



La adopción de niños, niñas y adolescentes con discapacidad, como protección de grupos de atención prioritaria

The adoption of children and adolescents with disabilities, as protection of priority attention groups

Adoção de crianças e adolescentes com deficiência, como proteção de grupos de atenção prioritários

María Esther Inga-Viñán ^I
maria.inga@psg.ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-5461-2075>

David Sebastián Vázquez-Martínez ^{II}
david.vazquezc@ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-7430-0351>

Correspondencia: maria.inga@psg.ucacue.edu.ec

Ciencias técnicas aplicadas
Artículo de investigación

***Recibido:** 05 de julio de 2020 ***Aceptado:** 20 de agosto 2020 * **Publicado:** 07 de septiembre de 2020

- I. Abogada, estudiante de la Maestría en Derecho Constitucional con Mención en Derecho Procesal Constitucional, Jefatura de Posgrados, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.
- II. Docente de la Maestría en Derecho Constitucional con Mención en Derecho Procesal Constitucional, Jefatura de Posgrados, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.

Resumen

En el presente artículo de investigación se realizó un análisis a la adopción prioritaria de niños, niñas y adolescentes con discapacidad como mecanismo de protección a sus derechos. Además, se ha logrado constatar que la regulación de la adopción en el Código de la Niñez y Adolescencia necesita de la inmediata intervención para la inclusión de la adopción prioritaria, por parte del ente correspondiente, para de esta manera establecer el mecanismo efectivo para la protección de los derechos de los niños niñas y adolescentes con discapacidad. Este estudio se realizó en base a la metodología de la modalidad de carácter no experimental, con un enfoque mixto que consiste en un proceso que recolecta y analiza datos cuantitativos y cualitativos. En relación al enfoque cualitativo se analizó la normativa nacional e internacional vigente relativa al problema que se desarrolla en este estudio; y, respecto el enfoque cuantitativo se utilizó para la aplicación de encuestas aleatorias a profesionales del derecho. Con esta metodología aplicada se ha obtenido los datos necesarios para el desarrollo de esta investigación, con fundamento legal constitucional.

Palabras Claves: Adopción prioritaria; interés superior del menor; discapacidad; orfandad-derecho de la niñez y adolescencia

Abstract

In this research article, an analysis was made of the priority adoption of children and adolescents with disabilities as a mechanism to protect their rights. In addition, it has been verified that the regulation of adoption in the Childhood and Adolescence Code requires immediate intervention for the inclusion of priority adoption, by the corresponding entity, in order to establish the effective mechanism for the protection of the rights of children and adolescents with disabilities. This study was carried out based on the methodology of the non-experimental modality, with a mixed approach that consists of a process that collects and analyzes quantitative and qualitative data. In relation to the qualitative approach, the current national and international regulations regarding the problem developed in this study were analyzed; and, regarding the quantitative approach, it was used for the application of random surveys to legal professionals. With this applied methodology, the necessary data for the development of this research has been obtained, with a constitutional legal basis.

Keywords: Priority adoption; best interests of the minor; disability; orphanhood-right of childhood and adolescence

Resumo

Neste artigo de pesquisa, foi feita uma análise sobre a adoção prioritária de crianças e adolescentes com deficiência como mecanismo de proteção de seus direitos. Além disso, verificou-se que a regulamentação da adoção no Código da Infância e Adolescência requer intervenção imediata para a inclusão da adoção prioritária, por parte da entidade correspondente, de forma a estabelecer o mecanismo efetivo de proteção dos direitos da criança e do adolescente com deficiência. Este estudo foi realizado com base na metodologia da modalidade não experimental, com abordagem mista que consiste em um processo que coleta e analisa dados quantitativos e qualitativos. Em relação à abordagem qualitativa, foram analisadas as normas nacionais e internacionais vigentes sobre o problema desenvolvido neste estudo; e, quanto à abordagem quantitativa, foi utilizado para a aplicação de inquéritos aleatórios a profissionais do direito. Com essa metodologia aplicada, foram obtidos os dados necessários ao desenvolvimento desta pesquisa, com embasamento jurídico constitucional.

Palavras-chave: Adoção prioritária; melhor interesse do menor; incapacidade; orfandade-direito de infância e adolescência.

Introducción

La Constitución de la República del Ecuador del año 2008, consagra que es deber primordial del Estado, garantizar el efectivo goce de los Derechos, al establecer este contenido como su deber fundamental, el Estado ecuatoriano es el encargado de verificar que ninguna norma legal, menoscabe o atente contra los derechos fundamentales de los ciudadanos, y menos aún en el caso de los grupos de atención prioritaria.

