



UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO
FACULTAD DE DERECHO

PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA DE LOS
TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

TEMA

“LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL ADOLESCENTE
MAYOR DE 16 AÑOS A INTERVENIR COMO TESTIGO EN ACTO
TESTAMENTARIO”

FREDDY VINICIO LEMA GUAMANI

AUTOR

DIRECTOR DE TESIS:

DR. SEGUNDO QUISPE GUANOLUISA

QUEVEDO – LOS RÍOS - ECUADOR

2014

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

**Dr. Colón Bustamante Fuentes, Msc.
DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO**

**Ab. Víctor Hugo Bayas VacaMsc.
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL**

**Ab. Eliseo Ramírez ChávezMsc.
MIEMBRO DEL TRIBUNAL**

**Ab. Víctor Guevara Viteri
MIEMBRO DEL TRIBUNAL**

**Dr. Segundo Quispe Guanoluisa
DIRECTOR DE TESIS**

**Freddy Vinicio Lema Guamaní
EGRESADO DE LA FACULTAD DE DERECHO
POSTULANTE**

**Ab. Alfredo Zabala Buenaño
SECRETARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO**

INFORME DEL DIRECTOR

Dr. Segundo Quispe Guanoluisa, en calidad de Tesis titulada: **“LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL ADOLESCENTE MAYOR DE 16 AÑOS A INTERVENIR COMO TESTIGO EN ACTO TESTAMENTARIO”** me permito manifestar a Usted y por su intermedio al Honorable Consejo Directivo lo Siguiente:

Al postulante **FREDDY VINICIO LEMA GUAMANI**, egresado de la Facultad de Derecho, una vez revisado y cumplido los requisitos establecidos en el Plan de Tesis, Instructivo de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho, revisado por el sistema de urkund con 1 % de similitud, apruebo el trabajo practico y metodológico y bajo mi dirección, habiendo cumplido a cabalidad con la disposición reglamentaria establecida para el efecto.

Dr. Segundo Quispe Guanoluisa

AGRADECIMIENTO

Mi profundo agradecimiento a la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, por ser la actora en la formación de profesionales en la Facultad de Derecho.

A los señores catedráticos que compartieron sus conocimientos y experiencias, me brindaron su amistad a lo largo de esta carrera, de igual modo a las Autoridades, Directivos y Coordinador de la Facultad de Derecho de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, lo cual ha contribuido en mi formación integral.

A mi tutor, quien con su desinteresada colaboración y dedicación me dirigió en el desarrollo de la presente tesis de Jurisprudencia.

Freddy Vinicio Lema Guamaní

A U T O R

DEDICATORIA

A Dios por haberme dado fortaleza para culminar con éxito el presente trabajo, así como a los seres más sublimes sobre la faz de la tierra como son mis queridos padres, hermanos e hijos, con mucho amor y gratitud porque han sido las personas que siempre me han apoyado y ayudado en todos los ámbitos, para superarme y finalmente cristalizar las metas propuestas.

Freddy Vinicio Lema Guamani

A U T O R

AUTORIA

Yo, Freddy Lema Guamaní en calidad de autor de la Tesis “La constitucionalización del derecho del adolescente mayor de 16 años a intervenir como testigo en acto testamentario”, por la presente autorizo a la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, hacer uso de todos los contenidos que me pertenecen o de parte de los que contiene esta obra, con fines estrictamente académicos o de investigación.

Los derechos que como autor me corresponden, con excepción de la presente autorización, seguirán vigentes a mi favor, de conformidad con lo establecido en el Reglamento, en concordancia, con el Art. 144 de la Ley de Educación Superior.

Quevedo, 21 de mayo del 2014.

Freddy Vinicio Lema Guamaní

CI. 050201188-5

AUTOR

AUTORIZACIÓN

De conformidad al Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, autorizo a la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, para que haga de este Proyecto de Investigación Jurídica, un documento disponible para su lectura.

Faculto para que se realicen las copias que sean necesarias de este Proyecto de Investigación Jurídica, aplicando las regulaciones de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, siempre que esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, la publicación de este Proyecto de Investigación Jurídica, después de su aprobación.

Freddy Vinicio Lema Guamaní

AUTOR

RESUMEN EJECUTIVO

La presente investigación jurídica, cuyo tema es “**LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL ADOLESCENTE MAYOR DE 16 AÑOS A INTERVENIR COMO TESTIGO EN ACTO TESTAMENTARIO**”, tuvo como objetivo general, determinar que el campo normativo de la prohibición en el Art. 1050 del Código Civil no garantiza el derecho constitucional de los menores de 18 y mayores de 16 años a intervenir como testigo en el hecho solemne del testamento. Para el efecto, esta Investigación jurídica está estructurada en seis capítulos.

En el **PRIMER CAPÍTULO**, se trató la parte principal para el conocimiento del problema y para el efecto, fue necesario plantear la hipótesis de que la solución al problema estaba en el cumplimiento de la hipótesis planteada en la investigación.

El **SEGUNDO CAPÍTULO**, hace referencia al marco teórico, en los aspectos: histórico, doctrinario y jurídico.

En el **TERCER CAPÍTULO** se describe la metodología utilizada en la investigación que nos ocupa; los métodos aplicados, los tipos de investigación, la población, las muestras las técnicas e instrumentos utilizados en la recolección de datos.

En el **CUARTO CAPÍTULO** se comprueba la hipótesis a través de los resultados de la investigación obtenidos mediante entrevistas a autoridades competentes con sede en Quevedo, además de las encuestas realizadas a los abogados en libre ejercicio profesional, que conocen como son vulnerados sin ninguna consideración los derechos de los menores al no permitirles a ejercer sus derechos.

El **QUINTO CAPÍTULO** describe las conclusiones y recomendaciones, donde no se ha realizado ninguna reforma al art. 1050 del Código Civil sobre la participación del menor en acto testamentario.

Finalmente el **SEXTO CAPÍTULO** habla de la Propuesta, objetivos, descripción de la propuesta, de los beneficiarios y del impacto social, etc.

SUMMARY

This legal research, whose theme is " THE LAW OF THE MAYOR constitutionalization of TEEN 16 YEARS AS A WITNESS TO INTERVENE IN PROBATE ACT" general objective was to determine the regulatory domain of the prohibition in Article 1050 of the Civil Code does not guarantees the constitutional right of persons under 18 and over 16 yearsâ act as a witness in the solemn act of the will. To this end, this legal research is structured into six chapters.

In the **FIRST CHAPTER**, the main part for understanding the problem and the effect was treated, it was necessary to hypothesize that the solution to the problem was in compliance with the research hypothesis.

The **SECOND CHAPTER** refers to the theoretical framework, aspects: historical, doctrinal and legal.

In the **THIRD CHAPTER** the methodology used in the research described in point; methods applied, types of research, population, sample techniques and instruments used in data collection.

In the **FOURTH CHAPTER** the hypothesis is tested through the research findings obtained by interviewing authorities located Quevedo, plus surveys of lawyers in free practice, you know as they are violated without any regard to the rights of children to not allow them to exercise their rights.

The **FIFTH CHAPTER** describes the conclusions and recommendations. **SIX CHAPTER** finally talks about the proposal, objectives, description of the' proposal, beneficiaries and social impact, etc.

ÍNDICE GENERAL

TRIBUNAL DE SUSTENTACION.....	ii
INFORME DEL DIRECTOR.....	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
DEDICATORIA.....	v
AUTORIA.....	vi
AUTORIZACION.....	vii
RESUME EJECUTIVO.....	viii
SUMMARY.....	x
CAPÍTULO I.....	1
MARCO CONTEXTUAL DE LA INVESTIGACIÓN.....	1
1.1. INTRODUCCIÓN.....	1
1.2.- PROBLEMATIZACIÓN.....	2
1.2.1.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	3
1.2.2.- SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA.....	3
1.2.3.- JUSTIFICACIÓN.....	4
1.3.- OBJETIVOS.....	6
1.3.1.- GENERAL.....	6
1.3.2. ESPECÍFICO.....	6
1.4.- HIPÓTESIS.....	7
1.5.- VARIABLES.....	7
1.5.1.-VARIABLE INDEPENDIENTE.....	7
1.5.2.-VARIABLE DEPENDIENTE.....	7

1.6.- RECURSOS.....	8
1.6.1.- RECURSOS HUMANOS.....	8
1.6.2.- RECURSOS MATERIALES.....	8
1.6.3.- PRESUPUESTO.....	8
CAPÍTULO II.....	10
MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN.....	10
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	10
2.2. FUNDAMENTACIÓN.....	11
2.2.1. DOCTRINA.....	11
2.2.1.1. RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA ACCIÓN DEL TESTAMENTO.....	12
2.2.1.2. EVOLUCION HISTORICA DEL TESTAMENTO.....	12
2.2.1.3. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL TESTAMENTO.....	15
2.2.1.4. CARACTERISTICAS DEL TESTAMENTO.....	19
2.2.1.5. IMPORTANCIA JURIDICA.....	22
2.2.1.6. EL TESTAMENTO EN EL ECUADOR.....	23
2.2.1.7. FORMA DE SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE.....	24
2.2.1.7.1. SECESION TESTADA	24
2.2.1.7.2. SUCESIÓN INTESTADA	26
2.2.1.7.3. SUCESIÓN MIXTA.....	27
2.2.1.8. ORDENES DE SUCESIÓN.....	28
2.2.1.8.1. PRIMER ORDEN SUCESORIO.....	28
2.2.1.8.2. SEGUNDO ORDEN SUCESORIO.....	29
2.2.1.8.3. TERCER ORDEN SUCESORIO.....	31

2.2.1.8.4. CUARTO ORDEN SUCESORIO.....	31
2.2.1.19. LOS ASIGNATARIOS.....	33
2.2.1.20. CLASES DE TESTAMENTOS SOLEMNES.....	33
2.2.1.20.1. TESTAMENTO SOLEMNE ABIERTO.....	37
2.2.1.20.2. TESTAMENTO CERRADO.....	41
2.2.1.20. 3. TESTAMENTO MENOS SOLEMNE.....	42
2.2.1.20. 4. TESTAMENTO MILITAR.....	44
2.2.1.20. 5. TESTAMENTO MARITIMO.....	47
2.2.1.21. PERSONAS QUE NO INTERVIENEN COMO TESTIGOS EN EL TESTAMENTO.....	49
2.2.2. JURISPRUDENCIA.....	49
2.2.2.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.....	49
2.2.2.2. LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS ADOLESCENTES.....	50
2.2.2.3. REGIMEN DEL BUEN VIVIR.....	51
2.2.3. LEGISLACIÓN.....	52
2.2.3.1. NORMATIVAS DEL CODIGO CIVIL RESPECTO AL TESTAMENTO SOLEMNE OTORGADO EN EL ECUADOR.....	52
2.2.4. DERECHO COMPARADO.....	61
2.2.4.1. DERECHO COMPARADO CON CHILE.....	61
2.2.4.2. DERECHO COMPARADO CON ESPAÑA.....	63
CAPÍTULO III.....	65
METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN.....	65
3.1. DETERMINACIÓN DE LOS METODOS A UTILIZAR.....	65

3.1.1. METODO INDUCTIVO.....	65
3.1.2. METODO DEDUCTIVO.....	65
3.1.3.METODO ANALITICO.....	65
3.2.- DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	66
3.3.- POBLACION Y MUESTRA.....	67
3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	69
3.4.1. ENCUESTA.....	69
3.4.2. ENTREVISTA.....	69
3.5. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DE LOS INSTRUMENTOS.....	70
CAPÍTULO IV.....	71
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS EN RELACIÓN CON LA HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.....	71
4.1.ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE GRÁFICOS Y RESULTADOS.	71
4.1.3 ENTREVISTAS.....	81
4.2. COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	83
4.3. REPORTE DE LA INVESTIGACIÓN.....	84
CAPÍTULO V.....	86
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	86
5.1. CONCLUSIONES.....	86
5.2. RECOMENDACIONES.....	87
CAPÍTULO VI.....	88
PROPUESTA.....	88
6.1. Título.....	88
6.2. ANTECEDENTES.....	88

6.3. JUSTIFICACIÓN.....	89
6.2.OBJETIVOS.....	90
6.2.1. OBJETIVO GENERAL... ..	90
6.4.2.OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	90
6.5.DESCRIPCION DE LA PROPUESTA.....	91
6.5.1.DESARROLLO.....	91
6.6.BENEFICIARIOS.....	95
6.7. IMPACTO SOCIAL.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	96

ÍNDICE DE CUADROS

1. El Estado garantizará los derechos del adolescente.....	71
2. Los menores de 18 y mayores 16 años tienen derechos.....	72
3. Testigo en el solemne acto del testamento.....	73
4. La edad de 16 años para ser testigo solemne	74
5. Reforma en el Código Civil para testigo a los 16 años.	75
6. Derecho a los adolescentes.....	76
7. El menor de 18 y mayor de 16 años puedan ser testigos	77
8. Derecho del menor a ser testigo en el testamento.....	78
9: Se debería tomar en cuenta la mentalidad del menor.	79
10: Para aplicar la reforma al art. 1050 del Código Civil.....	80

ÍNDICE DE GRÁFICOS

1: El Estado garantizará los derechos del adolescente.....	71
2: Los menores de 18 y mayores 16 años tienen derechos.....	72
3: Testigo en el solemne acto del testamento.	73
4: La edad de 16 años para ser testigo solemne	74
5: Reforma en el Código Civil para testigo a los 16 años.....	75
6: Derecho a los adolescentes.	76
7.- El menor de 18 y mayor de 16 años puedan ser testigos.....	77
8.- Derecho del menor a ser testigo en el testamento.....	78
9: Se debería tomar en cuenta la mentalidad del menor.....	79
10: Para aplicar la reforma al art. 1050 del Código Civil.....	80

CAPÍTULO I

MARCO CONTEXTUAL DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Introducción

La constitución de la República del Ecuador, Establece garantías para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, para que se desarrollen de forma integral como personas productivas tanto en el campo material como en el intelectual y para ello tienen que prepararse para a futuro responder a la sociedad como ciudadanos, como esposos y como padres de familia. De igual manera, el derecho a la propiedad en todas sus formas en el Ecuador, está plenamente garantizado en la Constitución de la República (Art. 321), así como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 17).

