



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TÍTULO DE ABOGADO

La adopción y la teoría tridimensional del derecho

TRABAJO DE TITULACIÓN

AUTOR: Neira Guerrero, Cristian Augusto

DIRECTOR: Jaramillo Valdivieso, Juan Andrés, Mgtr.

LOJA - ECUADOR

2019



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

2019

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Mgs.

Juan Andrés Jaramillo Valdivieso

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de titulación La adopción y la teoría tridimensional del derecho, realizado por Neira Guerrero Cristian Augusto, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, mayo 2019

f. _____

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo, Neira Guerrero Cristian Augusto, declaro ser autor del presente trabajo de titulación: La adopción y la teoría tridimensional del derecho, de la Titulación de Abogacía, siendo el Mgtr. Juan Andrés Jaramillo Valdivieso, director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

Autor: Cristian Augusto Neira Guerrero

Cédula: 1105794802

DEDICATORIA

Todo este esfuerzo está dedicado a mi Madre querida, que con su esfuerzo y amor ha sabido guiarme y apoyarme en todos los aspectos de la vida. A mi abuelita Lola y de manera muy especial en memoria de mi abuelito Augusto que hace poco nos dejaste, me supiste formar con el ejemplo de un gran padre, además de un gran catedrático universitario, algún día espero poder ser como tú, tus consejos, compañía y cariño me han dado fuerza y ánimos para llegar a este importante momento de mi vida. A Darío, mi hermano, ojalá algún día yo me convierta en fuerza para que pueda seguir avanzando en su camino. Y a toda mi familia en general que me ha brindado su apoyo incondicional y por compartir conmigo buenos y malos momentos.

AGRADECIMIENTO

En estas líneas quiero agradecer a todas las personas que hicieron posible esta investigación y que de alguna manera estuvieron conmigo en los momentos difíciles, alegres, y tristes. Estas palabras son para ustedes. A mi madre por todo su amor, comprensión y apoyo pero sobre todo gracias infinitas por la paciencia que me has tenido. No tengo palabras para agradecerte las incontables veces que me brindaste tu apoyo en todas las decisiones que he tomado a lo largo de mi vida, unas buenas, otras malas, otras locas. Gracias por darme la libertad de desenvolverme como ser humano.

A mis amigos. Con todos los que compartí dentro y fuera de las aulas. Aquellos amigos del colegio, que se convierten en amigos de vida, a María José mi compañera, y a aquellos que serán mis colegas, gracias por todo su apoyo y diversión.

De igual forma, agradezco a mi Director de Tesis Mgtr. Juan Andrés Jaramillo, que gracias a sus consejos y correcciones hoy puedo culminar este trabajo. A los Profesores que me han visto crecer como persona, y gracias a sus conocimientos hoy puedo sentirme dichoso y contento.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE TITULACIÓN	II
DEDICATORIA	IV
AGRADECIMIENTO	V
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	VI
RESUMEN	1
ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPITULO I. MARCO TEÓRICO	
1.1. Adopción	6
1.1.1. La adopción en la historia.	6
1.1.2. El Estado como garantista de los derechos de los menores.	8
1.1.3. La creación del vínculo entre personas.....	9
1.1.4. Necesidad de seguridad jurídica	11
1.1.4.1. Instituciones relativas a la familia.	11
1.1.4.2. Los hijos en relación con sus padres biológicos.	14
1.1.4.3. La edad	15
1.2. Teoría tridimensional del derecho	16
1.2.1. Construcción de la teoría.	16
1.2.2. Tridimensionalidad.....	18
1.2.2.1. Dimensión Fáctica	21
1.2.2.2. Dimensión Axiológica.	22
1.2.2.3. Dimensión Normativa	22
1.2.3. Forma de integración de las dimensiones.....	23
1.2.4. Fenomenología de la acción y la conducta.	25
CAPÍTULO II. MÉTODOS Y TÉCNICAS	
2.1. Metodología	29
2.2. Técnicas.....	30
2.3. Objeto de estudio.....	30
CAPÍTULO III.LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO Y LA ADOPCIÓN EN ECUADOR	
3.1. La adopción como hecho.	37
3.1.1. Situación de los menores.	37
3.1.2. Los adoptantes	44
3.1.3. Adopciones.....	46

3.2.	La adopción como axioma.....	47
3.3.	La adopción en la norma.....	50
3.3.1.	Normas constitucionales.....	52
3.3.2.	Normas infra constitucionales.....	58
3.3.3.	Procedimiento de adopción.....	60
	Fase Administrativa.....	60
	CONCLUSIONES.....	64
	RECOMENDACIONES.....	67
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	68
	Bibliografía.....	68
	Leyes.....	70
	Sentencias.....	70

INDICE DE TABLAS

Tabla 1. Tipo de proceso	40
Tabla 2. Menores por edad.....	41
Tabla 3. Por estado de salud	41
Tabla 4. Institucionalización de menores	42
Tabla 5. Menores en orfandad	44
Tabla 6. Tiempo de espera.	46
Tabla 7. Preferencia por edad.....	46
Tabla 8. Rango de edad de menores adoptados	46

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1. Adopciones por provincias 2015.....	38
Gráfico 2. Menores en situación de acogida	39
Gráfico 3. Causas de institucionalización.....	42
Gráfico 4. Edad de los solicitantes.....	45

RESUMEN

El presente trabajo de investigación estudia la adopción a partir de la teoría tridimensional del derecho expuesta por Miguel Reale. Considera que la adopción como institución jurídica tiene tres dimensiones que deben analizarse de forma integral y holística. En primer lugar, constituye un hecho social, es decir, un fenómeno social presente en la sociedad ecuatoriana, de ello dan cuenta las estadísticas del INEC y el MIES. Segundo lugar, la adopción responde a valores axiológicos que han sido esquematizados en los principios constitucionales. Y, en tercer lugar, se encuentra incluida en las normas jurídicas que la reglamenta. La investigación concluye que, por una parte, existen datos que reflejan la necesidad de agilizar los procesos de adopción o abrir nuevas formas de adopción, y por otra, que la normativa constitucional y legal no se actualiza con valores axiológicos internacionalmente reconocidos, tales como la posibilidad de adopción por parejas del mismo sexo.

PALABRAS CLAVES: adopción, teoría tridimensional del derecho, normativo, axiológico, fáctico.

ABSTRACT

The present research work studies the adoption of the three-dimensional theory of law exposed by Miguel Reale. It considers that adoption as a legal institution has three dimensions that must be analyzed holistically and comprehensively. In the first place, it constitutes a social fact, that is to say, a social phenomenon present in Ecuadorian society, of which the INEC and MIES statistics give an account. Second, adoption responds to axiological values that have been outlined in the constitutional principles. And third, it is included in the legal regulations that regulate it. The research concludes that, on the one hand, there are data that reflect the need to streamline adoption processes or open new forms of adoption, and on the other, that constitutional and legal regulations are not updated with internationally recognized axiological values, such as the possibility of adoption by same-sex couples.

KEYWORDS: adoption, three-dimensional theory of law, normative, axiological, factual.

INTRODUCCIÓN

La adopción es una institución jurídica que tiene como finalidad establecer una relación filial entre dos personas que, bajo ciertos requisitos, propios de las legislaciones de cada país, generarán una condición de paternidad o maternidad. La adopción nace hace miles de años y sobrevive robusteciéndose a medida que avanzan los siglos. Por este motivo, esta institución posee elementos que permite estudiar los acontecimientos que le dieron vida y los valores que se intentan perseguir para que, posteriormente, puedan ser resumidos en las legislaciones del mundo entero. Es así, que el estudio de la adopción interesa en la medida que se pueda comprenderla, por medio de la teoría de la tridimensionalidad del Profesor Miguel Reale, un culto jurista brasileño, el cual promueve a comprender el derecho desde una perspectiva en tres dimensiones.

Esta forma de comprensión del derecho permite entender la institución jurídica de la adopción desde su esencia, desde sus elementos más profundos, para darle sentido a su síntesis que es la normativa, y justificarla en su aplicación.

La tridimensionalidad utiliza sus propios métodos para desentrañar los elementos que componen el derecho, puesto que métodos de interpretación de los hechos, y a los valores los estudia desde el método histórico cultural, definido como los actos generados con consciencia por los seres humanos a lo largo de la historia.

Consecuentemente, el estudio de los hechos y los axiomas, a través de sus propios métodos, configuran la norma que establece un modelo de conducta, la cual sirve de principio para establecer los requisitos mínimos para adoptar y define el deber ser de mencionada institución.

La comprensión de la institución de la adopción por medio de la teoría de la tridimensionalidad permite, en primera instancia, entender la esencia de la institución jurídica de la adopción, pero conforme se avanza en la lectura y en la abstracción del método interpretativo del profesor Reale, se identificará que esta tridimensionalidad se encuentra en todo el derecho mismo, y que su correcta comprensión permite ver la longitud y profundidad del derecho, que por medio de su modelo, vislumbra las perspectivas necesarias para captar la interdisciplinariedad de la ciencia jurídica.

La teoría de la tridimensionalidad brinda tres dimensiones, por medio de las cuales se identifican hechos, valores y normas, que se encuentran subyacentes en la creación de la ley.

En primer lugar, se identifican los hechos que han ido construyendo la esencia fáctica que configura la primera dimensión. Posteriormente, se identifican los valores por los cuales se han manifestado los acontecimientos y que son esencia y fin mismo de los hechos que dan lugar a la necesidad de estructuras legales, de normas positivas. Y en última instancia para generar todo el conocimiento fáctico y axiomático para poder construir un modelo de conducta que se prescribe en la construcción de la ley.

Se desarrolla toda una descripción de los términos y conceptos que la institución de la adopción circunscribe detrás de su significado. En una segunda instancia se desarrollará una descripción de la teoría de la tridimensionalidad, para que, finalmente, poder aplicar el método tridimensional a la institución jurídica de la adopción en el Ecuador.

No obstante, del desarrollo de los elementos hecho, valor y norma, se aportan otros conceptos que se vinculan directamente con la institución de la adopción, porque esta institución posee muchos principios que se encuentran en la legislación nacional y en el derecho internacional.

El lector de la presente investigación se encontrará con el análisis de la institución jurídica de la adopción, y que resulta efectiva para ser analizada, ya que su existencia se remonta al legado romano en materia de derecho, y ha venido construyéndose conforme han evolucionado las consideraciones sobre la naturaleza y concepción del ser humano y la familia.

Se espera que el conocimiento de la teoría de la tridimensionalidad, en el ejercicio del análisis de la adopción permite desarrollar una visión más amplia respecto del entendimiento del derecho, de su esencia. Todo en razón de que la norma no es una simple expresión de un modelo de conducta prescrito para ciertos fines en un espacio determinado, sino que responde a una necesidad innata del ser social para poder satisfacer sus necesidades de convivencia en el entorno social y que se manifiesta a lo largo de la historia.

CAPITULO I.
MARCO TEÓRICO

El presente capítulo recoge los aspectos conceptuales y categorías necesarias para el desarrollo de la investigación. En un primer momento se exponen los conceptos sobre la adopción y sus modalidades en la doctrina jurídica, se recopila la forma en la esta institución se encuentra reconocida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, finalmente se expone la teoría tridimensional del derecho de Miguel Reale.

Las categorías presentadas en este capítulo son la base de la investigación. Por ello son de exclusiva importancia para desarrollar el problema de investigación, es decir, la relación entre la institución jurídica de la adopción y las dimensiones del derecho establecidas por la doctrina de Miguel Reale.

1.1. Adopción

1.1.1. La adopción en la historia.

La adopción sin duda alguna no es algo reciente, pues tiene una historia con múltiples matices hasta el momento. Etimológicamente la palabra adopción tiene su origen en el latín *adoptio onem, adoptare, de ad y optare*, desear, que significa profijamiento (Baran y Pannon, 1975, p. 50).

Desde una perspectiva histórica, la adopción surge de motivaciones religiosas, pues las familias que no tenían descendientes incorporaban a su seno personas a quienes confiarían el culto doméstico de sus antepasados (García Sarmiento *et al*, 1995, p. 284).

En la antigüedad, en Egipto, se puede establecer el fenómeno de la adopción en relación con la historia de Termala, quien encontró un niño en una canasta en el río Abilo, lo hizo suyo y estableció con él una relación filial. Por su parte, en el derecho romano, la adopción se puede ver reglamentada en las doce tablas¹ (García Sarmiento *et al*, 1995, p. 285).

En la edad media, la adopción fue vista como una institución jurídica que tenía como objetivo el asegurar los bienes materiales de las familias de grandes abuelos. No representaba un papel central en relación a los derechos del menor. Mientras que, en la edad moderna, la adopción es una institución que toma importancia debido a la cantidad de menores que se encuentran sin familia (García Sarmiento *et al*, 1995, p. 290).

¹ Las XII Tablas hace referencia a la recopilación realizada en el derecho romano sobre las normas que regulaban cuando mantenía el régimen de imperio romano (García Sarmiento *et al*, 1995, p. 285).

Adicionalmente, otro antecedente histórico es la *Kafala Islámica*, institución diseñada para proteger a los menores. Aunque es una institución “propia del mundo islámico, permite a una persona hacerse cargo del cuidado, la educación y la protección del niño, sin necesidad de adoptarlo ni asumir la patria potestad” (Ortega, 2015, p. 821).

Es decir que es una institución que se asemeja más al acogimiento familiar reconocido en la legislación occidental que a la adopción, esto porque el cuidado que se realiza del menor no confiere patria potestad o establece filiación. Tiene un origen religioso, por ello el objetivo es proteger al menor antes que establecer otro tipo de relación.

Esta breve reseña indica cuan cambiante ha sido la historia de la adopción, pues claramente esta institución surgió de actos, costumbres que poco a poco se convirtieron en ley. Es evidente que nació como necesidad de protección y de conformación del núcleo familiar.

Con esos antecedentes, actualmente, la institución jurídica se encuentra reconocida en todas las sociedades, y está determinada por las siguientes características (Ibáñez, 2012, p. 5):

- 1) Enfocan al Estado como sujeto que tutela los derechos de los menores, debido a que es evidente la responsabilidad que recae sobre este sujeto, al momento de establecer los procedimientos de adopción, tanto normativa como empíricamente.
- 2) Se destaca a esta institución como un “vínculo” que tiene dos aristas; por un lado, el adoptante, en un inicio, carece de vínculo con el adoptado legalmente reconocido que le debería corresponder por naturaleza con familia alguna y la segunda arista corresponde al hecho de que posterior a la adopción se crea un vínculo paterno- filial,
- 3) Es voluntario, sin duda este es uno de los puntos más importantes debido a que resulta imperativo la consideración de este carácter, de lo contrario se puede configurar la consecuencia tan nefasta que tendría en caso de que fuera un acto asignado o forzado,
- 4) Institución jurídica; es reconocida así debido a que esto tiene como consecuencia positiva la seguridad jurídica tanto del “adoptado” como del “adoptante”,
- 5) La intervención de dos sujetos; adoptado y adoptante.

Las cuestiones mencionadas han servido de base para que los juristas definan la adopción como institución jurídica, reconocida en todas las legislaciones, con someros contrastes. Incluso, algunos de los puntos, han servido para la problematización de la institución y el rediseño de las normas que la regulan.

1.1.2. El Estado como garantista de los derechos de los menores.

El Estado es la institución encargada de tutelar los derechos de los menores. En efecto, han adoptado dentro de sus ordenamientos jurídicos la institución de la adopción, como una forma de garantía de los derechos de los menores que no pueden tener una familia o la que tienen no es apta para garantizar sus derechos, como institución primaria de protección de sus derechos. Es importante comprender el papel del Estado, en tanto que su eficacia gira en torno al papel que le da el Estado dentro de sus regulaciones.

Así, según Gómez Piedrahita (1992, p. 288) la adopción es “una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”. Según este autor, la adopción materializa los derechos del menor y su protección, por parte del Estado, mediante la autorización de la formación de un vínculo paterno filial.

En otras palabras, es una medida de protección autorizada por el Estado que permite el ejercicio de los derechos y obligaciones de personas particulares (padres) sobre una tercera persona (hijo), mediante lo que se conoce como la relación filial. Por otro lado, se puede ver que la adopción genera una serie de consecuencias en la relación social y familiar de los intervinientes.

La institución jurídica de la adopción está cargada de procesos que se regulan dentro de la normativa y las políticas públicas del Estado. Hablar de la adopción como proceso es ampliar el espectro del entendimiento sobre lo que es una institución jurídica y no limitarla a un acto en específico. Así, la adopción muestra su complejidad y trascendencia, pues siendo un acto tan complejo y generador de derechos, no sería justificable limitar el entendimiento de su naturaleza a un acto en concreto.

Desde otra perspectiva, una definición jurídica da cuenta del papel del Estado dentro de la adopción. Según Montero Duhalt (1987, p. 320), la adopción “es la relación jurídica de filiación creada por el derecho, entre dos personas que no son biológicamente ni por afinidad, progenitor e hijo”.