En el caso concreto de la presente investigación, se basa en la adecuada protección de los derechos de los niños niñas y adolescentes con discapacidad, en base al principio del interés superior, relacionado a la adopción. Bajo este antecedente cabe indicar que el Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano contempla la figura jurídica de la adopción, la misma que establece el concepto, las reglas generales, la fase administrativa, la fase judicial, la adopción internacional, pero nada menciona sobre la adopción prioritaria de los niños niñas y adolescentes con discapacidad, convirtiéndose en un limitante para que aquellos niños o adolescentes con discapacidad, que tiene la aptitud de adoptabilidad, formen parte de una familia, vulnerándose de esta manera sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

La Carta Magna, no establece ningún apartado concreto sobre este tema, solo hace alusión que la adopción corresponderá a parejas de distinto sexo. Bajo este antecedente, se evidencia la falta de reglamentación en la normativa ecuatoriana sobre la adopción prioritaria. Cabe mencionar que este es un tema que necesita ser analizado ya que existen factores que conlleva a la vulneración del interés superior del niño, cuando se encuentran en situación de adoptabilidad. Es menester hacer hincapié que los niños niñas y adolescentes pertenecen a los grupos de atención prioritaria de igual manera que las personas con discapacidad, en el caso de la presente investigación se pretende demostrar que los menores de edad con discapacidad están en condición de doble vulnerabilidad, por lo que necesitan de la suprema protección del Estado, mediante mecanismos que conlleven a la eficaz protección de sus derechos.

Es así, partiendo de la premisa que los niños, niñas y adolescentes con discapacidad en condición de adoptabilidad, se encuentran en situación de doble vulnerabilidad, se evidencia la vulneración e irrespeto a sus derechos y principios constitucionales, al no existir como tal un mecanismo propio para su adopción. En el Ecuador esta es una realidad palpable siendo desconcertante evidenciar que en este Estado constitucional de derechos en el que nos encontramos, no se propulse una acción que pueda mitigar esta vulneración.

Partiendo de estos enunciados constitucionales, deviene que un niño, niña o adolescente discapacitado debe gozar de una protección especial, más aún si se encuentra en situación de adoptabilidad. Por ello, en la presente investigación se busca realizar un análisis jurídico, doctrinario y jurisprudencial acerca de la falta de reglamentación de la adopción prioritaria como tal, para determinar las consecuencias generadas por dicha vulnerabilidad al interés superior del niño y miembros de los grupos de atención prioritaria.

Referencial teórico

Antecedentes de los derechos de los niños niñas y adolescentes con discapacidad con enfoque a la adopción.

El Ecuador al ser un Estado constitucional de derechos y justicia social, en base a su marco constitucional, establece sobre la protección eficaz de los derechos humanos, en especial protección a los derechos de las personas pertenecientes a los grupos de atención prioritaria, esta protección especial se da en base al principio de igualdad y no discriminación, según un autor:

Todos los niños y niñas tienen derecho a criarse en una familia que le proporcione un ambiente de afecto y seguridad moral y material, según reconoce la Convención sobre los Derechos del

Niño. La posibilidad de vincularse a un adulto de referencia con un apego seguro es una necesidad básica para el desarrollo del menor. Sin embargo, algunos menores encuentran más dificultades para poder crecer en familia. En los casos de niños que se encuentran a la espera de ser adoptados, los niños que padecen alguna discapacidad o necesidades especiales, los grupos de hermanos, los niños mayores de ocho años, de otra nacionalidad, cuentan con especial dificultad para encontrar una familia, ya sea de adopción o de acogida. (Alemany, 2018)

Debido a la discriminación que a lo largo de la historia han sufrido las personas con discapacidad, la Constitución establece que estos sujetos necesitan recibir atención prioritaria y especializada tanto en el ámbito público como en el ámbito privado, lo cual se traduce en la obligación por parte del Estado de tomar medidas que garanticen el pleno ejercicio de sus derechos, en consideración a las vulneraciones sufridas por su discapacidad. Esto se traduce en el principio de igualdad y no discriminación;

El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos: 1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en circunstancias idénticas; 2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento en común; 3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y 4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en posición en parte similar en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud). (Corte Constitucional de Ecuador, Secretaría General. 21 de septiembre de 2016) SENTENCIA N.º 30-16-SEP-CC. [Jz. Cuarto del trabajo de Manabí])

El principio de igualdad, al ser un pilar fundamental de un Estado constitucional, debe ser de estricto cumplimiento para todas las personas. En relación al tema de estudio es decir la adopción prioritaria se enmarca en el numeral cuarto del párrafo anterior, que establece que un mandato de trato diferenciado a personas que se encuentren en una misma situación. En este caso los niños niñas y adolescentes con discapacidad que se encuentren en situación de adoptabilidad, deben recibir un trato diferenciado de los de menores en la misma situación pero que no poseen discapacidad.

