrogada aun cuando la ley establecía que, el dar a luz es una fuente de maternidad y, por lo tanto, una consanguinidad genética.

Sin embargo, el tribunal hizo la siguiente interpretación de la ley:

“(…) cuando los dos medios no coincidan en una sola mujer, entonces debe ser considerada como madre natural bajo el derecho de California aquella que tuvo la intención de procrear al niño, esto es, aquella que quiso provocar el nacimiento del niño y al cual ella tenía la intención de criar como propio.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo III, 2015, pág. 63)

Por lo que, el Tribunal en esa causa consideró que, además de considerar el nexo biológico, también es necesario considerar la voluntad procreacional, es decir, los jueces consideraron la voluntad de crear una vida como fuente de filiación, ahora bien, una consideración que queremos dejar aquí es que a la madre sustituta es necesario considerarla jurídicamente, es decir, si bien existe un contrato de por medio, es necesario considerar el contexto fáctico en cada caso, considerando el Interés Superior del menor, por lo que, no es necesariamente expreso que la voluntad procreacional sea un factor determinante para el bienestar del menor, sino el factor determinante es el bienestar del menor.

Este punto es un debate extremadamente extenso pues, aquí si se le debería dar la razón a la madre gestante, se podría hablar de un tipo de adopción pues no tiene un vínculo consanguíneo la madre y el menor, el único vínculo es la maternidad.

2.5. Análisis de caso: “Kaplan vs. Chamberlain”- Tribunal de Nueva York. –

En Nueva York en el año 2002, surgió un caso en el cual, mediante un contrato oral de subrogación de vientre, el padre biológico acordó con la madre sustituta una contraprestación por tal contrato oral, sin embargo, también la madre subrogante no quiso dar al menor cuando nació, por lo que, derivó en una contienda legal, y el Tribunal de Nueva York resolvió:

“(…) para decidir la guarda del hijo, estudió las historias conyugales de la madre subrogante y del padre biológico. De esta manera, resolvió que éste último era más apto para brindar al niño seguridad, estabilidad y cuidado, otorgando a su favor el cuidado de la criatura. Las características del marido, de la madre subrogante y los problemas conyugales que ésta tenía jugaron un dato importante en la decisión.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo III, 2015, pág. 63)

Es decir, de los dos lados es importante que un Juzgador valore el contexto de los hechos, en el cual se desenvuelve una controversia que involucra a un menor y dentro de ese contexto se debe establecer qué ambiente es el más adecuado para el desenvolvimiento del menor, esto debe ser muy distanciado de si uno de los progenitores es heterosexual o homosexual, por lo que, si bien la ley suprema ha prohibido en nuestro país que una persona homosexual pueda adoptar, para nuestro concepto es aquí en donde habrá problemas si se considera que un menor pueda estar mejor en un núcleo familiar en donde se le brinde menos cuidado, estabilidad y seguridad pero el o los progenitores sean heterosexuales, es decir, considerar a la heterosexualidad como un componente del bienestar de un menor.

A manera de colofón de este caso, aquí ni siquiera se podría constituir un escenario penal como el anterior, pues el menor es biológicamente hijo de los contratantes.

2.6. Análisis de caso en Francia: “Gestación por sustitución internacional”. –

Ahora bien, también puede existir un escenario que enfrente legislaciones de países, esto ya sucedió en París, teniendo en cuenta que es un país que ya considera en su legislación a la maternidad subrogada.

“En la Corte de Apelaciones de París, en el año 2007, existió un fallo que el caso refería a una pareja que había celebrado un contrato de maternidad subrogada en California en el año 2000. Tras varios años de disputas en la justicia, la Corte validó la documentación de Estados Unidos que designaba a la pareja como padre de dos niñas que habían nacido por este medio.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo III, 2015, pág. 63)

En Europa, si bien aún está empezando a regular este tema, ya se tiene proyectado un borrador, sin embargo, en tal borrador el Consejo de Europa no

permite la maternidad subrogada de manera ilimitada, es decir, se permite la inseminación artificial bajo dos alternativas que vale la pena mencionar.

“Por un lado, dispone que la inseminación artificial de una madre subrogada, entendiéndose por tal, la practicada en una mujer que lleva un embrión hasta su nacimiento para el beneficio de otra persona o pareja; podrá permitirse si: a) se realizase sobre una base exclusivamente benévola; b) la madre subrogada tuviese la opción en el nacimiento de quedarse con el niño, si así lo deseara; y c) cualquier acuerdo según el cual la madre subrogada se comprometiese a renunciar al niño fuese nulo. (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo III, 2015, pág. 64)

Aquí se une una rama más, el Derecho Internacional Privado, ya que, en palabras del Juan Larrea: “Se plantea, pues, un problema que debe resolver el DIP cada vez que en una relación jurídica se encuentra un elemento internacional, algo que ponga en duda cuál sea el sistema jurídico aplicable.” (Larrea Holguín, Manual de Derecho Internacional Privado, 1998, pág. 2), puede llegar a existir un supuesto en donde, una pareja de extranjeros que necesite un vientre y pretenda hacerlo mediante un contrato en el Ecuador con una madre sustituta ecuatoriana, teniendo en consideración que si bien el derecho les asiste a los extranjeros por su desarrollo jurisprudencial que, les permite alquilar un vientre, en el Ecuador no está prohibido pero tampoco permitido y aún más si se involucrara material genético de una ecuatoriana, sería un escenario aún más complejo.

A nuestro criterio si existirían posibles desenlaces, se tendría que tomar en consideración las tesis de: la maternidad gestante o subrogada en el particular que sea un óvulo fecundado de los extranjeros, como fuente de derechos para la madre sustituta.

El segundo escenario sería el considerar la tesis de la voluntad procreacional y el bienestar del menor como fuente de derechos para los extranjeros que celebraron con la ecuatoriana ese acuerdo de voluntades.

2.7. Análisis de caso en Argentina: “Triple filiación”. -

En la Argentina un padre biológico de una niña de nueve años demandó al padre que reconoció a la niña en su nacimiento y que por lo tanto consta en el acta de nacimiento como tal, por lo que, si bien en estas controversias se

considera la opinión de un menor, no es menos cierto que, un menor a esa edad no debe ser sometido a tal dilema y la corte resolvió lo siguiente:

“(…) se resuelve receptor el derecho de la niña a no elegir entre sus papás y, por lo tanto, garantizar el derecho a crecer en la familia conformada por sus dos padres: actor y demandado. En consecuencia, se ordena al Registro Civil y de Capacidad de las Personas inscribir en el acta de nacimiento de la niña al actor como su padre, sin que se desplace la inscripción del demandado como padre y de la madre de la menor, sin utilizar la marginal del acta en cuestión, debiendo mantener el número de DNI, y consignando la triple filiación asignada. Ello así, dado que todas las partes, incluida la niña, reconocen su realidad biológica y, al momento de celebrarse la audiencia respectiva entre la magistrada y la menor, esta manifestó que vive de lunes a viernes con el demandado y los fines de semana con el actor, que ambos son sus padres, y que su mamá vive en otro lugar con sus medio hermanos. Asimismo, la niña manifestó de manera fehaciente que no quiere elegir entre ambos "progenitores" si no que quiere tener a sus "dos papás". Es por ello que se reconoce a la familia conformada por actor, demandado, la niña y la madre de esta, como una familia en una constitución pluriparental devenida de la filiación socioafectiva-biológica originaria a la luz de lo establecido por el art. 17, Convención Americana de los Derechos del Hombre.” (L. F. F. vs. S. C. O. s. Filiación, 2020, pág. 1)

Este fallo es hondamente importante, en el sentido de tutelar integralmente a un menor y no exponerlo a un dilema que aún para un adulto sería complicado, es importante destacar de este caso que, el concepto de familia es extremadamente amplio, hasta el punto de poder establecer una triple filiación, el problema real serían las consecuencias jurídicas que acarrearían, ya que, nacerían varios problemas, por mencionar algunos: Derecho de alimentos, Derecho de visitas, permiso de salida del país, esto solo por mencionar algunos.

En Ecuador aún no se ha establecido ninguno de los temas jurisprudenciales antes mencionados, pero, han existido avances desde el 2015 en el sentido de establecer una realidad biológica entorno a la filiación.

“Tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional han establecido que el derecho a la identidad personal está compuesto por varios elementos, entre los cuales se encuentra el derecho a conocer la verdad biológica, la procedencia familiar y a obtener la información sobre su identidad genética con la finalidad de establecer un vínculo de filiación y la posibilidad de probar el verdadero estado de familia. Así, se considera como parte del interés superior del niño, el poder conocer su procedencia y en virtud de aquello,

ejercer plenamente su derecho a la identidad y consecuentemente el desarrollo de su personalidad.” (Sentencia No. 131-15-SEP-CC, 2015)

Esto ya resulta un inicio para la reproducción asistida, pero Simon cree que esto resulta una visión reduccionista de la identidad, “(...) limitándola a una sola dimensión: la biológica; en una época en que existen tres tipos de paternidad (legal, genética y social) y cuatro clases de maternidad (legal, genética, gestante y social).” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 270)

Es decir, de tal manera que se encuentran redactadas las normas de filiación en el Ecuador, podrían impugnarse, incluso las relaciones de filiación por adopción, ni mencionar la inseminación artificial, fecundación invitro o la maternidad subrogada.

La filiación normativamente implica “las correspondientes paternidad y maternidad. De acuerdo al Código Civil, da origen al parentesco y a una serie de relaciones jurídicas derivadas como la consanguinidad, la afinidad o la adopción.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 267)

En épocas anteriores la filiación se clasificaba en: “legítima y adoptiva. La distinción entre filiación legítima e ilegítima, y por tanto entre hijos legítimos e ilegítimos.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, págs. 267-268), esta distinción duró hasta los años 70, esta restrictiva diferencia se anuló por la ratificación por parte del Ecuador de la Convención Americana de los Derechos Humanos, esto en palabras de Simon: “(...) se estableció la igualdad de los hijos e hijas en los siguientes términos: La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera o dentro del mismo. Esto llevó al reconocimiento de la condición hijo o hija sin distinción.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 268)

De lo comentado es preciso decir que, todavía le falta avanzar de forma importante a nuestro Derecho en torno a la figura jurídica de la filiación, es deber de los legisladores el empezar a plantearse la regulación de estas situaciones jurídicas que están por llegar.