En ese sentido, es la adopción, tutelada por el Estado, la que genera la nueva condición jurídica de la relación filial que se normativiza y que se ejerce dentro de las obligaciones y derechos que las partes contraen.

En efecto, en Ecuador actualmente atraviesa por un periodo de auge con respecto a la protección de derechos fundamentales. A partir del cambio del modelo constitucional, se ha pasado de pertenecer de un estado de derecho a un estado constitucional de derechos y justicia, lo que implica que existe una protección integral de todos y cada uno del catálogo de derechos estipulados en la Constitución, con ello no se pretende decir que antes el Estado no protegía los derechos de sus ciudadanos, sino que ahora existen más mecanismos para proteger y hacer efectivos los derechos de la actual Constitución. Claramente esto repercute en todas las instituciones jurídicas establecidas en leyes de menor jerarquía.

La adopción está reconocida en el Código Civil, entre algunos aspectos de los presupuestos normativos de esta institución tales como, la edad del menor de edad que se supone puede ser adoptado, requisitos de quien pretende adoptar, y su definición a la luz de las obligaciones que adquiere el padre adoptivo y los derechos que subyacen del proceso de adopción. En efecto en el código no se la concibe como una institución con carácter de medida de protección, simplemente se describen los requisitos formales que prescriben la institución de la adopción.

En el momento de estudiar la norma constitucional y la doctrina que acompaña a esta institución jurídica, se amplía la comprensión de los derechos y obligaciones a las que se sujetan las partes dentro de la configuración de la nueva relación filial.

1.1.3. La creación del vínculo entre personas

El término filiación hace referencia al nexo existente entre las relaciones de paternidad entre los distintos sujetos que intervienen. La doctrina de Mascareñas (1950, p. 196) destaca dos tipos de filiación; por un lado, filiación sanguínea o biológica, es aquella que responde al vínculo que por nacimiento dentro del seno familiar le corresponde a un ser humano. Ahora bien, cuando no existe dicho vínculo biológico se da la filiación adoptiva, la cual consiste en la asignación voluntaria de dicho nexo.

En efecto “existe la filiación legítima, derivada del matrimonio, la filiación natural y, la filiación civil creada para la adopción” (Mascareñas, 1950, p.197). En esta investigación se analiza la tercera, porque es una filiación que se crea por la fuerza del derecho, y se asienta en una relación jurídica.

Para poder entender con un poco de contexto histórico, los antecedentes más remotos de la adopción como institución jurídica, a través de la cual se establecen entre dos personas extrañas, relaciones civiles de paternidad y filiación, semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima, se remonta hasta la antigua India, de donde había sido transmitida, juntamente con las creencias religiosas, a otros pueblos vecinos. Seguramente de ahí la tomaron los hebreos, los que a su vez la llevaron, con su migración, a Egipto (Ibañez Segovia, 2012, p.168).

Es decir, no importa el tipo de filiación que se tenga debido a que las dos están revestidas de protección jurídica mediante el vínculo jurídico que la ley le otorga puesto que constituye el núcleo de la sociedad.

La filiación representa un abanico de opciones para la protección de los derechos de los menores; entre los principales está el reconocimiento del menor, derecho al nombre y apellido, derecho a la alimentación, derecho a la ciudadanía. El Estado debe vigilar y controlar que en el proceso de adopción no se vulnere los derechos de los menores.

Es importante conocer cómo se crea el vínculo familiar. Hasta qué punto el concepto de familia autoriza que se realicen determinados tipos de adopciones, y los derechos que involucran esos procesos.

La adopción pretende como resultado la formación de una familia. La familia dentro del argot cultural es considerada como la célula y núcleo de una sociedad, es el origen de todo pueblo y es precisamente por eso que en el derecho es tan protegida (Ibañez Segovia, 2012, p. 37).

A nivel doctrinario la Familia se la entiende como un “grupo de personas unidas entre sí por un lazo de parentesco. Estos lazos de parentesco generan entre los miembros de la familia una serie de derechos y obligaciones que el derecho de familia se encarga de estudiar” (Cabanellas, 2008, p. 213)

Así, por ejemplo, en el Código Civil chileno se emplea 60 veces la palabra “familia” con diversas calificaciones, sin embargo, nunca se define lo que es la familia (Corral, 1990, p. 36). Esta situación de la misma manera se da dentro de la legislación ecuatoriana, sin embargo, el hecho de que no esté bien definida no interfiere en que sea un potencial sujeto de derechos y más aún con el marco constitucional actual.

Esta protección se encuentra en varios instrumentos internacionales; así, por citar algunos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en el artículo 12 señala: “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su

domicilio” (ONU, 1948, art. 12); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 17 reconoce ese mismo derecho en los mismos términos; el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, en su artículo 10 reconoce que: “se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo” (ONU, 1966, art. 10)

Estos tratados internacionales son vinculantes debido a que representan fuerza para el derecho interno en razón de la ratificación por parte del Estado a cada uno de estos protocolos, convenciones, etc. En concordancia con el derecho internacional la Constitución recoge a esta institución jurídica, la define someramente y la destaca en el catálogo de derechos como fuente de los mismos como un elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado, en consecuencia, normativa de menor jerarquía como Código Civil, Código de la Niñez y Adolescencia establecen preceptos mínimos para el efectivo goce de los derechos.

El Derecho de familia se centra más en las personas que en los bienes; sus normas pertenecen al orden público; es un derecho anterior al Estado y que éste debe respetar y tutelar, sin absorber las funciones propias de la familia. (Lalangui, 2015, p.9).

1.1.3. Necesidad de seguridad jurídica

Dentro de la determinación de formas de definir la adopción se presentan las sugerencias sobre la necesidad de que los procedimientos generen seguridad jurídica de todos los involucrados dentro del proceso de adopción. En ese contexto, se ha problematizado sobre la existencia de un matrimonio que constituya la familia, las relaciones entre los hijos y padres, y la edad que es permisible para que una persona pueda ser adoptado.

1.1.3.1. Instituciones relativas a la familia.

El matrimonio ha sido la institución jurídica tradicional que reconoce la familia como núcleo de la sociedad. La legalidad de una forma de familia se reconocía mediante el matrimonio, por ello, era la fuente de seguridad jurídica para otorgar derechos, aceptar determinadas obligaciones, y al mismo tiempo hacerla exigible (Mascareñas, 1950, p. 150).

En concreto el matrimonio “es un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden disolver a su gusto” (Cabanellas, 2008, p. 249).

Actualmente, el término contrato ha sido criticado porque no se adecua correctamente a las relaciones entre cónyuges. Se afirma que no es un contrato porque los efectos del mismo y todas las responsabilidades se encuentran articuladas en la norma, como camisa de fuerza para los cónyuges que no pueden salirse de esa norma; en los contratos comerciales no sucede eso, los contratantes tienen la libertad de regular la forma en la que se obligan (León y Duran, 2013, p. 83).

Incluso para la terminación del matrimonio se requiere la participación de un tercero, autoridad competente en la materia. Mientras que en los contratos patrimoniales existe la posibilidad que puedan terminarse por la voluntad de las partes.

“el matrimonio es un acto jurídico, es decir un acto humano, voluntario, lícito, cuya finalidad es la generación de las relaciones jurídicas familiares; la estructura de dicho acto es bilateral, integrada por la voluntad de los contrayentes, sujeta al control de legalidad, control ejercido por funcionario público, los cuales son concurrentes e inseparables para que el acto de celebración alcance su plenitud jurídica, lo que indica que estos dos elementos constituye el vínculo, teniendo en cuenta que, según el resultado jurídico como tal, la celebración se produce por la presencia de los requisitos legales y no por la expresión o voluntad del funcionario” (León y Duran, 2013, p. 88)

Por ello, si bien la definición de contrato ha sido citada debido a la relevancia que tuvo en su tiempo, se considera en la actualidad debe ser actualizada, pues existen preceptos que no encajan en el cambiante mundo del derecho y en la Constitución de 2008.

En este sentido se pronuncia Larrea Holguín (2012, p. 367) manifestando que las principales características del matrimonio, sus fines y las cualidades que de ellos se derivan, permiten definir al matrimonio como una institución de Derecho Natural y carácter sagrado, que es sacramento para los católicos, se origina por medio de un contrato solemne, es único he indisoluble y tiene por efecto la ayuda mutua de los cónyuges, la procreación y educación de la prole.

Por otra parte, es evidente que la doctrina influye al momento de generar derecho y es por ello que al menos el Derecho Civil en Ecuador ha cambiado relativamente poco. Al

respecto el Código Civil (2005) define al matrimonio en el artículo: “Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”.

Además, para adoptar no se tiene ninguna limitación formal referida al estado civil, en forma tal que casados, solteros, viudos o divorciados, están en posibilidad de adoptar. Sin embargo, se aconseja que la adopción ocurra en una familia que permita al menor incorporarse a un grupo estable y debidamente organizado.

Hay muchos criterios sobre el estado civil del adoptante y estos se enfocan en problemáticas reales, como por ejemplo los hogares conformados por uniones de hecho. Al menos para que parejas que deseen adoptar deben cumplir con los requisitos formales de la unión de hecho, incluso deben permanecer tres años como tal.

Por otro lado, hay legislaciones como la inglesa que admiten la adopción por parte de homosexuales o lesbianas, y que ahora en algunos se admite su matrimonio (López, 2014). En cambio, en la legislación ecuatoriana no se reconoce y tampoco se permite. Así en la Constitución del Ecuador, en el inciso segundo del artículo 68, establece que la adopción podrá ser realizada únicamente por parejas de distinto sexo.

En ese contexto, la condición de homosexualidad para adoptar ha encontrado obstáculos al momento de intentar el reconocimiento de la igualdad de derechos para adoptar, especialmente porque se considera que se vulneran los derechos de los menores. Esto ha sido desvirtuado por cortes constitucionales como la colombiana que luego de informes psicológicos, antropológicos y sociológicos, concluyen que no existe tal vulneración.

El derecho civil es un cuerpo normativo que prescribe los requisitos para la adopción, requiere ser analizado tomando en cuenta esas últimas actualizaciones en otras legislaciones que dan cuenta de la mayor protección de los derechos de los menores cuando se amplía el margen de capacidad de adopción. En ese sentido, el derecho constitucional está llamado a proveer esas garantías mediante herramientas de interpretación de esas normas.

Por lo tanto, la adopción siendo una institución que sirve como medio de garantía del desarrollo integral del menor, debe ampliar sus limitaciones respecto de los requisitos basados en el género que existen actualmente para poder adoptar (Fernández y Vidal, 2017, p. 35).

La adopción por parte de parejas del mismo sexo constituye un cambio del paradigma referente a la posibilidad que los menores puedan hacer parte de una familia y un hogar, incluso si este está conformado por personas de igual sexo.

Muchas instituciones, entre ellas la Federación Española de Sociedades de Sexología (2005, p. 5), coinciden al afirmar que “la homosexualidad en sí misma no puede ser argumento suficiente para negar la adopción a las parejas del mismo sexo, toda vez que diversas investigaciones antropológicas realizadas a través de las culturas y los tiempos que versan sobre familias, hogares y las relaciones que de ellas surgen, no proporcionan apoyo alguno a la idea de que la civilización o un orden social viable dependen de la familia como una institución únicamente heterosexual.”

De todas maneras, no es objeto de la presente investigación analizar la relación causal entre las demandas sociales referidas a los derechos de las personas homosexuales y la capacidad que tienen para adoptar, ni mucho menos establecer las circunstancias histórico-culturales requeridas para determinar cuándo el derecho es efectivo y generar así algún tipo de cambio social, toda vez que este estudio pretende, desde una perspectiva estrictamente jurídica, estudiar la estructura tridimensional del derecho por medio de la institución jurídica de la adopción en donde se incluya el diseño constitucional de las legislaciones y poder identificar, además de reflexionar acerca de la eficacia con que se garantizan los derechos del menor, la coherencia en la garantía de los derechos que sirven para generar un modelo de conducta, y así, fomentar una estructura normativa que no pierda de vista los axiomas que son una dimensión imprescindible en el proceso de construcción de la ley.

1.1.3.2. Los hijos en relación con sus padres biológicos.

Existen muchas razones por las que los padres biológicos permiten que sus hijos sean adoptados. Algunos consideran que el menor tendrá una vida mejor con mejores condiciones para el desarrollo de su personalidad. Incluso se pueden incluir razones relacionadas con metas, problemas sociales o familiares, la propia situación socioeconómica (Child Welfare Information Gateway, 2013, p. 9).

Siempre ha sido un problema la definición del contacto de los padres biológicos con los menores adoptados. En algunos casos sucede la adopción puramente confidencial en la que se pierde los datos sobre los padres biológicos se mantiene reservada precautelando la integridad emocional del menor (Giberti, 2007, p. 12). En otros casos, las adopciones se llevan a cabo mediante una estructura de apertura regulada por niveles, en las que las familias adoptantes como biológica continúan en contacto.

Dentro de la legislación ecuatoriana, Código Civil (2005) en su Art. 7, numeral 4 establece: “Las personas que bajo el imperio de una ley hubieren adquirido la condición de hijos, conservarán esa condición, gozarán de todas las ventajas, y estarán sujetas a todas las obligaciones que les impusiere una ley posterior” Reconoce la filiación y los derechos adquiridos por parte del adoptado, quien no los pierde, así exista contacto con los padres biológicos.

1.1.3.3. La edad

Respecto de la edad del adoptante, es un requisito en virtud de la garantía para que pueda cumplir con la exigencia de crianza o sustento del futuro adoptado. Deben cumplir una edad mínima, establecida legalmente, que les otorgue la capacidad de asumir la patria potestad de un menor.

Entre algunos antecedentes sobre la edad del adoptante, el Código de Prusia de 1794 y el Código de Napoleón establecieron cincuenta años (Ibáñez Segovia, 2012). En 1923 el Código Francés fijó en cuarenta. En España y Uruguay la edad establecida es de cuarenta y cinco años. En Panamá y Japón la edad es de veinte y uno. Ecuador, estableció la edad mínima para adoptar veinte y cinco años de edad (Carrillo, 2007, p. 19).

Respecto del adoptado, la doctrina hace referencia a un individuo que no ha alcanzado la mayoría de edad y como tal debe ser protegido y mantenido por sus padres o tutores. Tradicionalmente, se han manifestado en doctrina, puntos de vista encontrados para definir la situación jurídica del menor de edad: (i) La consideración del menor como incapaz de modo general, salvo ciertas excepciones previstas en las leyes. (ii) La consideración del menor con capacidad de obrar, aunque su capacidad sea limitada o restringida (Montejo, 2012, p. 26).

Esos debates se articulan en el reconocimiento de la doctrina de protección integral que ha sido reconocida integralmente por tratados internacionales que reconocen a los menores como sujetos de derechos y no solo como objetos de protección. Por ello, cuando se toman decisiones respecto de la adopción se procura que en la mayor medida posible se proteja el interés superior del menor.

El Código Civil lo define en su artículo 21 de la siguiente manera: “mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos”. Esto permite identificar qué individuos entran en esta categoría. En la Constitución de 2008 se establece los

derechos que le corresponden, y es en virtud de ellos que existen organismos internos que se encargan de velar por absolutamente todos los derechos de estos sujetos.

Esta protección nace de la sola naturaleza de estos individuos, pero también de la jurisprudencia que han generado sobre todo de tribunales internacionales, cuyos fallos han sido vinculantes para la progresividad de los derechos de este grupo.

Para poder adoptar se requiere tener la edad de mínimo 25 años. Mientras que los menores son adoptables hasta que han cumplido la mayoría de edad, es decir 18 años de edad.

1.2. Teoría tridimensional del derecho

En la tarea de comprender una institución jurídica como la adopción, es necesario revisar la visión integral de una de las teorías más interdisciplinarias del Derecho. Por ello, la teoría tridimensional proporciona la metodología necesaria para entender la adopción desde tres aristas distintas, de los recursos necesarios para darle a la adopción una visión jurídica sociológica, como norma por el neo positivismo jurídico, y axiológica para entender el derecho como valor.

Dentro de la presente investigación es válida esta teoría tridimensional del derecho, entendida desde los elementos fácticos, normativos, y axiológicos, porque se desprende de la normal y corriente metodología de entender el derecho que reduce su explicación de las instituciones a través de las descripciones unilaterales de la experiencia jurídica.

1.2.1. Construcción de la teoría.

La visión tridimensional del derecho nació en la década de 1940 en Argentina y su creador fue el maestro Carlos Cossio. De ahí es tomada por el brasileño, el maestro Miguel Reale, estableciendo una primera concepción en el sentido de que la conducta humana ínter subjetiva es el propio objeto de conocimiento de los juristas, donde se encuentran presentes como elementos unitarios las normas y los valores, en la cual se coloca en el centro de la experiencia jurídica la vida humana social.

