

ppi 201502ZU4645

Esta publicación científica en formato digital es continuidad de la revista impresa
ISSN-Versión Impresa 0798-1406 / ISSN-Versión on line 2542-3185 Depósito legal pp
197402ZU34

CUESTIONES POLÍTICAS

Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público "Dr. Humberto J. La Roche"
de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia
Maracaibo, Venezuela



Vol.41

N° 76

Enero

Marzo

2023

Reflexiones sobre la adopción en Ecuador: consideraciones constitucionales y legales

DOI: <https://doi.org/10.46398/cuestpol.4176.47>

Génesis Valeria Vera Vélez *

Fernando Guillermo Garay Delgado **

Jorge Isaac Calle García ***

Resumen

La investigación apunta a determinar las disposiciones constitucionales y legales que regulan la figura jurídica de la adopción en la República del Ecuador, con especial atención a las contradicciones normativas existentes entre las mismas. La investigación es de tipo descriptivo documental, con un enfoque en los métodos analítico y hermenéutico. La Constitución reconoce a la figura de la adopción en su artículo 68. El sistema jurídico ecuatoriano no maneja la adopción plena como lo estipula el artículo 152 del Código de la Niñez y Adolescencia. En vista de que en el Código Civil se encuentra la notable conservación de los vínculos de parentesco del adoptado con su familia de origen y las excepciones que segregan a los hijos adoptados en temas de herencia con la familia del adoptante. Se concluye que, es necesario que la Asamblea Nacional al momento de expedir o reformar una nueva ley de protección a menores, realice un exhaustivo análisis normativo para que esta nueva codificación sea conexas y complementaria a las leyes que están vigentes, esto con el objetivo de que no se presenten anomalías jurídicas entre dos normas y se pueda dar una efectiva aplicación y goce de los derechos de los menores.

Palabras clave: adopción; adopción plena; adopción semiplena; Código de la Niñez y Adolescencia; Código Civil.

* Abogada. Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí (ULEAM). ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8171-2127>

** Abogado. Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí (ULEAM). ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3908-4734>

*** Doctor en Ciencias Jurídicas. Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí (ULEAM). ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6567-2762>

Reflections on adoption in Ecuador: constitutional and legal considerations

Abstract

The research aims to determine the constitutional and legal provisions that regulate the legal figure of adoption in the Republic of Ecuador, with special attention to the existing normative contradictions between them. The research is of a descriptive documentary type, with a focus on analytical and hermeneutic methods. The Constitution recognizes the figure of adoption in its article 68. The Ecuadorian legal system does not handle full adoption as stipulated in article 152 of the Childhood and Adolescence Code. In view of the fact that in the Civil Code there is a notable conservation of the kinship ties of the adoptee with his family of origin and the exceptions that segregate the adopted children in matters of inheritance with the adopter's family. It is concluded that it is necessary that the National Assembly, at the moment of issuing or reforming a new law for the protection of minors, carry out an exhaustive normative analysis so that this new codification is related and complementary to the laws that are in force, this with the objective that there are no legal anomalies between two norms and that an effective application and enjoyment of the rights of the minors can be given.

Keywords: adoption; full adoption; semi-full adoption; Code of Childhood and Adolescence; Civil Code.

Introducción

El ordenamiento jurídico ecuatoriano enmarca el tema de la adopción en tres cuerpos normativos: en la Constitución de la República del Ecuador que entró en vigor en el 2008, en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia de 2003, y en el Código Civil de 2005, sin embargo, es importante mencionar que en estos dos últimos cuerpos normativos se han establecido pequeñas reformas legales hasta la actualidad. La Constitución reconoce a la figura de la adopción en su artículo 68, y expresa que sólo les corresponderá a parejas de distinto sexo.

En Ecuador, tanto en el Código de la Niñez y Adolescencia como en el Código Civil, se encuentran inmersos los artículos que tratan sobre la adopción, conjuntamente con sus principios, requisitos, prohibiciones y demás, por ende, el analizar y evaluar a fondo las contradicciones existentes en aquellos artículos en donde se abarca la adopción, permite ofrecer un aporte teórico y práctico a la ciencia del Derecho y, simultáneamente, cuestionar la posibilidad de que exista una reforma en el Código Civil ecuatoriano para que se proteja de mejor manera los derechos de herencia del adoptado, y así no se menoscabe el interés superior del menor.