Cabe mencionar que el avance de la legislación de un Estado, se encuentra sujeto a satisfacer con eficacia las necesidades del pueblo, por ello la estructura estatal debe adecuarse tanto en el ámbito económico, educativo, social, y jurídico al constante cambio. Un prosista manifiesta que:

Uno de los problemas planteados en el derecho, a propósito de su relación con la realidad social, es la adaptación o actualización del derecho a la realidad social cambiante. Esto implica considerar necesariamente al derecho en relación a una realidad social no en un momento específico, sino a ésta en su desarrollo en el tiempo. (Carrasco, 2017)

Es básicamente la posición "antiformalista" la que ha puesto énfasis en esta cuestión, generalmente exhibiendo el problema como una tensión entre el derecho y la realidad social, en la que se representa al primero como adoleciendo de cierta inmovilidad y rigidez, confrontada a la realidad social que va cambiando con el paso del tiempo. (Carrasco, 2017)

En el caso de la presente investigación se evidencia que existen ciertos ámbitos que no han sufrido este cambio necesario, como es el caso de la protección eficaz de los derechos de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, más aún de aquellos niños y adolescentes que se encuentran bajo el amparo de Instituciones Estatales en proceso de adopción. Esto debido principalmente a la inexistencia de un procedimiento de adopción propio para estos niños y adolescentes con discapacidad. En torno a este apartado la (UNICEF, 2015) y el gobierno de Rwanda manifiestan que:

En vista de la grave situación de estos niños y niñas huérfanos y vulnerables, que están siendo marginados del sistema de atención familiar y de las estructuras de la comunidad, el UNICEF y el Gobierno de Rwanda han puesto en marcha el Proyecto de Protección de la Infancia, en el marco del Programa de Cooperación 2001-2006. La finalidad es crear un entorno de protección para la infancia que permita a las familias y comunidades ofrecer mecanismos de protección para todos los niños y niñas vulnerables. El objetivo era establecer medidas legislativas, administrativas y sociales para proteger los derechos de los niños y niñas que carecen de un entorno familiar, y fortalecer la capacidad de la infancia.

La UNICEF, como máximo organismo de protección de los derechos de la niñez y adolescencia, siempre está en constante innovación de su labor, pero ya depende de cada legislación acoger estos mandatos, que sirven para proteger de manera eficaz a los niños niñas y adolescentes.

El Ecuador en la Constitución de la República (2008) trata sobre la adopción de manera muy general e indica que la adopción corresponde solo a parejas del mismo sexo, más no hace ninguna otra referencia sobre esta. El cuerpo legal ya citado, en su artículo 44 dispone:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

Este apartado sobre el interés superior del niño es un principio orientado a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, por parte de toda autoridad, teniendo en cuenta así que sus decisiones deben velar por el bienestar de los menores. Por lo tanto, el Código de la Niñez y Adolescencia (2003) en su artículo 1 establece como su finalidad:

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. (pág. 1)

En base a esta finalidad, se establece que es deber primordial del Estado, la sociedad y la familia el garantizar que todos los niños, niñas y adolescentes tengan un desarrollo integral, en base al principio del interés superior de menor, y más aún si estos niños niñas y adolescente poseen una discapacidad. La autora (García, 2016) habla sobre el interés superior del niño y dice que: Es un principio jurídico interpretativo fundamental, pues toda norma que haya de aplicarse en una situación que afecte real o potencialmente a un menor ha de interpretarse a la luz de su interés superior, lo que nos conduce a que el órgano encargado de la aplicación de una norma ha de considerar, de entre todas las interpretaciones posibles, aquella que nos pueda aportar una norma aplicable a un caso que afecta directa o indirectamente a un niño, hemos de considerar aquella que satisfaga en mayor medida el interés de este último.

Como se estableció en líneas anteriores el Código de la Niñez y Adolescencia es el cuerpo normativo que regula todo lo concerniente a la adopción, las reglas generales, la fase administrativa, la fase judicial, la adopción Internacional, pero nada menciona sobre la

adopción prioritaria de los niños niñas y adolescentes con discapacidad, convirtiéndose este hecho en una limitante para que aquellos niños o adolescentes con discapacidad, que poseen la aptitud de adoptabilidad, formen parte de una familia, vulnerándose de esta manera sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Por lo tanto, la finalidad de la adopción tiene por objeto que el niño, niña, o adolescente forme parte de una familia de manera permanente y definitiva, en virtud de lo expuesto el artículo 151 del Código de la Niñez y Adolescencia respecto a la finalidad de la adopción manifiesta: “La adopción tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados”. La adopción es uno de los mecanismos por el cual se fija el vínculo parento-filial, entendiendo al mismo como un conjunto de derechos, deberes, obligaciones y principios que se fijan entre padres e hijos, este vínculo en relación a la adopción puede ser entendido como la adopción plena. La norma *ibídem* en su artículo 152 respecto de la adopción plena reza lo siguiente:

La ley admite solamente la adopción plena, en virtud de la cual se establecen entre el o los adoptantes y el adoptado todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parento-filial. En consecuencia, jurídicamente el hijo adoptivo se asimila en todo al hijo consanguíneo.

