

El reconocimiento de las uniones de hecho impropias en el ámbito administrativo ecuatoriano

Luis Carlos Ávila Stagg*

Resumen:

Las uniones de hecho permiten a los convivientes obtener cobertura legal para su relación de hecho, en las que se exigen los mismos requisitos que para el matrimonio, a los efectos de su inscripción registral y reconocimiento de los miembros de la unión. Tratándose de personas del mismo sexo, cabe señalarse que, en Ecuador, ya se ha reconocido el matrimonio, no es claro si la misma decisión se podría extender a la unión de hecho. Ello genera dificultades en el ámbito administrativo que se analizan en la presente investigación, enfocada en la legislación ecuatoriana.

Abstract:

Common-law unions allow cohabitants to obtain legal coverage for their common-law relationship, in which the same requirements as for marriage are demanded, for the purposes of registration and recognition of the members of the union. In the case of same-sex couples, it should be noted that in Ecuador, has already recognized marriage, it is unclear whether the same decision could extend to common-law unions. This creates administrative difficulties that are analyzed in this research, which focuses on Ecuadorian legislation.

Sumario. Introducción / I. La unión de hecho impropia en Ecuador / II. Opinión Consultiva de la CIDH sobre uniones del mismo sexo / III. Consecuencias jurídicas en el derecho administrativo / IV. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Maestro en Derecho de Empresas por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Introducción

Las uniones de hecho se dieron en el Ecuador, al igual que en el resto del mundo, mucho antes que la legislación decidiera regularlas. Hoy se encuentran reconocidas por la Constitución ecuatoriana, como norma suprema dentro del ordenamiento jurídico, en su artículo 68,¹ y fueron reguladas por primera vez en una norma de carácter infraconstitucional mediante la Ley 115 del 29 de diciembre de 1982,² incorporándose luego aquellas disposiciones al Código Civil ecuatoriano en el Título VI del Libro I denominado *De las personas*.³

Con el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) mediante su Opinión Consultiva OC-24/17, en la cual reconoce el derecho de las personas del mismo sexo al matrimonio igualitario,⁴ surge la duda respecto a la actuación administrativa en cuanto al reconocimiento de las uniones de hecho impropias, también llamadas irregulares, debido a que en dicho pronunciamiento se reconocen que pueden haber tipos de familia no tradicionales; es decir, no constituidos por vía matrimonial o por vía de hecho regular.

En ese contexto, la Corte Constitucional del Ecuador, en su Sentencia del caso No. 11-18-CN,⁵ secundó el criterio de la Corte IDH y no dejó dudas respecto a que por el artículo 426 de la Constitución Nacional y al criterio de que el Estado ecuatoriano es signatario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁶ el país tiene la obligación de cumplir con aquella Opinión Consultiva y considera discriminatorio no permitir el matrimonio igualitario.

Además, el artículo 417 de la Constitución Nacional establece que, en el caso de tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la propia Constitución. Todo esto genera dudas respecto a si los notarios ecuatorianos y el Registro Civil, deben proceder con la solemnización de dichas uniones de

¹ Constitución de la República del Ecuador, 2008.

² Ley 115, de 29 de diciembre de 1982.

³ Código Civil.

⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, del 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario).

⁶ OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

hecho entre personas del mismo sexo, y posterior inscripción, con la finalidad de no violentar el derecho a la igualdad y no discriminación ni desatender el pronunciamiento de la Corte IDH con su opinión que, como instrumento internacional, establece derechos más favorables que los de la Constitución ecuatoriana.

I. La unión de hecho impropia en Ecuador

La doctrina suele denominar uniones de hecho irregulares o impropias aquellas que no cumplen los requisitos constitucionales o legales para ser reconocidas como uniones de hecho capaces de generar ni el régimen de sociedad de bienes ni los derechos y obligaciones similares a los que surgen del matrimonio válidamente constituido. En el Ecuador existen algunas uniones de hecho que, inclusive entre personas del mismo sexo, se encuentran permitidas y reguladas desde hace varios años. Los efectos patrimoniales de este tipo de uniones, a las cuales la doctrina las cataloga como propias o formales, se encuentran equiparados a los generados por el matrimonio.

Sin embargo, existen otras uniones convivenciales o de cohabitación que no se encuentran reconocidas legalmente, a pesar de que sus miembros llevan una vida en común de forma permanente, y similar a la que habría en una unión de hecho reconocida o en un matrimonio. Aquellas uniones de hecho, que la doctrina las cataloga como impropias, no cumplen algunos de los requisitos establecidos como necesarios por la ley para que actualmente sean reconocidas en el Ecuador; sin perjuicio de ello, las situaciones de índole jurídica que se desprenden de estas uniones requieren también la atención del derecho positivo, así como la obtuvieron en su momento otras uniones que hoy ya se encuentran reguladas y surten plenos efectos para sus mismos y la sociedad.