Con el pasar de los años se ha observado que dentro del sistema legal ecuatoriano, algunas normas no están del todo claras o tienen contenidos contradictorios entre sí; provocando vacíos legales, lagunas jurídicas, oscurecimiento de las normas y en su caso más común antinomias jurídicas, siendo la consecuencia más frecuente que la aplicación de las normas se vuelva compleja y en algunas situaciones sean inaplicables, ya que existe incompatibilidad e inestabilidad en los contenidos normativos, como es el caso de la contradicción entre el Código de la Niñez y Adolescencia y los artículos del Código Civil.

En estos artículos se destaca la limitación del derecho de herencia para el adoptado y el fortalecimiento de los vínculos biológicos con su familia natural, ya que el adoptado continúa perteneciendo a la misma, con todos sus derechos, es decir, este articulado se enfoca en proteger los vínculos biológicos del adoptado y su familia de origen, a pesar de que en el artículo 152 del Código de la Niñez y Adolescencia establece que legalmente el hijo adoptado se asemeja en todo aspecto al hijo consanguíneo.

En tal sentido, el objetivo de este trabajo apunta a determinar las disposiciones constitucionales y legales que regulan la figura jurídica de la adopción en la República del Ecuador, con especial atención a las contradicciones normativas existentes entre las mismas. La investigación es de tipo descriptivo documental, con un enfoque en los métodos analítico y hermenéutico, pues se segmentan y analizan los artículos regulatorios de la adopción y, además, se realiza una interpretación exhaustiva y detallada de los mismos, a los efectos de lograr un mejor entendimiento del tema.

1. Antecedentes de la adopción como figura jurídica en el Ecuador

Fueron los romanos, y más adelante Justiniano, quienes introdujeron la clasificación de los tipos de adopción en esta institución jurídica, con el objetivo de marcar una diferencia entre la intensidad y amplitud de los derechos y atribuciones asignados al adoptado según el tipo de vínculo adoptivo que se manejaba.

En la sociedad Romana existían dos clases de adopción; la adopción propiamente dicha y la adrogación, la primera se realizaba con un *alieni iuris*⁴ y se formalizaba mediante un contrato entre el adoptante y el paterfamilias de la familia de origen del adoptado. En este tipo de adopción intervenía un magistrado realizando un trámite de gran complejidad, y la función principal de este tipo de adopción era trasladar fuerzas laborales de una familia a otra.

4 Persona sujeta o sometida a la patria potestad de otra.

La adrogación se realizaba con un *sui iuris* ⁵, cuando un hombre tomaba como hijo a un *sui iuris* el trámite se realizaba por medio de un convenio entre adrogante y adrogado, sin embargo, este convenio tenía como requisito elemental la aprobación del pueblo que se reunía en comicios.

Vale recalcar que, si el adrogado tenía bienes e hijos, estos quedaban a disposición y patria potestad del adrogante. La función principal de este tipo de adopción era la de asegurar la continuación de la familia del adrogante.

Posteriormente, fue Justiniano quien transforma la adopción propiamente dicha, simplificando más que nada sus formalidades y, de esta manera, establece así dos tipos de adopción distinguiéndolas entre: la adoptio plena y la adoptio minus plena.

La adoptio plena producía los mismos efectos tradicionales de la adopción normal, es decir, la persona adoptada ingresaba como miembro de la familia del adoptante de manera completa con todos los derechos y obligaciones propios de la familia que lo acogía, por el contrario, la adoptio minus plena no desvinculaba al adoptado de su familia de origen ni lo substraía de la patria potestad del paterfamilias del grupo familiar al que naturalmente pertenecía, por ende, mantenía ahí todos sus derechos, lo que quiere decir que esta adopción sólo tenía efectos patrimoniales y limitados. Para Ferrer (2001: 35), el único efecto que producía este tipo de adopción “era otorgarle el derecho hereditario ab intestato en la sucesión del adoptante. El adoptado no salía de su familia de origen en la cual conservaba todos sus derechos”. El comentado autor considera que:

El grado de asimilación de la condición jurídica de los hijos adoptivos a la de los hijos legítimos varía de conformidad a la diversa intensidad y amplitud de los efectos asignados al vínculo adoptivo según se trate de la adopción plena de la adopción simple (también llamada adopción semiplena). En la primera se intensifican y en la segunda se atenúan. (...) La diferencia entre ambos tipos de adopción radica, pues, fundamentalmente, en el mayor o menor grado de equiparación que tienen con la filiación biológica legítima. (Ferrer, 2001: 17).

Por tanto, lo que el autor refiere en el párrafo citado es que la adopción plena, lo que hace es posicionar al adoptado en la posición jurídica de hijo legítimo del adoptante, insertándolo así en su familia y creando de esta manera relaciones de parentesco entre el adoptado y los parientes del adoptante, por ende, se extinguen los vínculos del adoptado y su familia de origen, y este tipo de adopción es irrevocable.

