



*Análisis del principio de no discriminación en antecedentes penales como límite para adoptar en Ecuador*

*Analysis of the principle of non-discrimination in criminal records as a limit to adopt in Ecuador*

*Análise do princípio de não discriminação em antecedentes criminais como limite a adotar no Equador*

Monica Elizabeth Rivera Armijos <sup>I</sup>  
[mrivera4@utmachala.edu.ec](mailto:mrivera4@utmachala.edu.ec)  
<https://orcid.org/0000-0002-3045-5853>

Karen Paola Arichabala Alvarez <sup>II</sup>  
[karichaba1@utmachala.edu.ec](mailto:karichaba1@utmachala.edu.ec)  
<https://orcid.org/0000-0002-5056-8476>

Vilela Pincay Wilson Exson <sup>III</sup>  
[wvilela@utmachala.edu.ec](mailto:wvilela@utmachala.edu.ec)  
<https://orcid.org/0000-0002-0786-7622>

**Correspondencia:** [mrivera4@utmachala.edu.ec](mailto:mrivera4@utmachala.edu.ec)

Ciencias Políticas y Sociales  
Artículo de Investigación

\* **Recibido:** 23 de enero de 2023 \* **Aceptado:** 14 de febrero de 2023 \* **Publicado:** 04 de marzo de 2023

- I. Universidad Técnica de Machala, Ecuador.
- II. Universidad Técnica de Machala, Ecuador.
- III. Universidad Técnica de Machala, Ecuador.



## Resumen

El objetivo de la presente investigación fue realizar un estudio de proporcionalidad sobre una excepción de la norma que no permite a las personas con antecedentes penales ser candidatos a adoptantes, lo que contradice lo establecido en el principio de igualdad y no discriminación, al asegurar que todas las personas tenemos los mismos derechos y las mismas oportunidades. Para ello, se analizó el criterio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida distintiva, partiendo de un contexto de las personas afectadas por la medida, determinando el derecho restringido, para lo cual se tomó en consideración los postulados de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana. Posterior a ello, se identificó el fin que busca proteger el Estado al implementar dicha restricción, y su legitimidad. Para el desarrollo de la investigación se implementó el método analítico sintético, con el uso del método de hermenéutica jurídica, que nos ayudó a interpretar los principios y derechos involucrados en el trabajo. Se infiere en los resultados de la investigación, que, si bien la medida que excluye a las personas con antecedentes penales del proceso de adopción es discriminatoria, la imposibilidad de determinar si existe una completa y adecuada rehabilitación social de este grupo de personas les impide considerarse como personas aptas para formar una familia a través de la adopción. Esto debido a que prima el interés superior del niño, quién es la prioridad para el Estado, garantizándole el derecho a una familia idónea y estable, por lo que la restricción es justificada y razonable.

**Palabras Clave:** adopción; igualdad y no discriminación; menor de edad; proporcionalidad; rehabilitación social.

## Abstract

The objective of the present investigation was to carry out a proportionality study on an exception to the rule that does not allow people with a criminal record to be candidates for adopters, which contradicts what is established in the principle of equality and non-discrimination, by ensuring that all People have the same rights and the same opportunities. For this, the criterion of suitability, necessity and proportionality of the distinctive measure was analyzed, starting from a context of the people affected by the measure, determining the restricted right, for which the postulates of the Ecuadorian constitutional jurisprudence were taken into consideration. Subsequently, the purpose that the State seeks to protect when implementing said restriction, and its legitimacy, were

identified. For the development of the research, the synthetic analytical method was implemented, with the use of the legal hermeneutics method, which helped us to interpret the principles and rights involved in the work. It is inferred from the results of the investigation that, although the measure that excludes people with a criminal record from the adoption process is discriminatory, the impossibility of determining whether there is a complete and adequate social rehabilitation of this group of people prevents them from being considered as people suitable to form a family through adoption. This is because the best interest of the child prevails, who is the priority for the State, guaranteeing the right to a suitable and stable family, so the restriction is justified and reasonable.

**Keywords:** adoption; equality and non-discrimination; younger; proportionality; social rehabilitation.

### **Resumo**

O objetivo da presente investigação foi realizar um estudo de proporcionalidade sobre uma exceção à regra que não permite que pessoas com antecedentes criminais sejam candidatas a adotantes, o que contraria o que está estabelecido no princípio da igualdade e não discriminação, por garantir que todas as Pessoas tenham os mesmos direitos e as mesmas oportunidades. Para isso, analisou-se o critério de idoneidade, necessidade e proporcionalidade da medida distintiva, a partir de um contexto das pessoas afetadas pela medida, determinando o direito restrito, para o qual foram levados em consideração os postulados da jurisprudência constitucional equatoriana. Posteriormente, identificou-se a finalidade que o Estado busca proteger ao implementar tal restrição e sua legitimidade. Para o desenvolvimento da pesquisa, implementou-se o método analítico sintético, com a utilização do método da hermenêutica jurídica, que nos auxiliou na interpretação dos princípios e direitos envolvidos no trabalho. Dos resultados da investigação infere-se que, embora a medida que exclui do processo de adoção pessoas com antecedentes criminais seja discriminatória, a impossibilidade de apurar se existe uma reinserção social completa e adequada deste grupo de pessoas impede que sejam consideradas pessoas aptas a constituir família por adoção. Isso porque prevalece o melhor interesse da criança, que é prioridade do Estado, garantindo o direito a uma família adequada e estável, pelo que a restrição é justificada e razoável.