3. La Adopción como fuente de filiación. -

Los hijos han sido objeto de clasificaciones a lo largo de la historia tanto en el Derecho Anglosajón y en el Derecho Romano del cual nuestro sistema jurídico descende, es así que, desde la antigüedad existían definiciones para cada situación de un menor nacido en diferentes circunstancias, para la determinación de la maternidad Krasnow enuncia que: “se tenía en cuenta siempre el hecho objetivo del alumbramiento, el cual permitía determinar la paternidad cuando la mujer era casada; el padre era quien designaba las nupcias.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo III, 2015, pág. 459)

Fue así como empezó la filiación de los menores, esto desarrollado en una sociedad patriarcal que imponía a la fuerza sus ideales sobre cómo se genera un vínculo entre progenitores e hijos, en cambio el momento que una mujer se aparta de ese orden social y tenía un hijo fuera del matrimonio, acontecía “una situación de incertidumbre cuyo principal perjudicado era el hijo.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo III, 2015, pág. 459), de esta situación no estuvo exento el Ecuador, a tal punto que hasta el día de hoy existen los atisbos del estigma social de los hijos que fueron concebidos fuera del matrimonio o que no fueron reconocidos por uno o sus dos progenitores.

La Institución Jurídica de la adopción se remonta a la antigüedad, en sus inicios se preveía para suplantar a un hombre que por medios naturales no pudo generar descendencia y no cualquier descendencia, tenía que ser una descendencia masculina, ya que, el hombre era el que tenía que continuar con el legado de su padre.

En el derecho hebreo antiguo surgió así, para perpetuar la descendencia masculina, además de una cuestión patriarcal también se vinculaba con factores religiosos, actuando como un medio de preservar culto a los antepasados, por lo que, se puede decir que tiene su origen remoto en el Derecho consuetudinario religioso, un rama que no fue establecida sino por la Iglesia Católica a partir de los inicios del siglo XIII (Derecho Canónico), por lo que, antiguamente no estaba regulada sino por algunas culturas, como la ya mencionada hebrea, que tenía como objetivo una:

“(...) finalidad religiosa que se orientaba a garantizar la continuidad de la persona fallecida cuando no hubiera dejado descendencia masculina. En la ley de Levirato se disponía: cuando dos hermanos habitan uno junto con otro y uno de los dos muere sin dejar hijos, la mujer del muerto no se casará con un extraño; su cuñado irá con ella y la tomará por mujer, y el primogénito que ella tenga llevará el nombre del hermano muerto, para que el nombre no desaparezca de Israel.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo III, 2015, pág. 461)

Luego, la conquista romana de gran parte de Europa trajo cambios en el Derecho, es así que, aparece por primera vez la palabra adopción, que, en latín lengua natural de los romanos, se traducía en adrogatio, el efecto principal de esta figura del Derecho Romano era:

“(...) colocar al Pater Adrogatio. Así, en el Derecho Clásico y Posclásico se consideró la adopción como un medio de integración de la constitución familiar en su función sociopolítica. En el Derecho Justiniano, la adopción se la muestra como un vínculo filial que se aproxima a los vínculos naturales, empezando a perfilarse los requisitos de procedencia que debían reunirse.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo III, 2015, pág. 461)

En la época medieval cae en desuso esta figura y según Corral “solamente con la recepción del Derecho Romano se produce un cierto resurgimiento a lo menos formal, de la Adoptio Minuis plena del derecho Justiniano, pero sin mayor trascendencia.” (Corral Talciani, 2002, pág. 14)

La adopción era considerada un acto que debía ser legitimado por el adoptado al cumplir la mayoría de edad, es decir, en Francia, se la consideraba así: “(...) se la incluye en la legislación, pero debiendo ser confirmada o consentida por el adoptado al alcanzar la mayoría de edad.” (Corral Talciani, 2002, pág. 18), y en efecto así se mantuvo hasta finales de los años 40, que en realidad nace jurídicamente para regular las adopciones de los huérfanos de las guerras y en el Derecho Anglosajón no existía sino hasta después de la primera guerra mundial, esto en 1926.

Luego, caído el imperio empezaron a surgir las repúblicas europeas y tras la Revolución Francesa empiezan a nacer los primeros cuerpos normativos de los cuales el Ecuador se ha alimentado para regular la adopción, Krasnow explica que: “En el Código de Napoleón, a la adopción se la vinculaba con el contrato, por la exigencia del consentimiento del adoptado. Pero, para los menores

abandonados, funcionaba como un Instituto de Protección del Menor.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo III, 2015, pág. 462)

3.1. Adopción en el Ecuador. –

En nuestro país la adopción nace normativamente contenida en la norma civil a finales de los años 40, luego con una reforma en el año 1950, en ella se la define como: “(...) la institución de Derecho Civil por la cual un menor entra a formar parte de una familia extraña a la suya, con obligaciones y derechos señalados en este título.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 408)

En 1978 existen cambios en esta materia al punto que para esta fecha ya existe un cuerpo normativo exclusivo para los menores en el Ecuador, tal reforma establecía:

“Fijar los 21 años como edad máxima para la adopción. El uno de julio de 1981 se suspenden las adopciones de parte de extranjeros no residentes debido a un grave escándalo alrededor de una adopción de una niña ecuatoriana en Italia.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 408)

Así mismo, dos meses después el entonces Ministerio de Bienestar Social expidió un cuerpo normativo especial para regular la adopción de extranjeros no residentes, luego en principios de los años 90 se reformaron los artículos 82 del CNA y 336 del CC, esto para permitir la adopción de personas con una diferencia de edad de más de 40 años, siempre y cuando exista un informe favorable por parte del órgano competente.

En el año 92 se reforma de manera importante la adopción, para empezar el cuerpo normativo que cobra total relevancia para regular la adopción, es ahora el CNA, con las reformas se deroga tácitamente todo lo que se contrapone en el CC y además se prohíbe de manera expresa las adopciones independientes.

Simon explica que esto supuso un mayor control del Estado frente a la adopción, ahora no solo bastaba la voluntariedad de una pareja o de una persona que quiera adoptar a un menor o menores que ya conocía de ante mano, sino que:

“Básicamente esta reforma prohibió las adopciones independientes (es decir, ya no se puede adoptar directamente a un niño, niña o adolescente, debiéndose canalizar las solicitudes por medio del Departamento Técnico de Adopciones del MIES). Los solicitantes debían contar un informe de idoneidad.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 409)

A partir de esta reforma solo se empieza a aceptar la adopción en régimen pleno, naturalmente como el Derecho solo rige para lo venidero, las adopciones que se obtuvieron mediante el régimen simple o semipleno se seguirán manteniendo con la posibilidad de que puedan convertirse en adopciones plenas.

La adopción simple aún se continua manteniendo en varios países, uno de ellos es la Argentina, que la define como: “la otorgación del estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante (...)” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo III, 2015, pág. 636), es decir, únicamente confiere el vínculo entre el padre y el hijo adoptivo, pero no genera parentesco.

Por tanto, los vínculos del adoptado simple se conservan con respecto a su familia consanguínea, este tipo de adopción es de carácter revocable y además Krasnow explica que se admite la acción judicial de “(...) reconocimiento del adoptado o la acción de filiación contra los progenitores.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo III, 2015, pág. 637)

En efectos para los padres adoptivos se genera la obligación de:

“Como a través de la adopción simple nace el estado de hijo adoptivo, resulta comprensible que se traslade a los adoptantes la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental. En tal carácter, los adoptantes ejercerán los deberes y derechos que hacen al contenido del instituto en función del mejor interés del adoptado.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo III, 2015, pág. 638)

Aquí exclusivamente se establece una relación bilateral de parentesco entre el adoptado y el o los adoptantes, no así con la familia de estos últimos, Juan Larrea señaló que: “nuestro sistema excluye que se produzcan otros efectos civiles respecto de los parientes del adoptante, o entre los del adoptado y los del adoptante.” (Larrea Holguín, Manual de Derecho Civil, 1983, pág. 392), si bien si

tenían derechos hereditarios, tales derechos eran diferentes a los derechos sucesorios de los hijos consanguíneos.

Si bien se conservan los vínculos con la familia de origen del adoptado, se conserva el derecho a pedir alimentos, además la familia de origen tiene el derecho de comunicación con el adoptado, siempre y cuando sea atendiendo a su interés superior.

Hoy en día en nuestra legislación únicamente se acepta la adopción en régimen pleno, con las implicaciones de que el menor adoptado se asimila como hijo consanguíneo, se extinguen todas las relaciones de parentesco con su familia de origen y lógicamente se crea por ley el parentesco entre el adoptado y la familia de el o los adoptantes. La única prohibición que se genera es el impedimento matrimonial por causa de las relaciones de parentesco extinguidas.

3.2. Adopción por integración. –

Es preciso en este punto explicar la adopción por integración que en páginas anteriores se advirtió que se haría una enunciación breve.

La adopción de integración tiene una particularidad que, sin lugar a dudas sería beneficiosa entorno a los derechos de un menor, pues concurre un vínculo emocional entre el menor y el cónyuge o conviviente del progenitor del menor, es así que en este tipo de adopción podrían estar las parejas del mismo sexo.

“La adopción de integración supone que el adoptado es un niño debidamente amparado por uno de sus progenitores y por el cónyuge o conviviente de este, que pretende mediante este Instituto crear un vínculo jurídico similar al del progenitor biológico. Está orientada a considerar una relación fáctica paterno o materno filial preexistente, busca emplazar legalmente en el estado de hijo para reconocerle idénticos derechos y deberes que a un hijo biológico.” (Krasnow, Tratado de Derecho de Familia - Tomo III, 2015, págs. 672-673)

Como conclusión, esta adopción especial lo que hace es vincular jurídicamente a un adoptado y un adoptante que de manera afectiva o emocional ya se encontraban vinculados por la situación familiar, Eduardo Zannoni lo explica de la siguiente manera:

“(…) el fin evidente es integrar a la familia constituida por ambos cónyuges y los hijos comunes del matrimonio con los que solo tienen vínculo filial con uno de ellos; reconoce que en gran parte de los casos se trata de los hijos de la mujer que son adoptados por su esposo con el consecuente efecto sobre el apellido y la adquisición de derechos hereditarios en paridad con los eventuales hijos de la pareja. La finalidad es, en síntesis, que los hijos de uno logren el status filii respecto del otro.” (Zannoni E. A., 2001, pág. 576)

La integración de nuevas familias es fundamental para el desarrollo de un menor, obviamente, así como en la legislación argentina tiene que ser él o la progenitora del menor la persona que accione esta forma de adopción en consonancia con su cónyuge o conviviente y en caso de que se trate de la adopción del cónyuge o conviviente sobreviviente, este será el que deberá por su legítimo interés de continuar con el vínculo afectivo con el menor ahora huérfano pero ahora judicializado mediante la adopción.

3.3. Adopción Internacional. –

En materia de adopciones internacionales se introduce por primera vez el requisito de que los solicitantes de adopción extranjera debían hacerlo mediante las agencias de adopción con residencia en el país, no está por demás decir que la adopción internacional se considera en nuestra legislación una medida extrema y el Estado priorizará la adopción nacional sobre la internacional, esto resulta uno de los principios de la adopción contenidos en el apartado 153 del CNA.