Para que un menor de edad, que fue privado de su medio familiar biológico pueda ser adoptado debe poseer la aptitud legal, la misma que es declarada por una autoridad judicial, esto mediante una resolución judicial, en base al proceso conocido como esclarecimiento de la situación legal y social de los niños, niñas y adolescentes. El Juez que declare el adoptabilidad de un niño, niña o adolescente, deberá notificar a la Unidad Técnica de Adopciones de la respectiva jurisdicción, en el plazo máximo de diez días contados desde que la sentencia quedó ejecutoriada, el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 158 manifiesta lo siguiente:

Aptitud legal del niño, niña o adolescente para ser adoptado. - El Juez sólo podrá declarar que un niño, niña o adolescente está en aptitud legal para ser adoptado, cuando de las investigaciones realizadas se establezca sin lugar a dudas que se encuentra en cualquiera de los siguientes casos: 1. Orfandad respecto de ambos progenitores; 2. Imposibilidad de determinar quiénes son sus progenitores o, en su caso, sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad; 3. Privación de la patria potestad a ambos progenitores; y, 4. Consentimiento del padre, la madre, o de ambos progenitores, según corresponda, que no hubieren sido privados de la patria potestad. En los casos de los numerales 1, 3 y 4 el Juez declarará el adoptabilidad siempre que, además de las circunstancias allí descritas, el niño, niña o adolescente carezca de

otros parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, o éstos se encuentren imposibilitados para asumir de manera permanente y estable su cuidado y protección. (pág. 30)

Con este antecedente se deja claro que la Constitución de la República del Ecuador y el Código de la Niñez y Adolescencia reconocen la figura jurídica de la adopción, pero nada mencionan sobre la Adopción prioritaria de niños, niñas y adolescentes con discapacidad. La Constitución de la República del Ecuador, reconoce a los niños niñas y adolescentes, como miembros de los grupos de atención prioritaria, por ende, tienen protección especial por parte del Estado, es menester hacer alusión sobre los menores de edad que tienen discapacidad poseen doble vulnerabilidad; en primer lugar, por ser niños, niñas o adolescentes; y, en segundo lugar, por poseer discapacidad. Es bajo este concepto que se hace alusión que necesitan doble protección por parte del Estado, y más aún cuando se trata de menores en situación de orfandad.

Importancia de la adopción prioritaria respecto de las niñas, niños, y adolescentes con discapacidad a través del Derecho Comparado.

Para establecer la importancia de la adopción prioritaria de niños niñas y adolescentes con discapacidad en el marco internacional, debemos hacer referencia en manera esencial a lo que establecen los tratados y convenios internacionales ratificados por el Ecuador.

En primer orden tenemos la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, esta convención tiene su fundamento en el reconocimiento a la dignidad y los derechos de todas las personas sin exclusión alguna, en base a este fundamento establece prohibición de cualquier tipo de discriminación a una persona con discapacidad, ya que este hecho constituiría una vulneración a su dignidad y derechos. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2008) en su artículo 1 señala lo siguiente:

El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. (págs. 4-5)

El propósito de esta convención, evidencia el compromiso internacional que existe para la adecuada protección de los derechos de las personas con discapacidad. Y más aún cuando se trata de niños niñas y adolescentes, según la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en su artículo 7 expone:

1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas. 2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño. 3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho. (págs. 9-10)

Cabe mencionar que este es un instrumento vinculante de cumplimiento obligatorio para los países que lo hayan acogido, cuyo compromiso de cada país es asegurar el efectivo goce de los derechos de las personas con discapacidad. Uno de los artículos más relevantes de la convención citada en su artículo 23, haciendo alusión al respeto del hogar y de la familia, ratifica lo siguiente:

2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos. (pág. 20)

En este precepto establece que los Estados parte deben garantizar los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en relación a la adopción, respetando de manera fundamental el interés superior del niño.

La Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

Esta Convención tiene como finalidad eliminar la discriminación de la que son víctimas las personas con discapacidad, establece que estas personas merecen la misma consideración y respeto a sus derechos que otras personas.

REAFIRMANDO que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas; y que estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación fundamentada en la discapacidad, dimanen de la dignidad y la

igualdad que son inherentes a todo ser humano. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999)

En este apartado se reafirma la igualdad de derechos que debe existir entre las personas con discapacidad, y las personas que no poseen discapacidad, pues establece que todas las personas por el hecho de ser seres humanos merecen el mismo respeto a su dignidad. Esta Convención instituye también que los Estados que lo hayan adoptado deben crear medidas para que la población se sensibilice con el tema de discapacidad, para eliminar todo tipo de perjuicios que puedan atentar contra el derecho de las personas con discapacidad.

La Convención sobre los Derechos del Niño

Se reconoce a esta Convención como la primera ley de carácter internacional, en establecer sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Al ser la primera en su tipo reconoce que es de cumplimiento obligatorio para los Estados parte. Esta Convención se utiliza en todo el mundo ya que promueve y protege de manera eficaz los derechos de la niñez. En relación al tema de estudio, es decir, el interés superior del menor con discapacidad, la Convención de los Derechos del Niño (1989) establece en su artículo 23 numeral 1 lo siguiente:

Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad. (pág. 18)

Bajo este precepto, se evidencia el compromiso que deben tener los Estados partes de este Convenio en relación a la protección de los derechos de los niños con discapacidad, ya que cuando existe la protección eficaz de los derechos del menor, prevalece su interés superior.