Como se mencionó, en la Constitución ecuatoriana se establece en el artículo 67, el reconocimiento de la familia en sus diversos tipos, sin especificarse cuáles son éstos. Sin embargo, a partir del reconocimiento del matrimonio igualitario por parte de la Corte IDH, y posteriormente en el caso ecuatoriano, su confirmación por parte de la Corte Constitucional mediante la Sentencia del caso No. 11-18-CN, pareciera que se pudiera reconocer a cualquier tipo de familia, sin importar la forma como se hubiese constituido, y de

esa manera ser acreedora a la protección legal, así sea un hogar formado por un *ménage à trois* de personas poliamorosas o pansexuales.

Esto genera una preocupación en el ámbito administrativo, ya que los notarios tendrían que analizar si lo expuesto genera la atribución para solemnizar ciertos tipos de uniones de hecho impropias. Consecuentemente, el Registro Civil ecuatoriano debería analizar si puede inscribirlas; más aun considerando que los derechos constitucionales son de directa aplicación y tanto la Corte IDH como la Corte Constitucional fueron claras en señalar que diferenciar entre tipos de uniones puede ser una discriminación, lo cual incluso en Ecuador es delito tipificado en el artículo 176 del Código Orgánico Integral Penal.⁷

Las uniones de personas que conviven como si fueran cónyuges con finalidad de formar un hogar en común, pero que no cumplen con los requisitos que exige la ley para ser consideradas uniones de hecho regulares, se encuentran en una situación similar a la que tuvieron las actualmente denominadas uniones de hecho regulares, formales o propias. La declaración que al respecto hagan los convivientes de esas uniones no es en la actualidad admitida para ser solemnizada por un notario, ni son reconocidas por los jueces. Dichas uniones de hecho tampoco dan origen a una sociedad de bienes, y las situaciones jurídicas que generan son bastante amplias, desde cuestiones de filiación, temas hereditarios y cuestiones patrimoniales de gran sensibilidad social y personal.

Para Fernández y Bustamante,⁸ el concubinato improPIO se denomina a aquella unión en la cual un varón y una mujer, sin estar casados, hacen vida en común como si lo estuvieran. Pero también consideran que otra acepción del concubinato, más restringida, es aquella que exige la concurrencia de algunos requisitos para que aquella convivencia marital pueda tener el carácter de concubinaria, entre los que mencionan la singularidad, la estabilidad, la inexistencia de vínculo matrimonial anterior, y en general los requisitos previstos en la ley para su reconocimiento.

Considerando las diferentes uniones que suelen darse en la actualidad, es importante indicar, con relación a aquella acepción amplia del término concubinato, que es menester realizar una diferenciación de aquellas uniones de

⁷ Código Orgánico Integral Penal.

⁸ Cesar Fernández Arce y Emilia Bustamante Oyague, “La unión de hecho en el Código Civil peruano de 1984: análisis de su conceptualización jurídica desde la perspectiva exegética y jurisprudencial”, pp. 221-239.

pareja que poseen un carácter esporádico, como es el caso de la unión sexual ocasional y la prostitución o el caso de las uniones libres (relaciones abiertas), debido a que en el concubinato siempre requiere la existencia de un carácter de permanencia o habitualidad en la relación de pareja, que es lo que permite constituir un hogar o una familia en sentido legal y social.

Por otra parte, en su acepción más restringida, conocida en la legislación de otros países como concubinato *stricto sensu*,⁹ observamos a aquella convivencia habitual; es decir continua y permanente, que se desenvuelve de manera ostensible con honestidad o fidelidad y sin impedimento alguno para pasar a ser un matrimonio. Dicho esto, es necesario señalar que la unión de hecho impropia puede a su vez clasificarse en pura e impura, dependiendo de si las partes desconocen o no la situación de impedimento matrimonial del otro. En este sentido, sería pura si la pareja desconoce y sería impura si al menos uno de ellos conoce del impedimento.

Para Varsi,¹⁰ los efectos que genera la unión de hecho impropia no son patrimoniales, son solo personales, y considera también que efectivamente dicha unión se puede subclasicar a su vez en pura e impura. La unión de hecho impropia, es una unión que doctrinariamente se distingue como un concubinato en su acepción más amplia, la cual puede darse cuando alguno de los convivientes o ambos tienen vínculo matrimonial no disuelto, cuando uno o ambos convivientes son menores de edad y cuando la convivencia es de más de dos personas.