Los efectos de la adopción simple en cambio son más restringidos, pues aun cuando su función es posicionar al adoptado como hijo legítimo del adoptante no crea relaciones de parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante, dejando así subsistente la vinculación del adoptado con su familia de sangre siendo también revocable (Ferrer, 2001)

5 Persona que no estaba sometida a la autoridad de nadie.

En tal sentido, se observa que la adopción es una institución jurídica muy antigua a nivel mundial, sin embargo, en el Ecuador aparece por primera vez enmarcada en la sexta edición del Código Civil de 1956 (publicada en 1960), ya que, en los Códigos Civiles de los años 1860, 1871, 1889, 1930 y 1950, no se preveía la legalización de esta institución jurídica.

Así, fue en el Código Civil de 1956, publicado realmente en el año de 1960, que la adopción se definió y estuvo determinada en el artículo 317 de la siguiente manera:

La adopción es una institución en virtud de la cual una persona llamada adoptante, adquiere derechos y contrae obligaciones de padre o madre señaladas en este título respecto de un menor de edad que no es su hijo y que se llama adoptado. (Código Civil, Sexta Edición, 1960).

En Ecuador, se consagraba la adopción semiplena o simple en el Código de Menores de 1976, la cual se mantuvo de esta manera hasta que se expidió el Código de Menores de 1992, caracterizado porque trajo consigo la puesta en vigencia de la “adopción plena”.

Este tipo de adopción se mantuvo y se fortaleció normativamente aún más cuando entró en vigencia el Código de la Niñez y Adolescencia en el 2003, instrumento vigente hasta la actualidad en el sistema legislativo ecuatoriano, aun cuando ha verificado algunas reformas.

Es así como, en el Título XIII específicamente en el artículo 332 de la séptima edición del Código Civil -publicada en 1970-, un apartado hace referencia a la adopción, enunciando conceptualmente en que consiste esta institución, en concordancia con el artículo 74 del Código de Menores de 1976, que menciona que la adopción es: “Una institución jurídica de protección familiar y social”, con la aclaración de que el menor adoptado “no es su hijo”.

En otras palabras, en los artículos señalados se especifica que el tipo de adopción que se manejaba en el país antes de 1992 es la adopción simple o también llamada semiplena, ya que se menciona claramente que para el adoptante el hijo adoptado no es similar a un hijo consanguíneo, pues está la barrera del Código de Menores de 1976, que menciona que; “el menor adoptado no es su hijo” respecto del adoptante. (Código de Menores, 1976).

A este respecto, Pinto Muñoz (1984) en su obra “La adopción en menores”, establece lo siguiente:

Los enunciados casi idénticos de los artículos 332 y 74 del Código Civil y Código de Menores respectivamente, dicen que el adoptante adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre, respecto del adoptado; sin embargo, más adelante dispone en el artículo 334 del Código Civil que “se exceptúa el derecho de herencia de los padres de los adoptantes (...)”. (Código Civil, Séptima Edición, 1970). En iguales términos está dispuesta la excepción en el Código de Menores, que configura con precisión la adopción semiplena; es decir aquella

institución del Derecho Clásico, denominada *adoptio minus plena*, en la cual el adoptado no adquiriría los derechos familiares y sólo en el caso de que el padre adoptado muriera intestado, se le concedía el *ius sui heredis* al adoptado. (Pinto Muñoz, 1984: 21).

2. Características de la adopción como institución jurídica

Según autores es sumamente difícil catalogar o enumerar las características de la adopción pues varían según la legislación del país al que estemos estudiando, en el caso de Ecuador las características de la adopción están estrechamente ligadas con los artículos del Código Civil y Código de la Niñez y Adolescencia que tratan la materia de la adopción.