Por esta razón los ciudadanos ecuatorianos deben estar involucrados de forma directa para emprender la búsqueda de la solución a los desequilibrios del orden legal así también por conseguir el buen vivir, tal como lo prescribe la Constitución de la República.

Entonces, en ese sentido, siendo el testamento solemne una institución jurídica que garantiza el derecho a la propiedad y al patrimonio, es de esperar que la voluntad del testador no sufra ningún desmedro o degenere en un acto antijurídico que cause perjuicio a los herederos; en este caso si el testigo es un menor de dieciocho años y mayor de dieciséis, ya que la Constitución le da autonomía en sus derechos, como lo es el derecho del sufragio. Por lo que es necesario reformarse el campo normativo del Código Civil, pues en el numeral 1 del Art. 1050 se

establece que no podrán ser testigos en un testamento solemne, otorgado en el Ecuador los menores de dieciocho años; existiendo una inseguridad jurídica en el otorgamiento de testamento solemne por las incongruencias e insuficiencias que contiene la norma.

En el Art. 1050 que determina las incapacidades para ser testigos del acto testamentario, excluye de tal posibilidad a los menores de dieciocho años y por tanto son inhábiles para testificar en este acto. Por principio jurídico sabemos que si la ley no lo prohíbe de manera expresa, tácitamente lo permite, por lo que sería posible que participen, situación que consolaría la legalidad y transparencia del acto.

La intención de esta investigación jurídica, es plantear una propuesta de reforma al código civil, donde se elimine el numeral 1 del artículo 1050 permitiendo que el menor de dieciocho años y mayor de dieciséis, se le conceda el derecho facultativo a ser testigo en el acto jurídico del testamento, ya que este es un derecho y un deber social y fuente de realización personal.

De esta manera estaríamos promoviendo como sociedad y como Estado el ejercicio de sus derechos aunque no hayan cumplido dieciocho años de edad.

1.2. Problematización

El Código Civil ecuatoriano reconoce dos formas de suceder: a través de testamento (sucesión testamentaria) y mediante la ley (intestada o abintestato). En cuanto a la sucesión de la propiedad mediante testamento solemne, se ha identificado un campo problemático.

En el Art. 1050 que determina las incapacidades para ser testigos del acto testamentario, en ningún momento incluye de tal posibilidad a los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, en torno a quienes se puede suponer que tienen los mismos derechos tal como lo indica la Constitución del Ecuador y por tanto son hábiles para testificar en este acto. Por principio jurídico sabemos que si la ley no lo prohíbe de manera expresa, tácitamente lo permite, por lo que sería posible que participen, situación que no afectaría la legalidad y transparencia del acto.

Sin embargo, en cuanto a la inhabilidad de los testigos testamentarios, se considera que existe incongruencia jurídica respecto del primer numeral del Art. 1050, donde no se acepta a los menores de dieciocho años como testigos del acto, cuando dice:..." No son hábiles para testar: 1. El menor de dieciocho años. ", una situación incongruente con las solemnidad de ley, toda vez que los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis si pueden participar de otros derechos como por ejemplo del sufragio.

1.2.1. Formulación del problema

¿De qué manera la constitucionalización del derecho del adolescente mayor de 16 años le permitirá intervenir como testigo en acto testamentario?

1.2.2. Sistematización del problema

¿En qué forma analizando la pertinencia de la normatividad del Código Civil que regula la elaboración del testamento solemne se determinará el derecho del adolescente a intervenir como testigo del mismo?

¿Cuál es la necesidad de reformar las incongruencias normativas del Código Civil en lo referente a los testigos en el testamento solemne?

¿De qué manera un proyecto de reforma al Código Civil respecto a los testigos en el testamento solemne permitirá respetar los derechos del adolescente?

1.2.3. Justificación

Siendo la “ley una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda prohíbe o permite”; en el caso de la celebración del testamento solemne otorgado en el Ecuador, admitimos la necesidad de plantear una propuesta de reforma a su parte pertinente, a fin de garantizar seguridad jurídica al derecho de los adolescentes mayores de dieciocho años y menores de dieciséis años, beneficiarios directos de esta investigación, dotando de una normativa que asegure el fundamental derecho a ser testigos del mismo. De ahí se deriva la importancia de realizar la presente investigación jurídica.

La trascendencia social de la propuesta de reforma al Código Civil respecto a los testigos del testamento solemne, se traduce en la seguridad jurídica que la ley debe garantizar a las personas, lo cual se demuestra en el análisis de los campos problemáticos descritos, disposiciones que no abonan a la solemnidad del acto testamentario. Esto sin duda, justifica la realización de ésta investigación.

En cuanto a la factibilidad, por contar con el apoyo de los docentes de la Carrera de Derecho de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, de los compañeros egresados, de abogados en libre ejercicio profesional, de Notarios y de Jueces de lo Civil de esta ciudad, y por haber previsto el empleo de recursos, tecnológicos, materiales, técnicos y económicos que se estiman necesarios en estos casos, se considera factible realizarlo.

1.3. Objetivos

1.3.1. General

Fundamentar jurídicamente una normativa que regule la constitucionalización del derecho del adolescente mayor de 16 años a intervenir como testigo en acto testamentario.

1.3.2. Específicos

Analizar la pertinencia de la normatividad del Código Civil que regule la participación del menor de 18 a 16 años en la solemnidad del testamento.

Realizar un estudio comparado del Derecho sobre la participación del menor de 18 a 16 años en el testamento solemne.

Elaborar un proyecto de reforma al Código Civil respecto a la participación del menor de 18 a 16 años en el testamento solemne.

1.4. Hipótesis

Con la reforma al Art. 1050 del Código Civil se respetará la constitucionalización del derecho del adolescente mayor de 16 años a intervenir como testigo en acto testamentario.

1.5. Variables

1.5.1. Independiente

Reforma al Art. 1050 del Código Civil

1.5.2. Dependiente

Se respetará la constitucionalización del derecho del adolescente mayor de 16 años a intervenir como testigo en acto testamentario.

1.6. Recursos

1.6.1. Humanos

Director de Tesis	1
Encuestadores	2
Abogados en libre ejercicio profesional	129
Jueces de lo Civil	2

1.6.2. Materiales

Papel bond Inen A4, resmas	4
Textos	7
Xerox copias	1500
Anillados	10
Empastados (tesis)	3
Computadora	1
Impresora	1
Cartuchos de tinta (de color y negro)	4
Pen drive	1

1.6.3. Presupuesto

Detalle	V. unitario	V. total
Encuestadores (2 x 2 días)	20.00	80.00
Papel bond Inen A4, (4 resmas)	3.50	14.00
Lápices (5)	1.00	5.00
Textos (7)	15.00	105.00
Xerox copias (1500)	0.03	45.00
Anillados (10)	1.50	15.00

Empastados (3 tesis)	8.00	24.00
Computador (1)	800.00	800.00
Cartuchos de tinta color y negro (4)	25.00	100.00
Pen drive (1)	10.00	10.00
CDs (10)	0.50	5.00
Imprevistos 3 %		36.09
TOTAL		\$ 1239.09

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Antecedentes de la Investigación

El tema relacionado con esta tesis se da porque es necesaria la participación de los derechos del menor de 18 años y mayor de 16, en lo concerniente a intervenir como testigo en un acto testamentario, aunque ha sido un tema de difícil solución, pues desde la antigüedad, en la práctica se prohibía la intervención de los menores en cualquier diligencia y sólo se permitía en casos excepcionales, porque antes, se daba mucha importancia a la mayoría de edad, primero desde los 30 años (época de Jesús) y luego con las constituciones, desde los 18 como es el caso en la sociedad ecuatoriana.

El tema de la participación del menor en un acto testamentario en el marco de la investigación jurídica llevada a cabo por los egresados de la Carrera de Derecho, no solo de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, sino de las demás Universidades de la ciudad de Quevedo que tienen esta carrera, no ha concitado mucho interés, no obstante ser un tema que está sujeto a la aplicación de normas que no garantizan el legítimo derecho a la participación de un menor de edad en esta institución jurídica, y que debe estar plenamente garantizado por la Ley. Ciertamente que sigue vigente en el Ecuador un Código Civil que no ha sido reformado desde que fuera adaptado del Código Civil chileno, a fin de que esté acorde a los nuevos requerimientos de una sociedad que de a poco se va modernizando, y que con ello también deben hacerlo sus instituciones jurídicas.

Así mismo, se utilizó como valiosísima ayuda, obras de otros autores descritos en la bibliografía de esta investigación, de igual manera los libros de leyes ecuatorianos como la Constitución de la República del Ecuador y el Código de Procedimiento Civil vigentes.

2.2. FUNDAMENTACIÓN

2.2.1. Doctrina

2.2.1.1. Reseña histórica sobre la acción del testamento

La palabra castellana “testamento” proviene de las voces latinas: Testatio et mentis, que significan testimonio de la mente. Significado que se ajusta estrictamente a lo que en esencia es el testamento; es decir, el acto mediante el cual el testador, en su sano juicio, dispone de su patrimonio con sujeción a los preceptos legales para que surta efecto pleno después de su muerte.¹

Se cree que en la Ley de las XII Tablas en el Derecho Romano², aparece en forma expresa la institución del testamento, y que entonces tuvo una enorme importancia.

En principio, el testamento constituyó una forma jurídica posterior al mandato de la ley, es decir fue primitivamente una forma espontánea de suceder, pues la misma ley tratando de acercarse lo más posible a la

¹<http://www.monografias.com/trabajos97/ley-xii-tablas-derecho-romano/ley-xii-tablas-derecho-romano.shtml>

² En la misma dirección anterior

voluntad del causante, llamaba a suceder a las personas que según su criterio gozaban de afecto o merecían con justeza hacerse acreedores a participar en la sucesión.

Poco a poco el testamento ha ido perdiendo valor debido a que las legislaciones han limitado progresivamente la libertad de testar. Así por ejemplo: Como el *cujus* tenía absoluta libertad de disponer sólo sobre una cuarta parte de sus bienes; pues aun las mejoras se efectúan bajo las limitaciones que le impone la ley; esto es entre sus descendientes. En lo relativo a la parte de las legítimas, es obvio que no interviene la voluntad del testador, sino el imperativo legal.

Los racionalistas afirman que la más perfecta forma de distribuir los bienes sucesorios es el testamento. En todo caso, sea cual fuere la opinión que se tenga del testamento, éste tiene valor en cuanto se halle subordinado a la ley.

2.2.1.2. Evolución histórica del testamento

Los romanos afirmaban que el testamento es la manifestación de la voluntad ante testigos; por tanto constituía un acto de la última voluntad del testador para dejar su patrimonio a las personas más cercanas a sus afectos o que le hayan asistido en momentos difíciles.

La distribución de las materias de la Ley de las XII Tablas³, demuestra su innegable valor al haber comprendido, en forma de mandatos y prohibiciones breves, el derecho público y el privado. La Tabla Cuarta

³<http://www.monografias.com/trabajos97/ley-xii-tablas-derecho-romano/ley-xii-tablas-derecho-romano.shtml>

legisla sobre el Derecho de Familia y concretamente sobre los amplios poderes del paterfamilias, jefe del núcleo familiar. La Tabla Quinta trata del régimen sucesorio sobre la base de la sucesión deferida por testamento o en su defecto por disposición de la ley. Esta tabla confiere al testador la más amplia libertad para disponer por testamento.

El Derecho Romano no concebía el derecho como parte del *iusprivatum* sino que, siguiendo las enseñanzas de Gayo, incluía a la sucesión entre los modos derivativos de adquirir la propiedad. Solo el heredero recibía la totalidad de la herencia, pero para ello era necesario excluir formalmente de la misma a los demás herederos y privarles de toda posibilidad hereditaria. Sirvió para este fin el testamento como institución de heredero, en el que el pater designaba a la persona que había de heredarlo (*heredisinstitutio*), desheredando a los demás que tuvieren derecho a la herencia. Si a la muerte del paterfamilia no había “*sui heredes*” el causante no había previsto los medios para asegurar la continuidad, la familia corría el riesgo de extinguirse.

La Ley de las XII Tablas para salvaguardar estos valores, atribuye la herencia al agnado más próximo; y a falta de éste, a los gentiles. Esto permitió que un extraño lograra la posesión de los bienes hereditarios y adquiriera la condición de heredero por medio de la usucapión (*usucapio pro herede*), siempre que el heredero no interrumpiera la posesión por el ejercicio de la acción de rescisión de herencia. También cabe la posibilidad de incluir a los agnados o gentiles de la sucesión legítima, de toda la herencia como especie de legado universal. ⁴

⁴<http://www.monografias.com/trabajos97/ley-xii-tablas-derecho-romano/ley-xii-tablas-derecho-romano.shtml>

La institución del testamento es una de las más lentamente elaboradas en la historia del Derecho. En las sociedades primitivas no existió sucesión testamentaria ni siquiera derecho de sucesión, o no estaba reconocido el derecho de propiedad individual, o lo estaba en un carácter temporal revocable que hacía que a la muerte del individuo volviera el patrimonio a la colectividad de donde procedía. La individualización cada vez mayor de la propiedad, hizo aparecer el derecho de sucesión, pero con el carácter de sucesión necesaria y familiar, no voluntaria.