La unión de hecho impropia pura es aquella en la cual los convivientes desconocen que se encuentran incursos en una situación de impedimento matrimonial. En tales supuestos, la relación familiar se desarrolla dentro de un clima de buena fe, en el que uno de sus integrantes está convencido, o al menos es parte de su ilusión, de la posibilidad de formalizar en algún momento la relación convivencial, convirtiéndola en una unión matrimonial. Es por ello que señala Varsi¹¹ que dicha confianza y sinceridad con la que actúa aquel compañero merece un resguardo y un reconocimiento. Encuentramos en esta clasificación lo que la doctrina conoce como unión estable

⁹ Erika I. Zuta Vidal, “La unión de hecho en el Perú, los derechos de sus integrantes y desafíos pendientes”, pp. 186-198.

¹⁰ Enrique Varsi Rospigliosi, *Tratado de derecho de las familias. La nueva teoría institucional, jurídica y principista de la familia*.

¹¹ *Ibid.*

putativa en aras de la buena fe presente en uno o en ambos miembros de esta unión intersexual.

Por otro lado, considera Varsi,¹² que la unión de hecho impropia impura es aquella subclasificación, en la cual los convivientes, o por lo menos uno de ellos, conocen que se encuentran incursos en una situación de impedimento matrimonial. Por lo tanto, se da la presencia de este elemento objetivo que se manifiesta en la situación jurídica de una de las personas en unión de hecho. Esta situación no solo implica una especie de contubernio, sino una situación que vulnera los principios del derecho consagrados a la protección de la familia institucionalizada con base en la sacralidad del matrimonio.

La unión de hecho, dice Cornejo,¹³ puede darse entre personas libres o atadas por un vínculo matrimonial con distinta persona, ya sea que tengan o no impedimento para legalizar su unión, que puede ser ostensible o no, pero siempre que exista cierto carácter de permanencia o habitualidad en la relación. Por este motivo, el citado autor excluye de la unión de hecho impropia, aún entendida ésta en su acepción amplia, a la unión intersexual esporádica y al libre comercio carnal, a lo cual podemos añadir también la exclusión de aquellas uniones de hecho que constituyan un delito, como puede ser el caso de las uniones entre al menos una persona mayor de edad y al menos un menor de edad.

En ese supuesto, las personas o una de ellas podría incurrir en delitos de estupro o de violación, establecidos en los artículos 167 y 171 numeral 3 del Código Integral Penal respectivamente, los cuales tipifican el estupro en relación al menor de edad que haya cumplido 14 años de edad, mientras que se tipifica como violación a la relación sexual con un menor de 14 años de edad. La actual Constitución del Ecuador establece al respecto en su artículo 68 lo siguiente:

La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

¹² *Ibid.*

¹³ Héctor Cornejo Chávez, “Familia y Derecho”, pp. 10-14.

De esta manera, la Constitución equipara los efectos jurídicos de la unión de hecho al matrimonio, sin requerir que la pareja sea heterosexual. Sin embargo, hasta la emisión de la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH, parecía indiscutible la negativa a la posibilidad de reconocimiento legal a las uniones estables que formarán un hogar de hecho entre más de dos personas o con personas que no se encuentren libres de vínculo matrimonial, es decir, que sean solteros o viudos. Antes de la vigencia de la Constitución de 2008, la Ley 115 que regulaba las uniones de hecho fue incorporada al Código Civil, encontrándose ya en la codificación que se publicó en el Registro Oficial el 24 de junio del 2005. Específicamente en su artículo 222, el cual dispone que:

La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, que formen un hogar de hecho, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio y da origen a una sociedad de bienes. La unión de hecho podrá formalizarse ante la autoridad competente en cualquier tiempo.

En relación con ello, el artículo 18 numeral 26 de la Ley Notarial establece la atribución de los Notarios de “solemnizar la declaración de los convivientes sobre la existencia de la unión de hecho, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 222 del Código Civil”, pudiendo realizarse en cualquier momento. En aquella solemnisación la pareja indica el tiempo que han estado conviviendo, de ser el caso, y los efectos deberían correr desde la fecha de inicio de la unión de hecho declarada por los convivientes, a pesar de que en la ley no hay claridad respecto a si, aunque la actualización del estado civil depende de su inscripción, una vez realizada, ésta se pudiese considerar que los efectos análogos al matrimonio surgen desde que empezó la unión y no desde que se inscribió efectivamente.