En efecto, la teoría tridimensional del derecho ha sido construida y expuesta principalmente por el jurista y filósofo Miguel Reale, quien fue profesor de la Universidad de Sao Paulo, en Brasil. Es en la academia de donde han surgido las obras en las que propone su Teoría de la Tridimensionalidad. Por una parte, la obra "*Filosofía du Directo*" de 1968 y por otra, "La Teoría Tridimensional del Derecho" de 1994.

En su teoría tridimensional del derecho, deja claro que explicar el derecho unilateralmente carece de profundidad, de certeza, de verdad, y que el entendimiento interdisciplinar de las conductas de los seres humanos debe ser legislado en virtud de la comprensión de varios factores que la conforman. Además, usa como referente varias preconcepciones ontológicas dentro del estudio de la conducta.

Para entender el derecho y sus razones de eficacia, es necesario acudir a la filosofía, toda vez que es “el esfuerzo encaminado a profundizar en las raíces de los problemas, la filosofía aspira al conocimiento que solo puede ser satisfecho cuando se obtiene la certeza de lo necesario: todos los principios o razones últimas, explicativas de la realidad, mediante una interpretación de la experiencia humana (Cirrel Czerna, 1999, p.12).

En ese sentido, el objetivo es entender el derecho desde todas las esferas del conocimiento, y para esto utiliza la filosofía, no le basta con la unilateral comprensión que se ofrece desde el formalismo jurídico, para él es necesario una complementación con otras visiones del derecho y sus metodologías.

Su propuesta teórica ha encontrado contradicción con la clásica expresión de los acontecimientos jurídicos, puesto que dicha descripción del presupuesto normativo no se acercaba a la realidad con la sola explicación unilateral del formalismo jurídico.

El formalismo jurídico a pesar de las grandes aportaciones que ha hecho, resulta insuficiente, para entender fenómenos como la ineficacia del derecho o los altos niveles de incumplimiento del mismo; y en el otro extremo está el sociologismo, el cual, si bien entiende las preocupaciones propias de la sociedad, y le da un enfoque social al derecho, no es suficiente para captar el sentido de los valores, y entender la esencia de una ciencia jurídica (Reale, 1992, p.7).

Y aunque el pensamiento jurídico haya desarrollado vastas explicaciones sobre sus instituciones, es reconocible que en el modelo del deber ser del derecho, la explicación interdisciplinar es el camino adecuado para la correcta descripción y entendimiento de las conductas humanas que se sustentan en las otras esferas del conocimiento formal. Así se entiende una institución jurídica como la adopción desde las distintas fuentes que las configuran y le dan nacimiento.

Es necesario precisar que el propósito del uso de la teoría tridimensional del derecho yace en identificar los aspectos sociológicos (fácticos), normativos y axiológicos de la institución jurídica de la adopción, que es objeto de la presente investigación, y no

extender el análisis sobre el gran cauce intelectual que requiere entender el nacimiento y composición misma de la teoría tridimensional.

Por este motivo, se explica de forma resumida el amplio aporte del profesor Miguel Reale, a través de su legado metodológico, para entender la fenomenología de las conductas, su tridimensionalidad y las modalidades subyacentes en la adopción como institución jurídica.

Para Reale (1992) era necesario contar con la característica de la interdisciplinariedad en el entendimiento del derecho, puesto que al ser una ciencia que está inspirada en los acontecimientos sociales, el jurista debe traspasar el límite de la cotidiana explicación de lo que sucede, y ahondar en proveer soluciones respecto de lo que se supone debe realizarse, porque el Derecho es un acontecer, un acto que se desprende de la contingencia de situaciones humanas que se producen en sociedad.

1.2.2. Tridimensionalidad.

El derecho es y está compuesto, en esencia, por dimensiones que conforman las partes iniciales del acontecer o conductas jurídicas. En principio se comprende como un hecho espiritual, que por medio de este se configuran a través de la historia los axiomas o valores, y que por este proceso de construcción de valores es que la finalidad de la actividad humana o actos, tiene un fin o propósito (Cano-Nava, 2011, p. 26).

Los presupuestos fácticos, normativos y axiológicos son connaturales a la existencia de cualquier derecho. Esto es lo que promulga la tridimensionalidad del derecho y que se sustenta en la esencia histórica cultural de la naturaleza humana, desde la cual se desprende valores y acontecimientos que forman la fuente de entendimiento de la conducta y la razón de ser del derecho mismo.

Esta corriente de pensamiento ha basado sus propuestas teóricas en varios autores que pensaban en sus ideas, tales como Emil Lask (1946) en su obra titulada Filosofía Jurídica, y Radbruch (1932) obra titulada Filosofía del Derecho, así como en los estudios de Roscoe Pound (1946) en su obra titulada Introducción a la Filosofía del Derecho.

Es Reale quien propone dos tipos de tridimensionalidad: la tridimensionalidad genérica y abstracta; y la tridimensionalidad específica y concreta. Para Reale (1992) estas dos formas de entender la tridimensionalidad se diferencian en la forma en la cual se estudia el derecho. Pues en la tridimensionalidad genérica y abstracta, cada uno de los elementos puede ser estudiado independientemente mientras que en la

tridimensionalidad específica y concreta se estudian de modo unitario, siendo integrados los elementos para dar una sola respuesta a la pregunta de un modelo de conducta.

La tridimensionalidad genérica y abstracta, separa los tres elementos como objetos independientes, cuando se refiere al hecho, este puede ser estudiado por la sociología, la historia y la etnología; el valor debería de ser estudiado por la filosofía y política jurídica, y por último la Ciencia del Derecho estudiaría el análisis del derecho como norma (Reale, 1992, p. 27).

Las preguntas sobre los métodos que utilizaría Reale para relacionar los elementos que permiten el estudio de la conducta humana, son más profundos que una simple descripción de los hechos, los valores y las normas (Ramos, 2011, p. 12).

Es más, cada una de ellas es una suma de varias interpretaciones que ahondan profundas reflexiones sobre su naturaleza. En el campo del estudio de los elementos fácticos, la ontología y su estudio es necesaria. Así mismo, en el análisis de los valores el método describe los acontecimientos históricos sociales que determinan una forma de pensar y de ser, del ente. Y más aún con la ciencia del derecho, que recoge muchos postulados y escuelas de pensamiento, de manera conjunta, tanto de los efectos de los hechos ocurridos, su valor histórico cultural y el mismo estudio de la normativa, para estudiarlos de forma integral.

Reale (1992, p. 13) no encontró ningún tipo de respuesta que le diera validez epistémica a este modelo, el pensador brasileño se dio cuenta de que el Derecho no se puede separar de un modo absoluto de estas dimensiones y que cada una de ellas hace referencia a las otras dos.

Cualquier norma envuelve una referencia necesaria a una situación de hecho y a un orden de valores. Es decir, lo que propone Reale (1992, p. 15) es una tridimensionalidad que integre los tres elementos en un complejo unitario. Por lo tanto, crear un modelo de "Tridimensionalidad Específica y Concreta". Generar un método de pensamiento que a su vez utilice tres categorías de pensamiento y sus respectivos métodos para interpretar cada arista.

De todas formas, el análisis de la adopción, que es el objeto de estudio ahondará lo necesario respecto de cada una de las dimensiones, y se limitará a ese espacio, en razón de poder abarcar el suficiente tiempo y recurso respecto de la institución jurídica.

El modelo es una estructura interdependiente que configura la tridimensionalidad jurídica, y que a través de ese modelo se tiene la certeza de la existencia de cada uno de los elementos que la conforman y se equilibran entre sí (Cano-Nava, 2011, p. 73).

La norma jurídica puede ser entendida de manera interdisciplinar. Para la creación de normativa se pone atención a sus propuestas lógicas, y recurre al análisis de los hechos y los presupuestos históricos culturales que le dieron nacimiento.

El estudio de la norma como tal tiene que ser propuesto en un ejercicio dialéctico de su estructura, conformada por los valores y los hechos que la configuran en un principio. Así, la norma se explica de un acontecer, de un hecho y se justifica como un valor que a través del método histórico cultural da la posibilidad de que, en conjunto, se determine la naturaleza misma de la estructura normativa, y a su vez proporciona un modelo de conducta (Cano-Nava, 2011, p. 75).

La teoría de la tridimensionalidad de la conducta presupone que la norma como tal carece de significado a menos de que le otorgue relevancia y justificación el estudio de los otros elementos utilizados como métodos para su entendimiento interdisciplinar (Ramos, 2011, p. 115).

Y al ser un acontecimiento social no puede quedarse limitado por los efectos en un determinado tiempo espacio y por su necesidad de aplicabilidad, sino mutar respecto de los hechos mismos que dan nacimiento a una nueva naturaleza de la norma.

La norma jurídica no puede ser aplicada ni interpretada como una simple proposición lógica, la estructura lógico formal de la norma jurídica es el soporte de significaciones estimativas, y una norma presupone la existencia de constantes referencias al plano fáctico (Ramos, 211, p. 117).

La razón de ser de la norma jurídica conlleva a entenderla como la expresión de los hechos y de los valores, formando así un presupuesto de conducta que, si bien se espera para ser acogido como estructura de comportamiento, no puede esperarse que no pueda modificarse (Reale, 1992, p. 22). Por ese motivo, la norma como tal se promulga y es derogada en razón de su necesidad respecto de los efectos positivos o negativos que causa su vigencia en el marco normativo y la eficacia de su aplicabilidad.

La simple interpretación de la norma jurídica que no vele por establecer la funcionalidad de la norma en un tiempo dado y en una sociedad con valores que le den validez, no puede llegar a determinar ni a obligar a ningún ciudadano a acatarla ni a respetar su vigencia.

El estudio de la normativa respecto de las funciones que cumple como agente regulador de los actos y las conductas de los ciudadanos, no puede limitarse a una rama del derecho que integre las diferentes metodologías. Porque estudiar la norma jurídica

demanda el entendimiento interdisciplinar de los tres elementos que le dan origen y le permiten su promulgación y vigencia dentro de un ordenamiento jurídico.

1.2.2.1. Dimensión Fáctica

Los hechos son, en la dimensión fáctica que describe la conducta, los fenómenos que permite esclarecer el porqué de las cosas y el devenir de acontecimientos que permiten la manifestación de ideas respecto de actos concretos. Es, por tanto, la dimensión más real desde la cual se puede distinguir el estudio sociológico de la conducta esperada a ser legislada.

El modelo de la tridimensionalidad permite comprender los procesos de creación legislativa desde un ámbito sociológico, para desentrañar las causas que hacen necesaria una norma. Todo en razón de haber comprendido el verdadero objetivo de una visión integral para desarrollar un entendimiento mucho más complejo y completo del modelo de conducta que se legisla.

En este caso, los hechos son el resultado de un conjunto de fenómenos que, explicados uno tras otro a través de un proceso de reflexión filosófica, para entender el porqué de los eventos que hacen plausible una persecución de un bien mayor, de un objetivo (Cano-Nava, 2011, p. 215).

La dimensión fáctica resume los hechos en un solo análisis para explicar el contingente de problemas generados a lo largo de la historia y por los cuales la humanidad ha tratado de encontrar solución o darle respuesta.

Lo que busca esta dimensión es explicar el proceso de intenciones lógicas de los hechos ocurridos a través del tiempo para encontrarles sentido y una esencia en común. Por lo tanto, el objetivo es por darles un sentido, una esencia común a los acontecimientos, a los fenómenos, para que, a través de la comparación de varios objetos intencionales, se pueda destacar una idea que represente los fenómenos en conjunto (Reale, 1997, p. 79).

Con esto es posible describir las relaciones entre estas partes en términos de fundamentación, de razón, dándoles un sentido común a todos estos actos que responden a la naturaleza de un estudio social.

El estudio de los acontecimientos permite describir una conducta y por lo tanto encontrar un sentido común, lo ideal es encontrar vivencias perceptivas que respondan a un solo ideario colectivo, puesto que esclarece el sentido que el mundo tiene y de esa forma

justifica los acontecimientos para delimitar la búsqueda de un fin en concreto, para comprender la dimensión axiológica (Cano-Nava, 2011, p. 217).

1.2.2.2. Dimensión Axialógica.

En un plano consecutivo del entendimiento de la realidad social, se encuentra que todo acontecer natural que modifique la cotidianidad de los seres humanos, es resultado de fuerzas externas a las voluntades de los hombres (Reale, 1992, p. 23). Y en base a esa percepción del mundo físico externo, toda actividad derivada de la decisión de los hombres resulta en una decisión cultural. Así, la historia cultural del hombre tiene un rasgo característico: los valores impregnados en esas decisiones.

Son esos valores los que diferencian la dimensión axiológica de los hechos o acontecimientos todavía incontrolables para los seres humanos, y que conforme se generan y son aceptados como objetivos morales, lograrán ser configurados como preceptos normativos o arquetipos de conducta, que tras ser promulgados por el poder legislativo regirán la conducta del deber ser del ser social (Reale, 1992, p. 25).

Esta dimensión de la tridimensionalidad se resume como producto de la actividad histórico cultural del ser humano, y es la que produce la justificación para respetar la normativa que se configura en base a ese objetivo de respeto de los derechos que se crean en base a ese producto de la cultura (Cano-Nava, 2011, p. 217).

En términos positivos sería la norma o patrón de conducta legislada en base a preceptos éticos derivados del proceso histórico cultural, y a que su vez se producen por un conjunto de hechos sociales que modifican la percepción del entorno del ser social.

Visto de otro modo, son los hechos sociales los que condicionan la conducta del ser social y los llevan a generar actos que les permiten vivir en sociedad al margen de los acontecimientos sociales. Pues estos acontecimientos conscientes y motivados por los seres humanos para alcanzar mejores estándares de vida, que se suponen son morales, se traducen finalmente en modelos normativos de conducta a través de la norma positiva (Reale, 1997, p. 89).

1.2.2.3. Dimensión Normativa

El derecho como base de estudio de las conductas ha carecido de fuente que explique las razones de los acontecimientos, y ha generado con ellos que su metodología de análisis sea en extremo positivista (Reale, 1992, p. 30). Es así que el derecho es una ciencia de normas que, legisladas, establecen parámetros de conducta que aspiran a

ser acogidas por los ciudadanos, pero que ha carecido de una explicación social de los sucesos que le han dado vida, porque se ha allanado a su propia forma de interpretación normativista.

Pese a que la ciencia del derecho no solo busca definir las conductas de manera positiva, quienes lo estudian han entendido que el derecho está construido en base a la necesidad de normar las actividades humanas y que la razón de ser de la norma yace en establecer las conductas, sin importar las consecuencias que podrían advertirse en otros planos de las ciencias al momento de analizar los acontecimientos de los cuales surge la necesidad de la ley.

Y ya que la norma es el resumen, la síntesis de la dialéctica entre los fenómenos y los valores que la cultura arroja en sociedad como plausibles, esta resulta como garantía de la realización de esos modelos conductuales (Cano-Nava, 2011, p. 218). Estos mismos modelos de conducta que se legislan en razón de garantizar los fines últimos, más loables, que han de perennizar la manera de entender la condición humana, son la expresión final del derecho.

1.2.3. Forma de integración de las dimensiones

La tridimensionalidad del derecho busca establecer un correcto análisis mediante la dialéctica, entre hecho y valor, que generan una norma, en la que se puede identificar su naturaleza desde todas las aristas que la configuran y que genere así, un modelo de conducta.

Por lo tanto, el ser y su objeto de estudio están relacionados de manera interdependiente, pues su razón de ser nace de los valores que el ser social ha ido adquiriendo duran su historia, y a la vez los fenómenos que dan surgimiento a este tipo de conductas. El legislador, a lo largo de la historia, sean estas de cualquier cultura.

Lo que pretender establecer este modelo tridimensional de análisis de la norma, que a su vez refleja el deber ser de la conducta de los individuos, es comprender de mejor manera las instituciones jurídicas que son observables, y de las cuales se demanda cierta lógica para poder acogerlas como modelos de conducta y a la vez actos esperables dentro de las manifestaciones de los ciudadanos (Reale, 1997, p. 119).

Si el hombre determina vivir en sociedad, es necesario que su conducta tenga límites o demarcaciones, en las cuales se respete el actuar de los demás y con ello se alcance la armonía, la tranquilidad y la paz social. (Cano-Nava, 2011, p. 125)

"Tal concepción deja de apreciar hecho, valor y norma como elementos separables de la experiencia jurídica y pasa a concebirlos, ya como perspectivas, ya como factores y momentos ineliminables del Derecho" (Reale, 1997, p. 64).

Cada uno de los elementos que configuran la norma que se espera sirva de modelo de conducta está compuesta por sus opuestos que le dan validez y justifican su existencia, en donde cada parte es sumamente necesario para que esta conducta sea verdaderamente satisfactoria a ojos de quienes se encontrarán obligados a acatarlas como estructuras de comportamiento.