Si bien las personas individuales acaban con la muerte o por extinción puramente jurídica, como la pérdida de la libertad; en el Derecho Civil debe notarse un fenómeno jurídico bien singular; pues muere el individuo, pero no acaba la personalidad que tenía. A la manera en que el alma se separa del cuerpo para ir, según ciertos filósofos, a animar a otros seres; lo mismo la persona jurídica se desprende al morir, para trasladarse a otros individuos. Acaba en una parte y principia en otra. La máscara jurídica ha caído de una figura, y la ley la coloca en otra⁵

La sucesión legítima es cronológicamente anterior a la testamentaria; en muchos pueblos como Egipto o India no se conoció el testamento, y lo único que podía ser el padre en vida era distribuir el patrimonio entre sus hijos. El que no tenía descendientes a quienes dejar sus bienes, al extraño tenía que recurrir mediante la adopción. Los germanos tampoco conocieron el testamento porque existía entre ellos la obligación de transmitir los bienes dentro de la familia. En el Derecho Romano, el testamento adquiere todo su importancia, especialmente en el Derecho

⁵ ORTOLAN M., Compendio de Derecho Romano, Editorial Eliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1998, pp. 70-71

Pretorio, que es el que da al testamento el carácter de acto unilateral con que ha pasado a las legislaciones modernas.

2.2.1.3. Concepto y naturaleza del testamento

El origen más remoto del testamento no se conoce con certeza; pero sí consta que desde la antigüedad se reguló por costumbres y leyes la sucesión de los bienes de una persona difunta. En los pueblos germanos, prevaleció el concepto de la propiedad familiar, donde el testamento designaba a la persona que seguirá administrando el patrimonio común, entonces se daba más importancia a la sucesión de la persona, que a la sucesión de los bienes. Con estas características se conoció el testamento en los pueblos de Oriente, China, Siria, Egipto. En Atenas, por ejemplo, se daba primacía a la sucesión legítima de los hijos y otros parientes considerados herederos; pero el causante podía disponer de sus bienes a falta de tales legitimarios. En la época feudal, el testamento pierde importancia; pues la transmisión a los deudos no se hacía por voluntad de quienes lo poseían, sino por voluntad del señor feudal.⁶

Una vez aceptado el Código de Andrés Bello por el Ecuador, éste ha sufrido pequeñas reformas en materia de sucesiones, pero solamente en detalles en cuanto al testamento, de manera que se conserva casi en su integridad lo referente a la legislación de Chile, Colombia y otros países.

Concepto.- “El testamento es un acto más o menos solemne en el que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto legal después de sus días, conservando la facultad de

⁶ ORTOLAN, M. Compendio de Derecho Romano y otros, Editorial Eliasta S.R.L., Buenos Aires Argentina, 1998, pp. 87

revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva”⁷. Si bien el testamento, dependiendo la época o el sistema jurídico, fue considerado como una ley en el antiguo Derecho Romano, y como un contrato en ciertos sistemas de costumbres medievales. En el moderno sistema jurídico y concretamente en el Ecuador, se lo concibe como un acto solemne, unilateral, dispositivo, incondicional, sujeto para su eficacia a la muerte del testador.

El testamento, por tanto, es un acto jurídico de voluntad y conciencia del testador para disponer de todo o de una parte de sus bienes a favor de sus herederos o legatarios y de los beneficiarios (asignatarios). El testamento es un acto jurídico que obliga al cumplimiento de lo manifestado en él, según sea su voluntad. Manifestación de voluntad que debe estar revestida de cierta forma jurídica, de tal suerte que sin ésta forma o solemnidad, no produciría efecto alguno ni podría calificarse como testamento. Siendo un acto dispositivo de última voluntad, la forma en que debe surtir pleno efecto tiene que respetarse, inclusive tratándose de disposiciones en que se desherede a uno o más hijos por causa de indignidad. Son disposiciones legales que solemnizan esta clase actos jurídicos unilaterales.⁸

Asimismo, por ser un acto de voluntad del testador, éste puede beneficiar al hijo o hija que haya cuidado de él o de ella en sus momentos de crisis, soledad o enfermedad; puede hacer recomendaciones sobre el modo de administrar los bienes, nombrar albaceas o ejecutores testamentarios, partidores de bienes y otros, como disponer sobre las exequias, ordenar que su cadáver sirva para investigación científica, donar órganos, etc.

⁷Código Civil, Art. 1037.

⁸LARREA HOLGUÍN, Juan, op. cit. pp. 89 y ss.

Como vemos, el testamento a más de ser un acto jurídico por ceñirse a solemnidades de ley, es un instrumento jurídico en el que consta de manera expresa la voluntad del testador de disponer y distribuir de sus bienes; voluntad que no puede alterarse a favor o en contra de sus herederos o legatarios, ni tampoco incluirse a posibles beneficiarios. Sin embargo, es un Instrumento que puede ser revocable en casos en que se sientan afectados en sus derechos los herederos, e incluso anulado el testamento cuando no se remita, por ejemplo, a documentos públicos: como planos oficiales de topografía publicados por el Servicio Geográfico Militar, donde se determine el lugar y los límites de una finca o hacienda, o cuando una área se encuentre repartida en dos provincias y que su demarcación no corresponda a las establecidas en el testamento, documentos que si bien no son parte del testamento, sirven para determinar con precisión las decisiones de última voluntad del testador. Esta es una razón por la cual el testamento debe estar en armonía con los requisitos previstos en la ley.

El Diccionario Jurídico Elemental de Cabanellas de las Cuevas, dice que el testamento es un “Documento donde consta legalmente la voluntad del testador⁹.El testamento, como hemos indicado, es un documento en el cual el testador manifiesta inclusive sentimientos si esa es su voluntad; pues está en libertad de hacer declaraciones de diversa índole o realizar disposiciones de carácter patrimonial, enumerar sus bienes y otras obligaciones.

⁹CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo Cabanellas, Diccionario Jurídico., p. 382

La naturaleza jurídica de un acto testamentario, nace de la voluntad y conciencia de una persona con capacidad para testar, la misma tiene que sustentarse en el cumplimiento de determinadas formalidades; aunque no es menos cierto que el mismo concepto establece que el testamento sea un acto más o menos solemne, en el sentido en que considera las circunstancias en que muchas personas podrían verse privadas de la posibilidad de hacer testamento ante la exigencia de cumplir con todas las solemnidades que exige ley, pero tampoco puede permitir que quede abierto la posibilidad de que se otorgue testamento al margen de expresas solemnidades.

Por ser el testamento un acto jurídico¹⁰ dispositivo de voluntad de los bienes del causante, éste no puede remitirse a documentos que nada tienen que ver con su naturaleza, ni soslayar la exigencia de formalidades que alteren el contenido esencial del testamento.

Es por esta razón que las solemnidades del testamento tienen la finalidad de asegurar que se cumpla lo establecido en la ley, así: para que la persona otorgue testamento debe estar revestido de capacidad para testar, hallarse en plena ejercicio de su libertad de acción, que los testigos sean personas idóneos; esto es, que puedan ver, oír y entender, a fin de que una vez muerto el testador, en caso de duda puedan abonar sobre la verdad testada; y que el Notario o el Juez de lo Civil, los testigos instrumentales y el testador actúen en unidad de acto, pues no puede

¹⁰JARAMILLO ORDÓÑEZ, Hernán, 2006, La Ciencia y Técnica del Derecho, Universidad Nacional de Loja, p. 187.

suspender el acto de otorgamiento para continuar en otro momento o día, la inobservancia de estos requisitos genera la nulidad del instrumento.

Es por ello que las solemnidades deben ser las que están vigentes al momento de otorgarse el testamento, tal como lo dispone la regla 14, del Art. 7 del Código Civil, disposiciones que se subordinarán a la que estuviere vigente cuando falleciera el testador.

2.2.1.4. Características del testamento

Del concepto de testamento que trae el Código Civil, se desprenden algunas características, a saber:

Es un acto de voluntad.- El testamento es un acto que nace de la voluntad de una sola persona, ni siquiera los cónyuges que se hayan vinculados por nexos de diversa índole pueden otorgar conjuntamente su testamento, sino que cada quien tiene que hacerlo en forma independiente, así se desprende de lo prescrito en el Art. 1037 del Código Civil, que dice:..."una persona dispone de todo o de una parte de sus bienes, para que tenga plena efecto después de sus días"¹¹.

El pensamiento filosófico de tal prohibición radica, no tanto en el carácter de revocabilidad del acto jurídico, sino en el propósito de que su otorgamiento debe ser con entera y absoluta libertad, sin ninguna influencia extraña. Es un acto jurídico¹², por ser una consecuencia de la libertad y voluntad del hombre (testador); esto es, que crea, modifica o

¹¹Código Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2012, Pág. 74

¹²MOUCHET Carlos y Zorraquin, 2000, Introducción al Derecho , citado en Concepción Teórica y Técnica del Derecho como Regulador del Control Jurídico Político y económico del Estado, Módulo III, p. 61

extingue derechos subjetivos y obligaciones mediante la aplicación de las normas existentes.

Es un acto jurídico unilateral.- Para otorgar el testamento no se requiere el consentimiento de otra persona que no sea el testador, por lo que para constituirse en un acto completo, perfecto y válido debe ajustarse a la letra de la ley, y pueda generar consecuencias legales. El Art. 1041, del Código Civil dice "...El testamento es un acto de una sola persona".¹³

Cumplir requisitos de fondo y forma.- El testamento es válido sí reúne los requisitos de fondo y forma señalados en la ley, y por tanto queda perfeccionado sin que conozcan los asignatarios las disposiciones contenidas en el instrumento, las mismas que se mantienen sin eficacia ni valor alguno de aplicación hasta después de la muerte del testador.

Lo único que le asiste al sucesor testamentario es la mera expectativa, que no constituye derecho, e inclusive existe la posibilidad que se trunque mediante la revocatoria del testamento. Es verdad que el derecho de transmisión no se operará si el legatario repudia la asignación; pero tal derecho queda abierto para antes de su aceptación.

Es un acto indelegable.- El testamento no puede otorgarse sino directamente, personalmente, sin importar que el mismo esté ligada a otra por vínculos de diversa índole, inclusive económico como sucede con el vínculo conyugal. El Art. 1042 del Código Civil, dice que la "Facultad de

¹³ Código Civil Cooperación de Estudios y Publicaciones, 2012, Art. 1041

testar es indelegable”¹⁴, por lo que no es posible delegar la expresión de la última voluntad a otra, lo cual evita que el representante pueda traicionar la voluntad del testador y disponga de sus bienes de una manera distinta a la que fuera su deseo, y además sería imposible probar que se ha cambiado el sentido de la última voluntad del testador y responsabilizar al representante por las consecuencias de culpa o dolo.¹⁵

Es un acto más o menos solemne.- El testamento es un acto más o menos solemne (Art. 1037 del Código Civil¹⁶). Esta es una expresión un poco ambigua, aunque la intención del legislador fue la de incluir esta definición a una y otra clase de testamento; esto es, a los que tienen más solemnidades y a aquellos que por razón de las circunstancias que rodean su otorgamiento tienen menos formalidades; pero en definitiva, son actos solemnes donde todos tienen que someterse al imperio de la ley, pues nadie (gobernantes o gobernados) pueden realizar actos reñidos con las disposiciones legales.

Debe ser escrito.- El Código Civil Art. 1049, dice que “el testamento solemne es siempre escrito”¹⁷, lo cual quiere decir que no hay testamento alguno que pueda ser verbal, ni aún en los testamentos privilegiados. En el Ecuador no tiene vigencia el testamento ológrafo, como se aplica en otros países, porque es más bien de carácter privado y no público. La norma establece esa disposición y tiene que acatarse.

¹⁴ Código CivilCooperación de Estudios y Publicaciones, Art. 1042

¹⁵Opinión personal

¹⁶Ibídem, Art. 1037

¹⁷Ibídem, Art. 1049

2.2.1.5 Importancia jurídica

Una sociedad civilizada, es aquella que se sujeta a normas y leyes que armonizan el desenvolvimiento de las personas y las instituciones, donde su estructura jurídica debe reflejar o estar en concordancia con las características socioeconómicas, políticas y culturales del país, así como de los intereses, aspiraciones y necesidades de toda la población. En ese sentido, cobran real importancia las instituciones jurídicas que se encargan de normar las relaciones entre las personas.

La sucesión por causa de muerte, es una de las instituciones jurídicas que garantiza y protege los bienes de la persona que ha fallecido, de suerte que no queden sus derechos y obligaciones carentes de titular, ni quienes se crean sus beneficiarios sin el derecho a suceder en el dominio.

Así como está concebido este modo de adquirir el dominio, si por un lado protege los derechos de las personas, también es una manera evitar que se generen conflictos de intereses familiares que puedan destruir su armonía o deteriorar los lazos que los unen, justamente porque el Estado considera a la familia como núcleo fundamental de la sociedad (Art. 67 de la Constitución de la República del Ecuador)¹⁸, y por tanto están garantizados la consecución de sus fines y preservación de sus derechos. Si bien éste uno de los deberes que tiene el Estado para evitar que la familia se desintegre; así también se encarga de evitar que se consuman intereses sociales derivados de la necesidad de poseer una propiedad u otras causas: dígase que se pretenda vender los derechos sucesorios antes de que la herencia se haya producido por la muerte del testador. La

¹⁸Constitución de la República del Ecuador, 2008, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Art. 637

sucesión por causa de muerte es el único modo de adquirir la universalidad de los bienes de otra persona.