Esto resulta interesante y en realidad más complicado, pues si hablamos de agencias de adopción con residencia en Ecuador, de un inicio son órganos que no pertenecen al Sector Público y al tenor de lo que hoy está previsto en los apartados 180 y 181 del CNA, debe existir de por medio un Convenio Internacional entre el Ecuador y el país de origen o de domicilio de el o los solicitantes.

Por un lado, el apartado 180 explica que la adopción internacional es:

“(…) aquella en la que los candidatos a adoptantes, cualquiera sea su nacionalidad, tienen su domicilio habitual en otro Estado con el que el Ecuador haya suscrito un convenio de adopción; así como aquella en la que

el o los candidatos a adoptantes son extranjeros, domiciliados en el Ecuador por un tiempo inferior a tres años.

En caso de no estar domiciliado en su país de origen, el solicitante deberá acreditar una residencia mínima de tres años en otro país con el que el Ecuador haya suscrito un convenio de adopción.” (CNA, 2002)

Por otro lado, existen entidades que por disposición del apartado 181, están autorizadas para realizar exclusivamente esta actividad:

“La adopción internacional se realizará únicamente a través de entidades creadas y autorizadas expresa y exclusivamente para esta actividad.” (CNA, 2002)

Es en este punto donde se complica la adopción por parte de los solicitantes, pues de ese informe depende en gran medida la adopción y de mayor complejidad si se trata de solicitantes de adopción extranjeros o de ecuatorianos en el exterior, pues además de los requisitos descritos en la ley, debe existir un Convenio Internacional entre el Ecuador y el país de el o los solicitantes, tema a cargo del Ministerio Rector de Relaciones Internacionales y Movilidad Humana, por lo que se convierte en un situación jurídica que involucra Derecho de Familia, Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.

Monroy Cabra señala que los Tratados Internacionales son: “acuerdos entre Estados o sujetos de Derecho Internacional encaminados a regular su comportamiento recíproco. Las normas convencionales solo vinculan, en principio a los Estados firmantes o a los que luego se adhieran a ellas.” (Monroy Cabra, 2018, pág. 92), es un acuerdo de voluntades firmado por el Estado ecuatoriano que produce efectos jurídicos, se consideran como fuente principal del Derecho Internacional Público y por jerarquía está por encima de las leyes y solamente si es progresivo a derechos, superior a la norma suprema.

La jurista ecuatoriana Saltos expresa que un Tratado Internacional es: “un acuerdo internacional regido por el Derecho Internacional y celebrado por escrito entre uno o varios Estados y una o varias Organizaciones Internacionales, el mismo puede constar de uno o varios instrumentos jurídicos conexos, sea cual fuere su denominación particular.” (Saltos, 2008, pág. 32)

Para celebrar este convenio debe verificarse que los Estados interesados tengan un sistema normativo con los mismos derechos y garantías previstas en nuestra normativa legal y constitucional, así como los Instrumentos Internacionales en materia de derechos de los menores.

Como se ha descrito en las partes anteriores, la adopción es una medida de protección de carácter judicial hacia el menor y es una medida de última ratio, es decir, es el último recurso jurídico a utilizar del Estado para proteger a un menor de un riesgo inminente, en este sentido el CNA en su apartado 215 lo describe como:

“(…) una acción que adopta la autoridad competente, mediante resolución judicial o administrativa, en favor del niño niña o adolescente, cuando se ha producido o existe el riesgo inminente de que se produzca una violación de sus derechos por acción u omisión del Estado, la sociedad, sus progenitores o responsables o del propio niño a adolescente.” (CNA, 2002)

La adopción se considera la medida más idónea para un menor que está privado de su familia y que no puede ser cuidado por su familia de origen. En los últimos años se ha endurecido de manera sustancial la adopción nacional y aún más la internacional, esto producto de los escándalos por abusos a menores ecuatorianos, más en el ámbito internacional que nacional.

Con aparición del marco jurídico internacional para la protección de la infancia y adolescencia, como: “la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño, la ratificación por parte del Ecuador del Convenio Internacional de la Haya sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional de 1933.” (Simon Campaña, Manual de Derecho de Familia, 2020, pág. 405)

Recordando que los Convenios o Tratados Internacionales son “toda concordancia de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho Internacional destinada a producir efectos jurídicos, es decir, a crear, modificar o extinguir un derecho.” (Jiménez de Aréchaga, 1959, pág. 24), y que nuestra carta fundamental, en su apartado 425 lo eleva a su mismo rango, claro está que tal Instrumento Internacional debe estar ratificado por el Ecuador.

A manera de colofón se puede comentar que el preámbulo de la adopción son las medidas judiciales temporales de acogimiento institucional o familiar, es

decir, estas dos medidas apartan al o los menores de núcleo familiar biológico y en el caso del acogimiento familiar si bien propende a preservar, mejorar o fortalecer los vínculos familiares, prevenir el abandono del o los menores y en el momento propicio la reinserción del o los menores en su núcleo familiar biológico.

En el supuesto del acogimiento institucional, es una medida de ultima ratio para el o los menores cuando no ha sido posible el acogimiento familiar y se cumple en entidades autorizadas, esta medida tiene casi los mismos objetivos del acogimiento familiar y únicamente tiene otros dos objetivos que lo diferencian, el primero es la obligación de la institución de restituir los vínculos familiares y cuando no es posible, procurar la adopción.

Para llegar a la adopción, un menor que tuvo una familia biológica debe pasar por todo un proceso sumamente estricto y es lógico, si el Estado va a apartar para siempre a un menor de su núcleo familiar biológico, ya que, la adopción es de carácter irrevocable, debe asegurarse que no exista otra medida adecuada para el menor, siempre atendiendo a su interés superior.

4. El Interés Superior del niño en la adopción. –

Este principio, como todos los principios tiene una condición de un concepto jurídico indeterminado, por lo que, resulta compleja su aplicación en casos concretos, aunque algunos autores también consideran que tiene un doble rasero, si por un lado es compleja su aplicación, también resulta una ventaja para aplicar en la diversidad de casos, esto, de conformidad con el contexto de cada caso en particular.

La doctrina alemana citada por José Manuel de Torres, explica que: “(...) no aporta una definición de este concepto, sino que lo contempla como un instrumento adecuado para dar solución a los distintos conflictos de intereses que pueden afectar al menor.” (de Torres de Perea, 2009, pág. 17)

El mismo autor también explica el porqué de la indecidibilidad o interpretación del principio antes mencionado.

“(...) no podemos intentar reducir a un mero concepto el interés del menor, o dotarle de un contenido rígido (precisamente porque se trata de una cláusula

general), lo importante es su función de contrapeso (para proteger al menor en tanto, parte más débil en sus relaciones sociales) y de control (ante todo peligro o amenaza que afecte al menor), y su utilidad como criterio para resolver los conflictos de intereses que le afecten.” (de Torres Perea, 2006 , pág. 684)

La construcción jurídica de un principio como este daría como resultado dejar por fuera a las situaciones futuras no previstas, ya que, de una interpretación en caso concreto, de ninguna manera puede aplicar para la diversidad de contextos que pueden llegar a presentarse y en un tópico tan especial como la adopción, dentro de la cual como se lo vio en páginas anteriores existe una amalgama de posibilidades en las cuales puede estar incurso un menor, por lo que, tal indeterminación bien utilizada resulta una herramienta jurídica para garantizar los derechos fundamentales de un menor.

Este principio ha sido incorporado por en los Instrumentos Internacionales, sin embargo, para O’Donnell existen inquietudes que deben ser comentadas.

“Algunos recelan que este principio debilite la fuerza de la Convención en cuanto a la afirmación del niño como sujeto de derecho, pues el goce y ejercicio de todos los derechos enumerados en ella estaría condicionado a eventuales conflictos con los intereses del propio niño. Otros se preguntan si este principio no permitiría condicionar el contenido de los derechos reconocidos en la Convención, no tanto con base en supuestos conflictos en el bienestar del niño en casos concretos sino para la niñez en general, con base en valores superiores de una sociedad o cultura.” (O’Donnell, 1990, pág. 17)

De lo explicado por el autor se deslinda que, en efecto, este principio en base a su indeterminación puede llegar a ser mal utilizado con un uso abusivo e irracional, por lo que, debe existir la suficiente interpretación y argumentación jurídica para la aplicación correcta de este principio en cada caso en particular.

Dentro de esto es preciso señalar que como todo concepto jurídico indeterminado acepta su aplicación discrecional, sin embargo, una cosa es la discrecionalidad que resulta “La libertad de elección entre alternativas igualmente justas.” (Moreno-Torres Sánchez, 2009, pág. 41), es decir, resulta un margen que tiene una autoridad competente para aplicar un principio, esto no quiere decir que se tenga un margen para imposición de preferencias o creencias

subjetivas, sino requiere de un ejercicio lógico para justificar la alternativa adoptada.

Es natural que cada Ser Humano tenga su subjetividad parcializada, por tanto, resulta un sistema que crea una inseguridad jurídica, es así que, evidentemente se corre el riesgo de una aplicación bajo valoraciones personales lo que llevaría a una discrecionalidad abusiva o hasta una arbitrariedad.

Los operadores administrativos del MIES que manejan la fase administrativa de la adopción, so pena de la aplicación de este principio no pueden obviar la técnica jurídica y en nombre de ese principio, en vez de garantizar los derechos de un menor, logran perjudicarlo privándolo de tener una familia en base a una percepción subjetiva y si bien es cierto sí, es una situación delicada que el Estado aparte a un menor de su familia biológica, sin embargo, es igual o más perjudicial para un menor el estar con medidas de protección, acogimiento familiar o institucional, de manera que pierde cada año que pasa la posibilidad de ser adoptado por una persona o una pareja que tenga esa intención de integrar a un menor a su familia y por miedo a equivocarse el MIES prefiera el negar la solicitud de adopción y así no darle una segunda oportunidad a un menor que por una situación que no pidió, se lo privó de su familia biológica.

CAPÍTULO III: El Derecho Administrativo en la adopción y el conflicto de competencia sobre el conocimiento en la Impugnación Judicial del acto administrativo de la negativa de solicitud de adopción. -

5. Relación del Derecho Administrativo con la adopción. –

El Derecho Administrativo tiene una data desde la Revolución Francesa, con su antonomasia: libertad, igualdad y fraternidad. El Derecho de ahí en adelante cambiaría para siempre, como el mejor instrumento para la concreción del Estado democrático, implementando un sistema que ahora propendía a los cumplimientos de los objetivos sociales.