Estos convenios y tratados internacionales reconocen el interés superior del menor, como mecanismo primordial para la protección de sus derechos, establecen que los Estados parte deben adoptar mecanismos que favorezcan de manera prioritaria el desarrollo integral de la personalidad del niño, niña o adolescente, reconocen además que todos los menores de edad tienen derecho a crecer en un medio familiar adecuado, ya sea dentro de su familia biológica o su familia adoptiva.

Inclusión de la adopción prioritaria respecto de los niños, niñas, y adolescentes con discapacidad en la Código de la Niñez y Adolescencia

Los niños niñas y adolescentes con discapacidad, constituyen uno de los grupos que necesita protección especial por parte del Estado y la sociedad; más aún si son niños o adolescentes que carecen de una familia, por ende de un hogar, según así si lo establece la Constitución de la Republica del Ecuador, es bajo este precepto que se refiere que el Estado es el indicado para

brindar la protección especial que necesitan los miembros de los grupos vulnerables, y más aún si se encuentran en situación de doble vulnerabilidad.

Para que exista esta adecuada protección, se debe contar con normas que sean eficaces para la protección derechos de estos niños y adolescentes. En el caso de la presente investigación se hace mención que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia debe acoger en su articulado la adopción prioritaria de niños, niñas y adolescentes con discapacidad, para precautelar de esta manera su interés superior. Con la inclusión de la adopción prioritaria se busca agiliza el proceso legal de adopción de estos menores.

Cabe hacer mención que Perú es uno de los países que en su normativa legal reconoce la adopción prioritaria de niños niñas y adolescentes con discapacidad, según él (Ministerio de la mujer y poblaciones vulnerables, 2016) se debe saber y cumplir lo siguiente:

¿Qué es Adopciones Prioritarias?

Es la adopción que busca encontrar una familia especial que brinde amor, protección y cuidados, de acuerdo a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes, que son susceptibles de ser adoptados, integrados por:

- Niños y niñas mayores de 9 años (entre 9 y 12 años)
- Adolescentes (de 13 a 17 años)
- Grupo de hermanos
- Niños y niñas con necesidades especiales
- Niños y niñas con problemas de salud

Perú, establece la adopción prioritaria no solo para menores con discapacidad, sino para niños niñas y adolescentes que atraviesan por distintas situaciones. En el Ecuador, la adopción prioritaria debería reconocerse como una institución jurídica tipificada, ya que reafirmamos la necesidad a cubrir por parte del legislador de que se incluya esta institución, para de esta manera precautelar los derechos de los menores con discapacidad que se encuentran en situación de adoptabilidad, y con ello se busca también agilizar el proceso legal de adopción. Ya que con esta incorporación se reducirá el índice niños, niñas y adolescentes con discapacidad en casas de acogida. Cabe mencionar qué; los beneficiarios directos de este estudio serán las niñas niños y adolescentes con discapacidad que se encuentran en situación de adoptabilidad, brindándoles de esta manera una oportunidad para la adecuada protección de sus derechos, en base a su interés superior.

Método

De acuerdo con el estudio realizado en el presente artículo de investigación no experimental, “estudios que se realizan sin la manipulación deliberada de variables y en los que sólo se observan los fenómenos en su ambiente natural para analizarlos” (Hernández Sampieri, 2014). Además, se ha realizado un estudio utilizando en enfoque mixto es decir cualitativo y cuantitativo.

La metodología cualitativa, como indica su propia denominación, tiene como objetivo la descripción de las cualidades de un fenómeno. Busca un concepto que pueda abarcar una parte de la realidad. No se trata de probar o de medir en qué grado una cierta cualidad se encuentra en un cierto acontecimiento dado, sino de descubrir tantas cualidades como sea posible. En investigaciones cualitativas se debe hablar de entendimiento en profundidad en lugar de exactitud: se trata de obtener un entendimiento lo más profundo posible. (Mendoza, 2018)

El enfoque cualitativo fue, empleado en el análisis de la norma rectora, en relación al tema de estudio, y de normas de carácter internacional, que sirvieron para establecer la falta de reglamentación de la adopción prioritaria de niñas niños y adolescentes con discapacidad, para de esta manera precautelar sus derechos. En cuanto a la metodología cuantitativa, se realizó el análisis de datos de las encuestas que fueron aplicadas de manera aleatoria, para obtener información que permita determinar la importancia de que exista la adopción prioritaria dentro de la legislación ecuatoriana.