**Palavras-chave:** adoção; igualdade e não discriminação; mais jovem; proporcionalidade; reabilitação social.

## Introducción

La familia es la base para la sociedad, y es el entorno donde cada miembro se relacionará y desenvolverá, por lo que en ella se desarrollan factores internos importantes; como los emocionales, físicos y psicológicos. La familia es considerada como un sistema que está construido por una red de vínculos que van fortaleciendo padres, hijos, y hermanos, durante su convivencia. En la familia, es el rol de los padres el enseñar las reglas, las normas, las costumbres y tradiciones que el hijo debe adquirir y cumplir durante su existencia. De ahí que el rol parental es importante para el desarrollo integral del menor, quien le guiará en la formación de su identidad y personalidad. A través del tiempo, se han ido reconociendo diversos tipos de familia en los ordenamientos jurídicos, como las monoparentales y homoparentales en ordenamientos más avanzados. En la actualidad, se ha ido modificando la concepción de crear una familia limitada al vínculo consanguíneo, y ha ido creciendo la cantidad de familias adoptivas en los países. La adopción es un proceso por el cual, un menor de edad, tiene el derecho a una familia idónea, estable y definitiva. Para ello, tanto el adoptante como el adoptado deben cumplir ciertos requisitos. En el caso del adoptado, debe constar tras una decisión judicial, su declaración de adoptabilidad. De igual forma, los adoptantes deben cumplir una serie de requisitos, en los cuales se identificó una restricción; las personas con antecedentes penales no pueden adoptar. De manera que el objetivo de nuestra investigación es analizar si se está discriminando a las personas con antecedentes penales, al excluirlos del proceso de adopción. Ante aquello, creímos pertinente realizar un análisis de razonabilidad bajo los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Este análisis parte del contexto y la posición jurídica de las personas privadas de libertad, quienes atraviesan un proceso de rehabilitación social. Fue pertinente establecer la finalidad de dicho sistema además de su efectividad. Luego, se debe identificar el derecho restringido, por lo que se analiza el principio de igualdad y no discriminación desde su dualidad como derecho y principio de aplicación. Posterior a ello, y para poder evaluar la razonabilidad de la medida de distinción, es oportuno identificar cuál fue el fin del Estado tras disponer la medida en cuestión. En este sentido, determinamos el principio del interés superior del niño, y la importancia de la familia como el núcleo del desarrollo integral del menor. En la investigación se implementó el método analítico sintético, con el complemento de la hermenéutica jurídica, herramientas que colaboraron en la consecución de los objetivos de la presente investigación, que permitieron concluir que la medida de distinción cumple con los

criterios de la evaluación de razonabilidad, y por lo tanto existe un equilibrio entre la restricción y la protección de los derechos constitucionales vinculados.

### **Metodología**

La investigación es de carácter cualitativo, de índole descriptiva e interpretativa. La metodología fue diseñada en atención al objetivo de la investigación, para lo cual se recopiló información documental que permitió desarrollar el contenido del trabajo. Por lo tanto, el material empleado consta de artículos científicos, tesis, y noticias, que son el fundamento de información de nuestro razonamiento.

El método implementado es el analítico sintético, pues con su uso nos permitió descomponer al objeto de estudio en sus partes, a fin de conocer las características de cada apartado. Así, se estudió por separado a las personas privadas de libertad y el sistema de rehabilitación social en conjunto con su finalidad y efectividad, a la igualdad y no discriminación como principio y derecho, y también al principio de interés superior del niño. Posterior a ello, se sintetiza los hallazgos de modo que se pueda analizar los criterios de proporcionalidad, idoneidad y necesidad de la medida de distinción, objeto de estudio de la investigación.

De los métodos jurídicos empleamos a la hermenéutica jurídica, una herramienta esencial para interpretar normas, principios, en general, a todo el ordenamiento jurídico, lo que nos permite distinguir la existencia de discriminación en la medida de distinción, así como interpretar la justificación del Estado al restringir un derecho, y su proporcionalidad.

### **Resultados y discusión**

#### **La adopción**

Todas las personas tienen derecho a gozar de una familia, lo que implica un entorno estable donde se satisfagan todas las necesidades básicas de subsistencia. En este sentido, se han ido adaptando diferentes tipos de familia a lo largo de la evolución humana, dando paso a la figura de adopción. La adopción es un proceso que tiene como objetivo brindar una familia estable e idónea para la niña, niño o adolescente que posee la aptitud legal para ser adoptado (Ministerio de Inclusión Económica y Social, 2021).

Por otra parte, la adopción es un mecanismo de garantía que posibilita el acceso a la familia para niños que no tienen padres biológicos o un familiar que comparta consanguinidad que tenga la

intención de brindarles un hogar. Como parte de las consecuencias de aquellas situaciones complejas, nace la adopción que transforma la idea tradicional de formar una familia (Rizzo Plaza, 2021, pág. 33).

Dicha figura jurídica crea el vínculo de filiación entre las dos partes involucradas del proceso; el adoptante y el adoptado, mismo que será igual al vínculo creado por naturaleza, cumpliendo con la finalidad de la adopción; una familia permanente y estable al menor de edad que se encuentra en aptitud para ser adoptado.

El cuerpo normativo que regula las disposiciones legales sobre la adopción es el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, donde se establece la finalidad, los requisitos de la adopción, la declaración de adoptabilidad del menor, y demás disposiciones relacionadas a este proceso (Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 03-2019, 2019) . No obstante, el punto de interés de la presente investigación es conocer los requisitos de las dos partes, y las disposiciones relativas a las fases que se deben cumplir para lograr adoptar en el Ecuador, no con la intención de describirlas a detalles, sino con el objetivo de identificarlas.