Ortega Cárdenas sostiene que “el Estado dejó atrás la monarquía, provocando el apareamiento de todo un sistema normativo que regulaba la actividad estatal; a derechos fundamentales y, sobre todo, la vigencia del principio de legalidad en las actuaciones de los órganos del Estado.” (Ortega Cárdenas, 2020, pág. 13), el poder ahora yace en el pueblo y la acción de ese poder se da a través del Derecho Administrativo positivo, esta rama es la garantía de la vigencia de los derechos de los ciudadanos o administrados frente al Estado.

Solo a partir del año 2017 en nuestro país se emitió una norma que regula a toda la administración pública, el COA, este Instrumento Jurídico supone ahora una herramienta para el combate a la ineficiencia o arbitrariedad del Estado dentro de todos sus diferentes órganos.

Dentro de las diferencias entre el Derecho Administrativo y el Derecho Privado están los sujetos que intervienen; en el primero es la regulación entre los administrados y el Estado y en el segundo están las relaciones jurídicas entre privados. En el Derecho Administrativo está orientado en satisfacer el interés general mientras que el segundo tiende a regular los intereses de personas particulares y como última diferencia diametral está que en el Derecho Privado prima la Autonomía de la Voluntad, en cambio en el Derecho Público el principio de Legalidad.

Para terminar de esclarecer este punto, en el Derecho Privado todo lo que no está prohibido se entiende permitido y en el Derecho Público solo se puede hacer

lo que está previsto en la ley, esto de conformidad con el apartado 226 de la norma fundamental.

De todo lo visto, sin duda alguna la adopción es una figura del Derecho de Familia que se encuentra regulada por el Estado y en esa regulación está implícito el Derecho Administrativo, como rama del Derecho que regula la actividad entre los ciudadanos, y la Administración Pública regula entorno a establecer las reglas entre el Estado y los menores; entre el Estado y la familia de origen del menor; y entre el Estado y los solicitantes de adopción.

Por lo que, expresa su voluntad a través de las formas de locución que la ley a previsto, es así que, en esa expresión de voluntad del Estado está incurso la procesión de los fines públicos, el fin público de la adopción según el apartado 151 del CNA es: "(...) garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptado." (CNA, 2002), la aptitud es el Estado en el que está un menor para ser adoptado, surge cuando el Estado no ha podido por ningún medio el lograr la reinserción familiar; este Estado del menor debe ser declarado por un Juez de Familia mediante una resolución judicial.

En el momento que existe esa declaración de aptitud, el Juzgador por ley está en la obligación de notificar en el plazo de 10 días a la Unidad Técnica de adopciones del MIES para que se incluya a él o los menores dentro del programa de adopción.

Los menores que estén dentro de este programa pasaran por dos etapas más, previo a ser adoptados, etapas muy estrictas, pero la etapa administrativa es fundamental dentro del proceso de adopción, a tal nivel que nunca ha existido hasta hoy un acto administrativo que sea cuestionado por un administrado, la ley mismo le ha dado al MIES el poder para emitir una decisión discrecional, sin embargo, como se vio en líneas anteriores una situación es la arbitrariedad y otras situación es un acto discrecional motivado, tal acto administrativo discrecional debe llevar implícito el principio Pro Homine, propio del Derecho Administrativo, "(...) se dirige al agente público que dicta un acto administrativo como al Juez que interpreta un principio, norma, acto o contrato administrativo. En tales casos, la aplicación e interpretación de las normas debe orientarse hacia

la solución que proteja en mayor medida a la persona.” (Cassagne, Los grandes principios del Derecho Público, 2018, pág. 45), es preciso que el MIES busque la mayor protección de un menor a través de la adopción.

5.1. Acto administrativo en el proceso de adopción. –

El Estado expresa su voluntad a través de distintas formas contenidas en el apartado 89 del COA, la expresión más típica es el acto administrativo y en esta investigación, el acto administrativo que se cuestiona es el de “no idoneidad” emitido por las Unidades Técnicas de adopción hacia él o los solicitantes.

“El acto administrativo es la columna vertebral del Derecho Administrativo. Tiene su origen en lo que se denomina los actos del rey, en el Estado Monárquico. El nacimiento se entiende en la famosa frase, atribuida a Luis XIV, Rey de Francia: El Estado, soy yo. Toda actividad del soberano era considerada una manifestación del Estado.” (Ortega Cárdenas, 2020, pág. 57)

Lógicamente la figura del acto administrativo ha avanzado hasta hoy en día que, las sociedades democráticas han trasladado la figura del monarca al Estado de Derecho, tal como lo describe el apartado 98 del COA, el acto administrativo es: “una declaración unilateral de voluntad” (COA, 2017), esto bajo una interpretación literal se explicaría como que el único límite del acto es la voluntad de la Administración Pública, sin embargo, la realidad es que, si bien ciertos actos tienen un margen de discrecionalidad esto no quiere decir que la actividad no sea reglada, ya que, como se vio uno de los principios cardinales del Derecho Administrativo es la legalidad.

Para Ortega el acto administrativo es: “(...) un acto jurídico de decisión legal que emana de la potestad administrativa.” (Ortega Cárdenas, 2020, pág. 61), y por otra parte la doctrina española explica que es: “En un sentido muy amplio el acto administrativo es todo acto jurídico dictado por la administración sometido al Derecho Administrativo.” (García de Enterría & Fernández, 2008, pág. 524)

Si consideramos que todo acto administrativo por ser jurídico genera un gravamen en el destinatario, Guerrero explica que deben estar: “sometidos a las normas y principios consagrados en la Constitución, tanto para su formación y emisión como para su ejecución.” (Guerrero Celi, 2019, pág. 223), todo acto

administrativo tiene como origen la ley y tampoco hay que olvidar que todo acto generalmente tiene un procedimiento administrativo que de igual manera es reglado, el acto administrativo que será materia de análisis en esta investigación es la negativa de solicitud de adopción.

Este acto genera un gravamen negativo en él o los solicitantes, Zavala explica que:

“Los efectos jurídicos del acto administrativo se producen de forma directa, lo que implica que no se requiere de ningún otro para que la validez y eficacia jurídica sean plenas y, consecuentemente, que el acto sea directamente aplicable por la autoridad ejecutora.” (Zavala Egas, 2005, pág. 150)

La aplicación de este acto genera que se vea truncada la posibilidad de los solicitantes el poder continuar a la siguiente etapa del proceso de adopción, es decir, él o los solicitantes no podrán ni siquiera llegar a culminar la fase administrativa de la adopción, se podría considerar que, el acto administrativo de negativa pone fin a la fase administrativa para estos solicitantes que no están según el MIES idóneos.

Como todo acto administrativo debe llevar implícito todos los elementos esenciales, estos son de conformidad con el apartado 99 del COA: “1. Competencia; 2. Objeto; 3. Voluntad; 4. Procedimiento; 5. Motivación.” (COA, 2017)

5.1.1. La Competencia. –

La competencia es para Dromi “la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legitimante.” (Dromi, Derecho Administrativo - Tomo I, 2015, pág. 447), así mismo, es interesante explicar que en el Derecho Privado la competencia es igual que la capacidad, sin embargo, “Mientras que en el Derecho Privado la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, en el Derecho Público la competencia es la excepción y la incompetencia la norma.” (Dromi, Derecho Administrativo - Tomo I, 2015, pág. 448)

La unidad técnica de adopciones actúa con competencia según lo previsto en el CNA, por lo que, puede emitir tal acto con los efectos dañinos que genera la negativa de solicitud de adopción.

5.1.2. El Objeto. –

El objeto comprende:

“Las materias que necesariamente forman parte del acto y sirven para individualizarlo (contenido natural), las cuestiones mandadas a contener por imperio de la ley (contenido implícito) y las cláusulas que la voluntad estatal puede introducir adicionalmente en forma de condición, término y modo (contenido eventual)” (Dromi, Derecho Administrativo - Tomo I, 2015, pág. 454)

El objeto es el contenido del acto, es decir, sobre lo que el acto decide, obviamente tiene que ser posiblemente jurídico, el acto que es materia de análisis de nosotras es la negativa y según lo comentado sobre lo que se decide es que a criterio del MIES el o los solicitantes no son idóneos para adoptar.

El objeto según Dromi:

“(…) no debe ser prohibido por la normativa jurídica. La ilegitimidad del objeto puede resaltar de la violación a la Constitución, a un tratado, a la ley, a un reglamento, circular, contrato, acto administrativo anterior estable e incluso a la moral y las buenas costumbres.” (Dromi, Derecho Administrativo - Tomo I, 2015, pág. 455)

No se debe olvidar que, existe un Instrumento Internacional ratificado por el Ecuador y esta es la *“Convención sobre Derechos del Niño, la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores”* (OEA, 1984), es así que, en este instrumento se regulan las competencias, especificaciones y definiciones que deben ser tomadas en cuenta por el MIES al momento de emitir sus actos administrativos de conformidad con la ley.

5.1.3. Voluntad. –

La voluntad se explica como:

“Forman la voluntad administrativa, elementos subjetivos (intelectivos de los órganos-individuos) y objetivos (normativos procesales). Así, la voluntad del acto administrativo está compuesta por la voluntad subjetiva del funcionario y la voluntad objetiva del legislador. Por ello, los vicios de la voluntad pueden

aparecer en la misma declaración, en el proceso de producción de dicha declaración y en la voluntad intelectual del funcionario que produjo la declaración.” (Dromi, Derecho Administrativo - Tomo I, 2015, pág. 456)

La voluntad se ve implícita en el acto administrativo de negativa de solicitud de adopción cuando la Unidad Técnica de Adopciones emite su acto escrito, el autor antes cita explica también que el acto debe ser razonable: “El acto administrativo es irracional y, por tanto, arbitrario cuando el objeto es absurdo, contradictorio o desproporcionado.” (Dromi, Derecho Administrativo - Tomo I, 2015, pág. 458), es fundamental que el acto sea proporcional, es decir, que el acto emitido por el MIES debe guardar consonancia entre los atributos proporcionados por él o los solicitantes y requisitos exigidos por la ley y la decisión de aprobar o negar la solicitud.

El acto debe ser razonable, indicando que elementos de hecho y derecho han considerado para adoptar tal decisión, es decir, los fines que justifican las normas aplicadas al caso en particular.

5.1.4. Procedimiento. –

El procedimiento; este elemento trata exclusivamente de: “(...) respetar, de acuerdo lo manda el ordenamiento jurídico, el modo de su exteriorización.” (Dromi, Derecho Administrativo - Tomo I, 2015, pág. 463), esto es, respetar el proceso que ha sido previsto por la norma para la emisión del acto, el agente público no puede saltarse u omitir una fase que ha sido prevista previo a la emisión del acto, con el debido procedimiento se está garantizando la seguridad jurídica.