Se ha utilizado el método inductivo- deductivo que es entendido como; “Los métodos inductivos y deductivos tienen objetivos diferentes y podrían ser resumidos como desarrollo de la teoría y análisis de la teoría respectivamente. Los métodos inductivos están generalmente asociados con la investigación cualitativa mientras que el método deductivo está asociado frecuentemente con la investigación cuantitativa” (Mendoza, 2018). La aplicación de estos métodos ha permitido plantear los aspectos sobresalientes de la investigación partiendo de lo particular a lo general y viceversa, a través de diseños de teoría fundamentada, que ha permitido un dinamismo en el proceso de la investigación.

Universo de estudio y tratamiento muestral

En la presente investigación se utilizó, un muestreo por conveniencia, que es una técnica que consiste es seleccionar una muestra de la población accesible, es decir los individuos empleados en la investigación son seleccionados por ser conocedores del tema. En este caso fueron 21 abogados en libre ejercicio profesional los consultados.

Tratamiento estadístico de la información

Se obtuvieron los datos en base a la aplicación de encuestas, y a través de los formularios realizados por Google (<https://docs.google.com/forms>), los mismos que fueron procesado en tablas de datos, en las que se recopilan las respuestas de los Profesionales del Derecho involucrados en la investigación, y se tabulan en el programa Microsoft Excel versión 2019.

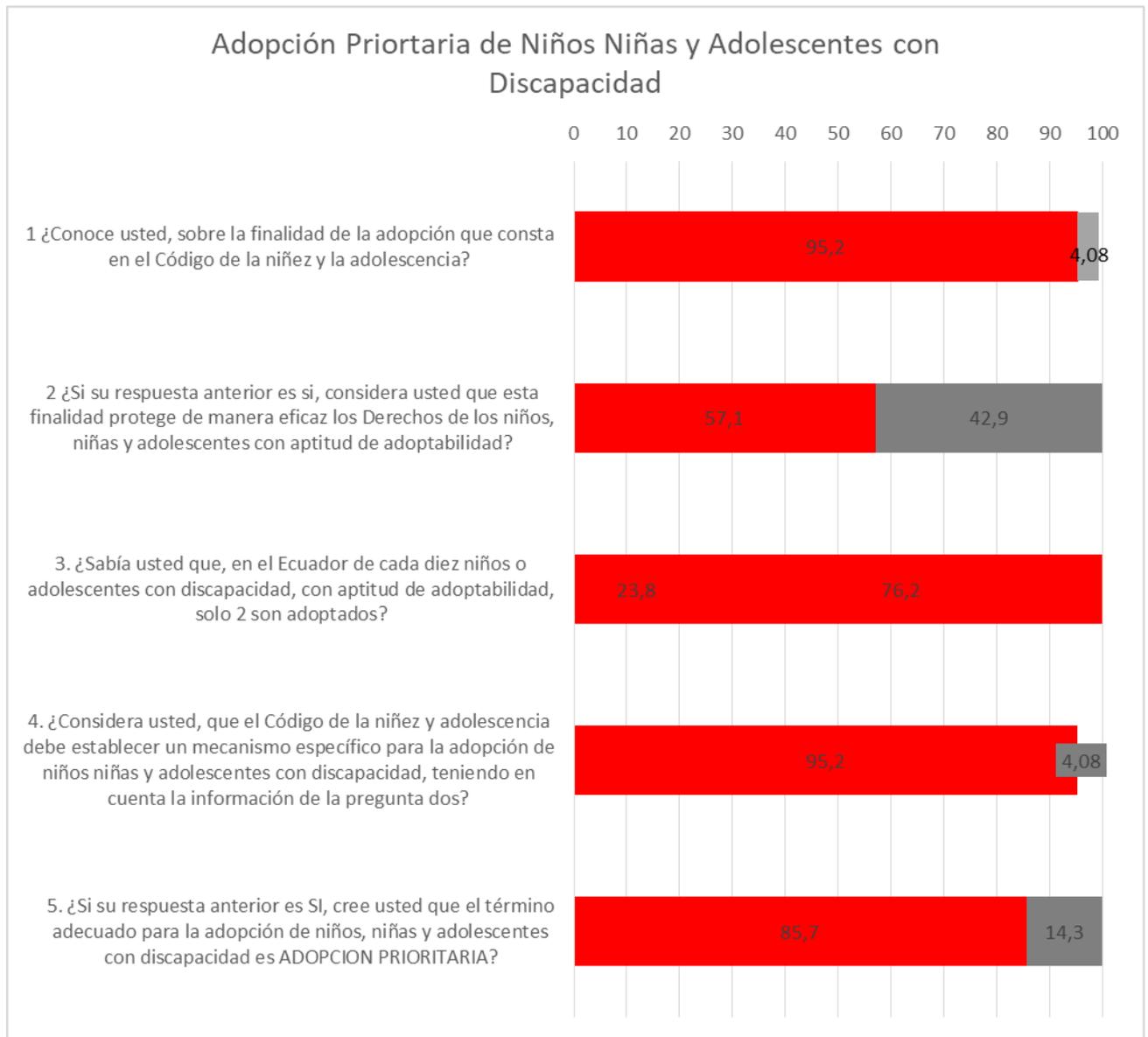
Resultados

Tabla 1. Resultado de Encuestas Aplicadas a Abogados/as de la República del Ecuador