Al respecto, es menester resaltar que en el ordenamiento jurídico se dispone la adopción plena, lo que implica que ambas partes involucradas en el proceso adquieren los mismos derechos, obligaciones, prohibiciones, considérese también responsabilidades que una relación parental biológica. En efecto, el adoptado pierde su relación de parentesco con su familia de origen, salvo excepciones consideradas por la ley.

Ahora bien, una vez señaladas las consideraciones generales respecto a la figura jurídica de adopción, es oportuno conocer los requisitos del menor que determinarán su aptitud legal para ser adoptado.

En primer lugar, la competencia de declarar el adoptabilidad del menor de edad recae en la función jurisdiccional. Será el juez la persona encargado de dicha declaración, posterior a las investigaciones que comprueben y confirmen las siguientes circunstancias; El menor de edad debe ser huérfano de ambos padres; se desconoce la identidad de ambos progenitores, o de existir, parientes que posean el tercer grado de consanguinidad; se considera que un menor es apto para ser adoptado cuando ambos padres han perdido la patria potestad; De tener uno o ambos padres, se requerirá su consentimiento para continuar con el proceso de adopción. Es menester resaltar que la autoridad jurisdiccional comprobará siempre la existencia de parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, y su posibilidad de asumir la responsabilidad de cuidar y proteger al menor en un

entorno estable y definitivo. Esta declaración se notifica a la Unidad Técnica de Adopciones de cada jurisdicción, a partir de diez días contados desde que se ejecutó la sentencia (CONA, 2014, art 158).

Por otra parte, los requisitos de los adoptantes son los siguientes; Los interesados a formar parte del proceso de la adopción deben estar tener el domicilio en Ecuador, o en su defecto, en uno de los países con los cuales se haya suscrito cierto convenio de adopción. Es obligatorio que el adoptante tenga capacidad legal, y pleno ejercicio de sus derechos políticos. Uno de los requisitos del adoptante es tener una diferencia de edad que no sobrepase los cuarenta y cinco años, ni sea menor a los catorce. Existen ciertas excepciones vinculada a la diferencia de edad. Por ejemplo, si existe un pariente idóneo hasta el tercer grado de consanguinidad que adopte al menor de edad, no se considerará la diferencia de edad. Así también, cuando se quiera adoptar en el caso de una pareja en unión de hecho, para lo cual la diferencia se determina en diez años. Como es de conocimiento, en nuestro ordenamiento jurídico sólo se permite la adopción entre parejas heterosexuales y personas solteras, conocida también como adopción monoparental. Ya sea unión de hecho o matrimonio, la pareja debe tener una relación por más de tres años.

Además de todos aquellos requisitos, los adoptantes o el adoptante deberá tener una estabilidad mental y física, que permita comprobar que podrá cumplir con las obligaciones futuras como figura parental. Por supuesto, la solvencia financiera es un factor clave al momento de evaluar al candidato idóneo, pues es evidente que es un requisito primordial para la satisfacción de las necesidades de subsistencia de la niña, niño o adolescente. Y, por último, la excepción que hemos considerado como el inicio del planteamiento de esta investigación; Las personas que registran antecedentes penales no pueden adoptar (CONA, 2014, pág. 159).

Dicha excepción nos generó interés pues la Constitución de la República del Ecuador manifiesta en su artículo 11 que ninguna persona puede ser discriminada bajo ninguna circunstancia, incluido el pasado judicial. Dicho de otra manera, existe la garantía de que ninguna acción puede menoscabar o anular el goce del derecho, comprendiendo que todas las personas somos iguales, pero a más de ello, tenemos las mismas oportunidades. En este sentido, y en base a este principio de igualdad y no discriminación de la Norma Suprema, se puede entender al requisito debatido en cuestión no sólo como una excepción, sino como una exclusión.

De ahí partimos de nuestra interrogante en cuestión; ¿Se está discriminando a las personas con antecedentes penales al excluirlos del proceso de adopción? Cuando existe un trato diferenciado,

una exclusión en la norma, se debe realizar un análisis de proporcionalidad. “Esto tiene como fin examinar la vinculación entre medios y fines, esto es, la justificación que sostiene (o no) un trato desigualitario” (Ronconi, 2018, pág. 118). Existen diferentes formas de evaluar la existencia de discriminación en la norma, pero los parámetros básicos se basan en el análisis de la proporcionalidad de la medida utilizada, la idoneidad, y la necesidad de la medida (Corte Constitucional, Sentencia: No. 61-17-IN/21, 2021). Para conocer esta respuesta, es necesario identificar el contexto jurídico de las personas con antecedentes penales, dando atención al cumplimiento de la finalidad de la rehabilitación social como posible causa de la mencionada exclusión, objeto de estudio del presente trabajo.

### **Las personas privadas de libertad y su rehabilitación social**

Desde años atrás los derechos de las personas privadas de la libertad y a lo largo del tiempo han sido de gran importancia dentro del Derecho Penal, ya que un proceso penal no concluye únicamente hasta llegar a una sentencia condenatoria, sino se ocupa también de la rehabilitación de las personas infractoras (Morales Niveló & Pérez Reina, 2022, pág. 311).