2.2.1.6. El testamento en el Ecuador

En el Ecuador, la sucesión testamentaria adviene en el Código Civil, el primero de enero de mil ochocientos sesenta y uno, fecha en que empezó a regir este cuerpo de ley, pues el veintiuno de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete, el Congreso Nacional adoptó como nuestro el Código Civil chileno, obra monumental de don Andrés Bello, quien con Veles Sarsfiel o Freitas elaboraron sus proyectos de Código Civil teniendo como modelo el que promulgara en 1804 el Emperador Napoleón Bonaparte¹⁹

Una de las formas de sucesión universalmente reconocidas de sucesión en casi todos los países del mundo es el testamento. En uno de sus comentarios, Alfredo Pérez Guerrero sostuvo que no podemos convencernos de que la propiedad privada en el sentido romano, sea eterna o indiscutible, y por lo tanto podemos aceptar que la sucesión sea una consecuencia necesaria del derecho de propiedad y del derecho de personalidad. La propiedad debe organizarse, y en efecto está organizándose de otra manera y sobre otras bases distintas de las antiguas.

Cierta escuela individualista ha combatido el testamento por cuanto la muerte extingue los derechos. En verdad el testamento no es producto del Derecho Natural, sino del Derecho Positivo. Es un artificio jurídico creado

¹⁹FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, Pedro, Estudios de Derecho Comparado, Segunda Edición, 2002. p. 74

por el legislador en base al convencimiento general de que el más llamado para disponer de sus propios bienes, es el dueño de los mismos.

La sucesión tiene carácter familiar y el de cujus, es quien mejor conoce las necesidades de su familia, y por tanto puede proveer con mayor eficiencia y acierto a cada uno de sus miembros. Cuando a esto se contesta que es suficiente con la sucesión intestada, se arguye que el testamento es una prerrogativa del derecho de propiedad, aunque el testamento en estos últimos tiempos tiende a desaparecer, y aún en las legislaciones vigentes la libertad de testar está sumamente restringida por las asignaciones forzosas.

En la legislación antigua española, se mantuvo durante algún tiempo una modalidad mucho más amplia y generosa que facultaba al otorgante de testamento mediante comisorio, a quien se lo investía de facultades para que otorgue testamento a nombre y representación de otra persona de quien recibía esa potestad. Esto resulta altamente inconveniente, primero porque dilata el tiempo al otorgar el poder especial; segundo, porque dicho comisorio no respondía ante nadie de ninguna acción u omisión; y tercero, porque el testamento solo surte efecto después de la muerte del causante, y que en la eventualidad de no cumplirse su voluntad, no existía la posibilidad de revocarlo o anularlo.

2.2.1.7 Forma de sucesión por causa de muerte

2.2.1.7.1 Sucesión testada

El Estado ecuatoriano garantiza a las personas el derecho atestar y a heredar, como una forma de proteger el patrimonio familiar y el orden

sucesorio. Es verdad que por ignorancia de lo que establecen las leyes se han cometido muchos atropellos a los derechos de las personas, no es menos cierto también que tal situación se ha agravado por una administración de justicia con criterio político e intereses particulares, donde el derecho a heredar de sus progenitores, en el caso particular de los hijos concebidos fuera de matrimonio, han sido uno de tantos casos que se han registrado como un monumento a la impunidad y la injusticia.

Anteriormente, los hijos concebidos fuera del matrimonio o eran marginados del derecho a ser tomados en cuenta en el testamento de sus progenitores, por así convenirles a los interesados, o recibían en el mejor de los casos una pequeña asignación económica como parte de herencia. Debemos aclarar que a partir de la reforma legal del 6 de junio de 1970 por la Ley 256 CLP, la distinción que antes existía entre parientes legítimos e ilegítimos, desapareció. Por su parte, la Constitución de la República del Ecuador, Art. 69, núm. 6, dice: “Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción”²⁰, definición que la anterior Constitución de 1998, decía que “los hijos sin considerar antecedentes de filiación o adopción, tendrán los mismos derechos”²¹; sin embargo se prefiere, muchas veces, obrar según el criterio de quien asume el control de los bienes del fallecido. Este caso de marginación del reparto de herencia es una práctica que se repite a menudo, que por esperar de la voluntad de quien administra los bienes en calidad de albacea, ya se han desprendido de la mayor parte de los bienes dejados por el difunto.

²⁰Constitución de la República del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008, Art. 69

²¹ Constitución Política de la República del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2004, p. 35

El Código Civil, Art. 994²², establece que cuando se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria. Como hemos indicado, la sucesión testamentaria es una figura jurídica que garantiza el establecimiento de los derechos sucesorios a favor de los miembros de la familia vinculados con el causante, pues son sucesiones legítimas que tienen que respetarse. Esta asignación legítima o testamentaria solo tiene su vigencia en cuanto se produzca la consecuencia lógica de la muerte de quien se va a suceder. Mientras el antecesor no haya muerto, la asignación es simplemente una expectativa.

Queda establecido que la sucesión testamentaria es la expresión de la última voluntad de la persona que va a testar, documento que tendrá su valor en tanto se ciña a los solemnidades de ley, por lo que puede ser revocable²³. Los sucesores tampoco pueden oponerse a que el testador lo revoque o lo destruya o deje sin efecto de cualquier manera legal. Mientras vive el testador puede revocar el testamento, por eso de diferencia de la donación entre vivos que es irrevocable, salvo entre cónyuges quienes sí se pueden hacer donaciones.

2.2.1.7.2 Sucesión intestada

Esta es otra posibilidad de sucesión de los bienes de la persona fallecida, en el caso de no existir testamento o de no haberse dispuesto mediante

²²Código Civil, 2012, Art. 994.

²³LARREA HOLGUÍN, Juan, , Derecho Civil en el Ecuador, tercera Edición IX, La sucesión por causa de muerte, Corporación de Estudios y Publicaciones, Universidad Particular de Loja, 2004, p.191

él, de todos los bienes en la que se beneficia a los legitimarios y a otros parientes cercanos.

El Código Civil, Art. 994, determina que la sucesión intestada o abintestato, es la que se produce en virtud de la ley²⁴; esto es, cuando no hay la disposición de su última voluntad mediante testamento para asignar los bienes, o no dispone de todos los bienes o solamente dispone de una parte de ellos.

La sucesión intestada²⁵ es una forma de suceder pura, simple y espontánea; lo cual quiere decir que el patrimonio que formó el difunto se incorpora de manera inmediata al patrimonio del sucesor en apego a lo que la ley dispone en estos casos. Esta forma de sucesión de los bienes ocurre cuando no existe un testamento, y para el efecto de asignar sin causar ninguna lesión a los interesados o beneficiarios, la ley norma el procedimiento para que el patrimonio de la persona fallecida pase al sucesor, pues la propiedad se concibe como algo permanente y destinado aún a perdurar después de la muerte del titular; aunque en el derecho moderno hay ciertas propiedades que si no cumplen su función social para el bien común, en el caso concreto de las tierras productivas, pueden ser expropiadas por quienes deseen hacerla producir.

2.2.1.7.2 Sucesión mixta

Como su nombre lo indica, esta es una clase de sucesión que comparte la forma de otorgar testamento de una y otra de las sucesiones anteriormente analizadas, donde “una parte es testada y otra es

²⁴Código Civil, Art. 994

²⁵CLARO SOLAR, Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado Tomo 13, v. 1, 1999, p. 200

intestada”, (Art. 994 del C.C., segundo inciso), sea que el difunto en vida así lo quiso o porque posteriormente a la celebración del testamento adquirió nuevos bienes que no constan en su última voluntad”²⁶. Tal situación se da en casos en que el causante solo alcanzó a realizar el testamento de una parte de sus bienes, quedando la otra parte sujeta a los procedimientos de ley, la que se encarga de repartir en partes iguales, evitando con ello conflictos de interés que puedan aparecer.

2.2.1.8. Ordenes de sucesión

2.2.1.8.1 Primer orden sucesorio

Corresponde a los hijos. Estos excluyen a los demás herederos de la porción conyugal²⁷. Los llamados a heredar los bienes del difunto son los hijos, cualquiera sea la filiación, pues la ley no contempla la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos. La sucesión hereditaria tiene que realizarse por grados u órdenes, nunca de manera arbitraria. De tal manera que los hijos excluyen de cualquier posibilidad de asignación testamentaria a los demás parientes, pues no se puede introducir por voluntad a otras personas, sino respetar la voluntad del testador y el orden sucesorio.

2.2.1.8.2 Segundo orden sucesorio

Le suceden sus ascendientes de grado más próximo, y el cónyuge. La herencia se dividirá en dos partes, una para los ascendientes y otra parte

²⁶ Código Civil, Art. 994

²⁷ Código Civil, Art. 1028

el cónyuge²⁸. Estos beneficiarios excluyen a otros parientes de ulterior grado, por lo que se debe aclarar que el derecho del cónyuge en este orden de sucesión se diferencia de la porción conyugal del primer orden. En este caso recibe “simplemente herencia, sin consideración al volumen de sus bienes propios, o los que haya recibido o le corresponda recibir en la liquidación de la sociedad conyugal, sea a título de saldos, recompensas o partición de gananciales”²⁹ Por lo visto, se trata de una porción conyugal, de una asignación forzosa que en cualquier orden sucesorio se reconoce al cónyuge sobreviviente, así lo prescribe la norma. En Francia³⁰ se atribuye al cónyuge un derecho de usufructo vitalicio.

2.2.1.8.3 Tercer orden sucesorio

Si no hubiere herederos, le sucederán sus hermanos, ya sea personalmente o representados, conforme a las reglas siguientes:

1. “Si el difunto hubiere dejado solamente hermanos carnales o solamente medios hermanos, cada uno de ellos recibirá partes iguales; y,
2. Si el difunto hubiere dejado uno o más hermanos carnales y también uno o más medios hermanos, cada uno de los primeros recibirá una cuota igual al doble de la de cada uno de los segundos.

Por consiguiente, la herencia se dividirá en tantas partes, cuantas fueren los medios hermanos, más el doble del número de hermanos carnales;

²⁸Código Civil, Art. 1030

²⁹LARREA, HOLGUÍN, Juan, op. cit., pp. 154 y 155

³⁰ MAZEAUD, Jean y Hermanos, Derecho Civil, Parte IV, Vol., II, 2000, p. 180 y ss.

por lo que cada uno de éstos recibirá dos de dichas partes, y cada uno de los medios hermanos recibirá una de tales partes”³¹.

Junto con la concurrencia de los sobrinos del causante, el Estado sucederá de acuerdo con las siguientes reglas (Art. 1032):

“La cuota del Estado se deducirá de la porción de bienes que corresponda a los sobrinos, y hecha esta deducción, el resto constituirá un nuevo acervo divisible entre sobrinos, de acuerdo con las siguientes reglas generales.

La cuota del Estado será la mitad de esa porción, si hubiere un solo sobrino; un tercio, si hubiere dos; y un cuarto si hubiere tres o más”³². Queda establecido que a falta de hijos, descendientes, padres, ascendientes o cónyuge del causante, heredan los hermanos y los sobrinos; la parte que recibe el Estado resulta privilegiada, pues está exenta del pago de cualquier tipo de impuestos. Se llega solamente hasta los sobrinos, donde el derecho de éstos queda limitado por la concurrencia del Estado³³

Realizada la deducción de los bienes que corresponden a los sobrinos y la del Estado, se constituye el nuevo acervo divisible entre los sobrinos, de cuya cuota al Estado le corresponde la mitad de esa porción, si hubiere un solo sobrino; un tercio, si hubiere dos; y un cuarto, si hubiere tres o más³⁴.

³¹Código Civil, Art. 1031.

³²Código Civil, Art. 1032.

³³En Chile se concede esta amplia concesión a los colaterales. Cfr. Claro Solar, T.13, V. 1, p. 391

³⁴Código Civil, Art. 1032.

2.2.1.8.4 Cuarto orden sucesorio

“A falta de todos los herederos abintestato designados en los artículos precedentes, le corresponde suceder el Estado” (Art. 1033). De esta forma, la ley prevé la sucesión por causa de muerte, donde el Estado concurre a ser parte de la asignación hereditaria en el Tercer orden de sucesión. En este artículo, el Estado, si no hay ninguno de los colaterales que se ha indicado (hermanos o sobrinos), recibe toda la herencia, con beneficio de inventario, como lo prescribe el Art. 1277 del Código Civil. Vemos que predomina el concepto de sucesión en virtud de la soberanía, lo que supone una vuelta a los orígenes más remotos del derecho, en los cuales se consideraba que el Soberano tenía dominio eminente que se hacía eficaz y actual al fallar el titular directo³⁵ Generalmente en estos casos se procede a declarar la herencia yacente; esto es, cuando la herencia aún no ha sido aceptada por los asignatarios, conlleva a que se prolongue la situación, haciéndose necesario que la herencia pase a ser administrada por un curador de bienes, antes de reconocer al Estado como heredero de último grado, o llamado por la ley en último término.