- **Incondicionalidad:** La adopción en Ecuador no está sujeta a modalidades, lo que quiere decir que es un acto incondicional, pues no está sujeto a ninguna modalidad alguna como condición, plazo, modo o gravamen alguno y “cualquier condición que se imponga por parte de quienes deben prestar su consentimiento se tendrá por no escrita, sin afectarse por ello la validez de la adopción”, esto se menciona claramente en el artículo 154 del Código de la Niñez y Adolescencia y el artículo 330 del Código Civil Ecuatoriano.
- **Irrevocabilidad:** Según el artículo 154 del Código de la Niñez y Adolescencia una vez perfeccionada la adopción es irrevocable, es decir, no puede dejarse sin efecto, ni ser reformada, por lo tanto, una vez dada la adopción, los adoptantes no pueden dar marcha atrás, en concordancia a lo mencionado el artículo 329 del Código Civil señala que; “la adopción no es revocable sino por causas graves, debidamente comprobadas (...)”
- **Voluntariedad y Consentimiento:** La adopción es un acto voluntario, el artículo 321 del Código Civil menciona que “para la adopción de un menor se necesita la voluntad del adoptante y el consentimiento de los padres del adoptado”, de igual manera, el artículo 161 del Código de la Niñez y Adolescencia (2003) señala que para la adopción se requieren los siguientes consentimientos: 1. Del adolescente que va ser adoptado; 2. Del padre y la madre del niño, niña o adolescente que se va a adoptar, que no hayan sido privados de la patria potestad; 3. Del tutor del niño, niña o adolescente; 4. Del cónyuge o conviviente del adoptante, en los casos de matrimonio o unión de hecho que reúna los requisitos legales; y, 5. Los progenitores del padre o madre adolescente que consienta para la adopción de su hijo.
- Es importante mencionar que es el Juez quien tiene la obligación de constatar personalmente, en la audiencia correspondiente, que el consentimiento se ha otorgado en forma libre y espontánea.

- Solemnidad: La adopción es un acto jurídico solemne, debido a la intervención del Estado a través de un juez, del Ministerio de Inclusión Económica y Social y de un funcionario público.
- Buena fe: El artículo 155 del Código de la Niñez y Adolescencia (2003) señala que está expresamente prohibido obtener beneficios económicos indebidos como resultado de la adopción, y todo aquel que condicione el consentimiento para la adopción a cambio de una contraprestación económica y el que intermedie en esta materia con fines de lucro, será sancionado.
- Capacidad: Esta característica de la adopción se encuentra enmarcada en el artículo 316 del Código Civil, que manifiesta que para que una persona pueda adoptar a un menor se requiere principalmente que el adoptante sea legalmente capaz.

3. Regulación constitucional y legal de la adopción en el Ecuador

Actualmente la legislación ecuatoriana enmarca el tema de la adopción en tres cuerpos legales distintos: en la Constitución de la República del Ecuador que entró en vigor en el 2008, en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia de 2003, y en el Código Civil de 2005, sin embargo, es importante mencionar que en estos dos últimos cuerpos normativos se han establecido pequeñas reformas legales hasta la actualidad.

En el artículo 68 de la **Constitución de la República del Ecuador** (2008) se menciona que la adopción corresponde únicamente a parejas de distinto sexo, es decir, en Ecuador no está legalizada la adopción entre parejas del mismo sexo. A su vez el artículo 69 constitucional, hace referencia a que todas las hijas e hijos sin considerar antecedentes de filiación o adopción tendrán los mismos derechos, es decir, ratifica el cumplimiento de uno de los principales principios de la adopción plena, que es que los hijos adoptados se asemejen en derechos a los hijos consanguíneos.

Ahora bien, el **Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia** (2003) establece una explicación acertada de las generalidades, requisitos, principios y fases de la adopción conjuntamente con una descripción detallada del proceso de adopción en el país. En tal sentido, el artículo 151 de la comentada norma menciona que la finalidad principal de la adopción es que el menor pueda tener una familia idónea, permanente y definitiva, que le brinde la seguridad y los cuidados necesarios para asegurar el correcto desarrollo de la infancia del menor. En el artículo siguiente, es decir el 152, se expresa que la única clase de adopción que se maneja en el Ecuador es la adopción plena, por consiguiente, tanto el adoptado como el

adoptante se hacen acreedores de todos los derechos, deberes, obligaciones y prohibiciones correspondientes a los padres e hijos consanguíneos y *“jurídicamente el hijo adoptivo se asimila en todo al hijo consanguíneo”*

Por otro lado, en el artículo 157 de este mismo Código se manifiesta que solo se puede adoptar personas menores a 18 años, es decir, solo infantes, impúberes y menores de edad, salvo las siguientes excepciones como: que exista parentesco, que el menor se encuentre en acogimiento familiar no más de dos años, que hayan permanecido en un hogar de acogida desde su niñez o adolescencia no menos de 4 años y en adopciones de los hijos del cónyuge, y se recalca en este artículo más que todo que no cabe la adopción de personas mayores de 21 años. Consecuentemente, el artículo 158 siguiendo el mismo sentido del artículo anterior, señala que es potestad del juez conceder la adopción de un menor que se encuentre en estado de orfandad de los dos padres biológicos, también cuando no se sabe quiénes son sus progenitores biológicos y por consentimiento de los padres.