Las personas privadas de libertad, a partir de ahora PPL, son un grupo de atención prioritaria en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En el artículo 51 de la Norma Suprema se les reconoce ciertas garantías dentro del proceso del cumplimiento de su pena, mismo que se basa en un sistema de rehabilitación social.

La finalidad de este sistema es una reintegración integral de las personas condenadas, con el objetivo de reinsertarlas en sociedad. En el inciso dos se hace una distinción importante, donde se establece que “el sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 201). Así lo confirma el Código Orgánico Integral Penal, que establece que la finalidad de la pena “no implica el aislamiento y la neutralización de los infractores, además, que a los reos debe dárseles la oportunidad, desde el encierro, de recibir educación y desarrollar trabajos u oficios que los preparen para su reinserción social” (COIP, 2014, art. 52).

De manera que la reintegración tiene como principal objetivo que el individuo no vuelva a infringir la ley, que alcance una madurez emocional, y que luego del proceso de reintegración y el cumplimiento de su pena logre evitar conductas destructivas que harían que reincida en otro delito.

Es importante que existe una readaptación social que agote el potencial básico de todas las personas que atraviesan este proceso, y posterior a ello aprenda a ser una persona responsable, conciente, y busque su felicidad. Según Añaños Bedriñana & Jiménez Bautista (2017) “el objeto de la condena es para que el sujeto asuma su responsabilidad y sea capaz de insertarse o reinsertarse a la sociedad de la manera más digna y normalizada posible” (pág. 93)

Hemos tomado en cuenta a la rehabilitación como causa de la exclusión de las personas con antecedentes penales, porque previo a ello formaron parte de las personas privadas de libertad. Dicho de otra manera, solo con un sistema de rehabilitación eficiente y eficaz se podrá confiar en la recuperación y resocialización de las personas que pertenecieron a este último. “La resocialización es (...) volver a socializarse, lo que significa aprender las expectativas sociales e interiorizar normas de conducta”( Hernández Jiménez, 2017, pág. 549). Por lo tanto, los derechos de los PPL forman parte de los deberes del Estado, de las instituciones privadas, y de toda la comunidad, pues con su participación se evitaría vulnerar cualquier garantía establecida en protección para este grupo de atención prioritaria.

No obstante, lo determinado en los párrafos anteriores puede considerarse como meras aspiraciones del sistema de rehabilitación. Según Paladines como se cita en Miranda Chávez, Sailema Armijo, Cisneros Zúñiga, & Garcés Mayorga (2021) la finalidad de la pena dispuesta en nuestro ordenamiento jurídico oculta la verdad; el castigo para las personas que han cometido un delito es el encierro. Este mecanismo es un hecho que incluso históricamente, es innegable, por lo que a la final, el autor afirma que los centros de privación de libertad están hechos para que las personas que ingresen para el cumplimiento de su pena sean castigadas. Lo demás, es una ficción (pág. 8). Lo dicho podría debatirse, pero la realidad de la situación carcelaria en el Ecuador se inclina a comprobar que el pensamiento del autor Paladines es correcto.

Es un hecho lamentable que en el país la mayoría de cárceles padece de hacinamiento, lo que ha generado a través de los años circunstancias peligrosas que afectan a las personas privadas de libertad. Así, ha incrementado la operatividad de bandas criminales internas en los centros de privación de libertad, ocasionando muertes frecuentes de los PPL. “Los datos revelan que el porcentaje de hacinamiento a nivel nacional es de 40, 37%” ( Arrias Añez, Plaza Benavides, & Herráez Quezada, 2020). Esto ha ocasionado gran incertidumbre en el Ecuador al respecto de cómo afrontar lo que se ha denominado como una crisis carcelaria. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los atentados que ocurrieron en el año 2021 “en los diferentes centros de

privación de libertad, El Turi, Regional de Cotopaxi, Guayas y Penitenciaría del Litoral, son considerados como la sexta mayor masacre carcelaria ocurrida en América del Sur” (Palomino Uribe, 2021).

Otras realidades de la situación carcelaria del Ecuador son “factores como la corrupción, abusos y arbitrariedades por parte de las autoridades penitenciarias que influyen en la vulneración de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad” ( Morales Niveló & Pérez Reina, 2022). Estos son sólo ejemplos de las circunstancias que caracterizan nuestro sistema de rehabilitación, que como es evidente, posee deficiencias preocupantes. En este sentido, es menester que exista una ayuda post penitenciaria a favor del PPL, fomentando la disminución de los prejuicios que mantiene la comunidad hacia él, dándoles la oportunidad de readaptarse, enfocarse y mejorar su reintegración a la sociedad. ( Brito Febles & Alcocer Castillo, 2021)

De esta manera, y con la colaboración de la comunidad, los trabajadores sociales, organismos nacionales e internacionales, se puede gestionar programas y actividades que fomenten la inclusión de las personas privadas de libertad posterior al cumplimiento de su condena, recuperando la seguridad jurídica y mejorando problemáticas sociales que se dan como consecuencia de este sistema de rehabilitación deficiente.

Ahora bien, una vez determinada la finalidad de la rehabilitación social y sus marcadas deficiencias en la actualidad, es importante definir el principio que se presume vulnerado en la presente investigación; el principio de igualdad y no discriminación.

Según el autor Alexy, los principios se establecen como mandatos de optimización, lo que implica que, si bien es diferente a la norma al no exigirse su cumplimiento, se busca cumplir con cierto nivel de satisfacción en su realización. Para Polo Pazmiño (2018). “los principios sirven de sustento de las reglas, es decir, constituyen postulados cuyo contenido se refleja y se desarrolla normativamente en el resto de preceptos jurídicos” (pág. 226).