De la declaración de los convivientes, el Notario levantará el acta respectiva solemnizándola, la cual se protocolizará y se conferirá copia certificada a las partes para inscribir la mencionada unión en el Registro Civil. Esto último resulta importante debido a que el estado civil de las personas actualmente en Ecuador se probará con las respectivas copias de las actas inscritas en el Registro Civil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 332 del Código Civil ecuatoriano. Para el caso de controversias o para efectos probatorios, el artí-

culo 223 del Código Civil establece que “se presumirá que la unión es estable y monogámica transcurridos al menos dos años de ésta”, exigiendo además al juez que verifique que la unión no se trate de las personas mencionadas en el artículo 95 del Código Civil.

Ninguno de los casos marcados en el artículo 95 es posible formalizarlos actualmente en el Ecuador, donde se establece la nulidad del matrimonio contraído por el cónyuge sobreviviente con el autor o cómplice del delito o tentativa de homicidio, asesinato; la persona menor de 18 años de edad; la persona ligada por vínculo matrimonial no disuelto; la persona con discapacidad intelectual que afecte su consentimiento y voluntad; los parientes por consanguinidad en línea recta; y los parientes colaterales en segundo grado civil de consanguinidad. La nulidad opera aún en los casos de personas que convivan en unión de hecho estable y monogámicas de más de dos años, porque para su reconocimiento se exigen los mismos requisitos que para el matrimonio.

II. Opinión Consultiva de la CIDH sobre uniones del mismo sexo

La Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017 (Corte IDH, 2017), aclara que a pesar de que en la petición presentada no se explicitó a cuál vínculo entre personas del mismo sexo se refería, se observa que se hace alusión al artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual protege a las personas, *inter alia*, de injerencias arbitrarias a la vida privada y familiar.¹⁴ En tal virtud, dicho Tribunal entendió que “las preguntas remitidas por el Estado versan sobre los derechos patrimoniales que derivan de un vínculo resultante de relaciones afectivas entre parejas del mismo sexo”.¹⁵

La corporación observó que, en términos generales, los derechos producto de relaciones afectivas entre parejas, suelen estar tutelados y protegidos por la Convención a través del instituto de la familia y el de la vida familiar, y en ese sentido recuerda en primer lugar que la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la familia y la vida familiar de manera complementaria, al tiempo que consideró que las posibles vulneraciones a este bien jurídico

¹⁴ Corte IDH, *Caso Atala Riff y niñas vs. Chile*.

¹⁵ Corte IDH, *Caso Duque vs. Colombia*, p. 138.

dico tutelado deben analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada y familiar, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 del mismo cuerpo legal.

Ninguna de las normas citadas en la Opinión Consultiva contiene una definición taxativa de qué debe entenderse por “familia”, pero sobre el particular, la Corte IDH ha señalado que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo en particular de ésta. En el párrafo 175 de la Opinión Consultiva, la Corte IDH considera necesario determinar si las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo pueden llegar a ser consideradas como “familia” en los términos de la Convención, para así establecer los alcances de la protección internacional aplicable.

Con la finalidad de establecer el sentido corriente de la palabra “familia”, la Corte IDH reconoce la importancia neurálgica de dicha institución social, la cual surge de las necesidades y aspiraciones más básicas del ser humano, además de buscar realizar anhelos de seguridad, conexión y refugio que expresan la mejor naturaleza del género humano; resultando indudable para ese órgano de justicia que la familia es una institución que ha cohesionado comunidades, sociedades y pueblos enteros.

Asimismo, hace notar, además, que la existencia de la familia no ha estado al margen del desarrollo de las sociedades, señalando que su conceptualización ha variado y evolucionado conforme al cambio de los tiempos.¹⁶ La Corte IDH observa, asimismo, que en la actualidad existen diversas formas en las que se materializan vínculos familiares que no se limitan a relaciones fundadas en el matrimonio.¹⁷

Ante la imposibilidad de identificar un sentido corriente a la palabra “familia”, la Corte IDH observa que el contexto inmediato de los artículos 11.2 y 17.1 tampoco ofrece una respuesta satisfactoria y señala además que los incisos 1 y 3 del artículo 11 no ofrecen indicios adicionales para establecer los alcances de la palabra examinada y que por un lado, es claro que los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 17 se refieren exclusivamente a una modalidad de vínculo familiar, pero como fue constatado anteriormente, la protección a los vínculos familiares no se limita a relaciones fundadas en el matrimonio.

¹⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 58.

¹⁷ Corte IDH, *Caso Atala Riff y niñas vs. Chile*.