Por este motivo, el derecho como tal resuelve en dar una protección a la conducta que los ciudadanos esperan sea garantizada, como la libertad, y a su vez permite que sus seres sociales no vulneren esos mismos derechos garantizados.

Todas las conductas humanas ínter subjetivas pueden ser valoradas y normadas, jurídicamente; el derecho se nutre de la vida social normada integrando valores. En cuanto a la nomenclatura del objeto a estudiar, Reale utiliza el término "dimensión", para indicar la cualidad o posición de algo en función de una cierta perspectiva o plano de análisis, entendiendo dimensión como un proceso cuyos elementos o momentos constitutivos son: hecho, valor y norma. (Cano-Nava, 2011, p. 119)

El elemento fáctico según Reale, debe ser estudiado porque es necesario poder diferenciar el hecho histórico cultural que también debe ser analizado, pues este ha generado modelos de conducta, y los hechos respecto de la norma como tal, la cual se encuentra sustentada desde un plano normativo, simplemente.

Los hechos determinan las condiciones por las cuales un acontecimiento pasar a ser trascendental y condicionante. Por lo tanto, el hecho resulta ser una forma de establecer un modelo de conducta que tiene sus razones de ser, y que estudiar este hecho, demanda de mucha profundidad, para poder darle valor a la norma que a posterior se configure como modelo de comportamiento para la sociedad que lo acoge como norma.

Lo que interesa a las investigaciones jurídicas es la conducta humana, pero no una conducta lisa y llana, sino aquella que relaciona a los hombres entre sí y permite su convivencia armónica a efecto de encontrar un determinado punto de equilibrio y que adiciona como elemento al aspecto jurídico, esto es, "la conducta jurídica" (Reale, 1997, p. 71).

El autor del tridimensionalismo jurídico aborda en especial el término "experiencia jurídica", para dejar bien sentado que ésta se nutre siempre de los tres elementos, hecho, valor y norma, y así lo distingue de otro tipo de estudios, como es el caso de los

sociológicos que se centran única y exclusivamente en el elemento hecho, dejándolo desprovisto de cualquier otro componente, o el caso de los estudios filosóficos que atienden solamente a los valores o el del jurista puro que le interesa el estudio de las normas.

Por otro lado, la norma jurídica interesa desde el punto en el que se ve construida de forma conjunta por los elementos hecho y valor, que la sustenta y la distinguen a la vez de otros modelos esperados de la conducta. Este método permite abordar la norma desde otras categorías de pensamiento, permitiendo al jurista el estudio de la norma y un mayor alcance interpretativo.

De esta manera, el derecho permite establecer una razón para norma o modelo de conducta que, habiendo sido analizada previamente, garantiza que su eficacia se prolongue durante el tiempo necesario mientras cumpla con la necesidad por la cual fue creado y que los ciudadanos llamados a ejercitarla la acojan como válida, que la asuman.

Por lo tanto, el derecho "es el hecho social en la forma que le da una norma racionalmente promulgada por una autoridad competente, según un orden de valores" (Reale, 1997, p. 73).

El derecho se presenta como la sustracción de hechos significativos, el que debe tener la cualidad de ser válido, esta característica se obtiene a través de la promulgación por una autoridad competente, que a su vez debe tener un contenido al que se etiqueta como valor.

1.2.4. Fenomenología de la acción y la conducta.

Donde se observa que existen relaciones humanas, también existirán relaciones de conducta que producen acciones y que se encuentran motivados en razón de los valores que intentan perseguirse en determinado tiempo respecto del devenir histórico.

La conducta refleja una acción u omisión del ser humano que se relaciona directamente con sus pulsiones más profundas, las cuales se encuentran justificadas por un esquema social que le supone plausible o justificable en el espectro de valores. Por este motivo, hay que entender las acciones humanas a las cuales Reale (1992, p. 50) hace mención, en razón de ubicarlas dentro de un análisis tridimensional.

Para Reale (1997, p. 50) la conducta humana no es más que un conjunto de acciones u omisiones dentro de un esquema de valores que son justificables. Y que para entender cómo se alcanzan aquellos fines en sí mismo, utiliza dos métodos que se caracterizan

por describir la conducta desde un plano fáctico y a la vez valorativo, el método fenomenológico y el crítico histórico.

En esta conducta jurídica es donde permanecen de manera inseparable los tres elementos, hecho, valor y norma, que son los que hacen posible la cristalización de la experiencia social. (Cano-Nava, 2010, p.123)

La fenomenología es usada como método de descripción de la conducta humana que da pie hacia el análisis de las distintas aristas que conforman la experiencia misma de los acontecimientos sociales. Pero que usada de manera independiente no otorga una respuesta demasiado amplia sobre la naturaleza de la conducta.

Esta conducta no solo resume los fenómenos que la configuran y tampoco se explica por sí misma. Es decir, la fenomenología ha de obviar explicar los acontecimientos como hechos fácticos, como simples acontecimientos. De hecho, el método fenomenológico estudia los acontecimientos de los seres en sus omisiones o en sus acciones, pero los analiza hasta llegar a su esencia y propiedad, dando explicación del porqué de aquellos mismos sucesos.

Las investigaciones científicas se inician cuando existen ciertos fenómenos que son necesarios explicar metódicamente, a efecto de encontrar respuestas.

Por teoría se entiende un esquema explicativo que expone los hechos con una naturaleza y características particulares, que muestra la constitución de los fenómenos de manera determinada.

Las teorías pueden provenir de hipótesis generales o de la vinculación coherente de leyes científicas. Toda teoría parte de ciertos postulados científicos; en las ciencias sociales los postulados son científico-sociales; en la teoría tridimensional del derecho de Miguel Reale se detectan cuatro postulados científico-sociales citados en su obra, pero sin darles un tratamiento sistemático, por lo que aquí se sistematizan (Cano-Nava, 2011, p. 122).

Toda teoría se encuentra formada por proposiciones o enunciados que son el supuesto o hipótesis de los cuales parten todos los demás enunciados, y éstos son denominados principios o proposiciones fundantes.

La proposición fundante o principio tiene como característica primordial que ya no puede ser reducida a otra proposición, sino que, por el contrario, de ella se derivan o se deducen las demás proposiciones.

Los postulados son los principios imprescindibles en el desarrollo de una teoría científica, pues en la actualidad son el punto de partida de una investigación, manteniendo siempre un carácter hipotético, razón por la cual no son demostrables ni evidentes, pero se les considera como verdaderos (Cano-Nava, 2011, p. 120).

Así, en el estudio tridimensional de la conducta, la acción, está compuesta por un complejo de norma, hecho y valor. Su justificación radica en el valor que se le da para poder sustentarla, para garantizar que ha sido pensado o concientizada, que parte de un presupuesto racional. Esta verdad, este valor, dirige al ser humano, y se expresa de manera que pueda ser exteriorizada. Es así que todo acto racional producido por el hombre emana de él y trata de concretarse en actos.

De esta manera, el axioma de la verdad o la valoración de un determinado acto, se justifica en su punto final al plasmarlo en normativa. Esto en el plano del derecho, y desde otros planos se describe a través de la religión, por ejemplo, por medio de los preceptos morales que promulgan cumplir, con la finalidad de alcanzar un valor superior.

La conducta en el caso del derecho pasa entonces por tres etapas de construcción. En un principio nace de la esfera de lo social y fenomenológico, en donde encuentra justificativo y asidero al ser estudiada la conducta conjuntamente con el ser. Es decir, la conducta y el ser son una sola en la medida que esta permite encontrar las razones por las cuales se vuelve necesaria una determinada forma de ser y actuar.

Las formas por las cuales las personas, los seres humanos, adoptan comportamientos se deben a fenómenos por conocer, pero que conforme se vuelven más complejos, toman otras características en razón de justificar su existencia, como los valores que dan razón de ser a un determinado acontecimiento, a la omisión u acción.

Las razones por las cuales una conducta se realiza, se deben a que estas son objetivos a alcanzar, son justificables, y la sociedad en su conjunto los dota de valores que proveen de razones para lograr determinados actos.

El acto toma justificativo en el deber ser, y este es el valor en sí mismo. Pues todo acto o conducta de un individuo, para que esta pueda perennizarse y tomarse como válida, debe alcanzar cierto grado de veracidad y justificación. Esto es lo axiológico, lo que se supone sea el deber ser de los actos o fines (Reale, 1992, p. 58).

Los valores encaminan la conducta y la validan, y así mismo, la conducta persigue alcanzar ciertos objetivos que resultan en ser los valores por los cuales los ciudadanos realizan ciertas conductas.

En todo sistema normativo existen conductas que permiten alcanzar ciertos objetivos, nada es al azar, todo tiene su razón de ser. Y la conducta es una razón de ser, que prioriza ciertos actos previos la obtención de ciertos valores o fines. Estos valores tienen el fundamento de deber ser de la conducta, son sus fines y los justifican.

CAPÍTULO II.

MÉTODOS Y TÉCNICAS

2.1. Metodología

El presente trabajo de investigación reúne una metodología cualitativa, en tanto que busca el análisis, descripción y proponer una interpretación de la institución jurídica de la adopción mediante la teoría tridimensional del derecho.

Es decir, se busca mediante la indagación de los presupuestos de la teoría tridimensional del derecho reunir categorías axiológicas como los valores contenidos en los principios constitucionales, fácticos en tanto las necesidades de la eficacia de la adopción en Ecuador y normativas mediante la revisión de las normas constitucionales, civiles y administrativas que regulan la institución jurídica en Ecuador.

Ello permite sacar premisas generales para caracterizar la institución de la adopción en Ecuador, y con ello tener las bases para determinar la necesidad de reforma de las normas que la reconocen o el mejoramiento de los procedimientos que la materializan.

La perspectiva metodológica analítica busca que se pueda analizar la adopción y su relación con los fenómenos sociales existentes en Ecuador como la tasa de menores sin familia, la tasa de personas que desean tener una familia. Aunque es un trabajo que no ahonda en las estadísticas propone un marco teórico y metodológico para futuras investigación, si problematiza las normas constitucionales en relación a las dimensiones del derecho.

La perspectiva descriptiva, busca dar cuenta de las normas existentes en Ecuador sobre la adopción y su relación con la teoría tridimensional del derecho. Ello permite enfocar y problematizar la eficacia de las normas sobre la adopción.

Finalmente, la perspectiva propositiva, permitirá exponer los problemas relacionados con la normativa en relación con los presupuestos facticos y axiológicos. Ello será la base para que se propongan reformas o para que se efectivicen los procesos administrativos o judiciales.

Para establecer los presupuestos doctrinarios y normativos de la institución jurídica de la adopción, se usa el método cualitativo que, conjuntamente con la técnica de la investigación de revisión documental, me permitieron recabar normativa y conceptos que dieron un soporte para describir la institución jurídica de la adopción en base a su definición, conceptos, historia y normativa en el Ecuador. Se extrae principios de aplicación de los derechos en la Constitución y también entender la adopción desde la visión de distintos juristas.

En base al objetivo de estudio de la descripción de la Teoría de la Tridimensionalidad de Miguel Reale, se usa el método cualitativo, para ahondar en sus explicaciones respecto de la interdisciplinariedad del derecho y las dimensiones que crean sus perspectivas. Para que una vez descrito y aprendido los métodos fenomenológicos e históricos, culturales que describe Reale, permiten entender la coherencia con los derechos y principios de la Constitución respecto de la institución jurídica de la adopción.

Finalmente, para analizar la institución jurídica de la adopción en Ecuador mediante la teoría tridimensional del derecho, utilicé el método cualitativo y la técnica de estudio de caso, referido a la legislación existente en esa materia.

2.2. Técnicas.

A continuación, se exponen las técnicas de investigación utilizadas en el presente proceso de investigación y que permitieron conseguir los objetivos de investigación.

Para conseguir el objetivo de establecer los presupuestos doctrinarios y normativos de la institución jurídica de la adopción, se utilizó la técnica de la revisión documental y análisis de bibliografía que se ha escrito sobre el tema. Especialmente sobre los últimos debates relacionados con ampliar las fronteras permisivas de la adopción, y sobre la utilidad y forma de interpretación de la teoría tridimensional del derecho.

Para analizar la institución jurídica de la adopción en Ecuador mediante la teoría tridimensional del derecho, se estudia la relación entre las normas constitucionales y ordinarias que reconocen la adopción, y los datos que se muestran en el MIES sobre el fenómeno de la adopción en la práctica (*law in action*). Ello implica relacionar la institución con los valores expresados en las normas constitucionales.

En efecto, la revisión documental sirvió para indagar en la doctrina todas las corrientes doctrinarias que han problematizado sobre la adopción en las distintas zonas de la sociedad. Además, se investiga la obra de Miguel Reale y sus intérpretes para dar cuenta de la teoría tridimensional del derecho.

Por otra parte, se seleccionó las normas constitucionales y civiles que reconocen la institución jurídica de la adopción para analizarlas a la luz de la teoría tridimensional del derecho.

2.3. Objeto de estudio

En la presente investigación el objeto de estudio fue la institución jurídica de la adopción, concretamente las normas constitucionales y civiles, tanto en una dimensión sustantiva

como adjetiva, para dar cuenta de su estado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para ello fue necesario utilizar como marco teórico categorías de la teoría tridimensional del derecho que dan luces sobre una interpretación de las normas que deje de lado el formalismo jurídico y ponga en detalle un enfoque holístico de eficacia de esa institución.

Para eso, en el presente apartado se recoge una discusión sobre el problema de investigación y los principales hallazgos encontrados en la relación entre la teoría tridimensional del derecho y la adopción.

El problema de investigación iba en torno a la siguiente pregunta de investigación:

¿Cuál es el sentido de la institución jurídica de la adopción en el ordenamiento jurídico de Ecuador, en las dimensiones normativa, axiológico y fáctico; es decir, existe un hecho social en la sociedad ecuatoriana que se representa en la institución de la adopción; existen valores axiológicos reconocidos en el ordenamiento que permiten la existencia de la adopción de una forma determinada, el reconocimiento de la adopción en normas concretas responde a ese hecho social y a los valores axiológicos?

Para responder a esa pregunta de investigación se propusieron los objetivos de investigación que aborden el problema de investigación concreto.

En efecto, la adopción entendida como fenómeno social es decir como hecho, en el Ecuador, ese fenómeno existe, de tal forma que se muestra en las estadísticas de Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (en adelante INEC), en el que existe un número determinado de menores que requieren ser adoptados, y existe un número de familias que requieren adoptar a un menor para constituir una familia. El problema resulta de la respuesta institucional que es poco eficiente al momento de desarrollar los procedimientos.

En segundo lugar, se trata de verificar si según valores axiológicos, la adopción en Ecuador está representada por estereotipos que vienen de modelos de familia conservadores porque la Constitución permite que únicamente pueden adoptar parejas del mismo sexo. Es decir, se excluyen las parejas del mismo sexo. Ello se contradice con la mayoría de legislación de otros Estados que han renovado su legislación y han permitido, por ejemplo, Colombia que acepta la adopción por parte de parejas del mismo sexo bajo el argumento del derecho que tienen los menores a la familia.

En tercer lugar, la adopción contenida en las normas jurídicas, es decir, existe un ordenamiento jurídico que respalda la adopción. No obstante, es necesario estudiar la coherencia entre la norma, el hecho social, y los valores axiológicos.

CAPÍTULO III.
LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO Y LA ADOPCIÓN EN ECUADOR

3.1. Cuestiones generales

Desde la clásica comprensión del derecho, este se ha presentado como una fuente de obligaciones que resultan necesarias para normativizar los actos sociales y alcanzar la paz, seguridad social, una economía sana y próspera o un estado capaz de resolver los problemas sociales en base a una estructura jurídica preestablecida.

Sin embargo, estudiar la normativa desde sus elementos más profundos no ha sido la costumbre de los estudiosos del derecho, y se han limitado a entenderla desde una perspectiva llana. Por ello, estudiarla desde las tres dimensiones permite tener una visión integral e interdimensional de los elementos que componen el derecho.

Y ya que la adopción no es una simple prescripción de conductas, sino una institución jurídica que existe desde el derecho en Roma, esta contiene mucho trasfondo fenomenológico e histórico cultural que requiere ser analizado en conjunto para poder construir la normativa adecuada que permita la adopción en el país.

La adopción es, en esencia, una institución jurídica que necesita ser entendida como axioma de la sociedad, como fin último de la prescripción de conductas, por las cuales se puede superar atavismos culturales y permitir nuevas estructuras familiares que adopten menores y les provean de cuidado.

Pero sobrellevar el tema de superar limitaciones como la adopción homoparental no se puede lograr si es que no se entienden los sucesos que han acontecido a lo largo de la historia y que le han dado magnitud a la institución de la adopción. Y menos aún, se deja de estudiar los axiomas rescatados por medio de tales hechos que a lo largo de la historia han sucedido. Por ello, la tridimensionalidad provee de herramientas metodológicas necesarias para cumplir con ese cometido.