Dentro de la Norma Suprema, se reconoce a la igualdad y no discriminación no sólo como un derecho, sino también como un principio de aplicación, por lo que esta figura jurídica ha sido consagrada a partir de una dualidad (Polo Pazmiño, 2018). Como un derecho, la igualdad y no discriminación tiene dos dimensiones; la igualdad formal y la igualdad material.

La primera (...) hace referencia a la igualdad ante la ley, es decir una igualdad en cuanto a la configuración y aplicación de normativa jurídica, mientras que la segunda hará referencia a las particularidades de los sujetos, grupos o colectivos, quienes deben ser tratados de manera

igualitaria si se encuentran dentro de circunstancias fácticas similares, prohibiéndose cualquier acto discriminatorio (Corte Constitucional, Sentencia No. 019-16-SIN-CC, 2016, pág. 13).

Por otra parte, desde la perspectiva de principio de aplicación, “la igualdad y no discriminación se traduce en el mandato constitucional que permite que las personas ejerzan todos sus derechos de manera equitativa y sin ser discriminados, conforme con el art. 11.2 del texto constitucional” (Polo Pazmiño, 2018). Entonces, a partir del 2008 el Ecuador al ser declarado un estado constitucional de derechos y justicia, debe dar cumplimiento a este principio de aplicación de derechos, evitando posibles vulneraciones contra los titulares de los mismos. Coincide Granados Boza (2018) quien afirma que:

Los nuevos paradigmas jurídicos legitiman la fuerza normativa de la Constitución, su inmediata aplicación, eficacia directa y no restricción de derechos, en favor de los ciudadanos que se encuentran en situación de desigualdad, que cuentan con opciones y recursos jurídicos idóneos en la variada gama de derechos y garantías establecidos al amparo de la normativa neoconstitucionalista (pág. 185).

En consecuencia, aplicando este principio en la problemática de la presente investigación, se podría concluir que el ordenamiento jurídico no ha hecho una distinción a partir de la Constitución sobre personas que pueden reintegrarse socialmente, y otras que no. Por lo que es menester resaltar la concepción que se les da a las personas que ya han cumplido su pena, como un peligro ante los niños, niñas y adolescentes que tiene aptitud legal para ser adoptados. Efectivamente, la excepción para adoptar excluye a las personas con antecedentes del proceso de adopción, lo que incurriría en una discriminación al no permitirles las mismas oportunidades que una persona sin pasado judicial, lo que también afectaría su derecho a formar una familia.

Sin embargo, es oportuno conocer el fin del Estado que se encuentra detrás de dicha exclusión, y si es legítimo o no. Dentro del proceso de adopción, se involucran derechos y principios de ambas partes; el adoptante y el adoptado. Si bien nuestro ordenamiento jurídico reconoce a todas las personas el principio de igualdad y no discriminación, el interés principal recae en el adoptado, quien será el que tenga la máxima prioridad en el proceso de adopción, lo que se protege a través del principio de interés superior del niño. Es decir, la finalidad del Estado es garantizarle al menor una familia idónea, definitiva, y estable, convirtiéndose en la justificación de la medida de distinción discutida en esta investigación. Para cumplir con los objetivos planteados en el trabajo, es oportuno desarrollar el principio de interés superior del niño y la importancia de la familia en el

desarrollo del menor, a fin de determinar la legitimidad del interés que busca proteger el Estado a partir de la distinción, presuntamente discriminatoria.

### **El interés superior del niño**

El principio del “interés superior del niño”, consiste en la atención que el Estado brinda a la infancia para garantizar la protección de sus derechos, así como también al disfrute de una vida digna (Torvalva Mejía, 2022, pág. 2522).

Este principio es definido según Montejo, como se cita en Murillo, Banchón Cabrera, & Vilela Pincay (2020), como:

Un bien jurídico protegido por las legislaciones, que se hace tangible a la hora de tomar decisiones relativas a los derechos de la niñez y la adolescencia. Éste sirve como una suerte de herramienta jurídica cuando se produce algún tipo de antagonismo o contraposición entre los derechos del menor y los de otra persona, ante esta situación la autoridad competente tiene la responsabilidad y obligación de resolver de la manera más justa y efectiva, pero siempre garantizando los derechos del niño, niña o adolescente.

Este principio se establece como una guía de evaluación frente a cualquier caso donde se evalúe la situación jurídica del menor de edad, con el fin de determinar la decisión que beneficie de mejor manera su condición. Tiene carácter indeterminado y subjetivo, por lo que su interpretación y aplicación dependerá del órgano jurisdiccional que lo aborde para cada caso ( Acuña Bustos, 2019). Sin embargo, quien decida sobre los derechos del menor tendrá en cuenta la posibilidad de escucharlo en las etapas que sean admitidas en los procedimientos correspondientes, no sólo en sede judicial, sino también en otras instancias de participación ( Carretta Muñoz, 2021).

Ahora bien, dentro del proceso de adopción se garantiza al menor una familia idónea, y estable, que pueda satisfacer sus necesidades físicas, emocionales, psicológicas de forma definitiva. Para el Estado, la importancia de la familia es fundamental, pues de ella dependerá el desarrollo de la sociedad. De forma que consideramos determinar el papel de la familia en el desarrollo del menor, con la finalidad de comprender de mejor manera el fin que busca proteger el Estado.