La Corte IDH considera, con respecto al artículo 17.2 de la Convención que, si bien es cierto, que éste de manera literal reconoce el “derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia”, esa formulación no estaría planteando una definición restrictiva de cómo debe entenderse el matrimonio o cómo debe fundarse una familia. Además, indica que el artículo 17.2 únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio, por lo cual, esa formulación tampoco implica necesariamente que esa sea la única forma de familia protegida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En un ámbito más amplio, la Corte Internacional de Justicia ha establecido que, como regla general, se debe presumir que la intención de los Estados contratantes es que los referidos términos genéricos tienen y tendrán un significado que evolucionará. El vínculo afectivo que la Convención Americana de Derechos Humanos protege es imposible de cuantificar o codificar, motivo por el cual, desde su jurisprudencia más temprana, la Corte IDH ha entendido el concepto de familia de una manera flexible y amplia.¹⁸ La riqueza y diversidad de la región se han visto reflejadas en los casos sometidos a la competencia contenciosa de la Corte IDH, y ello ha dado cuenta de las diversas configuraciones familiares que pueden ser protegidas, incluyendo familias poligámicas.¹⁹

Para la Corte IDH la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales. La Corte IDH ha sostenido reiteradamente que el artículo 1.1 de la Convención tiene dos vertientes.

Por una parte, se encuentra la obligación de respeto (negativa) que implica que los Estados se deben de abstener de cometer actos que conculquen los derechos y libertades fundamentales reconocidas por la Convención.²⁰ Por la otra, se encuentran las obligaciones de garantía (positivas) de los Estados. Estas obligaciones implican el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera

¹⁸ Corte IDH, *Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*.

¹⁹ Corte IDH, *Caso Aloboetoe y otros vs. Surinam*.

²⁰ Corte IDH, *Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*.

tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Además, se tiene la obligación general contenida en el artículo 2º que requiere a los Estados adecuar su derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención. La Corte IDH refiere que ninguna de disposición de la Convención Americana sobre Derechos Humanos puede ser interpretada de manera tal que se excluya a un grupo de personas a los derechos allí reconocidos.

En el párrafo 223 la Corte IDH señala que no puede utilizar las convicciones religiosas o filosóficas como parámetro de convencionalidad puesto que estaría impedida de utilizarlos como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos y es de la opinión que tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual. Es así como en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de la citada Corte, es reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro.²¹

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que del principio de la dignidad humana deriva la plena autonomía de la persona para escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio).²² Esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes de su identidad y proyecto de vida. Además, la Corte considera que siempre y cuando exista la voluntad de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección sin importar la orientación sexual de sus contrayentes.²³

III. Consecuencias jurídicas en el derecho administrativo

A pesar del punto de vista de la Corte IDH y de lo establecido en el artículo 68 de la Constitución ecuatoriana de 2008, que reconoce los diversos tipos

²¹ Corte Constitucional de Sudáfrica.

²² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 58.

²³ Sentencia de Unificación SU-214 de 2016 Corte constitucional de Colombia.

de familia, hay en la actualidad uniones de hecho amparadas por el derecho y otras uniones que por más que existan, de forma generalizada, se ha considerado que en la actualidad no son jurídicamente formalizables ante alguna autoridad. Sin embargo, al ser los tratados de derechos humanos de aplicación inmediata, se podría pensar que las personas que forman uniones de hecho impropias pudiesen solicitar la solemnización de su unión ante un notario y luego solicitar a la Dirección General de Registro Civil su inscripción.

En cuanto a la negativa de un notario público ecuatoriano respecto a solemnizar una unión de hecho impropia, dicho pronunciamiento no sería considerado un acto administrativo, ya que el notario público en Ecuador no es ni una organización pública ni el representante de una entidad o administración pública que emita actos que afecten a los particulares, sino simplemente un servidor público que autoriza actos o contratos que otorgan los ciudadanos.

Sin embargo, es de resaltar que las consecuencias para el notario público de la negativa de brindar esa autorización no se encuentran reguladas por el Estado ecuatoriano, aunque las actuaciones del notario pueden ser impugnadas por medio de acciones civiles en juicio ordinario de nulidad de documento público, ello al amparo del artículo 215 de Código Orgánico General de Procesos, aclarando que en este caso no refiere a escrituras públicas, ya que dicha solemnización se extiende por medio de un acta notarial.

Por ende, no podría plantearse un reclamo administrativo ni una acción judicial contenciosa administrativa en contra de la negativa del notario, lo cual sí podría pasar con la negativa del Registro Civil que es la autoridad administrativa competente para el registro, ya que en ese caso, acogiendo lo dispuesto en la Opinión Consultiva 24/17 y la aplicabilidad directa de los tratados, podría la Sala de lo Contencioso Administrativo de una Corte Provincial revocar el acto de negativa y disponer que el Registro Civil inscriba la unión de hecho impropia siempre que no sea una unión considerada como delito.