5.1.5. Motivación. –

Y, por último, pero el más importante acto es la motivación, Dromi expone que:

“La motivación del acto, es decir, las razones de hecho y de derecho que dan origen a su emisión, aclaran y facilitan la recta interpretación de su sentido y alcance, por constituir un elemento esencial del mismo. Esta justificación del dictado del acto despeja toda presunción de arbitrariedad y se instituye como garantía jurídica y como garantía de eficiencia de la acción administrativa.” (Dromi, Derecho Administrativo - Tomo I, 2015, pág. 466)

Es decir, en este elemento se puede verificar si el acto ha sido discrecional o arbitrario y, por tanto, si es posible su anulación mediante la aplicación de los recursos administrativos o acciones judiciales, de esto último Ortega manifiesta que:

“La motivación es una exigencia para la transparencia. De esta manera, se ejerce el control jurídico a través del escrutinio social tanto de la misma Administración, por medio de los recursos administrativos, como de la vía judicial, a través de la jurisdicción contencioso administrativa. Puede suceder que el acto afecte a derechos subjetivos fundamentales.” (Ortega Cárdenas, 2020, pág. 67)

Por último, Cassagne explica que: “la motivación comprende la exposición de las razones que han llevado al órgano a emitirlo y, en especial, la expresión de los antecedentes de hecho y de derecho que preceden y justifican el dictado del acto.” (Cassagne, El Acto Administrativo - Teoría y Régimen Jurídico , 2013, pág. 191)

Este es uno de los elementos esenciales que se puede cuestionar en la emisión del acto administrativo de negativa de solicitud de adopción, pues el MIES deberá explicar porque él o los solicitantes no son idóneos para adoptar, sobre todo en lo que respecta a los requisitos de salud física y mental y recursos económicos indispensables.

6. Derechos subjetivos de los solicitantes de adopción. –

Como se explicó en páginas anteriores, la actividad administrativa está sujeta al escrutinio público, Benalcázar explica que: “La actividad administrativa está sometida a dos grandes medios de control jurídico, los cuales son, al mismo tiempo, trasunto de garantía al procedimiento administrativo que incluye un sistema de reclamaciones, recursos y el proceso.” (Benalcázar Guerrón, 2007, pág. 77)

El acto administrativo es preciso que sea notificado para que él o los solicitantes puedan generar su impugnación. Dentro de ese acto se verá implícito cuales son los derechos subjetivos que les han sido lesionados.

Dromi explica que:

“El proceso que nos ocupa pretende solucionar según Derecho los conflictos que se producen con ocasión del ejercicio de la Función Administrativa, y resolver las pretensiones que se formulen respecto de las decisiones, disposiciones y actos administrativos, emanados por los órganos que desempeñan o pueden desempeñar dicha función.” (Dromi, Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública , 1980, pág. 159)

Es menester explicar brevemente que tipo de acción contenciosa administrativa es la correcta para impugnar el acto de la negativa de solicitud de adopción.

Dentro de nuestra norma procesal el legislador ha previsto una acción para la tutela de los derechos subjetivos de un administrado, es así que, la norma procesal en su apartado 300, manifiesta que: “(...) la acción tiene por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos y actos administrativos (...)” (COGEP, 2015)

La acción subjetiva o de plena jurisdicción gira su pretensión procesal en torno a “(...) la tutela de un derecho subjetivo que el demandante alega que se ha negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente.” (Benalcázar Guerrón, 2007, pág. 186), para el efecto, la doctrina dice que: “En este tipo de proceso evidentemente, es exigencia ineludible que el actor invoque en su favor un derecho subjetivo, pues se trata de una vía procesal que tiene a su protección.” (Gordillo, 1998, pág. 12)

7. Impugnación administrativa del acto administrativo de la negativa de solicitud de adopción. –

De conformidad con el aparatado 169 del CNA, prevé que: “En caso de que la solicitud de adopción sea negada por la respectiva Unidad Técnica de Adopciones, el solicitante podrá interponer recurso administrativo ante el Ministro de Inclusión Económica y Social.” (CNA, 2002), para el efecto existen dos recursos administrativos previstos en el COA, el de Apelación y el Extraordinario de Revisión.

Impugnar, es un sinónimo de objetar o contradecir, para Mazón el impugnar significa “expresar a la autoridad nuestra inconformidad; el reparo que una

persona tiene respecto de la actuación o decisión de una autoridad pública con el objetivo último de conseguir que se deje sin efecto o se modifique la actuación.” (Mazón San Martín, Ensayos críticos sobre el COGEP, 2020, pág. 34)

Farid Villacís explica que: “el que exista una vía a través de la cual el ciudadano pueda solicitar a la Administración Pública que reconsidere el criterio que vertió en el acto administrativo, si el ciudadano lo considera equivocado tendrá que fundamentarlo.” (Villacís, 2021, pág. 67)

A su vez, Morales explica que: “(...) en lo concerniente al ejercicio de las herramientas conferidas al administrado, para hacer valer sus derechos en sede administrativa, concibe al sistema de recursos contra los actos y disposiciones emanados de la Administración.” (Morales Tobar, 2011, pág. 442)

Así mismo, la doctrina española amplía el concepto considerando a la impugnación administrativa como: “un segundo círculo de garantías, puesto que permite a los administrados reaccionar frente a los actos y disposiciones lesivos a sus intereses y obtener, eventualmente, su anulación, modificación o reforma.” (García de Enterría, 2005, pág. 452), es así que, el cuerpo normativo ha previsto dos tipos de recursos administrativos.

7.1. Recurso de Apelación en sede administrativa del acto administrativo de la negativa de solicitud de adopción. -

“Es un recurso ordinario, vertical o jerárquico, también conocido como recurso de alzada, porque lo debe conocer y resolver el órgano jerárquico superior a aquel que dictó el acto administrativo impugnado.” (Aguilar & Chiriboga, 2019, pág. 215)

Para el efecto, el acto que se impugna es la negativa de solicitud de adopción, es importante mencionar que este recurso evita que se acumulen casos en los Tribunales, sin embargo, la realidad es que hasta hoy en día no han existido ciudadanos que cuestionen este acto por vía judicial, en parte es porque no se encuentra claro quién es el Juez competente para conocer esta acción, situación que será de análisis en el punto 8 de esta investigación.

Es un derecho el impugnar una resolución con la que un ciudadano no se encuentra de acuerdo, es así que: “es connatural a la persona y que deviene en fundamento básico y suficiente para que un individuo que considere que una actuación pública se encuentra errada, pueda buscar su corrección por medio de una impugnación.” (Mejía Salazar, 2013, pág. 12)

Este recurso, si bien lo conoce la máxima autoridad del MIES, esto no quiere decir que se trata de un medio impugnatorio que será imparcial, ya que, dentro de la misma Institución se resuelve el recurso, aquí más se trata de que la administración reconsidere el acto.

El requisito subjetivo para impugnar un acto es la capacidad de él o los solicitantes, se debe encontrar el sujeto activo del recurso en posibilidad para impugnar el acto, de conformidad con el apartado 224 del COA, el término para interponer este recurso es de 10 días, también tiene que haber estado participando en el procedimiento administrativo, debe tener un interés legítimo y directo para poder impugnar el acto.

El agravio es el punto fundamental que sufre el recurrente, en el presente caso el agravio de el o los solicitantes es que tal negativa mutila su posibilidad de poder continuar con el proceso de adopción, pero es menester mencionar que no hay un menor de por medio aquí, es decir, todavía es una mera expectativa aun para los solicitantes que continúen con el proceso.

Sin embargo, aun así se vulneran los derechos subjetivos de los solicitantes ya que, el MIES debe explicar porque no son idóneos para adoptar, los requisitos de salud y solvencia son tan ambiguos que dan un marco de discrecionalidad tan amplio a los agentes públicos para que puedan emitir una resolución de negativa casi sin motivar, el aspecto de la salud podría ser la más mínima condición y en el caso de la solvencia podría suponer la interpretación subjetiva de que son las necesidades básicas de un menor para el MIES.

La fundamentación de este recurso debe presentarse al momento en el que se lo interpone y si existe una técnica jurídica en Derecho para la fundamentación de un recurso administrativo, Villacís explica que: “(...) es importante considerar que, al ser ordinario, no requiere una fundamentación específica, pues rige el principio legal de informalismo.” (Villacís, 2021, pág. 73)

Otro principio fundamental es uno que también rige para los procesos judiciales, el llamado *Reformatio In Peius*, previsto en el COA en el apartado 223, así lo explica el autor antes citado en su obra:

“Esto quiere decir, que la situación de la persona que impugna el acto administrativo no puede agravarse, por lo que la Administración Pública tendrá el deber de resolver sin generar un agravio o perjuicio mayor al que se encuentra en el acto administrativo impugnado.” (Villacís, 2021, pág. 74)

Sin embargo, dentro de lo que se refiere al proceso administrativo de solicitud de adopción es cuestionable, ya que, en un escenario ficticio en donde los agentes del Estado no hayan considerado el que uno de los solicitantes tenía antecedentes penales y ya después llegan a conocer, tras la resolución de ese recurso, también se podría incorporar tal situación porque el espíritu de los recursos es el de: “permitir que no se lo castigue, sancione o perjudique al administrado por el simple hecho de ejercer su derecho a recurrir.” (Moreta Neira, 2019, pág. 230)

Es decir, el objetivo de un recurso es el derecho a recurrir, por lo que, así se imponga un gravamen más al momento de resolver el recurso, hay que tomar en consideración dos situaciones, la primera es que se le está garantizando el derecho a recurrir al resolverse el recurso y no imponerle ningún tipo de sanción, sin embargo, al momento de emitir tal resolución es imprescindible llevar implícita una situación tan importante, pues un solicitante que tenga antecedentes penales no puede adoptar, empero, también hay que mencionar que es ambiguo, el CNA que implícitamente prescribe como requisito para un solicitante el no de haber tenido penas por delitos con reclusión, es decir, delitos con una pena superior a los 5 años.

Pero si el delito ha sido superior a 5 años y no se hizo constar en la resolución que se impugna, a nuestro criterio se lo debe hacer constar en la resolución del recurso, ya que, por un lado, se trata de un requisito explícito en la ley y, por otro lado, hay que recordar que potencialmente se trata de asignar en adopción un menor de edad al cuidado de esa persona solicitante.