### **Importancia de la familia en el desarrollo del menor**

El primer espacio donde el ser humano se desarrolla es la familia. En ella se formarán los cimientos de los niños, niñas y adolescentes, que les servirán durante el transcurso de su vida para interactuar con los demás, decidir el estilo de vida que quieren llevar, su pensamiento, sus hábitos, los valores que los caracterizan, en conclusión, de la familia depende en grado sumo la personalidad del menor de edad, y su desarrollo tendrá repercusión en el contexto social. Siempre se ha dicho que la familia es la primera escuela de la persona, por lo que, a más de ser padres, también son educadores. Es a través de las enseñanzas de los padres que el niño tiene un desarrollo integral, complementado con los cuidados de protección necesarios para su bienestar general. Los padres deben entender que su papel es guiar a una persona a entender las normas del grupo social donde ha nacido, en conjunto con las tradiciones, costumbres que deben asimilar. En este sentido, el rol de un adoptante es fundamental, de ahí la necesidad que la persona tenga excelentes condiciones emocionales, físicas y psicológicas para formar un núcleo familiar.

Como ya se ha dicho, la familia es la base de la sociedad, y sus efectos no se pueden sustituir. Debe desarrollarse en un entorno donde se fomente el dialogo y tolerancia, pues a partir de ahí el menor tendrá la seguridad de que se encuentra protegido. Por ello, en la fase administrativa del proceso de adopción se estudian minuciosamente las características individuales de cada adoptante. Porque claro, cada uno ha pasado diversas experiencias que dependen de su edad, su cultura, que son las que transmitirán a sus hijos. Estos valores, costumbres y sentimientos pueden, llámese también ideas preconcebidas de los adoptantes, forman parte de su perspectiva acerca de la vida, misma que adquirirán sus futuros hijos. Es responsabilidad de los padres “ir adecuando a la realidad y el contexto en el que se desarrollan, de tal manera que se va ejerciendo una importante influencia en el desarrollo social de los hijos” (Mendoza Caro, 2022).

Según lo desarrollado hasta el momento, la familia que rodea a los niños, niñas y adolescentes cumplen un rol trascendental en su formación. Es un hecho que las personas más cercanas a ti te impulsarán y motivarán a mejorar, en razón del afecto y amor que los vincula. Es a raíz del estilo parental que el sujeto aprende en base al entorno en el que transcurre su vida, configurando su propia identidad en consecuencia de aquellas experiencias. En este sentido, no se puede subestimar el beneficio que aporta una familia estable para la sociedad, pues gracias a la educación impartida durante los años de crecimiento del menor de edad, ha podido adquirir comportamientos adecuados y saludables que, con esfuerzo y disciplina, le permitirán alcanzar el éxito.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño, emitida por la ONU (1989) establece un compilado de derechos y principios fundamentales para los menores de edad. Entre ellos reconoce el derecho a desarrollarse bajo el amparo de una familia, pues reconoce a este grupo como una parte esencial de la sociedad, y como un medio ideal para el crecimiento de las personas que forman parte de esta última. De ahí que la Convención dispone que la adopción solo se aprobará cuando favorezca el bienestar del menor.

En este sentido, la Convención hace hincapié en que toda situación jurídica que involucra un menor de edad, prevalece frente a otras situaciones jurídicas, lo que se traduce como el principio del interés superior del niño. No importa si se trata acerca de su cuidado, su educación, su desarrollo, ante cualquier evento o circunstancia el menor es la prioridad.

Por ese motivo, en los procesos de adopción, conocer el ámbito legal es primordial para aquellos que desean adoptar, pues deben estar conscientes que no es sólo acerca de su interés de formar una familia, sino del adoptado de gozar de una familia que lo proteja y cuide de forma plena. Es deber del Estado el preparar y formar a las personas que buscan formar una familia a través de la figura jurídica de adopción, pues deben empaparse acerca de sus expectativas y estar seguros de sus motivaciones. Este proceso se caracteriza por ser lento y costoso en los países, y Ecuador principalmente tiene ciertos problemas burocráticos que lo hacen más lento aún. Por lo que los adoptantes deben estar convencidos, de su determinación y constancia dependerá el éxito de la adopción.

Ahora bien, se ha definido el fin del Estado que ha causado una distinción en los requisitos del adoptante, ubicando como excepción a las personas con antecedentes penales. También se ha identificado el contexto de las personas que han sido afectadas por la distinción, y a su vez se ha analizado el derecho restringido. De modo que es oportuno iniciar con el estudio de razonabilidad (proporcionalidad) de la distinción; estos son los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

En primer lugar, iniciaremos con la idoneidad. Esta determinará si la medida de distinción es adecuada para contribuir con la obtención de un fin legítimo. La Corte Constitucional manifiesta que “la diferencia es justificada cuando es objetiva y razonable, mientras que es discriminatoria, cuando anula o disminuye el contenido de los derechos” (Sentencia 48-16-IN/21, 2021, párr. 21). En efecto, la justificación del Estado es el derecho del menor de edad a gozar de una familia idónea y estable. A mayor profundidad, lo que el Estado está buscando proteger es la familia en sí misma,

eje que permite el desarrollo fructífero y próspero de la sociedad. Por lo tanto, consideramos que la finalidad que protege el Estado es legítima e idónea.