También podría plantearse una acción de protección en contra de la negativa del notario o del Registro Civil, pero sería por violación de derechos constitucionales y no en vía administrativa ante la misma administración pública, o en la vía contencioso administrativa ante un juez de la materia. Ello es una consecuencia directa del hecho de que, en el Ecuador, las uniones de hecho entre más de dos personas o con alguna persona que actualmente tenga ví-

culo matrimonial no disuelto, aunque se encuentre separada, no es reconocida ni inscrita por la Dirección General de Registro Civil, con base al artículo 222 del Código Civil.

Ese artículo limita dicha unión a máximo dos personas y exige que aque-llos convivientes que pretendan el reconocimiento de una unión de hecho, deben acreditar que están libres de vínculo matrimonial. Por otra parte, el artículo 60 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, también limita el reconocimiento de la unión de hecho que no cumple todos los requisitos legales, al establecer la prohibición de inscripción o registro de uniones de hecho efectuadas en contravención a la ley, entre ellas las de me-nores de dieciocho años.

En la actualidad, siguiendo una interpretación literal del artículo 222 del Código Civil, los notarios no podrían solemnizar la unión de hecho impropia, por lo cual no tendrían los convivientes un acto que puedan llevar a inscribir al Registro Civil; sin embargo, podría considerarse lo contrario mediante la interpretación evolutiva que hace la Corte IDH, y teniendo en cuenta que el Ecuador es un estado signatario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y además está sometido a la jurisdicción de la Corte IDH.

En Ecuador hubo un caso similar al de Costa Rica, en el cual se solicitó la inscripción de un matrimonio igualitario antes que éste fuera acogido judicial y legalmente en el Ecuador. Luego de la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH, la negativa del Registro Civil respecto a la inscripción de ese caso dio como respuesta la Sentencia 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional ecuatoriana respaldando el matrimonio igualitario, sin necesidad de reforma constitucional. Aquel pronunciamiento partió de una acción de protección que se planteó en contra de la Dirección General de Registro Ci-vil ecuatoriano, entidad que inscribe matrimonios y uniones de hecho, de conformidad con el artículo 57 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.²⁴

En dicho caso, una pareja del mismo sexo había solicitado la inscripción de su matrimonio, también llamado matrimonio igualitario, que fue negado en vía administrativa por el Registro Civil. Por ello, con ese antecedente, la Dirección General de Registro Civil ecuatoriano debería analizar con mayor detenimiento la procedencia de la inscripción de determinados tipos de unio-

²⁴ Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.

nes de hecho impropias antes de negar sin más su inscripción. En la indicada, dictada el 12 de junio del 2019, en los hechos se menciona que el 13 de abril de 2018, EESA y RJBT solicitaron la celebración y la inscripción de su matrimonio al Registro Civil.

El 7 de mayo de 2018, dicha entidad de derecho público negó el matrimonio a los accionantes, alegando que en el ordenamiento jurídico interno el matrimonio existe solamente entre un hombre y una mujer. Por ello, el 9 de julio de 2018, los accionantes, considerando que se vulneraron sus derechos a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la protección de la familia y el derecho a la seguridad jurídica, presentaron una acción de protección, en la que los legitimados activos exigieron que se aplique la Opinión Consultiva OC-24/17 y solicitaron reparación integral.

El 14 de agosto de 2018, el juez de la Unidad Judicial de Tránsito con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, concluyó en sentencia que no existió vulneración de derecho constitucional alguno y declaró improcedente la acción de protección propuesta por los accionantes, quienes en la misma audiencia interpusieron el recurso de apelación. Por ello, el 18 de octubre de 2018, mediante oficio N. 5086-SUPC-OS, el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, suspendió el procedimiento de acción de protección y remitió a la Corte Constitucional una consulta de norma, cuya finalidad es garantizar la supremacía, la unidad y la coherencia constitucional en los procesos judiciales.

La Corte Constitucional dispuso que el Tribunal consultante interprete el sistema normativo a la luz de dicha sentencia y que ordene al Registro Civil que registre el matrimonio de los accionantes. Además, indicó que el fallo será aplicable cuando se trate de reconocer el contenido y el alcance del artículo 67 de la Constitución. Lo expuesto en la sentencia de la Corte Constitucional y en la Opinión Consultiva 24/17 es posible considerarlo en una acción contenciosa administrativa planteada por la negativa del Registro Civil a la inscripción de uniones de hecho impropias.