7.2. Recurso extraordinario de Revisión del acto administrativo de la negativa de solicitud de adopción. –

El entendido Español García de Enterría define a este recurso como: “más que un recurso propiamente dicho, un remedio excepcional frente a ciertos actos que han ganado firmeza, pero de cuya legalidad se duda en base a datos o acontecimientos sobrevenidos con posterioridad al momento en que fueron dictados.” (García de Enterría, 2005, pág. 552)

En el COA este recurso está previsto en el apartado 232, para su procedencia Secaira explica que es necesario:

“(…) está restringida a aquellos casos en los cuales se justifique que los actos impugnados adolecen de errores jurídicos y facticos; esto es no respondan a su verdad material y objetiva; cuando existan hechos supervinientes de tanta importancia que afecten su esencia; cuando los documentos o informaciones que sirvieron de base para que se emita el acto hayan sido declarados en vía judicial; o cuando el acto se hubiere expedido para el cometimiento de un delito; entre otros.” (Secaira Durango, 2004, pág. 280)

Efraín Pérez, explica que la procedencia de este recurso, es así que este recurso: “(…) cabe en actos administrativos que han causado estado; y la norma administrativa anterior (ERJAFE) determinaba que correspondía cuando el acto administrativo era firme.” (Pérez, 2019, pág. 154)

El mismo autor explica que son los actos que han causado estado y los actos firmes:

“son aquellos que ya no pueden recurrirse en la vía administrativa, aunque si en la vía judicial contenciosa (...) los actos administrativos firmes no son impugnables en ninguna vía, ni administrativa ni judicial. Pero el Recurso Extraordinario de Revisión se puede interponer contra actos que han causado estado y actos firmes (...)” (Pérez, 2019, pág. 60)

Este recurso es plenamente aplicable para la revisión del acto de negativa de solicitud de adopción que haya causado estado, la procedencia del recurso va a depender de cada caso en particular, explicando el error de hecho, de derecho o de las demás causales previstas en el COA.

Hay que tomar en consideración las causales de este recurso, al analizarles se podrá ver la procedencia del mismo.

La primera causal se trata del error de hecho, “(...) siempre que el error de hecho resulte de los propios documentos incorporados al expediente.” (COA, 2017), un claro ejemplo es la mala valoración por parte del MIES de un documento entregado por los solicitantes de adopción, es decir, si se consideró que el o los solicitantes no están en la edad para adoptar (25 años) y se emitió la negativa, sin embargo, de los documentos se desprendía que el o los solicitantes tenían 25 o más, se trataría de un error de hecho.

En la segunda causal se trata de un error de derecho, “(...) que afecte la cuestión de fondo” (COA, 2017), un particular de derecho interesante sería la discriminación de una persona homosexual sola que quiera adoptar, es decir, la norma fundamental es explícita y excluyente al mencionar que la adopción solo le corresponde a “parejas” de diferentes sexos, sin embargo, bien podría una persona sola homosexual solicitar la adopción y el MIES equivocadamente negarle por su orientación sexual; es así que, estamos frente a un error de derecho pues, la norma fundamental dice “parejas” y el ente público estaría transgrediendo la igualdad.

Otro supuesto interesante es el requisito para los solicitantes de no contar con antecedentes penales con delitos sancionados con “reclusión”, recordemos que tal palabra ya no existe en la norma penal, pero el COIP ha explicado en su apartado 541 que: “Para efectos de este Código, de conformidad con la Constitución, se entenderán como delitos de reclusión todos aquellos sancionados con pena privativa de libertad por más de cinco años (...)” (COIP, 2014), por lo que, bien podría solicitar una persona o pareja la adopción siempre y cuando no haya tenido un antecedente penal con una pena superior a los 5 años y si el MIES considera negarle en base a un antecedente penal sancionado con menos de 5 años, estaríamos frente a un error de derecho.

El tercer supuesto es la aparición de nuevos documentos que hubieran influido sustancialmente en la resolución de negativa, “(...) siempre que haya sido imposible para la persona interesada su aportación previa al procedimiento” (COA, 2017), en este escenario pensemos en que el MIES adoptó la decisión de negar la solicitud por considerar que no se encontraba la persona solicitante con una salud óptima, empero, el o los solicitantes esperaban el diagnóstico de un

médico especialista y al no contar con ese documento a tiempo se les negó la solicitud.

La cuarta causal corresponde a la influencia de “(...) actos declarados nulos o documentos o testimonios declarados falsos.” (COA, 2017), para este supuesto, podríamos considerar un documento falso incorporado al proceso de adopción, bien podría ser que se le declaró insolvente a un solicitante en base a un título ejecutivo falso y al descubrirse la realidad, el solicitante pueda interponer este recurso, pues uno de los requisitos para la adopción es contar con medios económicos indispensables para garantizar al menor su sustento básico.

La quinta y última causal, requiere que: “(...) la resolución se haya dictado como consecuencia de una conducta punible y se haya declarado así en sentencia judicial ejecutoriada.” (COA, 2017), bien podría ser, aunque reconocemos que es un ejemplo extremo que, el servidor de MIES haya favorecido a otra persona o pareja para que pase a la siguiente fase y no a otra persona o pareja porque fue sobornado para así hacerlo, lo que constituiría en concusión o tráfico de influencias, por lo que, estaríamos frente a esta causal.

8. Conflicto de competencia sobre el conocimiento en la impugnación judicial del acto administrativo de la negativa de solicitud de adopción. –

Antes de entablar la impugnación judicial y la parte medular en la que se genera el conflicto de competencia, es preciso comentar sobre dos puntos fundamentales; la jurisdicción y la competencia.

8.1. La jurisdicción. –

La jurisdicción según lo explica el COFJ en su apartado 150 es: “(...) potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (...)” (COFJ, 2009), tal potestad de juzgar lleva sobrentendida la competencia, recordemos que los Jueces son competentes de acuerdo al grado, a las personas, al territorio y es el último lo que nos interesa: la materia.

La jurisprudencia explica la diferencia entre jurisdicción y competencia:

“La jurisdicción es una función pública, parte de la soberanía del Estado que garantiza o precautela la observancia del derecho. Es una actividad

complementaria o sucedánea de la legislativa. Mediante ella el mandato general y abstracto de la ley deviene en particular y concreto.

La jurisdicción se ejerce mediante órganos del poder público. En vista de que un solo órgano jurisdiccional no puede ejercer sus funciones sobre todos los asuntos que se promueven en el país, la Constitución y la ley han creado una multiplicidad de órganos, entre los cuales se ha distribuido el ejercicio de esa jurisdicción, señalándoles la medida o delimitándose con precisión el ámbito de aquel ejercicio, que es la competencia; la jurisdicción es, pues, la función, la competencia el límite del ejercicio de esta función.” (Resolución 250-98, 1998)

Todo Juez tiene jurisdicción, pero la ejerce con límite, es decir, todo Juez tiene jurisdicción, pero no tiene una competencia absoluta.

Devis explica que la jurisdicción es:

“En un sentido estricto, por jurisdicción la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial. Tiene por fin la realización o declaración del derecho y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico, mediante la aplicación de la ley en los casos concretos para obtener la armonía y la paz social.” (Devis Echandía, 1984, pág. 95)

Estamos claros en que los jueces tienen la facultad de dirimir controversias y dentro de nuestra investigación existe una polémica sobre la negativa de solicitud de adopción, la inconformidad de un administrado respecto de ese acto administrativo que será sometido al escrutinio de un juzgador, pero no de cualquier juzgador.

8.2. La competencia. –

Navas explica que la competencia es:

“El presupuesto del proceso consistente en la cualidad de un Juez que le permite o le exige conocer válidamente determinados asuntos y tener preferencia legal respecto de otros órganos jurisdiccionales para conocer de un litigio. Cualidad que se posee como consecuencia de la aplicación de un conjunto de criterios que constan en la norma legal.” (Navas Tapia, 2019, pág. 132)

Si bien el COFJ prevé en su apartado 234 las atribuciones de los Jueces de familia y lleva implícito que toda controversia judicial relacionada con menores es jurisdicción exclusiva de tales juzgadores, obviamente la adopción es un tema

propio del Derecho de Familia y por tanto correspondería a tales juzgadores la competencia.

“Las Juezas y Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia conocerán y resolverán, en primera instancia, las siguientes causas:

4. Todo lo relativo a los derechos de niños, niñas y adolescentes de conformidad con la Constitución de la República, los convenios internacionales, el Código de la Niñez y la Adolescencia y más disposiciones legales vigentes (...)” (COFJ, 2009)

Esto para nosotras se explica por una situación jurídica de especialidad, es decir, los Jueces de Familia están con su formación orientados para tratar temas relacionados con el libro primero de la Norma Civil, por lo que, son los Jueces más adecuados para conocer este tipo de controversias.

Sin embargo, tal facultad del Juzgador por la especialidad en la materia no es en este particular tan determinante, la razón aquí es que, si revisamos todo el proceso administrativo de la adopción, nos damos cuenta que, solo a partir de la etapa de asignación se involucran los derechos de un menor, pero en la negativa de solicitud de adopción no están implícitos los derechos de ningún menor, sino más bien solo derechos subjetivos de los solicitantes.

De lo explicado en el punto de los derechos subjetivos de los solicitantes, dependiendo de cada caso en particular se va a establecer en las acciones los derechos que han sido vulnerados.

La acción contencioso administrativa pertinente para este caso es la acción subjetiva o de plena jurisdicción, esta acción judicial es:

“(...) la facultad que tiene todo sujeto activo para solicitar al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo el ejercicio del poder jurisdiccional, cuando sus derechos o intereses sean afectados directamente por una autoridad del sector público como consecuencia de una decisión administrativa.” (Jaramillo Ordoñez & Jaramillo Luzuriaga, 2016, pág. 117)

Esta acción está prevista en el apartado 306, numeral 1 de nuestra norma procesal jurisdiccional, prescribe lo siguiente:

“Oportunidad para presentar la demanda. Para el ejercicio de las acciones contencioso tributarias y contencioso administrativas se observará lo siguiente:

1. En los casos en que se interponga una acción subjetiva o de plena jurisdicción, el término para proponer la demanda será de noventa días, contados a partir del día siguiente a la fecha en que se notificó el acto impugnado.” (COGEP, 2015)

Este recurso judicial tiene por objeto fundamental el amparar un derecho subjetivo presuntamente vulnerado, en el caso que nos ocupa a nosotras es preciso explicar que, hasta el día de hoy aún no se ha propuesto una acción de esta naturaleza.

El primer punto considerable es que, si bien no cabe duda que es un acto administrativo lo que se va a impugnar judicialmente, no es menos cierto que, en nuestro país, existen algunos actos administrativos que no son de conocimiento judicial de los Señores Jueces de lo Contencioso Administrativo.

Es así que, mediante dos resoluciones el máximo organismo de administración de justicia ordinaria del país ha expresado que existen algunos actos administrativos que no son de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa, por un criterio de especialidad de la materia.