<u>PREGUNTAS</u>	<u>SI</u>	<u>NO</u>
1 ¿Conoce usted, sobre la finalidad de la adopción que consta en el Código de la niñez y la adolescencia?	20	1
2 ¿Si su respuesta anterior es si, considera usted que esta finalidad protege de manera eficaz los Derechos de los niños, niñas y adolescentes con aptitud de adoptabilidad?	12	9
3. ¿Sabía usted que, en el Ecuador de cada diez niños o adolescentes con discapacidad, con aptitud de adoptabilidad, solo 2 son adoptados?	16	5
4. ¿Considera usted, que el Código de la niñez y adolescencia debe establecer un mecanismo específico para la adopción de niños niñas y adolescentes con discapacidad, teniendo en cuenta la información de la pregunta dos?	20	1
5. ¿Si su respuesta anterior es SI, cree usted que el término adecuado para la adopción de niños, niñas y adolescentes con discapacidad es ADOPCIÓN PRIORITARIA?	18	3

Elaborado por: María Esther Inga Viñan

Figura 1 Representación gráfica de los resultados.



Fuente: Datos recopilados, en base a encuesta realizadas a Abogados de la República del Ecuador

Elaborado por: María Esther Inga Viñán

Propuesta

La adopción es un mecanismo de protección de derechos de los niños, niñas , y adolescentes que necesitan de cuidado y amparo que fue negado por su familia biológica. Para el efecto (Moliner, 2012) manifiesta lo siguiente:

La adopción es un instrumento jurídico que establece entre un menor y sus adoptantes un vínculo de filiación equiparable a la biológica a todos los efectos. Con ella se pretende unir real y filialmente" al menor con quienes, aunque de hecho no son sus progenitores biológicos,

podrían haberlo sido. Este proceso sustitutivo exige, además, que sólo pueda establecerse un vínculo de filiación adoptiva allí donde podría haber existido un vínculo biológico de filiación (de ahí las exigencias legales de una diferencia mínima y máxima de edad entre adoptado y adoptantes).

Esta figura jurídica, tiene como objetivo, brindar una luz de esperanza tanto a los niños niñas o adolescentes huérfanos y aquellas personas que por diversas cuestiones no han logrado afianzar su vínculo sentimental con la procreación de hijos. En este sentido cabe mencionar que cada persona tiene un sentir distinto, existen personas que al momento de iniciar sus trámites de adopción tienen una visión clara de la o el menor que desean adoptar y en base a la realidad de las estadísticas de Adopción, lamentablemente son los niños niñas o adolescentes que poseen discapacidad los que tienen menor probabilidad de ser adoptados, en base a este contexto es que el Legislativo debe considerar la incorporación de la adopción prioritaria de menores con discapacidad como mecanismo de protección a sus derechos, para de esta manera establecer el impulso de su participación plena en la sociedad, en igualdad de condiciones frente a otras personas.

Los niños, niñas y adolescentes con discapacidad son uno de los grupos más marginados y excluidos de la sociedad, cuyos derechos son vulnerados de manera generalizada. En comparación con sus pares sin discapacidad, tienen más probabilidades de experimentar las consecuencias de la inequidad social, económica, y cultural. Diariamente se enfrentan a actitudes negativas, estereotipos, estigma, violencia, abuso y aislamiento; así como a la falta de políticas y leyes adecuadas, lo mismo que a oportunidades educativas y económicas. (UNICEF, 2018)

La UNICEF, es el máximo organismo de protección de los derechos de la niñez y adolescencia, establece mecanismo que deben ser adoptados por todos los países. Y de esta manera cumplir con el objetivo principal de esta Institución que es velar por la integridad de los menores. Ya que la situación de los menores con discapacidad en el mundo es apremiante.

Según datos del informe “Estado mundial de la infancia”, realizado por UNICEF en 2013, en el mundo hay alrededor de 93 millones de niños con algún tipo de discapacidad. Aun así, estas cifras pueden quedarse cortas, ya que muchos de ellos (alrededor del 80%) se encuentran en países en vías de desarrollo. La discriminación es la principal causa de la vulneración de los derechos básicos de estos niños: la violencia física, psicológica y emocional es una realidad que los menores con discapacidad sufren a menudo en el entorno familiar, institucional y social y, de todos ellos, apenas un 2% tiene acceso a la educación. Además, las crisis humanitarias

desencadenadas por guerras o desastres naturales encierran un riesgo todavía mayor para los niños con discapacidad. (Medical, 2018)

Según este informe, se establece que en todo el mundo existe la vulneración de derechos a niños niñas y adolescentes con discapacidad, esta vulneración traducida a la discriminación de la que son objeto. Con este preámbulo es necesario erradicar de manera eficaz la vulneración de derechos de estos menores.