2.2.1.19 Los asignatarios

Constituyen las personas naturales y jurídicas beneficiados con la voluntad del testador. Si en el testamento se expresa de tal manera que no de lugar a presumir que el testador lo realizó sin voluntad y conciencia, se entiende que todo lo expresado en él es válido. De no ser así, cuando la asignación pareciera motivada por un error, de manera que sea claro que sin éste error no hubiera tenido lugar, se tendrá por no escrita (Art.

³⁵ JOSSERAND, 1990, Derecho Civil, Tomo III, Vol. II, pp. 72-73

1086, del Código Civil). En estos casos, la ley se encarga de evitar que personas allegadas al testador o benefactores se aprovechen de la circunstancia o de la ingenuidad de las personas.

En este sentido, las asignaciones testamentarias por causa de muerte consisten en asignar a las personas beneficiarias y capaces, el derecho para recibir la herencia dejado por el titular de la propiedad. Por lo que se llaman asignatarios a los sujetos que pueden recibir asignaciones testamentarias. Sin embargo, puede darse el caso en que la asignación sea indeterminada a favor de los parientes del testador, entonces se entenderá dejado a los consanguíneos de grado más próximo, según el orden de la sucesión abintestato (Art. 1092 del Código Civil). Igualmente, la ley contempla el procedimiento jurídico a seguir para evitar que se manipule la voluntad del testador o se interpongan otros intereses, pues nada extraño es que a causa de ambiciones, se llegue inclusive a atentar contra la vida de los otros beneficiarios.³⁶

El Código Civil, Art. 1084, respecto de los sujetos que pueden recibir asignaciones testamentarias, ha establecido que “Todo asignatario testamentario deberá ser una persona cierta y determinada, natural o jurídica, ya sea que se determine por su nombre o por indicaciones claras del testamento. De otra manera se tendrá por no escrita”³⁷.

Vemos que los asignatarios testamentarios deben ser personas naturales o jurídicas determinadas para evitar que se anule la asignación; aunque un error en el nombre o calidad del asignatario, no vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la persona (Art. 1085 Código Civil). En consecuencia, los asignatarios son quienes representan a la persona

³⁶Código Civil 2013

³⁷Código Civil, Art. 1084.

fallecida, tanto en sus bienes como en sus derechos y obligaciones. Desde luego que la simple omisión de alguna formalidad en la calidad del asignatario, no le priva del derecho garantizado por la ley, como así lo prescribe la Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 169, que dice: "...No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades"³⁸ Por tanto, es indispensable que las asignaciones se realicen a favor de persona cierta y determinada, que reúna las condiciones de perfecta identificación, pues se requiere saber quién se beneficia con la asignación.

2.2.1.20 Clases de testamentos solemnes

2.2.1.20.1 El testamento solemne abierto

El testamento abierto, también llamado nuncupativo o público. Es el instrumento donde el testador hace saber las disposiciones de su última voluntad, de tal modo que son conocidas por lo menos de quienes intervienen en el otorgamiento: el Notario, si lo hubiere, y a los testigos. Esa es la esencia de este testamento; pues si no hay tal manifestación de voluntad en disponer de sus bienes en beneficio de sus herederos ante testigos y el Notario, no existe tal testamento, pues no se trataría de nulidad, sino de inexistencia por no haber el requisito esencial.

Es por ello que el testamento abierto tiene que ser presenciado en todas sus partes por el testador, por un mismo Notario y por los mismos testigos. Como el testamento es un acto jurídico de expresión de la voluntad del testador, deja sentado que el mismo ha sido pensado,

³⁸ Constitución de la República del Ecuador, Art. 169.

preparado y dispuesto previamente, por tanto se trata de un acto consciente y de libertad, respecto de la forma como sus herederos han de disponer de sus bienes.

La expresión de voluntad puede hacerlo por escrito anticipadamente, y entregado al Notario, o que el testador necesite de otra persona que conozca de estos asuntos para que le dé forma al testamento, a quien manifestará oralmente o por escrito su deseo. En cualquiera de las formas en que fuere realizado el testamento, tiene que ser leído en alta voz por el Notario, si lo hubiere, o por uno de los testigos designados por el testador para tal efecto. La suscripción de cuantos hayan intervenido en unidad de acto, constituye la certificación de que se ha otorgado el testamento (Art. 1056 del Código Civil)³⁹

El requisito de la lectura en presencia del testador y los testigos, pertenece a la esencia misma del testamento abierto; pues el testamento se perfecciona con la lectura hecha por el Notario. Es hasta ese momento, previo a la suscripción, que el testador puede hacer cualquier observación a lo expresado en su última voluntad; esto es, puede agregar, cambiar o suprimir; modificaciones que obligan a realizar una nueva lectura total del testamento, caso contrario se invalida.

En caso en que el testamento no haya sido otorgado ante Notario o Juez de primera instancia, sino ante cinco testigos, la lectura debe hacerlo el testigo designado por el testador. La función de esta persona es garantizar que el testamento recoja realmente la voluntad del que lo otorga. Es importante destacar que el Notario u otro funcionario que

³⁹Código Civil, Art. 1056

intervenga en el acto testamentario, debe tener competencia en el lugar en que se otorga, pues no pueden recibir el testamento fuera del ámbito de su competencia.

Debemos expresar que la solemnidad de la lectura del testamento, es que ésta sea realizada en voz alta, de modo que todos (testador y testigos) puedan oír y entender, como así lo prescribe el inciso tercero del Art. 1055, del Código Civil. Como vemos, esta es una formalidad que se ha previsto con el fin de que los testigos conozcan las disposiciones contenidas en el testamento, y que el propio testador pueda apreciar y comprobar si se ha interpretado su voluntad, o si se ha copiado en los mismos términos en que se hallaba concebida en la minuta o proyecto de testamento⁴⁰.

Hay que destacar que el testamento abierto otorgado ante un funcionario público competente, es un instrumento público que se presume de autenticidad, de modo que hace plena prueba en juicio. No así el testamento nuncupativo ante cinco testigos, que no tiene la calidad de instrumento público, sino hasta que cumpla con los requisitos de publicación y protocolización, mediante el reconocimiento de firmas o el abono de la firma (Art. 1058 del Código Civil)⁴¹.

Es importante destacar que la jurisprudencia ha aclarado que no es suficiente con que la lectura, en todo o en parte, sea hecha por un empleado del Notario, puesto que ésta diligencia le corresponde exclusivamente a él. Igualmente ha aclarado que no afecta a la validez del testamento el hecho que la lectura no sea realizada en alta y clara voz,

⁴⁰BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, Curso de Derecho Civil, Tomo V., 2002, p.143.

⁴¹Código Civil, Art. 1058

pero si debe estar el testador a la vista. De aquí se deduce que los sordos no pueden otorgar este testamento abierto, sino que tendrán que hacerlo cerrado, en el cual no hay lugar a la lectura, y no se requiere que el otorgante escuche.

También tendrá dificultad para otorgar este testamento el mudo, pero si oye y puede darse a entender, es posible que otorgue testamento abierto⁴². Una variante del testamento abierto, es el del ciego, como así lo prescribe el Código Civil, Art. 1057, quien podrá otorgar testamento nuncupativo ante Notario o empleado que haga las veces de tal. Testamento que debe ser leído en alta voz dos veces: la primera, por el Notario o empleado; y la segunda, por uno de los testigos, elegida para al efecto por el testador. Lo dispuesto para el testamento abierto, es aplicable al de los ciegos; pero se añaden especiales cautelas para evitar que la persona que no puede ver resulte engañada.

Por tanto, este testamento sólo puede otorgarse ante Notario o Juez competente, más tres testigos, y no ante cinco testigos sin presencia de un funcionario competente; y que en lugar de una lectura, deben hacerse dos: la primera por el Notario y la segunda por el testigo. Se requiere que el testador ciego indique cual de los testigos ha de hacer la segunda lectura, y se dejará constancia en el mismo testamento de esta solemnidad.

El testamento solemne otorgado ante cinco testigos sin la presencia de Notario ni otro funcionario judicial que haga sus veces, es debido a que en muchos lugares no es fácil contar con su asistencia. Es por ello que la ley

⁴²LARREA, HOLGUÍN, Juan, op. cit., p. 235

prevé que se agregue la presencia de dos testigos más, de los cuales dos al menos deben saber leer y escribir, lo que se entiende que tres de ellos pueden ser analfabetos; y además, es requisito que al menos dos de los testigos estén domiciliados en el cantón en que se otorga el testamento, lo cual es común a todo testamento.

El Código Civil no proporciona más detalles en cuanto a la celebración de este testamento, pero es obvio que hay que aplicar en lo posible cuanto se dispone en el testamento abierto. Por consiguiente, si el testador no ha escrito el testamento, éste debe ser reducido a un documento, el cual tendrá que ser escrito por uno de los testigos, el que hará las veces de Notario. Una vez redactado el testamento, debe ser leído con las mismas exigencias del testamento abierto en general, de modo que sea oída y entendida la lectura por el testador y los testigos, en unidad de acto y en forma completa. Terminará el acto con las firmas de todos ellos.

Desde luego que este testamento no tiene la calidad de instrumento público, y para certificar su autenticidad se requiere que cumpla con los requisitos de publicación y protocolización, mediante el reconocimiento de firmas o el abono de la firma de los ausentes, como así lo prescribe el Art. 1052 del Código Civil. Es importante destacar que los actos de reconocimiento y protocolización no son parte del otorgamiento del testamento, sino requisitos para su ejecución, y la ley no señala un plazo dentro del cual deben realizarse.

2.2.1.20.2 El testamento cerrado

El testamento cerrado o secreto es aquel en que el testador no tiene la necesidad de que los testigos conozcan sus disposiciones. Esa forma de

testamento es admitido en la legislación de casi todos los países de América. El no hacer saber sus disposiciones a los testigos constituye la esencia del testamento cerrado. Se trata de un acto donde el testador presenta al Notario y testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz y de manera que le vean, oigan y entiendan. “Esta forma de testamento presenta muchas ventajas, aunque se multiplican las solemnidades, dado que no existe una constancia directa de la voluntad del testador manifestada ante testigos”⁴³

Los mudos podrán hacer esta declaración escribiéndola en presencia del Notario y los testigos. El requisito esencial es que se ha de otorgar ante un Notario y cinco testigos. Como puede apreciarse, la ley exige más solemnidades que para el testamento abierto, con el fin de garantizar mayor seguridad de que no se ha alterado lo dispuesto por el testador, ya que él no debe hacer conocer sus disposiciones al momento de otorgarlo, esa es una solemnidad.

En esta forma de testamento, ningún Juez puede hacer las veces de Notario debido a la costumbre generalizada de dejar el testamento bajo la custodia de este funcionario, y así evitar que pase de unas manos a otras. De ahí que lo esencial de este testamento consiste en la declaración que ha de hacer el testador ante el Notario y cinco testigos, y que el pliego cerrado que entrega es su testamento. Puede estar previamente cerrado o debe cerrarse en ese momento, pero en cualquier caso, queda cerrado y debe conservarse cerrado hasta que, para darle ejecución, se abra con otras solemnidades que no son parte del otorgamiento. Por tanto, la ley

⁴³ PLANIOL y Ripert, 2000, Tomo V, pp. 610-611

no admite testigos ciegos, pues deben ver, oír y entender lo que se está haciendo⁴⁴.

En el testamento solemne cerrado, conocido también como secreto o místico, guarda en sí las disposiciones de última voluntad, en tal forma que nadie conoce de ellas, sino cuando el testador haya fallecido y luego de realizado el trámite legal que corresponde. La intervención del Notario solemniza ante todos la existencia del testamento, y frecuentemente el mismo se encarga de su conservación segura. Esta es una forma de testamento que presenta algunas ventajas; aunque para ello la ley multiplica las solemnidades para garantizar su idoneidad, ya que no existe una constancia directa de la voluntad del testador manifestada ante testigos.

Queda establecido que el incremento en el número de testigos, es para seguridad de que no se alteren sus disposiciones, y por ello él no debe hacer conocer sus disposiciones al momento de otorgarlo. Este secretismo del testamento cerrado no tiene un valor absoluto, porque si el testador se hace asesorar de un profesional del derecho, éste conoce sus disposiciones de última voluntad. Es necesario además que el testador manifieste que el pliego que está a la vista contiene el testamento, pero no se le pide que manifieste ninguna otra especificación. Pero en tratándose de un secreto del testador, éste puede declarar lo que a bien tuviere y esto no afecta a la naturaleza ni a la validez de testamento.⁴⁵

⁴⁴MEZA BARROS, Ramón, Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos, Santiago, 2000, p. 148

⁴⁵MEZA BARROS, Ramón, Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos, Santiago, 2000, p. 152

El acta recoge lo esencial: que el testador presentó en el pliego cerrado o que se cerró en ese acto, la declaración de ser ese su testamento, que lo hizo en unidad de acto ante el Notario y cinco testigos, y la identificación del testador y de los testigos; se exige además señalar el domicilio y nacionalidad de todos ellos. El acta debe ser firmada por el testador, el Notario y los testigos.

En este testamento no se puede suplir la falta de una de las firmas. Todas son esenciales, así como todos los testigos han de saber firmar, y en caso de que no puedan hacerlo, otro de los testigos presenciales firmará por ellos. No se puede reemplazar a los testigos instrumentales, salvo que no pueden concurrir, tampoco al funcionario ante el cual se otorgó el testamento. No se puede dejar para otra hora o peor para otro día la terminación de la ceremonia. Las firmas han de seguir inmediatamente a la elaboración del acta. Como es un acta brevísima, no se requiere la solemnidad de la lectura en alta voz. En este testamento sólo se trata de identificar a quienes intervienen en el acto y el pliego del testamento.