La Corte resolvió dar competencia a los Jueces de Familia y Civil para que puedan conocer las causas en las cuales por la emisión de un acto administrativo de entidades públicas específicas (Registro Civil y Registro de la propiedad), es así que, mediante resolución 04-2015 la Corte dispuso que los actos que deriven de controversias de los actos emitidos por los Registradores, como bien podría ser una negativa de inscripción, es competencia de los Señores Jueces de lo Civil, en razón de que no existen los elementos subjetivo y objetivo para que puedan ser considerados procesos contenciosos administrativos.

Sin embargo, no es tan clara la resolución, es así que dentro del proceso 0972-2015, en voto salvado el Juez nacional Ojeda, explica de mejor manera por qué un Juez de lo Civil debe conocer este tipo de actos administrativos.

“Pero discrepo con la fundamentación dada en el punto 2.6. del auto de mayoría, que no es aplicable al presente caso. Toda vez dicho Juez no es competente para conocer y resolver la presente causa en razón de la Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia No. 04-2015, publicada en el Registro Oficial, Suplemento, No. 513 de 2 de junio de 2015; sino que es competente en razón de lo dispuesto en el artículo literal a) de la Ley de Registro (...)

Por tanto, evidentemente, es la jurisdicción civil la competente para resolver respecto a las negativas de inscripción que realicen los Registradores de la Propiedad del país; pues si la o el Juez de lo Civil negare a su vez la inscripción, el interesado podría interponer el correspondiente Recurso de Apelación para ante la Corte Provincial correspondiente; trámite éste que no cabría en la jurisdicción contencioso administrativa, al ser los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo de instancia única no siendo sus superiores jerárquicos las Cortes Provinciales del país.” (Voto salvado del Proceso No. 0972-2015, 2016, pág. 11)

Es decir, el juzgador se basa en la norma que prevé el recurso de alzada para dirimir la competencia hacia la Unidad Civil.

Ahora bien, respecto de los actos que más nos interesan para la investigación que nos ocupan, son los emitidos por el Registro Civil, y la importancia reside en que, estos actos los conocen los Jueces de Familia.

La Corte en este particular ha sido expresa, ya que, mediante resolución 03-2014, dio competencia exclusiva a los Jueces de Familia y prescribió lo siguiente: “La competencia para el conocimiento y resolución de las acciones por negativa a la inscripción tardía de nacimientos, matrimonios y defunciones, así como las de reforma o rectificación y la de anulación de partida de estado civil.” (Pleno de la CNJ, 2014, pág. 2)

Por algún tiempo se planteó algunos procesos en la jurisdicción contenciosa, pero los Juzgadores tuvieron la decisión de inhibirse, un ejemplo claro es el proceso contencioso 01802-2014-0040G.

La señora MARIANA DE JESÚS QUITO PIZARRO, presenta acción contencioso administrativa en contra del Registro Civil impugnando el acto administrativo de negativa de rectificación de la Inscripción de la Defunción de su madre Mercedes Teresa Pizarro Tigsi, en el sentido de que a la fallecida le corresponde el primer nombre de María y el lugar de fallecimiento es Totoracocha y no como consta.

Los jueces motivaron su inhibición de la siguiente manera:

“SEXTO. - El literal k) del artículo 76 de la Constitución de la República establece como una de las garantías al Derecho a la Defensa que corresponde a las personas a ser juzgadas por “una Jueza o Juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de

excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto. SÉPTIMO. - El artículo 129 del Código Orgánico de la Función Judicial que consagra las facultades y deberes genéricos de las juezas y jueces, en su numeral 9 en forma expresa prescribe: "...9. En cualquier estado de la causa, las juezas y jueces que adviertan ser incompetentes para conocer de la misma en razón del fuero personal, territorio o los grados, deberán inhibirse de su conocimiento, sin declarar nulo el proceso y dispondrán que pase el mismo al Tribunal o Jueza o Juez competente a fin de que, a partir del punto en que se produjo la inhibición, continúe sustanciando o lo resuelva. Si la incompetencia es en razón de la materia, declarará la nulidad y mandará que se remita el proceso al Tribunal o Jueza o Juez competente para que dé inicio al juzgamiento, pero el tiempo transcurrido entre la citación con la demanda y la declaratoria de nulidad no se computarán dentro de los plazos o términos de caducidad o prescripción del derecho o la acción. De la transcripción realizada es evidente, que ésta Sala tiene la facultad, para en cualquier momento procesal, al establecer que no le corresponde el conocimiento de una causa, inhibirse del mismo. Por las consideraciones expuestas está Segunda Sala del Tribunal Distrital Contencioso Administrativo Nro.3 con Sede en Cuenca se inhibe del conocimiento de la causa en razón de la materia y declara la nulidad de todo lo actuado por esta Sala a partir del Auto de fecha 09 de julio de 2014, a las 08h05. Una vez ejecutoriado el presente Auto, remítase el proceso a la Sala de Sorteos de la Corte Provincial de Justicia del Azuay a fin de que mediante el sorteo correspondiente se determine la Jueza o Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, al que corresponda el conocimiento de la presente causa, conforme a lo dispuesto en la Resolución No. 03-2014 de la Corte Nacional de Justicia de 11 de junio de 2014, publicada, en el Registro Oficial No. 295 el a 23 de julio de 2014, que motiva esta inhibición." (Proceso Contencioso Administrativo 01802-2014-0040G, 2014)

En consecuencia, los jueces no pudieron continuar con la tramitación de la causa y enviaron a un Juzgador de la Unidad de Familia, esto por constituir competencia de la justicia de carácter civil personas.

Mazón en su obra expone:

"La competencia, puede ser definida de manera sencilla como el fragmento o porción del poder jurisdiccional, que puede ser ejercida por un Juez, Tribunal u Órgano Jurisdiccional; ningún Juez, entonces, tiene jurisdicción absoluta ni facultad para juzgar a todas las personas, en todas las circunscripciones territoriales, materias y grados." (Mazón San Martín, Ensayo críticos sobre el COGEP - Tomo II, 2020, pág. 106)

Ahora bien, que es lo interesante para esta investigación, la respuesta es que, para el conocimiento judicial de la impugnación de la negativa de solicitud de adopción, estaría presente en primer momento que la competencia por un criterio de especialidad recaería en un Juzgador de la Familia, pues la adopción como figura del Derecho de Familia estaría dentro de la órbita de especialidad de un Juez de Familia, esto según se ha podido apreciar dentro de toda la investigación sobre la adopción.

Sin embargo, nosotras ponemos en consideración que, si bien se trata de un tema de adopción, aun es abstracto, es decir, no existe de por medio un menor, luego cuando se llegue a la fase de asignación ya habrá un menor involucrado, mientras tanto es una mera expectativa la aprobación o no de la solicitud de adopción y aun con la asignación no es segura la obtención de la adopción, pero en ese momento ya existen los derechos del menor.

El apartado 172 del CNA, prevé la asignación como: “(...) la decisión del Comité de Asignación Familiar, expresada mediante resolución administrativa, por la cual se asigna una familia adecuada a determinado niño, niña o adolescente, según sus necesidades, características y condiciones.” (CNA, 2002), por lo que, ya se ve incluido un menor asignado, ya incluye los derechos de un niño y si bien se lo hace mediante acto administrativo, esto no sería de competencia de un Juez de lo Contencioso Administrativo pues ya se involucra a un menor de por medio.

En cambio, en la negativa de solicitud de adopción, aun no se incluye a un menor, sino únicamente se va a establecer la idoneidad de los solicitantes para entrar a tratar de superar las etapas de asignación y emparentamiento, es así que, en la negativa de solicitud de adopción solo existen derechos subjetivos de los solicitantes.

Por lo que, a nuestro criterio esto responde a un proceso contencioso administrativo y no de familia, es así que, se debe tramitar esta controversia ante los Señores Jueces de lo Contencioso Administrativo y aún más otro punto a favor de que el conocimiento sea un tema contencioso es que, es más complicado que un Juez de Familia pueda analizar con criterio los elementos

esenciales de un acto administrativo y además analizar el margen de discrecionalidad que tiene un agente público para emitir un acto.

El Juez tiene que analizar la discrecionalidad, Fernández explica que: "(...) se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso y no meramente de una calidad que lo haga inatacable." (Fernández Rodríguez, 1999, pág. 87), de modo que, el Juez debe analizar puramente el Derecho Administrativo.

Los derechos subjetivos que pueden ser vulnerados con este acto son varios, bien podría ser: el debido proceso, seguridad jurídica, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, etc. Esto va a variar según el caso, pero fundamentalmente se analizará la legalidad de un acto administrativo.

El recurso subjetivo sería el ideal para este tipo de acto, al respecto Secaira manifiesta que: "(...) el recurso subjetivo sirve no solo para eliminar de la vida jurídica de la resolución administrativa impugnada contraria al ordenamiento jurídico, sino para que los derechos de los administrados sean debidamente reconocidos." (Secaira Durango, 2004, pág. 252), este recurso tiene aquí por exigir a la administración encargada de las adopciones que apliquen correctamente la valoración de los requisitos para ser candidato a adoptante, de esta manera el Estado no solo está dando vigencia a los derechos de los ciudadanos, sino también y más importante le está dando la oportunidad a un menor de poder tener una familia.

9. CONCLUSIONES

La familia es un concepto que nunca se acaba de completar, la ley debe actualizarse para garantizar todos los tipos de familia, atendiendo a los lazos afectivos de los integrantes de una familia, así también la filiación dentro de la familia juega un papel jurídico fundamental para legalizar a cada integrante de la familia; el Estado ecuatoriano aún no ha logrado estar a la vanguardia de la filiación moderna, este tópico es imprescindible para comprender la adopción.

La adopción es una medida de protección al menor de ultima ratio que se encuentra regulada por el Estado en el CNA y aplicada por el MIES, este ente rector de la adopción tiene en su poder la decisión de considerar la idoneidad de el o los solicitantes, la asignación de un menor y el emparentamiento, finalizando la etapa administrativa.

Los recursos administrativos previstos en el COA son plenamente aplicables dentro la Impugnación Administrativa del acto de negativa de solicitud de adopción.

Dentro de la normativa sobre la adopción en el CNA, el único acto administrativo que puede ser impugnado en lo Contencioso Administrativo es la negativa de solicitud de adopción, ya que, constituye únicamente los derechos subjetivos de los solicitantes pues no existe aún un menor involucrado.

Lo ideal es que esta controversia que se planteó en nuestra investigación sea conocida por un Juez de lo Contencioso Administrativo, ya que, son los más especializados para revisar la legalidad de un acto administrativo.