En el artículo 159 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003) se estipula los requisitos que los adoptantes deben cumplir para poder adoptar, siendo estos: el tener domicilio en el Ecuador o en los Estados en donde se haya suscrito y ratificado Convenios con nuestro país, tener capacidad legal, gozar de derechos políticos, tener una edad mayor de 25 años y tener una diferencia de edad con el adoptado que no sea inferior de 14 años ni superior a 45 años. Con respecto a las preferencias sexuales de la pareja que desea adoptar, esta debe ser heterosexual, y debe estar ya sea unida en matrimonio o por unión de hecho por un tiempo superior a 3 años, finalmente, la pareja debe tener salud física y mental, los recursos económicos suficientes para mantener a un hijo, y no tener antecedentes penales por delitos con pena de reclusión.

Posteriormente, después de los requisitos es importante hacer referencia a los consentimientos necesarios para la adopción, enmarcados en el artículo 161 del referido Código, de los cuales ya se mencionaron anteriormente.

Ahorabien, la adopción posee una fase administrativa y una jurisdiccional. En el artículo 162, se establece quien es la entidad administrativa competente para brindar el asesoramiento gratuito a quienes deben dar el consentimiento de la adopción, esta entidad es la Unidad Técnica de Adopciones del Ministerio de Bienestar Social (hoy denominado Ministerio de Inclusión Económica y Social).

Por su parte, en el artículo 165 se establece que es en la fase administrativa donde se analizarán todas las circunstancias sociales, económicas y mentales de los candidatos adoptantes, es decir, se evaluará si son aptos o no para adoptar, dando como resultado una resolución administrativa. De igual manera, en el artículo 167 se asignan y declaran como organismos de la fase administrativa a las Unidades Técnicas de Adopciones del Ministerio

de Inclusión Económica y Social y los Comités de Asignación Familiar, y si es el caso de que se le niegue la solicitud de adopción a los candidatos adoptantes se puede interponer un recurso administrativo dirigido al Ministro de Inclusión Económica y Social, según lo establecido en el artículo 169.

Por último, una vez explicado en lo que consistía la fase administrativa de la adopción en los artículos siguientes encontramos detallado el desarrollo de la fase jurisdiccional. Como primer punto, en el artículo 175 se prevé que el juicio de adopción inicia cuando se ha concluido la fase administrativa, y posterior a esto la sentencia se debe inscribir en el Registro Civil, en virtud de lo determinado en el artículo 176.

En el artículo 177 se establecen las causales de nulidad de la adopción, estas pueden ser: la falsedad de documentos, el incumplimiento del requisito de edad del adoptado, falta de requisitos previstos en la ley, cuando no exista el consentimiento o por incumplimiento de los deberes del tutor. Según el artículo 178 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003), la acción de nulidad solo podrá ser interpuesta por el adoptado, por aquellos que no dieron su consentimiento para la adopción, y por la Defensoría del Pueblo, sin embargo, esta acción prescribe en 2 años.

Del artículo 180 al 188 del mencionado Código, se regula la adopción internacional, sus requisitos, las entidades autorizadas de adopción, lo que corresponde a la presentación de la solicitud de adopción, el procedimiento administrativo, entre otros puntos. Vale recalcar que la adopción internacional, es aquella en la que los candidatos a adoptantes, cualquiera sea su nacionalidad, tienen su domicilio habitual en otro Estado con el que el Ecuador haya suscrito un convenio de adopción, y desean adoptar a un menor ecuatoriano, así también se puede dar el caso en el que el o los candidatos a adoptantes son extranjeros, domiciliados en el Ecuador por un tiempo inferior a 3 años.

En este aspecto, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores del 24 de mayo de 1984, convención internacional que está ratificada por Ecuador, en su artículo 9 menciona lo siguiente en lo que respecta a la adopción internacional:

En caso de adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines: a. Las relaciones entre adoptante (o adoptantes) y adoptado, inclusive las alimentarias, y las del adoptado con la familia del adoptante (o adoptantes), se regirán por la misma ley que rige las relaciones del adoptante (o adoptantes) con su familia legítima; b. Los vínculos del adoptado con su familia de origen se considerarán disueltos. Sin embargo, subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio.

Por su parte, el Código Civil (2005) también cuenta con una serie de artículos correspondientes a la adopción, explicando más a fondo las excepciones en materia de herencia para el adoptado. En el artículo 325

se señala que el adoptado continúa perteneciendo a su familia natural, es decir su familia de origen, donde conserva todos sus derechos, sin embargo, los padres pierden la patria potestad del menor ya que consienten en la adopción que este pase al adoptante.