En ese sentido, si bien es cierto que en la ley se prohíbe a los notarios solemnizar la unión de hecho impropia, bien podrían receptar las declaraciones juramentadas de los convivientes, siempre que fuesen personas con capacidad jurídica y la realizaran con libre consentimiento. Esas declaraciones juramentadas que otorgan los convivientes respecto de su unión de hecho, podrían

presentarse ante el Registro Civil. De la revisión del párrafo 218 de la Opinión Consultiva 24/17 se puede entender que no sería necesario que se reforme la Ley para reconocer uniones de hecho impropias como los casos de poligamia, ya que se puede aplicar interpretaciones de forma análoga a lo que sucedió con el matrimonio igualitario, el cual la Corte Constitucional ecuatoriana reconoció jurídicamente.

Las opciones que tienen en la actualidad los convivientes para que se reconozca su unión de hecho, teniendo presente la Opinión Consultiva de la Corte IDH, serían plantear acciones de protección contra las negativas del notario o del Registro Civil o presentar una demanda contenciosa administrativa en contra de la negativa de la Dirección General de Registro Civil. De esa manera, en caso de que hubiese una sentencia judicial reconociendo una unión de hecho impropia y el Registro Civil se niegue a inscribirla, la vía sería la acción de incumplimiento de sentencia, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 93 de la Constitución.

Sin embargo, en caso de que el notario se niegue a solemnizar la unión de hecho impropia, los convivientes no pueden acudir a la vía contenciosa administrativa, ya que, a diferencia del Registro Civil, que es un órgano administrativo, el notario es un servidor público que no representa a una administración pública ni emite actos administrativos, ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 296 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Si bien es cierto, se podría considerar por algunos que ni la administración pública ni los jueces administrativos podrían reconocer, inscribir o disponer la inscripción de una unión de hecho impropia, por no haber norma ecuatoriana que lo disponga expresamente, no es menos cierto que el caso del matrimonio igualitario sienta un precedente que tiene relación con estas uniones, ya que en la Corte IDH y en la Corte Constitucional se reconoce que se debe permitir y proteger los distintos tipos de familia, por más que el texto constitucional sea restrictivo.

El fundamento es que, en caso de controversia, prevalecen las normas de derechos humanos, que sean más favorables, y en ese sentido, el pronunciamiento de la Corte Constitucional constituye un precedente en el cual se ordenó a un órgano administrativo el reconocimiento de un tipo de familia no reconocido legalmente, y se dispuso la modificación del procedimiento administrativo, el cual hasta ese momento no permitía la inscripción de ese tipo de

uniones, ya que la misma Constitución no las reconocía, caso similar a lo que ocurre en la actualidad con las uniones de hecho impropias.

A pesar de que la Corte IDH menciona que hay varios tipos de familias, y que no debe discriminarse ninguno, no es menos cierto que hay algunas uniones de hecho que podrían constituir delito y otros que, aunque no sean uniones ilícitas aún, deben ser declaradas como lícitas por un juez competente, el cual en última instancia sería la Corte Constitucional. Aunque se establezca que los derechos establecidos en tratados internacionales son de aplicabilidad directa, la opinión consultiva 24/17 no indica cuáles son los otros tipos de familia y solo se refiere a aquella unión formada por parejas del mismo sexo.

Si bien es cierto, nada obsta para que, con base en esa aplicabilidad directa de la Constitución, los notarios o el Registro Civil hagan una interpretación en favor de otros tipos de uniones como son las irregulares, lo más prudente sería que un juez competente lo declare. Asimismo, hay uniones de hecho impropias, como aquellas formadas por vínculo matrimonial no disuelto, las cuales podrían generar complicaciones al momento de fijar el tiempo de inicio de la unión, lo cual haría recomendable un juicio de conocimiento para establecer la fecha hasta la cual debiese considerarse vigente el matrimonio, y la fecha en la cual inicia la unión de hecho como tal.

Para cerrar este punto cabe mencionar que existe reiterada jurisprudencia de la Corte IDH en cuanto a que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países respecto del respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales, no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos, o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.²⁵ En ese sentido, hay que reconocer que las mismas consideraciones que se hicieron al momento de crear la Ley 115, ley que regula las uniones de hecho, podrían ser analizadas en la actualidad respecto a si deben ser sostenidas en otros casos de uniones de hecho como es el de aquellas catalogadas de impropias.

IV. Conclusiones

1. Las uniones de hecho entre personas que cumplen los demás requisitos establecidos para formar matrimonio, como la mayoría de edad, la

²⁵ Corte IDH, *Caso Atala Riff y niñas vs. Chile*, p. 124.

voluntariedad y la ausencia de impedimentos legales; tienen en la legislación ecuatoriana una protección jurídica similar a la que tiene el matrimonio, incluyendo los deberes personales y maritales inherentes a los cónyuges como las relaciones patrimoniales que se generan, siendo lo más frecuente que el reconocimiento legal de la unión de hecho de paso a la creación de una comunidad de bienes.