Por otra parte, el criterio de necesidad determina que “si bien la medida puede resultar idónea técnicamente, esto es que mediante el medio seleccionado se logre alcanzar de alguna manera el fin propuesto, aun así, puede ser desproporcionada ya que existen otros medios alternativos que permiten promover el fin” (Ronconi, 2018). En este punto consideramos que restringir el derecho a adoptar complementa a las personas que tienen antecedentes penales es extremo, por lo que cada persona posee circunstancias únicas y especiales y delitos específicos, por lo que debería analizarse cada caso en particular, y no generalizar a todas las personas. Esta medida alternativa podría realizarse en la fase administrativa donde se evalúa la idoneidad del adoptante, lo que daría una oportunidad a personas que no tengan delitos contra el núcleo familiar, violencia contra la mujer, o delitos contra la sexualidad, que son más graves para considerar como candidato a una persona con tal pasado judicial. Sin embargo, se pone en duda la medida alternativa al considerar la efectividad de la rehabilitación social de nuestro país. Como se expuso en los párrafos anteriores, nuestro sistema tiene falencias que impiden que una persona privada de libertad pueda reintegrarse a la sociedad. De ahí, que se dificultaría para el Estado determinar si una persona se rehabilitó o no, teniendo como peligro una posible reincidencia. Exponer a un menor de edad a una persona de la que no se está seguro que se ha rehabilitado completamente sería anteponer el derecho del adoptante a no ser discriminado, al derecho del adoptado de tener una familia idónea y estable. Por lo tanto, concluimos que la medida de distinción cumple con el criterio de necesidad, hasta que en el Ecuador el sistema de rehabilitación social deje de considerarse como una ficción, garantizando la posibilidad de que una persona privada de libertad luego de cumplir su condena pueda considerarse apto para formar una familia a través de la adopción.

Finalmente, según el criterio de proporcionalidad se evaluará los argumentos a favor, y en contra de la exclusión. El objetivo es determinar la justificación de la medida de distinción, estableciendo que, a mayor restricción, las razones que la fundamentan deben ser tan proporcionales como su inferencia. Se considera que la medida es proporcional cuando las razones de la distinción son de igual peso que las razones para proteger el fin legítimo del Estado. Por lo tanto, podemos establecer que, en efecto, se está restringiendo el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con antecedentes penales, además de su derecho a formar una familia a través de la adopción. No obstante, dicha distinción tiene fundamento pues no existe una seguridad de que este grupo de

personas se haya rehabilitado eficazmente, teniendo como posibilidad una posible reincidencia en su conducta criminal. En este sentido, y atendiendo al principio de interés superior del niño, es primordial para el Estado el desarrollo integral de los menores de edad, y en última instancia, la protección de la familia como base de la sociedad, por lo que la medida de distinción se considera proporcional, existiendo un equilibrio entre la protección y la restricción de ambos derechos.

### **Conclusión**

En la presente investigación se planteó como objetivo el análisis de una medida de distinción, llámese también excepción, que establece la imposibilidad de adoptar para las personas con antecedentes penales. Para ello, se determinó que las personas privadas de libertad son un grupo de atención prioritaria que forman parte del sistema de rehabilitación social. Dicho sistema tiene como finalidad la incorporación de la persona a la sociedad, con el fin de que vuelva a tener una vida normal. Su objetivo también es evitar una posible reincidencia por parte del PPL, sin embargo, el sistema ecuatoriano posee diversas falencias que demuestran que no existe una rehabilitación para este grupo de personas, por causas como el hacinamiento, la corrupción, etc.

Además, se determinó que la igualdad y no discriminación tiene carácter dual, pues es considerado un principio de aplicación y un derecho. Desde esta perspectiva, podría considerarse que la restricción del derecho a adoptar de las personas con antecedentes penales, es discriminatoria. Sin embargo, tras el análisis de razonabilidad, se determinó el fin que busca proteger el Estado tras dicha restricción. Para ello, se implementó el criterio de idoneidad, necesidad y proporcional. De lo expuesto, se pudo concluir que la medida de distinción cumple el criterio de idoneidad pues el Estado persigue un fin legítimo, esto es, la protección del menor y en última instancia, de la familia. Además, según el criterio de necesidad, no existe un mecanismo alternativo más benigno mientras no existan mejoras en el sistema de rehabilitación social ecuatoriano, y por último, la medida de distinción es proporcional debido a que mantiene un equilibrio entre la protección y la restricción del derecho, en sentido de que, al no existir una garantía en la rehabilitación social de las personas privadas de libertad, no pueden ser considerados como personas capaces de cumplir un rol parental, con las obligaciones que tal papel conlleva. Debido al interés superior del niño, la prioridad es garantizarles una familia idónea y estable, siendo el fin legítimo del Estado la protección de la base de la sociedad.