De todas maneras, se ha entendido la ley como una fuente de obligaciones a las cuales se las entienden en razón de su fuerza de coerción y coacción respecto de los ciudadanos a los cuales prescribe conductas. Por ello, la idea de un derecho interdisciplinar resulta compleja porque no ha sido costumbre el entender la normativa desde un aspecto más amplio o más profundo.

Las disciplinas de estudio de las distintas facetas del ser humano han tomado iniciativa en estudiar cada aspecto de manera separada, limitando su estudio a un solo campo y limitándolo a un solo criterio de interpretación y justificación.

Pero las ciencias sociales, de las cuales se desprende el conocimiento de la sociedad y el comportamiento humano, guardan en común muchos rasgos que les permiten crear

modelos de conducta y entenderlos en aras de responder preguntas que les faciliten la convivencia en sociedad y así alcanzar la paz.

Son estas materias, semejantes unas con otras, las que han permitido el surgimiento del derecho en la amplitud y magnificencia con que se expresan hoy en sociedad. Y a pesar de que no se conoce el por qué o cómo habían surgido, y no se entiende la complejidad de los procesos por los cuales se había logrado crear aquellos modelos de conductas positivadas, ahora es tiempo de poder desentrañar cómo funciona y por qué están compuestos de sentido y valor.

Al igual que ha pasado con muchas otras ciencias, en donde se ha descubierto las razones de los efectos de sus manifestaciones físicas en distintas áreas del conocimiento, en el derecho también ha sido necesidad encontrar aquellas razones de esos mismos efectos.

El derecho había sido tomado como un modelo de conducta necesario para poder establecer el orden y la seguridad, otorgar derechos y establecer responsabilidades respecto de los ciudadanos que conviven en sociedad.

En derecho comúnmente se justifica la existencia de la normativa a través de la explicación de un pacto social en donde el Estado es el que tiene la responsabilidad de discernir los problemas que se generan entre sus ciudadanos a través del poder que estos le confieren y la legitimidad de la representación de sus gobernantes por medio de la elección popular. Pero esta es una explicación dentro del derecho mismo y no suele ser satisfactoria para entender la complejidad de las relaciones sociales, ni tampoco para describir el porqué de la adopción válida de estas conductas y no otras.

El derecho, por tanto, falla constantemente en entenderse a sí mismo desde la limitada visión positiva de su naturaleza o tras solo explicar la finalidad de la constitución del Estado para mantener el orden social. Comete el error de explicarse por su propia cuenta desde su grandeza, desde su magnificencia, sin importarle las fuentes de las cuales se compone y surge en un principio.

Aunque para tales explicaciones existen otras disciplinas del saber que permiten entender al derecho desde otro plano, tal como funciona con otras ciencias. Y que para un mejor entendimiento de la naturaleza jurídica en las relaciones sociales está el derecho y que para los hechos o las manifestaciones axiológicas están la sociología o el eticismo.

De todas maneras, existen otras disciplinas que estudian las respuestas a las preguntas, aunque aquellas soluciones que aparecen solo respondan los inconvenientes desde esa disciplina del conocimiento humano.

Y es que el método de cada una de las disciplinas ha servido para sus áreas y se ha manifestado con importantes descubrimientos, explicando la razón de ser de cada problema como objetivo de estudio en su propio campo de investigación. Pero aquellos descubrimientos, en ocasiones, han servido para dar explicación a otros campos de estudio y por tanto el surgimiento de nuevas ramas del conocimiento humano.

Claro que olvidarse de las fronteras que cada una de las ramas de la ciencia posee sería improductivo para determinar la validez de los postulados que permiten verificar la veracidad de las afirmaciones, pues más que todo, se dividen las áreas de estudio en las ciencias sociales para garantizar una metodología, y que todo lo que se produzca dentro de su estudio pueda ser verificable.

Sin embargo, dichas relaciones no son en su totalidad, sino en partes o sectores de cada disciplina, que conforme se estudian separadas, al final generan un solo marco de entendimiento, una sola perspectiva.

La perspectiva que se tenía del derecho estaba incompleta y por lo tanto no tenía volumen. Y en muchas explicaciones de la realidad jurídica todavía parece una pintura rupestre, puesto que no han optado por desarrollar sus investigaciones basándose en otros métodos

La verdadera perspectiva sobre el proceso de construcción de un modelo de conducta, que se traduce en normativa, solo puede ser observable con fidelidad a la realidad si se incluye en esa visión los métodos de otras disciplinas.

La integración de hecho, valor y norma responde a la necesidad de poder observar el derecho con perspectiva que tenga longitud por sus sucesos y profundidad por sus valores, que son objetivos perseguibles, y que por medio de esta tridimensionalidad se construyen modelos de conducta que satisfagan necesidades.

La tridimensionalidad del derecho hasta este punto de la investigación sirve como herramienta de comprensión del derecho mismo, y su validez como método permite entender a la institución jurídica de la adopción para poder desentrañarla desde los elementos que la conforman, desde cada una de sus dimensiones.

La adopción, objeto de esta investigación, se verá enriquecida en la medida que se utilice las diferentes dimensiones para generar una perspectiva de la institución jurídica.

Haciendo esto, se elabora una explicación más profunda a la normativa, y el deber ser de la misma.

En fin, La institución jurídica de la adopción es tridimensional porque está compuesta como hechos generados por necesidades de preservación, de construcción familiar. Sus axiomas, que resultan como objetivos de la adopción, intentan garantizar la preservación de la familia y la calidad de vida de los menores.

La normativa, que es el resumen, la síntesis de la dialéctica entre los fenómenos y los valores que la cultura arroja en sociedad como plausibles, debe ser estudiada de manera interdisciplinar, y por ello la adopción, que recoge fenómenos históricos, valores dentro los mismos sucesos, y que ha existido como norma positiva en la mayoría de las legislaciones del mundo, debe usar la visión tridimensional para desarrollar avances en razón de beneficiar los derechos que se garantizan formalmente en la Constitución de 2008.

3.1. La adopción como hecho.

A lo largo de la historia de la humanidad la familia ha sido el núcleo de la sociedad y la adopción ha sido una institución que ha garantizado la continuidad y supervivencia de la estructura familiar.

La adopción surge de motivaciones religiosas, pues las familias que no tenían descendientes incorporaban a su seno personas a quienes confiarían el culto doméstico de sus antepasados. La historia de la adopción moderna surge con la primera guerra mundial, como respuesta al horror de una infancia abandonada, hogares sin hijos y familias destrozadas.

Y en la modernidad las instituciones recaban información respecto de la cantidad de adopciones que se producen. Esto conlleva a una mayor aceptación de la institución y, posteriormente, su réplica en muchos parejas con necesidad de conformar una familia clásica.

3.1.1. Situación de los menores.

En el año 2015, por ejemplo, en el Ecuador se registró un total de 148 adopciones en todo el país. En la Sierra fueron 127 adopciones, en la Costa 16 y en la región Amazónica un total de 5. (INEC, Anuario de Matrimonios y Divorcios, 2016, p. 120). Esto significa que es relativamente bajo el nivel de adopciones. En el siguiente gráfico se puede apreciar la distribución de las adopciones en Ecuador, identificando los datos por regiones:



Figura 1. Adopciones por provincias 2015

Fuente: INEC (2016)

Elaborado por: Autor

Las adopciones en ese contexto, representan actos de las personas que se realizan en relación con el Estado. Aunque no se ha encontrado datos más recientes, si se puede hacer referencia a datos de menores que están en acogimiento institucional y que algunos de ellos luego pueden ser adoptados, después la institución constata que no es posible regresarlo a su familia de origen.

Así, no toda niña, niño o adolescentes que se encuentre en una entidad de acogimiento institucional es apto para ser adoptado. La mayoría de las niñas, niños y adolescentes que viven en dichas entidades tienen referentes familiares con los que se trabajan programas para preservar, mejorar, fortalecer o restituir los vínculos familiares, prevenir el abandono, procurar la reinserción o procurar su adopción. En efecto, la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional, señala, en su artículo 3, que: “todos los Estados deben, como primera prioridad, propender a que el niño sea cuidado por sus propios padres. Cuando los propios padres del niño no puedan ocuparse de él o sus cuidados sean inapropiados, debe considerarse la posibilidad de que el cuidado quede a cargo de otros familiares de los padres del niño, otra familia sustitutiva adoptiva o de guarda o en caso necesario, una institución apropiada”.

De la información levantada por el Ministerio de Inclusión Económica y Social (en adelante MIES) recogida en un informe a junio de 2018 sobre las niñas, niños y adolescentes en casas de acogida, se determina que existen alrededor de 2552 en

situación de acogida (MIES, 2018, p. 2). De ese número, el MIES (2018) considera que alrededor de 348 se encuentran en proceso que podrían terminar en adopción. De ellos, 239 se encuentran con declaratoria de adoptabilidad, es decir, que pueden iniciar un proceso de adopción. En el gráfico que sigue se puede apreciar que los menores que están en situación para ser adoptados representan el 9% de todos los que están en casas de acogida.



Figura 2. Menores en situación de acogida

Fuente: MIES (2018)

Elaborado por: Autor

Se debe diferenciar la institución de acogimiento institucional de la adopción. El primero según el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (en adelante CONA) es “una medida transitoria de protección dispuesta por la autoridad judicial, en los casos en que no sea posible el acogimiento familiar, para aquellos niños, niñas y adolescentes que se encuentran privados del medio familiar. Esta medida es el último recurso y se cumple únicamente en aquellas entidades de atención debidamente autorizadas” (Código Orgánico de Niñez y Adolescencia, 2002, art. 232). Mientras que la adopción es la institución que reconoce la filiación entre un menor y un adulto (Cenci, 1995, p. 15).

Algunos de los menores que se encuentran en acogida institucional pueden ser reinsertados en sus familias de origen, pero ello requiere igualmente un proceso administrativo y judicial. Por ello, es necesario que para empezar con una adopción se establezca la declaratoria de adoptabilidad.

Para comprender mejor los datos mostrados. En la siguiente tabla se expresa que de los 348 que considera el MIES (2018) los 239 están con “declaratorias de adoptabilidad” “concedidas y pueden iniciar el proceso de adopción. Mientras que los demás están en el proceso de concesión de la adoptabilidad, ya sea porque la misma ha sido solicitada, o porque existen procesos de pérdida de patria potestad pendientes.

Tabla 1. Tipo de proceso

<i>Tipo de proceso</i>	<i>Número</i>
<i>Declaratoria de adoptabilidad concedida</i>	239
<i>Declaratoria de adoptabilidad solicitada</i>	38
<i>Privación de patria potestad concedida</i>	14
<i>Privación de patria potestad solicitada.</i>	57
<i>Total</i>	348

Fuente: MIES (2018)

Elaborado por: Autor

En este estudio solo se incluye el análisis sobre aquellos menores que tienen una declaratoria de adoptabilidad, que es la declaratoria judicial que se da sobre un menor cuando se declara que legalmente puede ser adoptado y el Estado se encarga de buscarle una familia. Ese tipo de declaratoria ocurren por cuestiones de orfandad de los padres, la imposibilidad de conocer a los progenitores o familiares, la pérdida de la patria potestad de los dos progenitores, por el consentimiento de los progenitores (MIES, 2018, p. 3).

A continuación, se realiza una descripción de la población de 239 niños que se encuentran en situación de adoptabilidad, para ello se toman indicadores como género, etnia, edad, grupos de hermanos, estado de salud. Todos los menores en situación de adoptabilidad, permanecen en acogimiento institucional.

En relación al género 123 son femenino y 116 son masculino. Esto implica que son mayores las mujeres que pueden ser adoptadas. En el mismo sentido, 24 son afro ecuatoriano, 194 mestizos, 20 indígenas y 1 montubio. No solamente existen menores mestizos, sino que pueden existir menores en busca de familia de cualquier etnia. Es

interesante el dato que refleja que 163 corresponde a grupos de hermanos, mientras que 73 son solos (MIES, 2018, p. 2)

Tabla 2. Menores por edad

<i>Por edad</i>	
<i>De 0 a 4 años</i>	14
<i>De 5 a 9 años</i>	74
<i>De 10 a 15 años</i>	121
<i>Mayores de 16</i>	30

Fuente: MIES (2018)

Elaborado por: Autor

La tabla que antecede muestra la misma población, pero dividida por rangos de edad. Se puede apreciar que la mayor parte de menores son entre 10 y 15 años con un número de 121 menores, el menor número es de aquellos que están entre 0 a 4 años con 14 menores. Existen mayores de 16 años en un número de 30.

Tabla 3. Por estado de salud

<i>Por estado de salud</i>	
<i>Saludable</i>	154
<i>Discapacidad</i>	58
<i>Con algún problema de salud</i>	27

Fuente: MIES (2018)

Elaborado por: Autor

En la tabla 2 en cambio se puede apreciar la división de los menores por el estado de salud en el que se encuentra. La mayoría con un número de 154 se encuentran en estado saludable, mientras que 58 en estado de discapacidad, y 27 se encuentran con algún problema de salud. Esto permite identificar que existen menores que se encuentran en una doble condición de vulnerabilidad debido a su discapacidad.

Es necesario conocer el tiempo que aquellos menores han permanecido institucionalizados en las casas de acogida. Observados que 88 de ellos han permanecido entre 6 y 9 años en las casas de acogida. Solamente 8 de ellos han estado de 0 a 11 meses. Existe un número de 17 que han estado más de 10 años.

Tabla 4. Institucionalización de menores

TIEMPO EN INSTITUCIONALIZACIÓN DE MENORES EN ADOPTABILIDAD	
DE 0 A 11 MESES	8
1 AÑO A 1 AÑO 11 MESES	21
DE 2 A 3 AÑOS 11 MESES	40
DE 4 AÑOS A 5 AÑOS 11 MESES	65
DE 6 A 9 AÑOS	88
DE 10 A MÁS AÑOS	17
TOTAL	239

Fuente: MIES (2018, p. 9)
Elaborado por: Autor

Esto da cuenta que existen menores que han pasado casi toda su niñez en las casas de acogida sin involucrarse en hogares mediante procesos de adopción. Existe un proceso de retraso al momento de concesión de las declaratoria de adoptabilidad que ha sido expresado por el MIES, quien afirma que un retraso de esa naturaleza afecta el desarrollo integral de los menores (MIES, 2018, p. 10).

Incluso las razones por las que ingresaron supone la inexistencia de familiares que puedan brindarles cuidado. A continuación, se exponen las causas por las que los menores han sido institucionalizados.



Figura 3. Causas de institucionalización

Fuente: MIES (2018)
Elaborado por: Autor

Del gráfico se puede establecer que el 29% de los menores han sido abandonados, el 25% han sido institucionalizados por negligencia de sus cuidadores, el 17% por maltrato, el 15% por una combinación de maltrato y negligencia, el 7% por orfandad, el 4% por

un presunto abuso sexual y el 3% por otras causas como la callejización² o el desplazamiento. La mayor cantidad se da por abandono mientras que la menor por orfandad. Ello supone que la violencia ejercida sobre los menores está en la principal causa de institucionalización.

Tal como se menciona, existe un retardo injustificado por parte del Estado para dar las declaratorias de adoptabilidad que permite a los menores poder iniciar un proceso de adopción con el ánimo de conseguir una familia. Incluso cuando se pensaría que aquellos menores que se encuentran en una situación de orfandad recibirán una declaratoria de adoptabilidad de forma ágil, los datos del MIES (2018) muestran lo contrario. Ello afecta gravemente en los derechos de los menores que se ven privados de poder obtener una familia por la falta de eficacia de los procesos institucionales.

En concreto se puede establecer que se afectan el interés superior del menor y con ello el Estado mantiene deficiencias respecto de la doctrina de protección integral. Existen menores que tienen que pasar casi toda su niñez en las casas de acogida, porque no les han dado las declaratorias de adoptabilidad (MIES, 2018, p. 10). En la siguiente tabla los datos de ingreso de menores en los centros de acogida, la relación con la fecha en que fue otorgada la declaratoria y la edad que tienen a la fecha de la recogida de los datos.

² La callejización es la conducta que mantienen los menores cuando dejan el hogar y la escuela para dedicarse a permanecer en la calle realizando cualquier tipo de actividad.

Tabla 5. Menores en orfandad

16 NNA EN ORFANDAD					
NNA	Año Ingreso entidad	Año declaratoria	Demora Trámite	Edad Ingreso	Edad Actual
4	2010	2015	5 años	9	17
				7	15
				3	11
				1	9
4	2010	2017	7 años	5	13
				3	11
				1	9
				0	7
3	2012	2017	6 años	9	15
				7	13
				5	10
2	2009	2016	7 años	7	16
				5	14
1	2011	2015	4 años	4	11
	2016	2018	2 años	13	15
	2017	2018	1 año	16	17

Fuente: MIES (2018, p. 10)

Elaborado por: Autor

Son 16 menores que representan el 7% de los que tienen actualmente declaratorias de adoptabilidad. Lo que más se han tardado son 7 años en otorgar esa declaratoria. Algunos, por ejemplo, ingresaron de 9 años y en la actualidad tienen 17 y no han sido adoptados. El que más temprano ingreso es en el 2009 y recibió la declaratoria en el 2016. Existe una relación directa entre el tiempo que se demora el Estado de otorgar esa declaratoria y la edad que ellos adquieren mientras están en la casa de acogida, representando causas de vulneración de derechos.