En lo que respecta a los derechos y excepciones del adoptado en el artículo 326 del Código Civil (2005), se menciona que por la adopción el adoptante y el adoptado adquieren los derechos y obligaciones correspondientes a los padres e hijo, no obstante, algo de suma relevancia es que se exceptúa el derecho de herencia de los padres de los adoptantes, consecuentemente el artículo 327 recalca de manera expresa, que la adopción no confiere derechos hereditarios ni al adoptante respecto del adoptado ni de los parientes de éste, ni al adoptado respecto de los parientes del adoptante.

Es de destacar que, cuando una persona muere, se crean distintos derechos hereditarios sobre los bienes adquiridos en vida por el causante, estos derechos son ejercidos por las personas a las que les corresponde una parte de la masa hereditaria de la persona fallecida.

El Código Civil (2005) menciona lo siguiente: “*artículo 997: La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte (...)*”. Es decir, los derechos hereditarios tienen su origen desde que inicia la sucesión por causa de muerte, en pocas palabras, estos derechos se transmiten mediante testamento o por mandato de la ley su patrimonio, a quien o quienes sobreviven y tienen lazos consanguíneos, familiares o afectivos con él, y a su vez estas personas se convierten en su heredero o sus herederos.

Como se ha manifestado en líneas anteriores, uno de los efectos de la adopción es que el adoptado pasa a formar parte de la familia de los adoptantes, como hijo de éstos, adquiriendo todos los derechos y atribuciones de un hijo consanguíneo, no obstante, con respecto a los derechos de herencia se encuentran algunas excepciones para el adoptado. Así, el artículo 326 del Código Civil (2005) señala lo siguiente:

Por la adopción adquieren el adoptante y el adoptado los derechos y obligaciones correspondientes a los padres e hijos. ¡Se exceptúa el derecho de herencia de los padres de los adoptantes; pues, de concurrir éstos con uno o más menores adoptados, exclusivamente, la herencia se dividirá en dos partes iguales, una para dicho padre o padres, y otra para él o los adoptados. Esta disposición no perjudica los derechos del cónyuge sobreviviente.

En otros términos, se plantea que, aunque a causa de la adopción el adoptante y el adoptado adquieren todos los derechos y obligaciones correspondientes a los padres e hijos consanguíneos, queda excepto el derecho de herencia de los padres de los adoptantes. Sin embargo, de haber uno o más menores adoptados, la herencia se dividirá en dos partes iguales, una para dicho padre o padres, y otra para él o los adoptados.

De igual manera, en el artículo 327 del Código Civil (2005) se regula la excepción expresa de que la adopción no confiere derechos hereditarios al adoptado respecto a los parientes del adoptante, estableciendo que “ni al adoptante respecto del adoptado ni de los parientes de éste, ni al adoptado respecto de los parientes del adoptante”.

Por el contrario, en lo correspondiente a la adopción internacional y los derechos hereditarios, el artículo 11 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores del 24 de mayo de 1984, señala algo muy diferente a lo dispuesto en el Código Civil Ecuatoriano:

Los derechos sucesorios que corresponden al adoptado o adoptante (o adoptantes) se regirán por las normas aplicables a las respectivas sucesiones. En los casos de adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines, el adoptado, el adoptante (o adoptantes) y la familia de éste (o de éstos), tendrán los mismos derechos sucesorios que corresponden a la filiación legítima.

Tal como se ha mencionado, el artículo 152 del Código de la Niñez y Adolescencia (2003) establece a la adopción como plena, por lo tanto, los efectos jurídicos que trae consigo este tipo de adopción son que los hijos adoptados tengan los mismos derechos y obligaciones de los hijos que se tienen por filiación natural, es decir los hijos biológicos son legalmente iguales a los hijos adoptivos, mientras que por el contrario los artículos 325, 326, 327 del Código Civil ecuatoriano establecen que el adoptado continúa perteneciendo a su familia natural con todos sus derechos y que la adopción no genera derechos de herencia respecto a la familia del adoptante, lo que consecuentemente produce una contradicción o antinomia normativa que causa inseguridad jurídica y vulneración de los derechos del adoptado y menoscaba el Interés Superior del Niño.

La antonimia jurídica es aquella contradicción existente entre dos normas o disposiciones de diferentes cuerpos normativos pero que pertenecen al mismo ordenamiento jurídico y que contemplan un mismo tema.