Condición de validez es que no puede abrirse el pliego sin rasgar o romper la cubierta. Si solamente se deposita el escrito en un sobre abierto en una caja, en una bolsa o cualquier recipiente sin ninguna seguridad, no habría testamento cerrado. Fallecido el testador, es preciso presentarlo al Juez para que haga comparecer al Notario y los testigos a reconocer las firmas, y se cumplan con las demás formalidades previas al cumplimiento de las disposiciones del testamento.

2.2.1.20.3 Testamento menos solemne

El “Testamento menos solemne o privilegiado es aquel en que pueden omitirse algunas de las solemnidades en consideración a circunstancias particulares, determinadas expresamente por la ley”⁴⁶.

El Derecho Sucesorio ha previsto un conjunto de disposiciones normativas que exoneran al testador de ciertos requisitos que ordinariamente no pueden prescindirse. Son testamentos llamados también privilegiados, no porque coloquen a una persona en mejor condición que otras, sino porque permite obviar ciertas solemnidades dependiendo de las circunstancias en las que sería difícil cumplirlas. Todas las personas pueden utilizar estas formas especiales de testamento, siempre que se hallen en las hipótesis previstas por la ley.

Lo esencial en esta clase de testamentos especiales, es que la manifestación de la voluntad del testador debe ser expresa y hecha ante cierto número de testigos y algunas autoridades, distintas del Juez o Notario, quienes estarán presentes hasta el fin en un acto continuo, o solo interrumpido por breves intervalos que algún accidente lo exigiere; expresión de la voluntad del testador que debe quedar escrita y firmada por los testigos, por dicha autoridad y el testador. (Art.1070 del Código Civil)⁴⁷. Si por una parte se facilita que sean testigos un mayor número personas; por otra, la ley exige que los testigos sepan leer y escribir. Veamos a continuación los testamentos privilegiados.

⁴⁶Código Civil, Art. 33, 1046.

⁴⁷Código Civil, Art. 1070

2.2.1.20.4 El testamento militar

En lo que respecta al testamento militar, el Código Civil, Art. 1071, dice: “En tiempo de Guerra el testamento de los militares y de los demás individuos empleados en un cuerpo de tropa de la República, y asimismo el de los voluntarios, rehenes y prisioneros que pertenecieren a dicho cuerpo, y el de las personas que van acompañando y sirviendo a cualquiera de los antedichos, podrá ser otorgado ante un capitán u oficial de grado superior al de capitán.

Si el que desea testar estuviere enfermo o herido, podrá otorgar su testamento ante el capellán o médico que le asista; y si se hallare en un destacamento, ante el oficial que lo mande, aunque sea de grado inferior al de capitán”⁴⁸.

Si bien este testamento solo debe otorgarse en tiempos de guerra, no hace ninguna precisión sobre que clase de guerra, por lo que se entiende que es cualquier guerra internacional, declarada o no declarada. Igualmente pueden otorgar este testamento los que están directamente involucrados en la guerra, aunque sean civiles. Son favorables para quienes se hallen enfermos o para el que se halle aislado del ejército, ya que puedan otorgar el testamento ante una autoridad religiosa, como es el capellán, o ante el médico, y en caso de que no pueda acudir a oficiales del grado de capitán o superiores, puede hacerlo ante un teniente o subteniente, que son de grado inferior.

El testamento militar termina con las firmas del testador, la del oficial o persona ante quien se celebra y los tres testigos. Es indispensable la

⁴⁸Código Civil, Art. 1071.

firma de los testigos (no puede ser testigo el que no sepa leer y escribir), y la del oficial o persona autorizada para presenciar oficialmente (capellán o médico). Se exige que sean personas capaces, que conozcan conscientemente de la solemnidad que se realiza, para que a la muerte del testador, en caso de duda, abonen sobre la verdad testada.⁴⁹

La esencia jurídica de esta forma de testamento nuncupativo otorgado ante funcionario competente, es el hecho de que el testador le hace saber sus disposiciones y también a los testigos presenciales. Estos testamentos caducan en noventa días subsiguientes al otorgamiento; esto es, que si la muerte del causante, como así lo prescribe el Art. 1074 del Código Civil⁵⁰, se produjere antes de expirar los noventa días, el testamento militar valdrá como si hubiere sido otorgado en la forma ordinaria. Obviamente, si el testador sobreviviere a este plazo, caducará el testamento.

El plazo otorgado al testador que se halle en circunstancias en que su vida peligre, es justamente para garantizar que este testamento cumpla con los requisitos de ley, uno de ellos es que sus bienes tengan su efecto después de sus días, y si ésta circunstancia no ocurre, si no se produjere el fallecimiento, el testamento caduca.

El Código Civil contempla que se otorgue testamento militar cerrado, el mismo que en el Art. 1076, dice: “Si el que puede testar militarmente prefiere hacer testamento cerrado, deberán observarse las solemnidades prescritas en el artículo 1061, actuando como Notario cualquiera de las personas designadas al fin del inciso primero del Art. 1071. La cubierta

⁴⁹<http://franksbur.blogspot.com/2013/04/sucesion-testamentaria.html> 2013

⁵⁰ Código Civil, Art. 1074

será visada como en el caso del Art. 1075, y para su remisión se procederá según el mismo Art.⁵¹

Estas personas son el Oficial de ejército con rango de capitán u otro superior a él. Se excluyen del testamento cerrado militar al médico y al capellán, que sí pueden recibir el testamento abierto, ya que estos son nombrados en el inciso 2 del mismo Art. 1071; pero solamente están llamados a intervenir los enumerados en el inciso 1. Se requiere la presencia de cinco testigos que deben estar presentes, ver, oír y entender, admitiéndose más flexibilidad en cuanto a su habilidad putativa. Se advierte que así como en el testamento solemne cerrado se requiere de la presencia de cinco testigos, igualmente deberán estar presentes en la entrega del testamento cerrado militar⁵²

2.2.1.20.5 Testamento marítimo

El Código Civil permite otorgar testamento marítimo a bordo de un buque ecuatoriano de guerra en alta mar, ante el comandante o su segundo y en presencia de tres testigos. Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se expresará esta circunstancia en el testamento, y se extenderá un duplicado del testamento con las mismas firmas que el original.

Esta forma de testamento es muy parecida al militar; aunque precisa de más detalles, como realizarse en cualquier tiempo, sea en paz o en guerra; en cambio el que se realiza en barco en el cual esté el testador, debe hallarse en alta mar, en razón de la extraterritorialidad reconocido

⁵¹ *Ibíd*em, Art. 1075

⁵²Claro Solar indica que por tratarse de “testigos instrumentales”, se entiende que deben ser cinco, como corresponde a la solemnidad propia del testamento cerrado.

por el Derecho Internacional Público, que mientras están en alta mar, se consideran como una prolongación del Estado al que pertenecen, y si se hallan en aguas territoriales de otros países, tienen especiales garantías. Como está prescrito en el citado artículo, se extiende todo lo dicho a cualquier barco ecuatoriano. No hay límite en cuanto a las personas que pueden hacer uso de esta forma de testamento, ya sea personal de la Fuerza Naval, empleados u obreros, pasajeros o personas que se hallen accidentalmente en el barco (como un náufrago rescatado) Tampoco se hace ninguna distinción en cuanto a la nacionalidad y domicilio de las personas.⁵³

Lo esencial de este tipo testamento abierto marítimo es que consiste en la declaración de la voluntad del testador expresada ante testigos, por lo que debe realizarse en presencia de tres testigos y una autoridad que será el comandante o su segundo. En cuanto a los testigos, se supone que estos han de saber firmar, ya que no se hace la misma salvedad.

Es importante en esta forma de testamento, la obligación de hacer un duplicado del testamento con las mismas firmas que el original. Terminado de firmar ambos ejemplares, queda concluida la solemnidad, y a continuación vienen las diligencias destinadas a la conservación del testamento y a su publicación. Terminadas estas formalidades, el testamento se guardará entre los papeles más importantes de la nave, y se dará noticia de su otorgamiento en el diario (Art. 1078 del Código Civil).

El Art.1079 establece que si el buque, antes de volver al Ecuador, arribare a un puerto extranjero en que haya un agente diplomático o consular

⁵³<http://es.scribd.com/doc/38351016/OMEBAd38>

ecuatoriano, el comandante entregará un ejemplar del testamento, exigiendo recibo correspondiente, y poniendo nota de ello en el diario, éste lo remitirá al Ministerio de Defensa Nacional para los efectos legales.

Si el buque llegare antes al Ecuador, se entregará dicho ejemplar con las mismas formalidades al respectivo capitán del puerto, el cual lo transferirá, para iguales efectos al Ministerio de Defensa Nacional.⁵⁴ La formalidad de estos testamentos privilegiados, es garantizar la voluntad del testador que se halle en tales circunstancias, a fin de que se llegue a perfeccionar y se mantenga en un lugar seguro uno de los dos ejemplares, los cuales tienen que ser idénticos, Por tanto, se trata de un testamento que lo pueden otorgar no solo los individuos de la oficialidad y tripulación, sino cualquiera que se halla a bordo del buque ecuatoriano de guerra en alta mar; pues la ley no tiene un carácter selectivo, su efecto de territorialidad incluye a todos, militares o no, en este caso la condición es que se halle en el buque.

En esta forma de testamento marítimo se observarán las solemnidades prescritas en el Art. 1061, actuando como Notario el comandante de la nave o su segundo, y se remitirá copia del sobrescrito al Ministerio de Defensa Nacional para que se protocolice como el testamento militar, como así lo prescribe el Art. 1079 del Código Civil. Además, se debe hacer similar trámite de envío de la copia a la cubierta, de modo que cuando se abra el original, se pueda constatar la identidad del documento y su conservación en el estado en que lo otorgó el testador. En el caso del testamento marítimo en buque mercante, se podrá otorgar testamento ante el capitán, su segundo, o el piloto, y observándose las además

⁵⁴<http://www.gacetaoficial.cu/html/icodigocomercio.html>

formalidades de ley. En esta forma de testamento, a las formalidades establecidas en el artículo para el caso de testamento marítimo cerrado, se añade una persona más que puede recibir estos testamentos, ese es el piloto. En cuanto a plazos de validez y caducidad del testamento, rige el mismo tiempo que para el testamento militar, y tendrá su validez cuando el testador hubiere fallecido antes de desembarcar, o antes de expirar los noventa días subsiguientes al desembarco. No se entenderá por desembarco el pasar a tierra por corto tiempo, para reembarcarse en el mismo buque (Art. 1081 del Código Civil). Tanto el testamento militar como en el marítimo, caducan en noventa días contados a partir de la fecha en que terminan las circunstancias que permitieron otorgarlos⁵⁵.

2.2.1.21 Personas que no intervienen como testigos en el testamento

Art. 1050.- No podrán ser testigos en un testamento solemne, otorgado en el Ecuador:

- 1o.- Los menores de dieciocho años;
- 2o.- Los que se hallaren en interdicción, por causa de demencia;
- 3o.- Los que actualmente se hallaren privados de razón;
- 4o.- Los ciegos;
- 5o.- Los sordos;
- 6o.- Los mudos;
- 7o.- Los condenados a alguna de las penas designadas en el Art. 311, numeral 4º, mientras dure la condena;
- 8o.- Los dependientes del notario que autorizare el testamento;
- 9o.- Los extranjeros no domiciliados en el Ecuador; y,

⁵⁵LARREA HOLGUÍN, Juan, op. cit. P.302

10o.- Los que no entiendan el idioma del testador, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 1062.

Dos a lo menos de los testigos deberán estar domiciliados en el cantón en que se otorgue el testamento; y uno, a lo menos, deberá saber leer y escribir, cuando sólo concurren tres testigos; y dos, cuando concurren cinco.⁵⁶.

En consecuencia, las personas que intervienen en el testamento son aquellas que no están comprendidos en los numerales citados. Así: en el testamento solemne y abierto intervienen el Notario y tres testigos (Art. 1052 del Código Civil); en el testamento que no ha sido otorgado ante Notario o ante un Juez de primera instancia, intervienen cinco testigos (Art. 1058 del Código Civil); en el testamento solemne cerrado, intervienen el Notario y cinco testigos, ningún Juez puede hacer las veces de Notario (Art. 1056 del Código Civil).

En los testamentos privilegiados, el militar y el marítimo, intervienen como testigos cualquier persona en sano juicio mayor de dieciocho años, que vea, oiga y entienda al testador, y que no tenga inhabilidad designada en el numeral 7 del art. 1050 del citado Código. Los testigos deben saber leer y escribir.

El testamento militar puede ser otorgado ante un capitán u oficial de grado superior al de capitán. En el supuesto que el causante estuviere enfermo

⁵⁶Código Civil, Art. 1050.

o herido, podrá otorgarse el testamento ante el capitán o médico; y si se hallare en un destacamento, se otorgará ante el oficial que lo mande, aunque sea de grado inferior al de capitán y además tres testigos (Art. 1071 del Código Civil),

En el testamento militar cerrado, actuará como Notario el capitán u oficial de grado superior al de capitán, y tres testigos, pese a que no se menciona, pero se deduce por tratarse de testamento privilegiado (Art. 1076 del Código Civil).

En el testamento a bordo de buque ecuatoriano de guerra, interviene como Notario el Comandante o su segundo y tres testigos.

En el testamento marítimo cerrado, intervienen como Notario el Comandante de la nave o su segundo y tres testigos.

En el testamento marítimo en buque mercante, intervienen como Notario el capitán o su segundo o el piloto y tres testigos. Art. 1083 del Código Civil).