3.1.2. Los adoptantes

Para que una persona pueda ser adoptante debe acercarse a las Unidades Técnicas de Adopción y realizar un proceso que empieza con el pre registro y luego cumplir con otras fases.

De 253 pre registros que se contabilizaron hasta 2018, solamente 60 parejas y 12 personas solas han continuado y concluido la fase de formación en adopción que es obligatoria para el proceso. De ellas solamente 53 representan familias idóneas para la

adopción, mientras que 31 se encuentran en un proceso terapéutico, y 5 son familias no idóneas (MIES, 2018, p. 20).

Luego las familias pasan a una etapa en la que se asigna un Comité de Asignación Familiar en la que se establecen programas para que las parejas o personas solas puedan conocer a los menores. En junio de 2018 existía un total de 78 familias que se encuentran en espera de asignación de uno de esos comités, la tardanza se debe a las condiciones que requieren los adoptantes en los adoptados, sea la edad o la condición de salud (MIES, 2018, p. 23).

De ese número, 63 son parejas, 15 son personas solas todas ellas de género femenino. La edad de ellos oscila entre los 31 a los 45 años de edad. En la gráfica se muestra que 32 corresponde a personas entre 41 a 45 años, 24 de 31 a 35 años de edad, y 22 de 36 a 40 años (MIES, 2018, p. 27).



Figura 4. Edad de los solicitantes.
MIES (2018)
Elaborado por: Autor

A ello hay que sumar el tiempo que cada uno de los solicitantes se encuentra en espera de que se asigne un comité de asignación. Existen 41 solicitantes que están en espera 1 año, los que más han esperado son 5 años, mientras que 24 son los que están esperando menos de 24 meses (MIES, 2018). Según el INEC, la idoneidad de las familias para adoptar caduca en 2 años, por lo que los datos siempre se modifican en esos años.

Tabla 6. Tiempo de espera.

TIEMPO DE ESPERA	CANTIDAD
MENOS DE 6 MESES	24
1 AÑO	41
DOS AÑOS	11
CUATRO AÑOS	1
CINCO AÑOS	1
TOTAL	78

Fuente: INEC (2018, p. 14)
Elaborado por: Autor

Conviene revisar también las preferencias que tienen los solicitantes por la edad de los menores que serán adoptados, en la siguiente tabla se muestra esos datos.

Tabla 7. Preferencia por edad

RANGO DE EDAD	SOLICITANTES
HASTA 4 AÑOS	37
HASTA 5	17
HASTA 6	6
HASTA 7 Y 8	11
ENTRE 9 Y 15	7
TOTAL:	78

Fuente: INEC (2018)
Elaborado por: Autor

De la tabla se puede concluir que existe mayor preferencia por menores que tenga hasta 4 años de edad, representa el 47 % de todos los solicitantes. Mientras que son menos preferidos los que se encuentran entre 9 y 15 años de edad. Ello muestra que es importante que se agilicen los procesos de declaratoria de adoptabilidad para que los menores tengan mayor oportunidad de ser insertados en familias solicitantes.

3.1.3. Adopciones

Entre enero y junio de 2018 se dieron 40 adopciones, de las que 39 son nacionales y 1 es internacional. 22 de los menores es de género masculino y 18 de femenino. 33 de ellos son mestizos y 7 son afro ecuatorianos o montubios (MIES, 2018, p. 27). A continuación, se muestra los rangos de edad.

Tabla 8. Rango de edad de menores adoptados

RANGO DE EDAD	CANTIDAD
0 MESES - 4 AÑOS	18

5 - 9 AÑOS	8
10 -15 AÑOS	9
16 -18 AÑOS	5
TOTAL	40

Fuente: MIES (2018)
Elaborado por: Autor

La mayoría son menores que tiene hasta 4 años de edad, mientras que el número inferior de 5 es de menores entre 16 y 18 años de edad. A ello se suma que casi todos los solicitantes desean menores que se encuentran en estado de salud buena.

Estas estadísticas deberían dar cuenta de los problemas que surgen de parte del Estado, y de la cultura de adopción que tienen las personas (Largacha, 2012). Se entiende que los solicitantes realizan un patrón de conducta que previamente ya había concebido como valor el derecho a conformar una familia y la protección del menor, pero que, en el proceso de estudio de los acontecimientos sociales, motivará a que se alcancen nuevos estándares respecto del respeto y la condición de esta institución jurídica.

Se entiende que la normativa se genera por la necesidad de regular el número de adopciones, y que robustecen los principios en derecho, que garantizan el interés de los menores y salvaguardan también los derechos de los ciudadanos para conformar una familia.

Se explicará a continuación el por qué estas adopciones fomentan la constante necesidad de abordar nuevos estándares a nivel legislativo, y que son la finalidad de la norma, pero que componen la estructura axiomática que justifica la existencia misma de la institución jurídica de la adopción.

Las estadísticas muestran la necesidad de modificar la normativa para entenderla desde el plano fáctico, de darle respuesta y comprenderla como una necesidad social. Pues la normativa debe ser construida en base a los datos de las instituciones públicas, y los puntualizando los problemas generados en la base de los procesos de adopción.

3.2. La adopción como axioma.

La adopción es uno de las instituciones que mejor responden como modelo de la tridimensionalidad del derecho, porque ha existido desde el principio del legado jurídico en Roma hasta la actualidad. Ha venido avanzando respecto de la garantía que ofrece a quienes son titulares de estos derechos y para quienes ostentan responsabilidades sobre la adopción de los menores (López, 2014).

Su construcción axiomática es un fiel ejemplo de la descripción de la teoría de la tridimensionalidad y más aún de la dimensión axiomática, puesto que la configuración de la institución se basa, mayoritariamente, en los valores a respetar y que su fundamento yace en el interés del menor.

Todo este proceso de construcción del entorno familiar ha sido el motor para alcanzar los valores éticos que corresponden a la formación de la familia y que de alguna forma se encuentran insertos en los principios constitucionales y en el espíritu de las leyes que la regulan. En sí, los hechos son manifestaciones culturales si se amplía la comprensión hasta un punto de construcción social, sin embargo, el método histórico cultural es el que da validez sobre los valores o axiomas que se pretende alcanzar, y que son producto de los hechos o acontecimientos que se dan en sociedad.

Si bien los hechos son el proceso fáctico que construye a través de la historia una idea de precepto o bien alcanzable, es el valor que se deduce de estos hechos, el que construirá una idea de legitimidad sobre lo que se desea alcanzar con la normativa.

La adopción es “principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”; Sea lo primero observar, que antes que una medida de protección, es una Institución Jurídica. (Gómez Piedrahita, 1992, p.288)

Se concibe a la adopción como un derecho y como una garantía del menor a nivel constitucional, la misma que está sustentada en el derecho internacional por haber alcanzado nuevos y profundos estándares respecto de su naturaleza.

Existen axiomas que giran alrededor de la doctrina de protección integral y el principio de interés superior del niño los que proveen de profundidad para sostener la objetividad, creencia y respeto de la normativa, que establece un modelo de conducta, pero que responde a principios internacionales que han sido acogidos por la estructura normativa nacional.

El interés superior del niño ha sido uno de los fines axiomáticos más plausibles en la mayoría de legislaciones del mundo, entregando una razón superior a una institución que previamente había sido solo patrimonialista. Es ese principio que concibe que cualquier persona sea natural o jurídica deben procurar la optimización en la mejor medida posible de los derechos de los menores, de tal forma que si existen otros principios o normas que entran en conflicto con él, se debe decidir por el interés superior del menor.

Dentro del marco constitucional ecuatoriano se establece ciertos presupuestos para la adopción. Estos presupuestos no serán analizados como norma en este capítulo, sino como referentes de axiomas o principios a alcanzar. En efecto, en el artículo 11 del texto constitucional se reconocen los principios de aplicación de los derechos que, de ningún modo, pueden establecer barreras al cumplimiento de los derechos de las personas y a su goce en igualdad de condiciones. Esos principios deben tomarse en cuenta al momento en que el Estado realice las garantías normativas, de políticas públicas y jurisdiccionales.

En el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de Ecuador de 2008 se reconoce el principio de igualdad y no discriminación que debe guiar la actuación de las instituciones públicas y de los particulares.

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

Es decir que, debido a la forma de llevarse a cabo la adopción, mediante criterios de selección que tienen los adoptantes para elegir al menor, se establece que aquellos que se encuentran en condiciones de doble vulnerabilidad como, por ejemplo, la etnia o la discapacidad tienen menores oportunidades de ser insertados en familias. Por ello, el limitar la categoría de adoptantes a parejas heterosexuales pone en situación de discriminación a aquellos menores que no pueden acceder a una familia.

Pero no es solo una descripción de los derechos que se tiene frente al resto o de los principios que se supone deben ser aplicados a los modelos de conducta, sino también una conceptualización de lo que el derecho ecuatoriano defiende como esencia de la naturaleza humana. Por ello, el siguiente principio recoge la concepción de dignidad del ser social y lo establece como principio de aplicación en el ejercicio de los derechos. Se encuentra reconocido en el artículo 11 numeral 7, que reza:

“El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás

derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.

La dignidad humana supone que deben respetarse la doctrina de protección integral de los menores teniendo en cuenta sus especiales necesidades en el desarrollo biológico. Por ello, el retardo injustificado en los procedimientos de adaptación o de declaratoria de la condición de adoptabilidad, afecta la dignidad de los menores toda vez que se limita las oportunidades para que puedan crecer en un ambiente en el que puedan desarrollar libremente su personalidad.

Por lo tanto, la aplicación de la normativa debe responder no solamente a los derechos que se encuentran vigentes de manera positiva o literal, sino que debe expandir su alcance hacia los derechos derivados de los cuales ya garantiza.

Además, es evidente que el texto constitucional promueve el cumplimiento de axiomas para el ejercicio de los derechos por parte de sus habitantes, como la igualdad o la dignidad, priorizando el derecho a la familia y al interés superior del niño.

La Constitución establece como requisito de las parejas que deseen adoptar que sean heterosexuales, limitando así el ejercicio de la adopción a parejas homosexuales. Esto recae también en la discriminación, que se evita con la aplicación del principio el principio contemplado en el inciso 2 del artículo 11 anteriormente citado, que prescribe la aplicación de los derechos en un marco de igualdad.

Así, se discrimina a las familias homoparentales del goce de su autorrealización y el alcance de la satisfacción personal, a la vez que se los lesiona en el ejercicio de los derechos de adopción y que, consecuentemente, se lastima al menor que necesita estar dentro de una estructura familiar.

3.3. La adopción en la norma

En este acápite se propone realizar el análisis de la normativa que regula la adopción en Ecuador. En primer se busca explorar y analizar las normas constitucionales que regulan las formas de adoptar, y de otro lado, las normas civiles, sustantivas y adjetivas que permiten materializar la adopción en un contexto determinado.

La normativa es el último peldaño de construcción de la perspectiva de un modelo de conducta basado en la adopción. Esta dimensión normativa está compuesta de los hechos que establecen la longitud o la cantidad de momentos en los que los ciudadanos han mostrado su interés en adoptar. Así mismo se compone de los axiomas generados en razón de garantizar la continuidad de las adopciones, en virtud de alcanzar nuevos

estándares y proveer el fin moral de tal actividad, y que, posteriormente, se configurará como norma que impone un modelo de conducta.

Y ya que la norma como tal se configura como modelo de conducta que se legisla en razón de garantizar los fines últimos, más loables, que han de perennizar la manera de entender la condición humana, y que son la expresión final del derecho, también es necesario entenderla como norma positiva y acatarla.

La adopción se encuentra definida en el Código Civil de la siguiente forma:

“La adopción es una institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre, señalados en este Título, respecto de un menor de edad que se llama adoptado. Sólo para los efectos de la adopción se tendrá como menor de edad al que no cumple 21 años” (Código Civil, 2013, art. 314).

Su expresión en normativa no solo muestra una culminación, sino que exige respetarla, ya que su composición final yace de una esencia tridimensional, y comprenderla como el proceso final, como el último peldaño, no es reducirla a una simple expresión positiva del derecho que busca establecer patrones de conducta, sino que es el resultado de los hechos y axiomas que han alcanzado, juntos, el nivel final de expresión positiva.

Al estudiar la institución de la adopción se ha podido entender que la visión clásica de denominar a una norma como positiva, como mera forma de describir los actos que se espera del ser social, no es lo más adecuado cuando se trata de estudiar los fenómenos sociales que suceden y que dan fundamento a las instituciones jurídicas.

Es importante rescatar que el respeto de la norma positiva de acompañarse por su análisis tridimensional, especialmente por los que forman parte de la administración de justicia. Esto porque la competencia para vigilar los procesos de adopción recae en los jueces quienes participan en todo el proceso, desde la acogida institucional hasta la autorización para que pueda ser adoptado (Código de la Niñez y la Adolescencia, 2003).

Es necesario entonces, entender la esencia de los procesos por los cuales una norma prescribe el comportamiento humano en una sociedad determina, cuyo falta o incumplimiento lleva una sanción. Y ya que esta norma positiva resume el largo procedimiento fenomenológico, histórico cultural y dialéctico que ha permitido definir un modelo de conducta, requiere que se estudie las formas en las que es eficaz o no.

No obstante, si la norma es la construcción final de un proceso dialéctico y se encuentra plasmada en el ordenamiento jurídico, se debe estar seguro que cumple con el

presupuesto axiológico que promueve, que justifica y sitúa como objetivo de la existencia del modelo de conducta positivizado.

En este caso concreto, la norma no alcanza a satisfacer las necesidades sociales de adopción de los menores, ni tampoco cumple en garantizar el acceso a la institución de la adopción por medio de las familias homoparentales que intentan adoptar, discriminándolas por su condición y atentando contra su dignidad.

Se puede interpretar que la norma estudiada como modelo de conducta no responde a los principios de aplicación de los derechos que se establecen en el artículo 11 de la Constitución de 2008 tales como la igualdad y no discriminación, la dignidad, el interés superior del menor, pues no satisface la necesidad de la gran cantidad de menores que esperan ser adoptados.

La prescripción de modelos de conductas según la tridimensionalidad debe integrar las dimensiones normativas y axiológicas, para desembocar en una estructura normativa idónea para dar respuesta a las necesidades sociales.

La institución jurídica de la adopción carece de eficacia en el momento en el que la normativa que establece los modelos de conducta, limita su ejercicio. Puesto que no es coherente la existencia de normativa que garantice el derecho de los menores a ser parte de un hogar y a la vez discrimine a quienes desean conformarlas.

3.3.1. Normas constitucionales

La Constitución ecuatoriana tiene un carácter progresista debido a que reconoce un catálogo de derechos, incluidos los de las niñas, niños y adolescentes. Según esa perspectiva, el Estado es el encargado de proteger y sobretodo garantizar los derechos de este grupo, el principal derecho que será abordado en este capítulo es el derecho a la familia.

Dentro del marco constitucional ecuatoriano se establece ciertos presupuestos para la adopción. Por ejemplo, en el artículo 68 de la Constitución se establece que la adopción se limita únicamente a parejas de distinto sexo.

Si bien se había recalcado en acápite anteriores que existe un Estado eminentemente garantista se puede observar que desde la Constitución se empieza por condicionar esta institución jurídica. Los límites establecidos para la adopción, tampoco han sido discutidos por la jurisprudencia.

Pues bien, resulta importante centrar la atención en la evidente limitación que hace la Constitución de 2008 al respecto, claramente indica que la adopción es únicamente

permitida a parejas de distinto sexo. Situación que no ocurre en otras legislaciones que comparten normas que reconocen derechos amplios para los ciudadanos. Es decir si desde la base de la legislación interna de un país se limita de esta manera, las leyes de menor jerarquía evidentemente deben seguir la misma línea.

Sin embargo, por otro lado se puede evidenciar que lo que pretende la Constitución es blindar de protección a los menores, estableciendo presupuestos que impidan la posible vulneración de sus derechos a toda costa, esto debido a que el Estado es el que sostiene toda carga con la completa responsabilidad de los menores.

La familia, en algún sentido tradicional, pretende ser protegida por la institución del matrimonio. Aunque en la redacción del texto constitucional se cae en contradicción toda vez que se reconoce que el matrimonio no es la única forma de formar una familia, sino que puede ser parejas en unión de hecho.

En ese sentido, las normas constitucionales establecen que cuando los adoptantes sean parejas deben ser heterosexuales. La pareja debe estar formada en un vínculo, sea mediante el matrimonio o la unión de hecho. Ello plantea una discusión respecto a la dificultad que tienen parejas del mismo sexo para adoptar.