Piccato Rodríguez (2017) en su libro *Teoría del Derecho* sugiere que “existe una antinomia siempre que dos normas jurídicas con los mismos ámbitos de validez asignan al mismo supuesto de hecho o a la misma conducta, modalidades deónticas o consecuencias jurídicas contradictorias entre sí.”

Respecto a esto, se considera que la norma preponderante que se debe considerar para la resolución de esta antinomia jurídica es el Código de la Niñez y Adolescencia, debido a que existe una derogación tácita de los artículos 325, 326 y 327 del Código Civil, a causa de que el Art. 152 del Código de la Niñez y Adolescencia (que contempla la adopción como plena) proviene de la ley Especial aplicable para el presente caso ya que

la finalidad de este cuerpo legal está ligada a la protección integral de todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador y el disfrute pleno de sus derechos, y en este caso el problema jurídico gira en torno a los menores adoptados; por ende en concordancia con el Art. 3 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, debe aplicarse lo estipulado en el artículo 152 del Código de la Niñez y Adolescencia, protegiendo y beneficiando así los derechos de los menores adoptados, lo que consecuentemente permite llegar a la conclusión de que la norma preponderante en este caso es la que más se ajusta a atender al principio del interés superior del menor.

Sobre la base de lo anterior, resulta pertinente hacer algunas consideraciones sobre la figura de la adopción y el interés superior del menor. A este efecto, se plantea que el interés superior del menor es un principio que se encuentra enmarcado en la Constitución de la República y el Código de la Niñez y Adolescencia, este principio está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de esta forma también imponer el deber a todas aquellas autoridades administrativas y judiciales e instituciones públicas y privadas de ajustar sus acciones y resoluciones al correcto cumplimiento del Interés Superior del Niño.

El artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) dispone 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.

En este sentido el Código de la Niñez y Adolescencia (2003) en su artículo primero menciona lo referente a la aplicación de este cuerpo legal en concordancia con el Interés Superior del Niño:

Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad. Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral.

Así mismo, el artículo 11 del mencionado Código expresa lo siguiente:

El interés superior del niño, es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

En lo que respecta al interés superior del menor en la adopción internacional, el artículo 21, literal C, de la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, dispone que:

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen.

A continuación, se aprecian algunos conceptos doctrinarios para entender mejor lo que significa el Interés Superior del Niño.

Para Susana Navas (2003), catedrática de Derecho Civil y Directora del Departamento de Derecho privado en la Universidad Autónoma de Barcelona, considera que:

El Interés Superior del Niño, es una garantía que actúa imponiendo una obligación, a quien deba tomar una decisión, y la misma debe ajustarse para garantizar ese bienestar. Este bienestar para los Niños, Niñas y Adolescentes consiste en el óptimo desarrollo de su personalidad a través del ejercicio de los derechos fundamentales de los que es titular, donde el óptimo desarrollo personal es en diversos ámbitos, en los que se destacan el físico, el psíquico, el moral, el social o de relación con sus semejantes. (2003: 689).

De igual manera para Jean Zermatten (2003), presidente del Comité de los Derechos del Niño de la ONU señala que:

El Interés Superior del Niño es una herramienta jurídica, que busca asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico, y social, considera que es obligación de las instancias e instituciones públicas o privadas, analizar si este criterio esta realizado, en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niños de que su intereses a futuro, serán tenidos en cuenta, este principio debe ser preponderante, cuando varios intereses entran en conflicto.

Algunos autores consideran que no es posible encontrar una definición exacta y concreta sobre todo lo que engloba el Interés Superior del Niño en la sociedad, y tratar de encontrarle una definición general que pueda ser utilizada para todos los efectos administrativos y jurídicos, no sería posible ni lógico ya que esta sería imprecisa e incompleta.

Consideraciones finales

El sistema jurídico ecuatoriano no maneja la adopción plena como lo estipula el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 152, ya que la noción doctrinaria y normativa que se tiene de este tipo de adopción es que la persona adoptada ingresa como miembro de la familia del adoptante de manera completa con todos los derechos y obligaciones propios de la

familia que lo acoge, por el contrario los efectos de la adopción semiplena son que no se crean relaciones de parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante y se mantienen los vínculos del adoptado con su familia de sangre, y en vista de que en el Código Civil se encuentra la notable conservación de los vínculos de parentesco del adoptado con su familia de origen y las excepciones que segregan a los hijos adoptados en temas de herencia con la familia del adoptante, se puede concluir que el tipo de adopción que realmente se maneja en el orden jurídico ecuatoriano es la adopción semiplena.