2.2.2 Jurisprudencia

2.2.2.1 Constitución de la República del Ecuador

Art. 44.- 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.

Respetando los derechos de los adolescentes, se aceptó que estos puedan participar en el sufragio para la elección de los representantes del país, incluyendo el de presidente. Este derecho también exige que el adolescente, en este caso menor de 18 y mayor de 16 años pueda participar en otros actos cívicos y exclusivos de los mayores de edad, como es el caso de participar como testigo en el hecho solemne del testamento.

2.2.2.2 Los Derechos Humanos y los adolescentes

La Convención sobre los Derechos del adolescente como “todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (artículo 1).

En consecuencia, las y los adolescentes de hasta 18 años de edad son titulares de todos los derechos consagrados en la Convención; tienen derecho a medidas especiales de protección y, en consonancia con la evolución de sus facultades, pueden ejercer progresivamente sus derechos (artículo 5).⁵⁷

⁵⁷Observación general Nº 11. Comité del Derechos del Niño. Pp. 42

Los Estados Partes de la Convención, entre ellos Ecuador, tienen la obligación de garantizar a todos los seres humanos de menos de 18 años el disfrute de todos los derechos enunciados en la Convención, sin distinción alguna, independientemente del “color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición”. Entre estas condiciones se encuentra la orientación sexual y el estado de salud (con inclusión del VIH/SIDA y la salud mental).

Así mismo, tiene la obligación que el adolescente menor de 18 y mayor de 16 años de edad, pueda ejercer su derecho de cumplir con ciertas actividades explícitas en la Constitución, como por ejemplo participar en un sufragio electoral, por lo mismo, el menor tendría derecho en ciertos casos de participar como testigo en el acto solemne del testamento.

2.2.2.3 Régimen del Buen Vivir

Art. 341.- El Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad en la diversidad y la no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición etaria, de salud o de discapacidad.

La protección integral funcionará a través de sistemas especializados, de acuerdo con la ley. Los sistemas especializados se guiarán por sus

principios específicos y los del sistema nacional de inclusión y equidad social.

El sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia será el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Serán parte del sistema las instituciones públicas, privadas y comunitarias.

2.2.3 Legislación

2.2.3.1 Normativas del Código Civil respecto al testamento solemne otorgado en el Ecuador

El Código Civil contempla algunas normativas respecto al otorgamiento del testamento solemne en el Ecuador que pueden afectar su validez y causar perjuicio a sus beneficiarios directos, pues contiene preceptos jurídicos que contradicen expresas disposiciones constitucionales y legales, y por ende vulnera el derecho al patrimonio. Aubry y Rau, y Bonnece, dijeron que el patrimonio, en su más alta expresión, es la personalidad misma del hombre considerada en sus relaciones con los objetos exteriores sobre los cuales puede tener derechos que ejercitar; comprende no solamente *in acta*, los bienes ya adquiridos, sino también *in potentia* los bienes por adquirirse.⁵⁸

El Estado debe brindar seguridad jurídica a todas las personas, a fin de garantizar el fundamental “derecho al uso y goce de sus bienes. La ley

⁵⁸http://html.rincondelvago.com/patrimonio_1.html

puede subordinar tal uso y goce al interés social⁵⁹, para el efecto es necesario que las leyes hagan posible la consecución de tal objetivo

Si el Código Civil establece que el testamento es un acto más o menos solemne, quiere decir que se puede hacer con mayores solemnidades o bien prescindiendo de algunas de ellas en ciertas circunstancias; desde luego que si falta alguna o algunas de las solemnidades expresamente exigidas por la ley para cada clase de testamento, se produce la nulidad absoluta, según se desprende del Art. 1704 del Código Civil⁶⁰. Así por ejemplo, si llegare a faltar solemnidades esenciales, como la forma escrita, la declaración de voluntad del testador ante el Notario o **testigos**, prácticamente no hay testamento, es un caso de inexistencia.

Por tanto, el testamento solemne es aquel en que se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere; y el testamento menos solemne o privilegiado, es aquel en que pueden omitirse algunas de estas solemnidades, por consideración a circunstancias particulares determinadas expresamente por la ley.

El testamento, además de ser una escritura (documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante Notario y que éste autoriza e incorpora a su protocolo)⁶¹, requiere del cumplimiento de especiales solemnidades que se suman a las propias de todo instrumento público. Atendiendo a formalidades más generales, vemos que la escritura se debe leer una o dos veces, según el caso, ante el funcionario y testigos que presencien el otorgamiento y ante

⁵⁹Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, San José de Costa Rica, Art. 21, Derecho a la propiedad privada.

⁶⁰Código Civil, Art. 1071.

⁶¹BORRERO ESPINOSA, Camilo, 1994, Práctica Notarial, Tomo I, Segunda Edición, Loja, p. 1

el testador, en unidad de acto, donde no cabe que se sumen nuevas firmas con posterioridad al momento del otorgamiento, o que la presencia del Notario o Juez pueda ser suplida por un mayor número de testigos.⁶²

Siendo un acto jurídico el testamento, es imperativo que éste se halle revestido de especiales solemnidades, tanto por ser un título para la transferencia de dominio, como por la seguridad de los herederos cuando ya el causante no podrá vigilar el cumplimiento de su voluntad ni intentar acción alguna en caso que su voluntad no se cumpliera.

Como el testamento es indelegable, un acto personalísimo, requiere ser realizado por persona con la específica capacidad que exige la ley, pues de ninguna manera será posible otorgarle esa exigencia de la habilidad o capacidad específica si no la tiene, de la misma manera a los testigos.

En personas de avanzada edad, por ejemplo, puede darse situaciones en que el sano juicio sufra alguna afectación, y que al momento expreso de manifestar su última voluntad en un testamento, éste no se encuentre en plena lucidez de sus facultades mentales, obligará a declarar su nulidad, de igual manera, los testigos serán responsables de dar certificación que la persona no está en su sano juicio.

1. El Art. 1043⁶³, establece que existe incapacidad para testar de las personas que tengan afectadas sus facultades mentales, pues aún si fuere de manera leve o temporalmente, la facultad de la conciencia se vería afectada, situación que no les permitiría discernir plenamente en torno a un acto de tanta trascendencia, corriendo el riesgo de afectar el legítimo derecho al patrimonio y a la propiedad de sus herederos y comprometiendo a los testigos. El numeral 3 del presente artículo

⁶²http://html.rincondelvago.com/patrimonio_1.html

⁶³Código Civil, Art. 1043

establece que no es hábil para testar el que actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa. Así como está prescrito, la norma resulta ser de tipo genérico, pues no contempla en la frase “otra causa”, de manera expresa la posibilidad de que el testador pueda sufrir de demencia senil al momento de otorgar el testamento, situación que lo inhabilita para la realización de estos actos jurídicos, y por lo tanto la participación de los testigos estarían viciados de nulidad.

La participación de los testigos tampoco tendría validez si se aplican los incisos que indican si el testador es menor de dieciocho años, el que se hallare en interdicción por causa de demencia y el que de palabra o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente. Es evidente que tratándose de una decisión con fuerte repercusión en el campo legal, los testigos no tendrían razón de ser por estas causas.

En el Art. 1054 del Código Civil señala que entre los requisitos formales del testamento, debe quedar establecida la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio, ante el Notario o el Juez de lo Civil, el Art. 1061, inciso quinto, dice: “El Notario expresará en la cubierta, bajo el título testamento, la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio”⁶⁴. Como vemos, la responsabilidad del Notario es decisiva, pues de su afirmación dependerá la validez del testamento, ya que tiene que identificar al testador, dar fe de aquello y cerciorarse de la capacidad del testador para el acto de otorgar y cuidar de que se cumplan todas las solemnidades que exige la ley.⁶⁵ Sólo así se podrá aceptar la participación de los testigos determinados para el hecho solemne del testamento.

⁶⁴Código Civil, Art. 1061, 320

⁶⁵ Opinión del Autor

Considero que para que puedan actuar los testigos con buena fe, la ley debe establecer la circunstancia de hallarse en sano juicio el testador, mediante una certificación médica conferida bajo juramento por el facultativo que la emite, misma que se adjuntará al testamento, de esta manera los testigos no serán responsables del juicio del testador.

Por ello, para evitar que se incurra en situaciones que puedan nulificar el testamento, se exige prueba plena de la falta razón al momento de testar; prueba que no solo debe producirse por dictámenes de peritos y testimonios, sino también por presunciones graves, precisas y concordantes, fundadas en hechos indiscutibles⁶⁶.

2. El Art. 1050⁶⁷ determina las incapacidades para ser testigos del acto testamentario, donde en ningún momento se excluye de tal posibilidad a los parientes dentro del cuarto el grado de consanguinidad y segundo de afinidad del testador o de los herederos directos, en torno a quienes se puede suponer que puede ocurrir alguna acción o acto que afecte la legalidad del testamento por ser parte interesada.

Aunque por principio jurídico, sabemos que si la que la ley no lo prohíbe de manera expresa, tácitamente lo permite, por lo que sería muy posible que participen, sin sufrir inhabilitación, como testigos los parientes consanguíneos o afines en estos grados de consanguinidad y de afinidad, tanto del testador como de los herederos, quienes con su participación como testigos podrían afectar expresas solemnidades de ley que exige el acto testamentario.

⁶⁶ LARREA HOLGUÍN, Juan, op. cit. p. 210

⁶⁷Código Civil, Art. 1050.

En cuanto a la inhabilidad de los testigos testamentarios, se estima que el artículo citado, donde se acepta a los analfabetos⁶⁸ como testigos, se señala que de los tres testigos del testamento ante Notario, uno por lo menos deberá saber leer y escribir, y cuando sean cinco testigos, dos por lo menos deben leer y escribir; para garantizar la seguridad jurídica, aunque los analfabetos pueden ser susceptibles de engaño o de cualquier tipo de práctica dolosa. Por tanto, el testigo debe ser persona que sepa leer y escribir, que comprenda la importancia de ejercer un acto de esa naturaleza, a efecto de garantizar el otorgamiento del testamento con imparcialidad y desinterés⁶⁹. Un analfabeto, por muy honorable que sea, no garantiza tal idoneidad, sin embargo la ley lo permite.

En el caso de la edad, prevalece el hecho de que sean únicamente personas mayores de dieciocho años, que vean, oigan y entiendan al testador y que no hayan sido condenados a las penas que se refiere el Art. 311, numeral cuatro del Código Civil, sin embargo, existe una incongruencia respecto a esta condición, pues si la ley permite que un menor de 18 y mayor de 16 años pueda sufragar, significa que necesariamente está en su sano juicio ante este hecho cívico de trascendental importancia, de igual forma se debe considerar esa edad para el testigo del testamento, en otras palabras, si puede sufragar para elegir un presidente, también puede ser testigo del acto solemne del testamento.

3. La solemnidad del testamento se deduce fundamentalmente del cumplimiento de las formalidades legales previstas en la Ley, con la participación de un ministro de fe pública, como es el Notario, y ante la ausencia de éste, de un Juez de lo Civil de la jurisdicción donde ocurre el

⁶⁸INEC, 2010, 984.878 no saben leer ni escribir, de los 14'483.499 habitantes del Ecuador

⁶⁹ LARREA HOLGUÍN, Juan, op. cit., p. 241

otorgamiento del testamento y en presencia de los testigos. Sin embargo, el primer inciso del Art. 1052 del Código Civil, establece la posibilidad de que el testamento abierto se otorgue ante Notario y tres testigos, o ante cinco testigos, esto último cuando el testamento no ha sido otorgado ante Notario o ante un Juez de primera instancia, como así lo establece el Art. 1058; una cuestión que resulta inaceptable, pues la solemnidad del testamento se deduce de la participación de un Notario. Por tanto, la posibilidad de otorgar testamento solemne, únicamente con la presencia de cinco testigos en ausencia de un Notario, no se puede considerar un atentado al derecho a la seguridad jurídica de los herederos, que podrían afectar su derecho a la propiedad. Al respecto, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, dice en el Art. 23: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar⁷⁰

La solemnidad tiene por objeto garantizar la validez y autenticidad de la última voluntad del testador; sin embargo, al permitir la ley que el testamento pueda otorgarse prescindiendo de algunas de las solemnidades, se corre el riesgo de que se otorguen testamentos sin la debida capacidad o pleno conocimiento y libertad, o suplantar la voluntad del testador, falsificar el testamento, alterarlo, o que los testigos no reúnan las condiciones de idoneidad exigidas por la ley, a más de que puedan servir como testigos los parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad. La habilidad de los testigos no es una solemnidad más del testamento, sino un requisito de validez, como lo es la capacidad del testador.

⁷⁰Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, Colombia, IX Conferencia Internacional Americana, 1948, Art. 23.

El Art. 1055 del Código Civil⁷¹, ratifica la posibilidad de otorgar testamento solemne abierto sin la presencia del Notario, cuando en el segundo inciso señala “Pero sea que el testador lo tenga escrito, o que se escriba en uno o más actos, será todo él leído en alta voz por el Notario, si lo hubiere, o a falta de Notario, por uno de los testigos, designados por el testador a este efecto”⁷². Otorgar testamento solemne abierto solamente con la presencia de cinco testigos, en ausencia de un ministro de fe pública, está en abierta contradicción con las solemnidades esenciales que debe reunir el acto testamentario.