En efecto, el matrimonio según el artículo 67 de la Constitución es “la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”.

De igual forma se reconoce la unión de hecho en el artículo 68 como “la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley”. En el inciso primero declara “La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.”

Esto significa que constitucionalmente la adopción cuando se realiza por parejas, está habilitada solamente para parejas de distinto sexo. Ello evidentemente vulnera principios reconocidos internacionalmente, primero, sobre las parejas homosexuales que tienen derecho a adoptar, segundo, el derecho de los menores que tienen derecho a una familia.

En el caso de los derechos de los adoptantes, el desconocimiento de la legalidad y legitimidad de las parejas del mismo sexo para adoptar, genera problemas toda vez que se ha establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) que la restricción constituye una vulneración de derechos, en tanto que no es razonable y no se justifica por un fin convencionalmente válido. En el caso *Atala Rifo y niñas Vs. Chile* menciona:

“(…) está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual” (CORTE IDH, *Atala Rifo y niñas Vs. Chile*, 2012, párr. 91).

En el sentido de la Corte IDH cualquier norma que afecte de esa forma los derechos mediante restricciones injustificadas, afecta el principio de igualdad y no discriminación que se encuentra reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). En ese sentido, de acuerdo al principio de aplicación directa de los tratados internacionales que mejor protegen los derechos constitucionales, existe la necesidad de adecuar la normativa interna.

Asimismo, la Corte Constitucional Colombiana al analizar la exequibilidad de las normas que regulan la adopción y que limitaban la adopción a parejas de distinto sexo, concluye que esa limitación es discriminatoria, no en el sentido de la igualdad que tienen los adoptantes, sino en el derecho que tienen los menores para tener una familia y crecer en condiciones que les permita desarrollar su personalidad, pues luego de analizar documentos científicos concluye que el ser adoptado por parejas del mismo sexo no afecta su desarrollo integral, antes tal limitación, lo pone en situación de discriminación respecto de los demás menores que pueden acceder a una familia (Acevedo, et al., 2018, p. 8).

Así pues, si se realiza una lectura de la Constitución de 2008 y la parte axiológica reconocida en la CADH, a la que el Ecuador se encuentra obligado, existe una contradicción que es necesario subsanarla, pues los principios que inspiran las normas constitucionales realizan una restricción de derechos de forma injustificada, generando por tanto, contradicción con los principios convencionales, de igualdad y no discriminación. Ello en el entendido de las normas que pretenden reconocer adopción como un acto que se puede dar solamente entre parejas de distinto sexo.

Algunos autores como Barahona (2015, p. 16) consideran que se vulnera también el principio de libre desarrollo de la personalidad de los menores al limitar la institución para que puedan ser adoptantes un determinado número de personas basada en su orientación sexual.

En lo relacionado con la adopción se examina a continuación los principios en los que se basa y la relación que guardan con las normas constitucionales. Los principios sobre los que se sustenta la adopción se encuentran previstos en la Constitución del 2008 y

en los tratados internacionales de derechos humanos. A continuación, se revisan los que resultan controversiales para el desarrollo de la investigación.

Ellos resultan de recogen los valores axiológicos sobre los que se levanta la estructura jurídica. Están recogidos tanto en las normas constitucionales como en los instrumentos, doctrina y jurisprudencia internacional de protección de los derechos humanos.

Principio de igualdad y no discriminación.

El desarrollo de este principio es complicado al tener tantas aristas y ser tan amplio. Sin embargo desde instrumentos internacionales lo sostienen, entre algunos, la Convención Sobre los Derechos del Niño, de la cual el Ecuador es signatario, ratificado por el Congreso Nacional y que tiene como antecedentes: La Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño; la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, particularmente en los artículos 23 y 24; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en particular el artículo 1ro; y, los Estatutos e noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, particularmente en los artículos 23 y 24; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en particular el artículo 1ro; y, los Estatutos e Instrumentos pertinentes de los Organismos.

Los instrumentos, doctrina y jurisprudencia sobre la protección de derechos del niño tienen fuerza vinculante para el Estado por su ratificación, consecuentemente la Constitución de 2008 también recoge este principio y lo postula como uno de los principales, debido a que ninguna persona sea cual sea su situación podrá ser discriminada. En tal virtud si el Estado observa que un ciudadano no está en igualdad de condiciones, estará en la obligación de equiparar la situación.

En el caso del análisis por parte de la Corte Constitucional, ha afirmado que la igualdad tiene un componente material y otro formal:

“La igualdad formal implica que ante el sistema jurídico todas las personas deben tener un trato igualitario. Por igualdad material, en cambio, se refiere a un análisis de la realidad de la persona, el cual ha sido recogido a través del principio consagrado en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República, el mismo que persigue la igualdad real en favor de los titulares de los derechos que se encuentren en situación de desigualdad” (Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 050-15-SIN-CC, caso Nro. 035-11-IN).

Este principio será la base para aplicar e interpretar todos los derechos consagrados en la Constitución de 2008. Además, reconoce que ninguna persona puede ser sometida a tratos diferenciados, sin que exista una justificación razonable, que significa que cuando se pretende restringir unos derechos, las medidas tomadas para ellos, deben ser idóneas, necesarias y proporcionales. Idóneas significa que deben pretender en todo momento la garantía máxima de los derechos, necesarias que no existen medidas menos gravosas para ser aplicadas, y proporcionales en la medida que el mal producido debe ser inferior al perjuicio ocasionado.

Sobre la base de esos principios se deben leer las normas que reconocen las formas de adopción, toda vez que deben responder a un fin constitucional o convencionalmente válido, es decir, que se reconozca en los valores axiológicos, adoptados por todos.

Principio de corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia.

El Estado al ser garante de derechos, deberá promover conjuntamente con la sociedad y la familia el desarrollo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En ese sentido, en todos los casos, la corresponsabilidad debe ser leída como una tarea conjunta con la familia que adopta. El Estado debe acompañar y vigilar las acciones de la familia, para evitar que se vulnere los derechos del menor. En igual sentido, la sociedad debe enfocarse en disminuir hasta eliminar los estereotipos basados en discriminación.

Principio de interés superior del niño.

El principio de interés superior del menor es la columna vertebral de la protección de los derechos de los menores. En cualquier circunstancia, prevalecerá el interés superior del menor de edad, lo que permite mayor protección de los menores, debido a que no podrá invocarse otro interés que no sea el bienestar y desarrollo integral y armonioso del menor. Según la Corte Constitucional "el principio de trato prioritario implica que ante una posible confrontación de derechos de distintos sujetos, entre los cuales se encuentren niños, niñas o adolescentes, se debe considerar su especial condición al momento de cotejar los derechos en conflicto" (Corte Constitucional, Sentencia Nro. 012-17-SIN-CC, en el caso N.0 0026-10-IN)

Este principio es leído en armonía con una argumentación enfocada en establecer que la adopción debe ampliarse a los límites establecidos constitucionalmente para respetar de forma integral los derechos de los menores, entre otros, los que tiene ellos para acceder a formar parte de una familia. En efecto, algunas legislaciones, cortes

constitucionales nacionales como la colombiana, órganos internacionales de protección de derechos humanos han reconocido que una argumentación sobre la idoneidad de quienes adoptan no debe estar enfocada en la orientación sexual de las personas, sino en la necesidad de garantizar el derecho a la familia que tiene en potencial adoptado, como forma de garantía del principio de interés superior del niño.

Según Dejusticia (2017, p. 21) los debates en torno a la ampliación de las formas de adopción se centran en tres temas: “(i) adopción monoparental, (ii) adopción monoparental por parte del compañero homosexual de la madre o padre biológicos del adoptado y (iii) adopción biparental (conjunta, complementaria y consecutiva) por parte de una pareja del mismo sexo”. La ampliación en todos los casos tiene que ver con la protección del interés superior del menor.

En efecto, esas discusiones han llegado a la Corte Constitucional Colombiana que ha rechazado por inconstitucionales las restricciones que establecen que pueden adoptar solamente parejas heterosexuales. Es decir, que la orientación sexual no es un criterio que permita definir la idoneidad de las personas que van a adoptar. La fundamentación de los *ratio decidendi* de la Corte se basa en estudios sociológicos y antropológicos, apoyados por la interpretación de los principios axiológicos contenidos en los tratados internacionales de protección de derechos humanos.

Las decisiones y soluciones de las autoridades administrativas deben fundamentarse en este principio para garantizar el derecho de los menores de edad. De igual manera, los juzgadores no podrán invocar duda, oscuridad o falta de norma sustantiva o adjetiva para resolver.

En la Constitución del Ecuador se dispone la prevalencia de los derechos del menor respecto de los demás derechos de los ciudadanos que se garantizan en la carta magna. De esta manera en el artículo 44 de la Constitución de Ecuador se describe lo siguiente:

“El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.”

Las resoluciones que se dicten por parte de las autoridades siempre serán interpretadas en sentido favorable al menor de edad, en especial las judiciales. Ello sirve para determinar el sentido que tienen las contradicciones que se puede encontrar en el análisis de la adopción en relación con la teoría tridimensional del derecho. Si se realiza el análisis entre el las normas constitucionales y los valores axiológicos

internacionalmente reconocidos se puede exponer una contradicción, toda vez que las normas constitucionales no reconocen esos valores que están reconocidos en los tratados internacionales por los órganos de protección de derechos.

3.3.2. Normas infra constitucionales.

Ahora resulta pertinente analizar las normas infra constitucionales, ello incluye revisar las normas relevantes del Código Civil y del Código de la Niñez y Adolescencia.

La normativa del Código Civil la define como una institución en donde se llama a intervenir a dos personas, denominadas adoptante y adoptado. Esta institución al momento de constituirse genera derechos y sobretodo obligaciones con respecto al menor.

La edad máxima para poder acceder a esta institución en calidad de adoptado es 21 años, pues la propia ley indica que será considerada la persona que tenga 21 años como menor de edad solo para los efectos que acarrea esta institución (Código Civil, 2005, art. 315).

Así también dentro del mismo cuerpo legal se indica que la adopción no otorga derechos hereditarios “ni al adoptante respecto del adoptado ni de los parientes de éste, ni al adoptado respecto de los parientes del adoptante” (Código Civil, 2005, art. 327)

Consecutivamente el Código de la Niñez y Adolescencia establece la adopción plena, pero no la define. Ibáñez (2012) la reconoce como aquella que tiene el carácter de irrevocable, y es el único tipo de adopción que reconoce la legislación ecuatoriana. Esto confiere mayor seguridad jurídica al hijo adoptado y sobretodo lo reviste de derechos al establecer que sea de carácter irrevocable.

Como consecuencia se establece que el hijo adoptivo jurídicamente se aproxima en gran medida al hijo consanguíneo, por los derechos y protección que se le confiere.

La adopción anula el parentesco entre el adoptado y los miembros de su familia de origen. Por otro lado, resulta importante mencionar que el Código Civil, en su artículo 24 establece lo siguiente:

“Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad (...)
c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre”.
(Código Civil, 2015, art. 24)

En el artículo citado se puede ver que la adopción se encuentra reconocida en el literal c, es decir, que es declarada judicialmente mediante sentencia, luego de haber realizado un proceso de adopción que tienen varias fases.

La adopción está concretamente regulada por el CONA que establece una serie de requisitos, derechos y obligaciones de las partes que participan en el proceso, en específico postula algunos principios de inminente importancia, tales como:

Entre uno de los principios que más se destaca está el hecho de que se procede a acudir a la adopción como último fin, previo a que se ha agotado otras vías como el hecho de que se intentó reinsertar al menor a su familia de origen y se agotaron las medidas de apoyo con la familia consanguínea (Fernández, 2015). En este punto cabe mencionar que el Estado con ello pretende que la familia, núcleo de la sociedad no se divida, sino que sea protegida integralmente.

No solamente las parejas heterosexuales legalmente constituidas pueden adoptar, también se abre la posibilidad para que adopten personas solas que cumplan con los requisitos de idoneidad.

El Estado en todo momento evitará que los menores sean adoptados por personas extranjeras, esta situación se podrá dar, pero de manera excepcional. Para ello, las instituciones encargadas deben establecer un seguimiento y evaluación del hogar donde será insertado (Zapata, 2015)

Los principios antedichos, tienen por objeto reconocer la doctrina de protección integral del menor y el principio de interés superior del niño. Además, busca proteger la familia de origen del menor, procurando que de ser el caso, preferir para la adopción a esa familia.

El proceso de adopción será bastante riguroso, pues al tratarse de derechos fundamentales de los menores, es necesario que el proceso cumpla con presupuestos constitucionales mínimos para su eficacia. En tal virtud si el menor está en capacidad podrá ser escuchado por autoridad competente en dicho proceso, pues este paso puede ser determinante. Al respecto, si se trata de un adolescente; su consentimiento resulta imperativo (CONA, 2002, art. 153, numeral 5).

Las personas que serán adoptadas se encuentran revestidas de derechos, por ellos, se debe dar a conocer su condición, su origen, su historia personal y a su familia consanguínea, salvo que exista prohibición expresa de esta última (CONA, 2002, art. 153, numeral 6).

Para garantizar todos los derechos que el estado ecuatoriano consagra en su catálogo de derechos, es necesario que la persona adoptante sea una persona idónea; es decir que posea estabilidad emocional, económica, familiar, ser mayor de 25 años, entre otros importantes requisitos. En el proceso de adopción todos estos aspectos jugarán un papel determinante al momento de conceder o no la adopción.

Aunque se pretende en el procedimiento garantizar esos derechos, siempre las normas van a ser ineficaces en tanto que no reconocen el fenómeno social concreto, la necesidad de nuevos menores que requieren ser adoptados.

3.3.3. Procedimiento de adopción

En el Ecuador se han reconocido dos fases para que se pueda desarrollar la adopción. Una que es administrativa encargada a las instituciones estatales de bienestar social, y otra, que es la judicial. En todos los casos, los procesos de adopción inician con el acogimiento institucional, luego algunos de los menores en esa situación son declarados en situación de adoptabilidad.

Fase Administrativa

La fase administrativa corresponde al procedimiento de adopción a cargo de la autoridad competente que son las Unidades Técnicas de Adopciones y los Comités de Asignación Familiar que forman parte del Ministerio de Inclusión Económica y Social.

Estas unidades se encargan de realizar la revisión de la idoneidad de los adoptantes, es decir, de revisar el cumplimiento de los requisitos, para ello realizan un trámite de pre registro, luego una especie de capacitación, para finalmente evaluar el hogar en el que vivirá el adoptado. En efecto, son las encargadas de realizar los informes médicos, legales, económicos, familiares y sociales de los solicitantes (Andrade Pazmiño, 2011, p. 57).

Se establecen determinados requisitos que deben cumplir las personas que pretenden adoptar. Entre ellos están (i) tener el domicilio en Ecuador, o en los países con los que el Ecuador ha suscrito convenios de adopción, (ii) deben ser legalmente capaces de obligarse, (iii) gozar de forma efectiva de los derechos políticos reconocidos en la Constitución (iv) tener la edad mínima de 25 años, (v) que exista una diferencia de edad entre los adoptantes y el adoptado que no sea menor de 14 años ni mayor a 45 años, (vi) los adoptantes que son pareja deben estarlo por lo menos 3 años, (vii) tener la suficiente salud mental y física que permita cumplir con las responsabilidades parentales,

(viii) gozar de recursos económicos suficientes que permita que el adoptante pueda satisfacer las necesidades del adoptado, (ix) no poseer antecedentes penales sobre delitos que son sancionados con penas de reclusión (Albán Escobar, 2003, p. 45).

Efectivamente se observa que se establecen disposiciones que, en algunos casos, pretenden garantizar la protección integral y el principio de interés superior del niño, en lo relativo al límite de edad, poseer recursos económicos. Esas restricciones pueden ser leídas como adecuadas en la medida en que tratan de conseguir un fin constitucionalmente válido.

Lo que es interesante en la fase administrativa es el establecimiento de la idoneidad de las personas que van adoptar que pueden ser parejas o personas solas. Una vez que se califica la misma, cada pareja pide la asignación de un Comité de Asignación Familiar cuando han encontrado a un menor que desean adoptarlo que siempre responde a criterios selectivos de los adoptantes.

El Comité es el que se encarga luego de evaluar todos los informes la asignación de un menor a una familia que haya solicitado. En ese punto, las personas adoptantes pueden rechazar la asignación porque no corresponde a lo que desean (CONA, 2002, art. 172).

Luego se produce el emparentamiento, que es la inserción del menor en la familia. Ese proceso es seguido por parte del Comité y la Unidad Técnica con el fin de evaluar cómo se adapta el menor. En ningún caso, este paso genera derechos u obligaciones, eso sucede luego por vía judicial.