Por esta razón, la Asamblea Nacional, por ser el órgano en nuestro país que tiene entre sus funciones y atribuciones la creación, expedición, codificación, reformas y derogación de leyes, debe realizar una derogación parcial de los artículos 325 y 326 del Código Civil omitiendo de esta manera la primera parte del artículo 325 que señala que: “El adoptado continúa perteneciendo a su familia natural, donde conserva todos sus derechos”, ya que como se ha concluido previamente, esto no concuerda con la noción de la adopción plena que desvincula completamente al adoptado de su familia de origen. En este sentido, también se recomienda suprimir el segundo inciso del artículo 326, que refiere que para el adoptado:

Se exceptúa el derecho de herencia de los padres de los adoptantes; pues, de concurrir éstos con uno o más menores adoptados, exclusivamente, la herencia se dividirá en dos partes iguales, una para dicho padre o padres, y otra para él o los adoptados (Código Civil, 2005: 22).

y, que consecuentemente, se derogue de manera completa el artículo 327 que manifiesta que: “La adopción no confiere derechos hereditarios ni al adoptante respecto del adoptado ni de los parientes de éste, ni al adoptado respecto de los parientes del adoptante”, con el objetivo que se pueda garantizar de una mejor manera los derechos hereditarios que ofrece la adopción plena al adoptado, como lo es heredar lo que por ley le corresponde a un hijo, y se extinga el vínculo de parentesco con su familia de origen, ya que no sería justo que al hijo adoptado no se le concedan los mismos derechos que a un hijo consanguíneo.

En el proyecto del Código Orgánico de Protección Integral a Niños, Niñas y Adolescentes (COPINNA), que fue entregado el 16 de enero del 2020 a la Asamblea Nacional, actualmente solo ha llegado hasta segundo debate, se debe integrar un capítulo correspondiente a la adopción enfatizando el hecho de que en el país se maneja exclusivamente la adopción plena, y recalando entre sus artículos los derechos y atribuciones que goza el adoptado. En este sentido, es necesario que la Asamblea Nacional que al momento de expedir o reformar esta nueva ley de protección a menores, los legisladores realicen un exhaustivo análisis normativo para que esta nueva codificación sea conexa y complementaria a las leyes que están vigentes pero que fueron expedidas con anterioridad, esto con el objetivo de que no

se presenten anomalías jurídicas entre dos normas complementarias (como es el caso del Código de la Niñez y Adolescencia y El Código Civil) y se pueda dar una efectiva aplicación y goce de los derechos de los menores.

Referencias bibliográficas

- CÓDIGO CIVIL . 1960. Recopilación de la Constitución y Leyes del Ecuador. Quito, Ecuador.
- CÓDIGO CIVIL . 1970. Imprenta nacional. Quito, Ecuador.
- CÓDIGO CIVIL. 2005. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005, modificado el 19 de mayo de 2011. Ediciones Legales. Quito, Ecuador.
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. 2003. Registro Oficial 737 de 03-ene.-2003. Quitp, Ecuador.
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. 2003. Ley 100. Registro Oficial 737. Quito, Ecuador.
- CÓDIGO DE MENORES. 1976. Registro Oficial No. 107 (14 de Junio de 1976). Quito, Ecuador.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. 2008. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, Ecuador.
- FERRER, Francisco A. 2001. Derecho de Familia. Tomo Segundo. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, Argentina.
- LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. 2009. Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct.-2009. Asamblea Nacional del Ecuador 22 de octubre de 2009. Quito, Ecuador.
- NAVAS, Sandra. 2003. “El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada” En: A. Cabanillas, Estudios en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Civitas. Madrid, España.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. 1984. Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de la Adopción de Menores. Diario Oficial de la Federación. La Paz, Bolivia.
- PICCATO RODRÍGUEZ, Antonio. 2017. Teoría del derecho. CDMX: IURE Editores. Ciudad de México, México.

PINTO MUÑOZ, Byron. 1984. La adopción en menores. Instituto de Altos Estudios Nacionales. Quito, Ecuador.

ZERMATTEN, Jean. 2003. El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico. Informe de Trabajo. Institut International de Lancy. Berna, Suiza.



UNIVERSIDAD
DEL ZULIA

CUESTIONES POLÍTICAS

Vol.41 N° 76

*Esta revista fue editada en formato digital y publicada en enero de 2023, por el **Fondo Editorial Serbiluz**, Universidad del Zulia. Maracaibo-Venezuela*

www.luz.edu.ve
www.serbi.luz.edu.ve
www.produccioncientificaluz.org