## Referencias

1. Acuña Bustos, A. P. (2019). Principio del interés superior del niño: dificultades en torno a su aplicación en la legislación chilena. *Opinión Jurídica*, 17-35. Obtenido de <https://doi.org/10.22395/ojum.v18n36a1>
2. Añaños Bedriñana, F., & Jiménez Bautista, F. (2017). Población y contextos sociales vulnerables: la prisión y el género al descubierto. *Papeles de población*, 22(87), 63-101. Obtenido de [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-74252016000100063](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252016000100063)
3. Arrias Añez, J., Plaza Benavides, B. R., & Herráez Quezada, R. G. (2020). Interpretación del sistema carcelario ecuatoriano. *Revista Universidad y Sociedad*, 12(4), 16-20. Obtenido de <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v12n4/2218-3620-rus-12-04-16.pdf>
4. Brito Febles, O., & Alcocer Castillo, B. R. (2021). La reinserción social post penitenciaria: un reto a la justicia ecuatoriana. *RCUISRAEL*, 11-26. Recuperado el 10 de 02 de 2023, de [http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2631-27862021000300011](http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2631-27862021000300011)
5. Carretta Muñoz, F. (2021). ¿Es realmente el interés superior del niño una norma de procedimiento? A propósito de la observación general N° 14 del Comité de los Derechos del Niño. *Ius et Praxis*, 236-255. Obtenido de [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122021000200236](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122021000200236)
6. Hernández Jiménez, N. (2017). La resocialización como fin de la pena; una frustración en el sistema penitenciario y carcelario colombiano. *Caderno CRH*, 30(81), 539-559. doi:<https://doi.org/10.1590/S0103-49792017000300010>
7. Miranda Chávez, L. R., Sailema Armijo, J. G., Cisneros Zúñiga, C. P., & Garcés Mayorga, D. V. (2021). El desastre de la crisis del sistema de carcelario, incremento de los privados de libertad. *Dilemas contemporáneos: educación, política y valores*, 1-17. doi:<https://doi.org/10.46377/dilemas.v9i.3004>
8. Morales Niveló, O. R., & Pérez Reina, E. P. (2022). Derechos de las personas privadas de libertad en el proceso de Rehabilitación en Ecuador. *593 Digital Publisher CEIT*, 7(3-2), 309-321. doi:<https://doi.org/10.33386/593dp.2022.2.1183>

9. Ronconi , L. (2018). Repensando el principio de igualdad. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, 103-140. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7130853>
10. Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador (CRE). Montecristi, Ecuador: Registro Oficial 449. Obtenido de [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)
11. Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA). Quito, Ecuador: Registro Oficial 737. Obtenido de [https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/11/codigo\\_ninezyadolescencia.pdf](https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/11/codigo_ninezyadolescencia.pdf)
12. Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal (COIP). Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 180. Obtenido de [https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COIP\\_act\\_feb-2021.pdf](https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COIP_act_feb-2021.pdf)
13. Corte Constitucional. (2016). Sentencia No. 019-16-SIN-CC. Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=019-16-SIN-CC>
14. Corte Constitucional. (2021). sentencia 48-16-IN/21. Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=48-16-IN/21#:~:text=MOTIVO%3A,cultos%20religiosos%20en%20el%20Ecuador.>
15. Corte Constitucional. (2021). Sentencia: No. 61-17-IN/21. Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=61-17-IN/21>
16. Corte Nacional de Justicia. (2019). Resolución No. 03-2019. Obtenido de <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones/2019/19-03%20Procedimiento%20autorizacion%20de%20la%20adopcion.pdf>
17. Granados Boza, V. (2018). El principio constitucional de justicia e igualdad real y la acción afirmativa. *Cuestiones constitucionales*, 169-200. doi:<https://doi.org/10.14482/INDES.30.1.303.661>
18. Mendoza Caro, J. R. (2022). La inclusión social y el interés superior del niño como derecho humano. *Iustitia Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas*, 4-15. Obtenido de [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2542-33712022000100004](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2542-33712022000100004)

19. Ministerio de Inclusión Económica y Social . (2021). Gob.ec: Portal único de trámites ciudadanos. Obtenido de <https://www.gob.ec/mies/tramites/solicitud-adopcion-nacional-ninas-ninos-adolescentes#:~:text=En%20el%20Ecuador%2C%20la%20adopci%C3%B3n,cada%20ni%C3%B1a%2C%20ni%C3%B1o%20o%20adolescente.>
20. Murillo, K. P., Banchón Cabrera, J. K., & Vilela Pincay, W. E. (2020). El principio de interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano. *Revista Universidad y Sociedad*, 385-392. Obtenido de [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2218-36202020000200385](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202020000200385)
21. Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1989). Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Obtenido de <https://www.humanium.org/es/convencion-adaptada/#:~:text=La%20Convenci%C3%B3n%20fue%20adoptada%20por,mejorar%20sus%20condiciones%20de%20vida.>
22. Palomino Uribe, S. J. (11 de 03 de 2021). AA news. Obtenido de <https://www.aa.com.tr/es/mundo/motines-del-23-de-febrero-en-ecuador-resultaron-en-la-sexta-peor-masacre-carcelaria-de-la-historia-suramericana/2171929>
23. Polo Pazmiño, E. J. (2018). Los principios de aplicación de los derechos en la Constitución ecuatoriana; una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia. *Revista de Derecho*, 223-247. doi:<https://doi.org/10.31207/ih.v7i0.194>
24. Rizzo Plaza, Y. M. (2021). Percepciones de las familias adoptivas respecto al proceso de integración familiar de niños/as entre 4 a 7 años en Unidad Técnica de Adopciones UTA Zona 8 (Tesis de grado). Guayaquil, Ecuador: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Obtenido de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/16439/1/T-UCSG-PRE-JUR-TSO-147.pdf>
25. Suárez Palacio, P. A., & Vélez Múnera, M. (2018). El papel de la familia en el desarrollo social del niño: una mirada desde la afectividad, la comunicación familiar y estilos de educación parental. *Revista Psicoespacios*, 12(20), 173-198. doi:<https://doi.org/10.25057/issn.2145-2776>
26. Toralva Mejía, A. D. (2022). El interés superior del niño en el marco de la educación peruana. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 2520-2536. doi:[https://doi.org/10.37811/cl\\_rcm.v6i1.1664](https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v6i1.1664)

© 2023 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).