Por lo tanto, reafirmamos que el legislador es el encargado de hacer que las normas protectoras de derechos cambien en pro de la dignidad humana, en relación al tema de estudio se debe establecer que a pesar que los derechos la niñez y adolescencia se encuentran establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, esto no es suficiente, puesto que existen varios ámbitos que no tienen el alcance de esta protección especial, como el ámbito de la adopción.

La adopción como figura jurídica, pretende garantizar de manera eficaz los derechos de los niños y adolescentes, pero no hace mención de aquellos sujetos menores de edad con discapacidad. Convirtiéndose este hecho en una circunstancia potencial de vulneración de derechos. Con este antecedente creemos necesario que el Código de la Niñez y Adolescencia necesita de la inclusión inmediata de la Adopción Prioritaria, como mecanismo de defensa de los derechos de los niños niñas y adolescentes con discapacidad, en respeto a su interés superior.

Referencias

1. Alemany, C. (16 de Diciembre de 2018). Niños y niñas que esperan: adopción y acogimiento de menores con necesidades especiales. Obtenido de <https://medium.com/https://medium.com/@carrmen.alemany/ni%C3%B1os-y-ni%C3%B1as-que-esperan-adopci%C3%B3n-y-acogimiento-de-menores-con-necesidades-especiales-59eeb93363cf>
2. Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República de Ecuador. Montecristi: CEP.
3. Carrasco, E. (2017). Relación cronológica entre la ley y la realidad social. Mención particular sobre la "elasticidad de la ley". SCIELO. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000100015>
4. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (06 de Julio de 1999). CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Guatemala.

5. Congreso Nacional. (03 de julio de 2003). Código de la Niñez y Adolescencia. Ecuador, Quito, Ecuador: CEP.
6. CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA DE ADOPCIÓN DE MENORES. (1987). Artículo 1. Diario Oficial de la Federación.
7. Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. (1993). Artículo 1.
8. Corte Constitucional de Ecuador. (2016). SENTENCIA N.º 30&16-SEP-CC. Quito.
9. 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. (1986). Artículo 13. Asamblea General de las Naciones Unidas.
10. Dzul, M. (2020). Diseño no-experimental. Obtenido de [uaeh.edu.mx/: https://www.uaeh.edu.mx/docencia/VI_Presentaciones/licenciatura_en_mercadotecnia/fundamentos_de_metodologia_investigacion/PRES38.pdf](https://www.uaeh.edu.mx/docencia/VI_Presentaciones/licenciatura_en_mercadotecnia/fundamentos_de_metodologia_investigacion/PRES38.pdf)
11. García, S. (2016). El interés superior del niño. SCIELO.
12. Hernandez Sampieri, R. (2014). Metodología de la investigación. México: Mc Graw Hil.
13. Medical, S. (30 de enero de 2018). Los derechos de los niños con discapacidad. Obtenido de <https://www.sunrisemedical.es/blog/derechos-ninos-con-discapacidad>
14. Mendoza, R. (2018). Investigación cualitativa y cuantitativa - Diferencias y limitaciones. Obtenido de [https://www.monografias.com/: https://www.monografias.com/trabajos38/investigacion-cualitativa/investigacion-cualitativa.shtml#:~:text=%2D%20LA%20INVESTIGACI%C3%93N%20CUALITATIVA,una%20parte%20de%20la%20realidad.&text=Tiene%20una%20perspectiva%20hol%C3%ADstica%2C%20esto,el%20fen%C3%B3](https://www.monografias.com/https://www.monografias.com/trabajos38/investigacion-cualitativa/investigacion-cualitativa.shtml#:~:text=%2D%20LA%20INVESTIGACI%C3%93N%20CUALITATIVA,una%20parte%20de%20la%20realidad.&text=Tiene%20una%20perspectiva%20hol%C3%ADstica%2C%20esto,el%20fen%C3%B3)
15. Ministerio de la mujer y poblaciones vulnerables. (2016). Dirección general de adopciones. Obtenido de [https://www.mimp.gob.pe/: https://www.mimp.gob.pe/homemimp/direcciones/dga1/contenidos/articulos.php?codigo=8](https://www.mimp.gob.pe/https://www.mimp.gob.pe/homemimp/direcciones/dga1/contenidos/articulos.php?codigo=8)
16. Moliner, R. (2012). ADOPCIÓN, FAMILIA Y DERECHO. SCIELO.

17. Organización de las Naciones Unidas. (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado el 14 de julio de 2020, de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>
18. Organización de las Naciones Unidas. (2008). Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. New York y Ginebra. Recuperado el 12 de julio de 2020, de https://www.ohchr.org/Documents/Publications/AdvocacyTool_sp.pdf
19. UNICEF. (2015). Protección de los niños y niñas huérfanos y vulnerables. Rwanda.
20. UNICEF. (2018). Niños, niñas y adolescentes con discapacidad. Obtenido de <https://www.unicef.org/lac/ninos-ninas-y-adolescentes-con-discapacidad>

©2020 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/>).