10.RECOMENDACIONES

- El Estado ecuatoriano debería incluir dentro de los procesos de adopción a las parejas homosexuales, pues no existe una lógica que las parejas heterosexuales tengan una exclusividad si hoy en día estos dos tipos de parejas tienen los mismos derechos y obligaciones, naturalmente se debe respetar el procedimiento para reformar la Constitución, esto a través del Parlamento.
- El Estado debería regular la filiación, en especial frente a la maternidad subrogada y las parejas del mismo sexo, se corre el riesgo de que clandestinamente se estén dando estas situaciones sociales sin control alguno, produciéndose adopciones sin la vigilancia del MIES.
- Si el Estado pretendiera darle la competencia a los Jueces de Familia para que conozcan la impugnación de la negativa de solicitud de adopción, debería incorporarse a la legislación que atañe a la adopción tal competencia o también la CNJ podría hacerlo mediante resolución.
- Mas allá de la competencia consideramos necesario que mediante Acuerdo Ministerial se expida un acto normativo para limitar la discrecionalidad de los agentes del MIES para la emisión de sus actos administrativos.

11. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, J. P., & Chiriboga, V. (2019). *Estudios sobre el Código Orgánico Administrativo*. Quito : Jurídica Cevallos.
- Benalcázar Guerrón, J. C. (2007). *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*. Quito : Fundación Andrade & Asociados.
- Bobbio, N. (1997). *Diccionario de Política*. México DF: Siglo Veintiuno Editores.
- Bossert, G., & Zannoni, E. (1985). *Régimen legal de filiación y patria potestad*. Buenos Aires : Astrea.
- Bossert, G., & Zannoni, E. (1999). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Astrea.
- Cassagne, J. C. (2013). *El Acto Administrativo - Teoría y Régimen Jurídico*. Bogotá : Temis.
- Cassagne, J. C. (2018). *Los grandes principios del Derecho Público*. Bogotá: Temis.
- CC. (2005). Código Civil Ecuatoriano, CC. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial del Ecuador.
- CNA. (03 de enero de 2002). Código de la Niñez y Adolescencia. Quito , Pichincha, Ecuador : Registro Oficial 737.
- COA. (Abril de Julio de 2017). Código Organico Administrativo . Quito , Pichincha , Ecuador : Registro Oficial Suplemento 983 .
- Coello García, H. (2006). *Teoría del Negocio Jurídico*. Cuenca: Universidad del Azuay .
- Coello García, H. (2010). *Contratos - Tomo I*. Cuenca : Fundación Chico Peñaherrera.
- COFJ. (03 de Marzo de 2009). Código Orgánico de la Función Judicial . Quito , Pichincha , Ecuador: Registro Oficial Suplemento 544 .

- COGEP. (22 de Mayo de 2015). Código Orgánico General del Procesos . Quito , Pichincha, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 506.
- COIP. (10 de Febrero de 2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 180 .
- Conferencia Episcopal Ecuatoriana . (28 de Julio de 2008). Pronunciamiento Público . Quito , Pichincha , Ecuador .
- Corral Talciani, H. (2002). *Adopción y Filiación adoptiva*. Santiago de Chile : Jurídica de Chile.
- CSJN - Caso Muller, 1991- B, 473 Y ED (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina 13 de Noviembre de 1990).
- de Torres de Perea, J. M. (2009). *Interés superior del Menor y Derecho de Familia*. Madrid : Iustel .
- de Torres Perea, J. M. (2006). Tratamiento del interés del menor en el Derecho Alemán . *Revista anuario de Derecho Civil, Tomo LIX, Fascículo II*, 684.
- Devis Echandía, H. (1984). *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Dromi, R. J. (1980). *Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública* . Bogotá : Temis.
- Dromi, R. J. (2015). *Derecho Administrativo - Tomo I*. Buenos Aires : Ciudad Argentina .
- Familia, Concepto y Origen, 10-18-CN/19 (Corte Constitucional de Colombia 1 de Abril de 2013).
- Fernández Rodríguez, T.-R. (1999). *De la Arbitrariedad de la Administración* . Madrid : Civitas.
- Fueyo Laneri, F. (1959). *Derecho Civil - Tomo IV*. Santiago de Chile : Universo.
- García de Enterría, E. (2005). *Curso de Derecho Administrativo - Tomo II*. Madrid: Thomson Reuters .

- García de Enterría, E., & Fernández, T. R. (2008). *Curso de Derecho Administrativo - Tomo I*. Madrid : Thomson Reuters.
- Gargarella, R. (2012). *La Justicia frente al Gobierno*. Quito : Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Gordillo, A. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo - Tomo I*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.
- Grijalva Jiménez, A. (2012). *Constitucionalismo en el Ecuador*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Grinfeld, G., & Racana, M. F. (1999). *El surgimiento de las nuevas voces. Una aproximación a las realidades Familiares en la postmodernidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Guerrero Celi, F. (2019). *Nueva visión del Derecho Administrativo* . Quito : Jurídica Cevallos.
- Jaramillo Ordoñez, H., & Jaramillo Luzuriaga, P. (2016). *La Justicia administrativa en el sistema oral - Segunda Edición*. Loja : Offset Grafimundo.
- Jiménez de Aréchaga, E. (1959). *Curso de Derecho Internacional Público*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Krasnow, A. (2015). *Tratado de Derecho de Familia - Tomo I*. Buenos Aires: Thomson Reuters.
- Krasnow, A. (2015). *Tratado de Derecho de Familia - Tomo III*. Buenos Aires: Thomson Reuters - La Ley.
- L. F. F. vs. S. C. O. s. Filiación, Juzg. Civ. en Fam. y Suc., Monteros, Tucumán (Corte Suprema de la Justicia de la Nación Argentina 07 de Febrero de 2020).
- Larrea Holguín, J. (1983). *Manual de Derecho Civil*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Larrea Holguín, J. (1998). *Manual de Derecho Internacional Privado* . Quito : Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Matrimonio de personas entre mismo sexo, 10-18-CN/19 (Corte Constitucional del Ecuador 12 de Junio de 2019).
- Matrimonio igualitario , 11-18-CN/19 (Corte Constitucional del Ecuador 12 de Junio de 2019).
- Mazón San Martín, J. L. (2020). *Ensayo críticos sobre el COGEP - Tomo II*. Quito: Legal group.
- Mazón San Martín, J. L. (2020). *Ensayos críticos sobre el COGEP*. Quito: Legal group.
- Mejía Salazar, A. (2013). *Los medios de impugnación ante el proceso y el procedimiento contemporáneo*. Quito : Ediciones Legales.
- Monroy Cabra, G. (2018). *Derecho Internacional Público* . Bogotá: Temis.
- Morales Tobar, M. (2011). *Manual de Derecho Procesal Administrativo* . Quito : Corporación de Estudios y Publicaciones .
- Moreno-Torres Sánchez, J. (2009). *La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español* . Pamplona : Aranzadi - Thomson Reuters.
- Moreta Neira, A. A. (2019). *Procedimiento administrativo y sancionador*. Quito : Ediciones Legalité.
- Navas Tapia, O. (2019). *Teoría General del Proceso* . Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- O'Donnell, D. (1990). *La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido*. Montevideo : Boletín del IIN.
- Obergefell vs Hodges, 576 U.S. 644 (Suprema Corte de los Estados Unidos de América 26 de Junio de 2015).
- OEA. (24 de Mayo de 1984). Convención sobre Derechos del Niño, la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores. La Paz, Bolivia: Organización de Estados Americanos.

- Ortega Cárdenas, F. (2020). *Nociones de Derecho Administrativo Ecuatoriano* . Quito : Kinnor.
- Oyarte Martínez, R. (2019). *Derecho Constitucional - Tercera Edición* . Quito : Corporación de Estudios y Publicaciones .
- Parraguez Ruiz, L. (2021). *Régimen Jurídico del Contrato* . Quito : Jurídica Cevallos .
- Pérez, E. (2019). *Manual de Derecho Administrativo*. Bogotá : Temis.
- Pleno de la CNJ. (11 de Junio de 2014). Resolución No. 03-2014.
COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO Y RESOLUCIÓN DE LAS ACCIONES POR NEGATIVA A LA INSCRIPCIÓN TARDÍA DE NACIMIENTOS, MATRIMONIOS Y DEFUNCIONES, REFORMA O RECTIFICACIÓN O ANULACIÓN DE PARTIDA DE ESTADO CIVIL.
Quito , Pichincha, Ecuador: Registro Oficial No. 295.
- Proceso Contencioso Administrativo 01802-2014-0040G, 01802-2014-0040G (Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca 04 de Septiembre de 2014).
- Real Academia Española. (1984). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Espasa Calpe.
- Resolución 250-98, 250-1998 - RO 319 (Corte Suprema de Justicia 23 de Marzo de 1998).
- Roudinesco, E. (2004). *La Familia en desorden*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Saltos, G. (2008). *Manual de Derecho Internacional Público* . Quito : Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Satya , 184-18 SEP-CC (Corte Constitucional 29 de Mayo de 2018).
- Secaira Durango, P. (2004). *Curso Breve de Derecho Administrativo*. Quito : Universitaria.
- Sentencia No. 131-15-SEP-CC, 0561-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 29 de Abril de 2015).

- Simon Campaña, F. (2020). *Manual de Derecho de Familia*. Quito : Jurídica Cevallos.
- Simon Campaña, F. (2021). *Introducción al Derecho*. Quito: Jurídica Cevallos.
- Somarriva Undurraga, M. (1963). *Derecho de Familia*. Santiago de Chile: Nascimento.
- Villacís, F. (2021). *La impugnabilidad de actos administrativos por medio del recurso de apelación: naturaleza jurídica y eficacia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Voto salvado del Proceso No. 0972-2015, Resolución 350-2016 (Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia 15 de Marzo de 2016).
- Zannoni, E. (1981). *Tratado de Derecho de Familia - Tomo II: Filiación, Estado Civil y Alimentos*. Buenos Aires : Astrea.
- Zannoni, E. (2002). *Derecho Civil. Derecho de Familia - Cuarta Edición*. Buenos Aires : Astrea.
- Zannoni, E. A. (2001). *Derecho de Familia - Tomo II*. Buenos Aires : Astrea.
- Zavala Egas, J. (2005). *Derecho Administrativo* . Guayaquil : Edino.

12. ANEXOS



Janneth Alexandra López Gualpa portador(a) de la cédula de ciudadanía N° **0105511679**; y **Gabriela Alexandra Martínez Ayora** portador(a) de la cédula de ciudadanía N° **1400967780**. En calidad de autor/as y titulares de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación **"CONFLICTO DE COMPETENCIA SOBRE EL CONOCIMIENTO EN LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE LA NEGATIVA DE SOLICITUD DE ADOPCIÓN "** de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconocemos 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. Autorizamos 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, **11 de julio de 2022**

F:

Janneth Alexandra López Gualpa

C.I. 0105511679

F: *Gabriela Martínez*

Gabriela Alexandra Martínez Ayora

C.I. 1400967780