Todos estos postulados representan seguridad jurídica para los menores que serán adoptados. Pues si no se cumple con uno de ellos, el proceso administrativo no prosigue y en consecuencia no se procede a finiquitar el proceso de adopción.

Fase judicial

La fase judicial es una del más importante puesto a que valida el proceso de adopción. De acuerdo a lo descrito en el artículo 175 del Código de la Niñez y Adolescencia, el juicio de adopción se iniciará una vez concluida la fase administrativa; procedimiento a través del cual, por sentencia judicial se declara la calidad de hija o hijo y padres adoptivos y se ordena la inscripción en el respectivo Registro Civil.

La competencia, según el artículo 175 del Código de la Niñez y Adolescencia, radicará en aquellas unidades judiciales que tengan dicha competencia en la jurisdicción.

Sin embargo, el juez podrá anular la adopción en base a los siguientes casos: (i) Cuando exista falsedad en la información presentada por las instituciones que demuestran la no idoneidad de los adoptantes, (ii) cuando no se cumple con el requisito de la edad, (iii) no cumplir con los requisitos el adoptante, (iv) cuando se configura un vicio de consentimiento (error, fuerza y dolo) en los adoptantes, (v) “Incumplimiento de la exigencia contemplada en el artículo 160 para la adopción por el tutor”³

Evidentemente esta fase es primordial debido a que es el juez quien será el encargado de tutelar todos y cada uno de los derechos establecidos para los niños, niñas y adolescentes en este tipo de causas.

Es decir, si en la fase administrativa existieron errores, en la fase judicial se los podrá subsanar, siempre y cuando sean susceptibles de aquello; caso contrario la adopción no se dará

Además, es interesante como la normativa actúa interdisciplinariamente, puesto que luego de que el proceso concluye en una sentencia favorable se dictan medidas de vigilancia y protección, en las que deben intervenir los funcionarios del MIES, quienes hacen valoraciones psicológicas, de trabajo social, informes económicos. En esas cuestiones específicas intervienen especialistas de otras disciplinas que deben aportar con sus aportes metodológicos para definir cómo se produce la adopción.

El procedimiento de la adopción, tanto en su fase administrativa como judicial, establece una serie de requisitos que, de un lado, buscan proteger los derechos de los menores, pero que desde otra óptica, proponen esferas restrictivas que impiden que se puedan desarrollar otras formas de adopción necesarias para garantizar el derecho a la familia de los menores que no poseen hogar.

Según la Corte Nacional de justicia, “estima que el proceso pertinente para el trámite de adopción es el sumario establecido en el Capítulo III del Libro IV del COGEP; esto porque se considera lo previsto en el Art. 332.3 de ese Código” (Corte Nacional de Justicia, 039-P-CNJ-2019).

La teoría tridimensional del derecho permite verificar la falta de correspondencia entre lo que es la dimensión normativa del derecho con la axiológica y la fáctica. Esto porque la sociedad tiene dentro de su formación valores axiológicos que regulan sus conductas y que se expresan en normas concretas para garantizar la convivencia social, tales como el principio de igualdad y no discriminación, la dignidad humana de los menores

³ El artículo 160 del CONA menciona que “el tutor puede adoptar al pupilo una vez que haya cesado legalmente de su cargo y se hayan aprobado judicialmente las cuentas de su administración”.

que se ve afectada por el reconocimiento de unas determinadas formas de adopción. Asimismo, los hechos dan cuenta de procesos de retardo en la toma de decisiones por parte del Estado, y una gran cantidad de menores que esperan ser adoptados.

En este caso, limitación para autorizar determinadas formas de adopción en Ecuador, no es congruente con lo que se ha expresado a nivel internacional en relación a los derechos de los menores a acceder a una familia, tampoco con la necesidad que tienen los menores para tener una familia.

CONCLUSIONES

- La adopción es una institución jurídica que se encuentra reconocida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y que se rige por los principios de doctrina de protección integral de los menores de edad y el interés superior del niño. Esto ha sido así desde que a nivel internacional se promulgó la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y en Ecuador se expidió la Constitución del 2008 y, las normas infra constitucionales como el Código de la Niñez y Adolescencia. En los debates en la actualidad que ponen en evidencia la necesidad de actualizar las normas procesales para que respondan a los hechos sociales, tales como la adopción de parejas del mismo sexo y el retardo injustificado del Estado para establecer la situación de adoptabilidad de los menores. En ese contexto, es el Estado encargado de garantizar que la adopción como institución jurídica tenga vigencia y eficacia dentro del ordenamiento jurídico. Es decir, es necesario que mediante políticas adecuadas se actualice la institución jurídica para responder a necesidades actuales.
- Existe una discusión sobre la seguridad jurídica que brinda la institución de la adopción. Se menciona que solamente se permite la adopción por parte de parejas que sean de distinto sexo, que hayan establecido un vínculo, mediante el matrimonio o unión de hecho. La legislación menciona que el matrimonio lo pueden realizar dos personas que son de sexo diferente. En ese sentido, no podrán adoptar según la legislación ecuatoriana, las personas que formen parejas de distinto sexo. Por obvias razones, debido a que no se permite el matrimonio igualitario entre parejas del mismo sexo por lo tanto quedan excluidas de poder adoptar. Aunque ello caiga en contradicción con otras legislaciones comparadas que reconocen que una pareja del mismo sexo si puede adoptar, como es el caso de Colombia.
- En esta investigación se pone en evidencia la pertinencia de usar la teoría tridimensional del derecho para analizar la institución jurídica de la adopción. En ese sentido, se puede analizar tres aspectos de la misma, el hecho, el valor y la norma que están incluidos en ella. Es necesario precisar que un análisis de esa naturaleza requiere que se realice un estudio interdisciplinario que incluya varias disciplinas tradicionales. En esta investigación solamente se realiza la descripción de las cuestiones que resultarán necesarias para profundizar en el análisis. Así, cuando se analizan los datos del Ministerio de Inclusión Económica

y Social se explica que existe un número de menores que esperan ser adoptados, y un número de solicitantes de adopción, a nivel nacional; y el retardo injustificado de las autoridades para realizar las declaraciones de adoptabilidad de los menores. Ello es el hecho concreto, que debe ser analizado sociológicamente. Por otra parte, en la Constitución se reconoce los principios constitucionales sobre los que se levanta el ordenamiento jurídico. El principio de interés superior del niño que requiere ser analizado íntegramente procurando en todos los casos que prevalezca. En Colombia por ejemplo a la luz de ese principio, la Corte Constitucional aceptó la adopción de parejas del mismo sexo bajo la argumentación que los menores tienen derecho a una familia, antes que la igualdad de las personas. Aunque ello se dio previo a la aceptación del matrimonio igualitario. Ese análisis corresponde a la dimensión axiológica de la teoría tridimensional. En la tercera dimensión de la teoría se encuentra la norma. Así, por ejemplo, al estudiar las normas que lo reconocen y que posibilitan la adopción tanto en la Constitución como en el Código de la Niñez y Adolescencia. Se observa que las normas limitan la adopción a las parejas de sexo distinto y que se encuentren casados. Ello no es concordante con lo establecidos en otras legislaciones y con la interpretación del principio de interés superior del niño por parte de los organismos internacionales de protección de derechos humanos.

- El estudio descriptivo permite analizar la legislación vigente a la luz de los hechos sociales concretos y considerar un concepto de derecho que se deshaga del formalismo y positivismo jurídico que considera como derecho solamente a las normas jurídicas positivadas a través de la ley y reconocidas mediante la legislación oficial del Estado. El concepto de derecho sugerido debe considerar todas las cuestiones de la vida social, incluyendo hechos que se regulen pero que no encuentren en la norma, los valores que se encuentran en la moralidad de la gente y la relación que estos dos elementos guardan con las normas reconocidas. Evidentemente, lo que busca la teoría tridimensional del derecho es determinar la eficacia de las normas jurídica en el contexto social en el que se encuentran reconocidas.
- Del análisis de las normas constitucionales se puede establecer que no existe correspondencia con tratados, doctrina y jurisprudencia que se ha emitido por órganos de protección de derechos humanos, más aún cuando el Ecuador ha suscrito y ratificado, y se ha sometido de buena fe (*pacta sunt servanda*) al cumplimiento de ese orden internacional e interamericano. Pues resulta relevante para Ecuador, la labor de la Corte IDH respecto a la interpretación de la CADH, que ha establecido que la restricción que no es idónea, necesaria, ni

proporcional constituye en sí misma una vulneración del principio de igualdad y no discriminación. Además, dado el número de casos reportados por las instituciones estatales, es necesaria la ampliación de las formas en las que se puede realizar la adopción, porque permite, de un lado la eficiencia y eficacia de los procedimientos, y de otro garantizar de forma efectiva y adecuada los derechos de los menores, en concreto, el principio de interés superior del niño, para darle una familia en la que pueda desarrollar su personalidad.

- La tridimensional del derecho es una visión de la norma como construcción interdisciplinar de sucesos fenomenológicos e histórico culturales, que a través de las diversas disciplinas de las ciencias, permite establecer modelos de conducta. La institución jurídica de la adopción es tridimensional porque está compuesta como hechos generados por necesidades de preservación, de construcción familiar. Sus axiomas, que resultan como objetivos de la adopción, intentan garantizar la preservación de la familia y la calidad de vida de los menores. Los tratados internacionales, la constitución, la ley, son la síntesis expresada en norma positiva, de la cantidad indeterminada de adopciones y la lucha por la garantía de los derechos que permitan mejores condiciones en beneficio de la adopción.
- El tema de esta investigación merece una atención mayor, para definir el fenómeno de la adopción, pues únicamente se dan pautas generales como matrices para entender la tridimensionalidad. Su relevancia radica en la integridad que maneja al momento de abordar el derecho como un fenómeno social, que tiene hechos, normas y valores.

RECOMENDACIONES

- Profundizar el análisis sobre las obligaciones internacionales que tienen el Estado ecuatoriano para adecuar su derecho interno a los principios reconocidos internacionalmente, especialmente lo relacionado con el principio de igualdad y no discriminación en relación al principio de interés superior del menor.
- Discutir la reforma del artículo 68 de la Constitución de Ecuador de 2008 para que se permita la adopción a parejas del mismo sexo, tomando en cuenta la necesidad de garantizar el derecho a tener una familia de los menores.
- Recomendar al MIES y a las autoridades de control como el Consejo de la Judicatura para que se revise el retardo injustificado que tienen los jueces para decidir sobre la declaratoria de adoptabilidad de los menores.
- Este trabajo de investigación es una ventana que se abre con el objetivo de investigar la adopción como institución desde otras ramas de conocimiento como la sociología jurídica para mediante un análisis interdisciplinar mostrar la necesidad de la actualización del derecho civil y de familia para que responda a las necesidades de la gente. Es decir, para alcanzar una armonía entre lo que se conoce como *laws in book* y *laws in action*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografía

- Acevedo, L., Castillo, J., Heredia, D., Gómez, M., Múnera, N., Correa, L.,... Medina, J. (2017). La adopción homoparental en Colombia: presupuestos jurídicos y análisis de la idoneidad mental. En *Anuario de psicología jurídica*. Vol. 28, pp. 58-65.
- Albán, F. (2003). *Derecho de la Niñez y Adolescencia* Quito: Editorial Gemagrafic.
- Andrade, M. (2011). *Diferencias en la Constitución del Ecuador respecto a la nacionalidad de los niños adoptados internacionalmente*. Quito Editorial USFQ.
- Baran A., y Pannor R. (1975). *El mundo de la Adopción. Reflexiones sobre una experiencia real*. Bogotá: Editorial Norma.
- Barahona, A. (2015). Igualdad, familia y matrimonio en la Constitución ecuatoriana de 2008. *Revista Foro*. UASB, pp. 69-94.
- Cabanellas, G. (1981). *Diccionario Enciclopédico Derecho Usual*. Tomo I. Décimo sexta edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.
- Carrillo, M. (2007). *La realidad socio jurídica de la adopción internacional en Ecuador*. (Tesis de grado) Universidad de las Américas. Quito.
- Cenci, C. (1995). *El acogimiento familiar*. Brasil: Editorial Brasilia.
- Child Welfare Information Gateway. (2013). *El Impacto de la Adopción en los Padres Biológicos*. Recuperado de:
<https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/impactobio.pdf>
- Cirrel Czerna, R. (1999). *El pensamiento filosófico y jurídico de Miguel Reale*. Brasil: Editoria Saraiva.
- Corral, H. (1990). Concepto y reconocimiento legal de la familia de hecho. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 7.
- Cano-Nava, M. (2010). Modelo epistemológico de la teoría tridimensional del derecho. Recuperado de: <https://convergencia.uaemex.mx/article/view/1114/1714>

- Dejusticia. (2017). Concepto a la Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica el 18 de mayo de 2016. Disponible en:
http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/71_dejusticia.pdf
- Federación Española de Sociedades de Sexología. (2005). *Comunicado. Postura Oficial de la Federación Española de Sociedades de Sexología (FESS) Sobre el matrimonio y la adopción por parejas homisexuales*. 45-50.
- Fernández, M. (2015). *Infancia, parentalidad y familia en el discurso del estado de Chile sobre la adopción. Una aproximación desde el género*. (Tesis de maestría) Universidad de Chile. Santiago de Chile.
- Fernández, M., y Vidal, M. (2017). Adopción por parejas del mismo sexo en Ecuador. *Revista Jurídica*, pp. 34-47.
- García Sarmiento, E. (1995) *Derecho de Menores (Aspectos Civiles, Comerciales, Laborales, Internacionales y organismos de Protección*. Primera Edición. Colombia: Ediciones Rosaristas.
- Giberti, E. (2007). *La adopción para padres*. Tomo I. México: Editorial Lumen.
- Gómez Piedrahita, H. (1992). *Derecho de Familia*. Bogotá: Editorial Temis.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. (2016). *Anuario de estadísticas: matrimonios y divorcios*. Recuperado de:
http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Poblacion_y_Demografia/Matrimonios_Divorcios/Publicaciones/Anuario_Matrimonios_y_Divorcios2015.pdf
- Ibañez Segovia, A. (2012). *La adopción*. México: Editorial Popocatepelt.
- Lalangui, S. (2015). *La adopción: sus falencias y debilidades en la legislación ecuatoriana*. (Tesis de grado) Universidad Técnica Particular de Loja, Loja.
- Largacha, M. (2012). Adopción, un promedio de 40 niños son adoptados cada año en Ecuador. *Ecuavisa*.
- León, R., y Duran, S. (2013). La responsabilidad contractual derivada del contrato matrimonial en las legislaciones civil y eclesiástica ¿Quién responde por los perjuicios de una ruptura conyugal? En *Nuevo Derecho*, Vol 12, pp. 81-94.
- López, A. (2014). *Las adopciones en el Ecuador*. Reportaje Investigativo Visión 360. Quito.

- Mascareñas, C. (1950) *Nueva enciclopedia jurídica*. Tomo II. Barcelona: Francisco Seix.
- Ministerio de Inclusión Económica y Social. (2018). *Niños, niñas y adolescentes en proceso de adopción*. Recuperado de <https://www.inclusion.gob.ec/wp-content/uploads/2018/07/Informe-situaci%C3%B3n-adopcionesfinal.pdf>
- Montero Duhalt, S. (1987). *Derecho de Familia*. México: Editorial Porrúa.
- Ramos, N. (2011). *La filosofía de Miguel Reale*. Mar de Plata: Universidad Basta.
- Reale, M. (1992). *El derecho como experiencia. Introducción a la epistemología jurídica*. Brasil: Editora Saraiva.
- Reale, M. (1997). *La teoría tridimensional del derecho*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Zapata, M. (2015). *La vulneración de los derechos humanos en Colombia como consecuencia del conflicto armado*. (Tesis doctoral) Universidad de Barcelona.

Leyes

- Código de la Niñez y Adolescencia [Código]. (2002). Registro oficial 737 de 03 de enero de 2003, Ecuador.
- Código Civil [Código]. (2005). Registro oficial 46 de 24 de junio de 2005, Ecuador.
- Constitución de la República del Ecuador [Constitución]. (2008). Registro oficial 449 de 20 de octubre de 2008, Ecuador.

Tratados internacionales

- ONU Asamblea General. (1948) Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948. Resolución 217 A (III)
- ONU Asamblea General. (1966) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966. Resolución 2200 A (XXI).
- OEA. (1969) Convención Americana sobre Derechos Humanos. 22 de noviembre.

Sentencias

- Corte IDH. (2012). Sentencia, caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. 2 de febrero de 2012.
- Corte Constitucional de Ecuador. (2017) Sentencia Nro. 012-17-SIN-CC, en el caso Nro. 0026-10-IN. 10 de mayo de 2017.

Corte Constitucional del Ecuador. (2015) Sentencia 050-15-SIN-CC, caso Nro. 035-11-IN. 30 de septiembre de 2015.

Corte Nacional de Justicia. (2019). Consulta 039-P-CNJ-2019. 22 de enero de 2019.