2. Si bien la legislación y los teóricos difieren en puntos importantes en cuanto a la unión de hecho, su alcance y el nivel de protección legal que debería tener, suele existir consenso en que se trata de una relación consensuada entre personas adultas que han decidido hacer vida en común, reuniendo además las características de cohabitación, comunidad de vida, estabilidad, permanencia, publicidad y diversidad de sexos, aunque en algunos casos se admite la unión de hecho entre personas del mismo sexo, sobre todo en países donde se ha reconocido en el matrimonio entre personas del mismo sexo.
3. En el caso específico de Ecuador, si bien se ha reconocido mediante sentencia de la Corte Constitucional el matrimonio entre personas del mismo sexo nada se dice en la decisión, porque no era su objeto, en relación con la unión de hecho entre personas del mismo sexo, por lo cual en el ámbito administrativo existe la incertidumbre acerca de si los notarios públicos pueden solemnizar la unión de hecho entre dos personas del mismo sexo, y si luego la Dirección General de Registro Civil puede inscribirla como tal, aun cuando no existe una base legal explícita que lo disponga, pero sí fundamentos de índole jurisprudencial y constitucional que reconocen los mismos derechos a todas las personas y prohíben la discriminación y el trato desigual por cualquier motivo no justificado.
4. La administración pública, sea cual fuera la decisión que tomase, debe tener presente en su accionar, que establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y otras diferentes, en la forma en que puedan fundar una familia, no lograría superar una prueba estricta de igualdad, ya que no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que aquella distinción sea considerada necesaria o proporcional. Ello con base en los pronunciamientos tanto de la Corte IDH como de la Corte Constitucional del Ecuador, donde la protección de los derechos fundamentales es primordial, para evitar tratos desiguales, discriminación en el ejercicio de los derechos, y ajustar las normas a las demandas

sociales que son cambiantes de acuerdo con el contexto, y las circunstancias en que evoluciona la sociedad.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de derecho de las familias. La nueva teoría institucional, jurídica y principista de la familia*. T. I. *Gaceta Jurídica*, Universidad de Lima, 2009. https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/5230/Varsi_nueva_teoria_institucional_juridica_familia.pdf?sequence=3&isAllowed=y

Hemerográficas

Cornejo Chávez, Héctor. “Familia y Derecho”. *Themis Revista de Derecho*, Núm. 2, 1985, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 10-14. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10488/10956>

Fernández Arce, César y Emilia Bustamante Oyague. “La unión de hecho en el Código Civil peruano de 1984: análisis de su conceptualización jurídica desde la perspectiva exegética y jurisprudencial”. *Derecho & Sociedad*, 2000, pp. 221-239. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17170/17460>

Zuta Vidal, Erika Irene. “La unión de hecho en el Perú, los derechos de sus integrantes y desafíos pendientes”. *IUS ET VERITAS*, Núm. 56, 2018, Perú Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 186-198. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/20298>

Jurisdiccionales

Corte Constitucional, Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), Ecuador, 2019.

Corte Constitucional de Sudáfrica, 2005.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17. De 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_.esp.pdf

_____. Caso *Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, (*Reparaciones y Costas*). Sentencia de 10 de septiembre de 1993.

_____. Caso *Atala Riff y niñas vs. Chile*, (*Fondo Reparaciones y Costas*). Sentencia de 24 de febrero de 2012.

_____. Caso de los “Niños de la calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala (Fondo)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

_____. Caso *Duque vs. Colombia*, (*Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas*). Sentencia del 26 de febrero de 2016.

Sentencia de Unificación SU-214 de 2016 Corte constitucional de Colombia, publicada el 28 de abril de 2016 en la *Gaceta de la Corte Constitucional*.

OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José), publicado en la *Gaceta Oficial*, No. 9460, el 11 de febrero de 1978.

Legislación

Código Civil, publicado el 24 de junio de 2005 en el *Registro Oficial* Núm. 46; última modificación publicada en el Núm. 15, el 14 de marzo de 2022.

Código Orgánico Integral Penal, publicado el 10 de febrero de 2014 en el *Registro Oficial*, Núm. 180.

Constitución de la República del Ecuador, publicada el 20 de octubre de 2008 en el *Registro Oficial*, Núm. 449.

Ley 115, publicada el 29 de diciembre de 1982 en el *Registro Oficial*, Núm. 399.

Ley Notarial, publicada el 11 de noviembre de 1966 en el *Registro Oficial*; última modificación publicada el 30 de diciembre de 2016.

Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles publicada el 04 de febrero de 2016 en el *Registro Oficial*; última modificación publicada el 08 de julio de 2019.