En el caso del Art. 1058 donde se establece el procedimiento para la protocolización del testamento otorgado ante cinco testigos, es una disposición que aumenta la inseguridad jurídica de los herederos del testador; pues como se puede apreciar, se permite incluso que las firmas del testador y de los testigos ausentes (que bien pueden ser los cinco testigos que participaron en el acto testamentario) sean abonadas por declaraciones juradas de otras personas fidedignas, disposición que no garantiza ninguna seguridad jurídica, incongruencia que se manifiesta también en el Art. 621 del Código de Procesamiento Civil⁷³.

4. Existe insuficiencia normativa en el segundo inciso del Art. 1056 del Código Civil en cuanto señala que “Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se mencionará en el testamento esta circunstancia, expresando la causa”⁷⁴. Considero que en tal circunstancia, a menos que el testador sea

⁷¹Código Civil, Art. 1055

⁷² Código Civil, Art. 1055.

⁷³Código de Procedimiento Civil, Art. 621

⁷⁴Código Civil, Art. 1056.

una persona imposibilitada físicamente por no tener sus dos manos o en el caso de una enfermedad grave que le produzca incomodidad grande para incorporarse y firmar, debería señalarse que el testador debe estampar la huella digital del dedo pulgar derecho, y en caso de falta de aquel, el del dedo pulgar izquierdo, a fin de determinar con certeza la comparecencia del testador al acto.

Es importante precisar que la imposibilidad no únicamente puede ser natural, como es el caso de padecer alguna enfermedad grave que le cause dificultad para incorporarse, sino también la imposibilidad física, de no disponer de sus dos miembros superiores.

5. En el testamento que no ha sido otorgado ante Notario, o un Juez de primera instancia, sino ante cinco testigos, en cuanto a que en los incisos tercero y cuarto del Art. 1058 del Código Civil, se permite que las firmas de los testigos ausentes y del propio testador sean abonadas por declaraciones juradas de otras personas fidedignas.

Si bien ésta solemnidad suple la ausencia de los testigos que participaron en el acto, la ausencia de los testigos a cumplir con una solemnidad exigida por la ley, no debe dar lugar a presumir que haya injerencia sobre los testigos de las partes interesadas para que no concurran ante el juez a reconocer sus firmas y la del testador.

Asimismo de la clase de imposibilidad por la que los testigos dejen de concurrir a cumplir con la solemnidad del testamento, sólo sería en casos de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados.

De igual manera, el Código Civil en su Art. 1056⁷⁵ permite que en el testamento solemne abierto se prescindiera de la firma del testador cuando éste no supiere o no pudiese firmar, se mencionará en el testamento esta circunstancia, expresando la causa. En esta disposición no se contempla otra solemnidad que brinde seguridad jurídica, lo cual evitará originar problemas en caso que se produzca su nulidad por ser falsa la causa.

En las solemnidades del testamento cerrado en los incisos tercero y cuarto del Art. 1063, donde se permite que las firmas del Notario y los testigos ausentes que hubieren intervenido en el acto testamentario sean abonadas por los testigos presentes, mediante declaraciones juradas de otras personas fidedignas, cuestión que brinda seguridad jurídica a los herederos.

2.2.4 Derecho Comparado

2.2.4.1 Derecho comparado con CHILE

Habilidad de los testigos.

Los testigos de un testamento deben reunir ciertos requisitos, y en 1º lugar deben ser hábiles para ser tales.

El art. 1012 dispone que “no podrán ser testigos en un testamento solemne en Chile:

1. menores de 18 años.
2. los que se hallaren por interdicción por causa de demencia.
3. todos los que actualmente se hallaren privados de razón.
4. ciegos.
5. sordos.
6. mudos.

⁷⁵Código Civil, Art. 1056

7. los condenados a algunas de las penas asignadas en el art. 267 n° 4, y en general, los que por sentencia ejecutoriada estuvieren inhabilitados para ser testigos.

La ley 19.585 olvido modificar este precepto ya que la remisión al art. 267 corresponde a la antigua numeración del Código Civil, antes de la dictación de dicha ley. De todos modos la remisión ya estaba equivocada con la modificación que había sufrido dicho artículo 267. En virtud de la ley 5.521 del año 34 hoy debe considerarse hecha al art. 271.

8. los amanuenses del notario que autorizare el testamento.
9. los extranjeros no domiciliados en Chile.
10. las personas que no entienden el idioma del testador, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1024”.

Habilidad putativa para ser testigos.

El art. 1013: “si alguna de las causales de inhabilidad expresadas en el art. precedente no se manifestare en el aspecto de comportamiento de un testigo, y se ignorare generalmente en el lugar donde el testamento se otorga, fundándose la opinión contraria en hechos positivos y públicos, no se invalidará el testamento por inhabilidad real de testigo.”

De manera que si un testigo es inhábil, pero esa inhabilidad no se manifestare exteriormente y la opinión dominante era que este testigo podía serlo del testamento la circunstancia de la inhabilidad real del testigo no anula el acto.

Ej.: hace de testigo en un testamento un joven de 17 años, casado y a quienes todos crean mayor de edad.

En este caso, el Código Civil de Chile sí permite a un menor de edad participar en el hecho solemne del testamento, siempre y cuando sea casado y reconocido por quienes consideren que deba serlo. Caso contrario en Ecuador, ya que la minoría de edad dificulta que pueda ejercer dicho derecho.

2.2.4.2 Derecho comparado con ESPAÑA

El testamento es un acto formal, y de explicarlo se encarga el código civil en su libro tercero, Título III, Capítulo Primero, Sección tercera donde se trata la forma de los testamentos. Concretamente en el art. 687, advierte que *el testamento en cuyo otorgamiento no se observen las formalidades específicas establecidas en el texto jurídico será considerado nulo*. En anteriores artículos se definen, por ejemplo, los sujetos que no pueden ser testigos en testamentos, entre los cuales figuran los menores de edad, excepto en caso de epidemia cuando podrán ser testigos aquellos que tengan al menos 16 años; los ciegos y los totalmente sordos o mudos; los que no comprendan el idioma hablado por el testador; los que no estén *en su sano juicio*; o los parientes o cónyuges dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del notario autorizante y los compañeros de trabajo del mismo.⁷⁶

También se hace referencia a la inhabilitación que puede sufrir una persona para ser testigo, aclarándose que la incapacidad que lo inhabilite debe existir al tiempo de otorgarse el testamento. En el art. 685 se resalta la importancia de que el testador debe ser identificable en el momento de

⁷⁶Introducción al Derecho Patrimonial Privado. 2013. Francisco Capilla Roncero y otros. Tomado del sitio <http://html.rincondelvago.com/testamento-holografo.html>

otorgar el testamento, para ello el CC. establece que esto debe realizarse mediante la observación de documentos públicos expedidos con el fin de identificar a las personas o bien por el mero hecho de que el notario lo conozca personalmente o, en su defecto, mediante dos testigos que sean a la vez conocidos del testador y del propio notario. En el caso de que existan cinco testigos idóneos junto al testador y, simultáneamente, este se hallare en peligro inminente de muerte, se podrá prescindir de la figura del notario.⁷⁷

En la Constitución española, se acepta que participen como testigos en el solemne acto del testamento, como lo indica el art. 701, el menor, mayor de 17 años o en caso contrario, en caso de epidemia, hasta los 16 años, lo cual es totalmente contrario al Código Civil ecuatoriano que especifica rotundamente que el testigo bajo toda circunstancia debe ser mayor de 18 años de edad.

⁷⁷Introducción al Derecho Patrimonial Privado. 2013. Francisco Capilla Roncero y otros. Tomado del sitio <http://html.rincondelvago.com/testamento-holografo.html>

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Determinación de los métodos a utilizar

3.1.1. Método inductivo

Este método permitió establecer proposiciones de carácter general inferidas de la observación y el estudio analítico-crítico de hechos y fenómenos particulares, como de la revisión de literatura en los marcos histórico, doctrinario y jurídico del objeto de estudio; además, se lo aplicó en la redacción de conclusiones derivadas precisamente de los datos e información obtenida a través de las técnicas que se emplearán en la investigación. Para el efecto, se realizó el análisis doctrinario, jurídico y legislativo en torno a la participación del menor en el acto solemne del testamento como testigo.

3.1.2. Método Deductivo

Este método permitió realizar un estudio jurídico y bibliográfico de aspectos generales de la investigación referentes a los derechos del menor de 18 y mayor de 16 años contenidos en la Constitución, para llegar a cuestiones particulares y puntuales en la investigación, como es el derecho a intervenir como testigo en el solemne hecho del testamento, mismos que están resumidos en las conclusiones.

3.1.3. Método Analítico

Por la naturaleza de la investigación, fue necesario realizar un estudio analítico de los diferentes aspectos planteados, pues el tema sobre el

derecho del menor de 18 y mayor de 16 años a intervenir como testigo en el solemne hecho del testamento requiere de este tipo de estudio, a fin de comprender la incidencia de este cuerpo de ley en las relaciones jurídicas y en los derechos individuales.

3.2. Diseño de la investigación

Se aplicaron los siguientes tipos de investigación:

Investigación Científica

Esta investigación permitió un conjunto de pasos y procedimientos que en forma secuencial y sistemática se aplicaron para alcanzar los resultados (datos e información) y en base a ellos, descubrir nuevos conocimientos y plantear una propuesta de reforma jurídica al derecho que deben ejercer los menores de 18 y mayores de 16 años a participar como testigos en el solemne hecho del testamento..

Investigación Descriptiva

El desarrollo de la investigación hace una descripción objetiva los diferentes aspectos y temas considerados en el plan de Tesis. La descripción de los campos problemáticos que se generan por la aplicación del art. 1050 del Código Civil respecto a quienes no pueden ser testigos en el hecho solemne del testamento, permitieron plantear una propuesta de reforma jurídica, y así garantizar el derecho constitucional de los menores a ejercer dicho derecho.

Investigación Bibliográfica

Con esta investigación se tuvo acceso a la información contenida en los diferentes textos jurídicos, como: Códigos, leyes, Constitución de la República del Ecuador, doctrina, páginas de Internet, tesis, revistas científicas, datos estadísticos, entre otros.

Investigación de campo

Mediante esta investigación se obtuvo datos e información proporcionada por moradores del cantón Quevedo y abogados en libre ejercicio profesional y jueces de lo Civil.

3.3. Población y Muestra

El Universo de la población comprendió el número total de moradores del cantón Quevedo, cuya cantidad es de 173.575 habitantes (INEC 2010), y de 261 abogados en libre ejercicio profesional del cantón Quevedo. El tamaño de la muestra se obtuvo aplicando la siguiente fórmula:

Muestra.

z = Nivel de confianza (95%)

N = Población (173.575)

P= Probabilidad que el evento ocurra (50%)

Q = Probabilidad que el evento no ocurra (50%)

E = Error máximo admisible± (5%)

n= Tamaño de muestra

$$n = \frac{Z^2 \cdot PQ \cdot N}{e^2(N-1) + Z^2 \cdot PQ}$$

$$n = \frac{2^2 \cdot 0.25 \cdot 173575}{0.05^2(173575-1) + 2^2 \cdot 0.50}$$

$$n = \frac{4 \cdot 0.25 \cdot 173575}{0.0025(173574) + 4 \cdot 0.50}$$

$$n = \frac{173575}{433.935+2}$$

$$n = \frac{173575}{435}$$

n = 399 Habitantes del cantón Quevedo

De igual manera se presenta el desarrollo de la misma fórmula para 261 abogados del Colegio de Abogados actual.

$$n = \frac{2^2 \cdot 0.25 \cdot 261}{0.05^2(261-1) + 2^2 \cdot 0.50}$$

$$n = \frac{4 \cdot 0.25 \cdot 261}{0.0025(261) + 4 \cdot 0.50}$$

$$n = \frac{261}{0,66+2}$$

$$n = \frac{261}{2,66}$$

n = 98 Abogados del cantón Quevedo

Composición de la muestra

Personas para la encuesta	397
Abogados	98
Juez de lo Civil	1
Juez de lo Civil	1
Total	497

El tamaño de la muestra general fue de 497 entre Moradores, Abogados y Jueces de lo Civil del cantón Quevedo., más dos Jueces de lo Civil.

3.4. Técnicas e Instrumentos de investigación

Se emplearon las siguientes técnicas:

3.4.1. Encuesta

Se aplicó una encuesta a 397 moradores del cantón Quevedo y a 98 abogados en libre ejercicio profesional de la ciudad de Quevedo. Como instrumento se aplicó un cuestionario.

3.4.2. Entrevista

Se entrevistó a dos Jueces de lo Civil del cantón Quevedo, y como instrumento se aplicó una guía de entrevista.

3.5. Validez y confiabilidad de los instrumentos

Los instrumentos de recolección de datos (encuestas y entrevistas), a efecto de garantizar su validez y confiabilidad, siguieron el siguiente proceso:

Una vez redactadas las preguntas de la encuesta y la entrevista, fueron de inmediato sometidas a la revisión del Director de Tesis, sugerencias que sirvieron para mejorar en su contenido.

Adicional a ello, las preguntas fueron revisadas por un experto en investigación científica, un filtro que sirvió para contar con instrumentos técnicos que permitan recoger la información requerida.

Por último, se aplicó una encuesta a un grupo seleccionado de moradores del cantón Quevedo y de profesionales del Derecho, con el fin de recopilar toda la información que pudiera servir para la elaboración de la presente investigación.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS EN RELACIÓN CON LA HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. Análisis e interpretación de gráficos y resultados

4.1.1. Encuesta a Moradores de la ciudad de Quevedo

1.- ¿Usted está de acuerdo que el Estado debe garantizar a todas las personas el disfrute pleno de sus derechos?

Cuadro 1: El Estado garantizará los derechos del adolescente.

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	397	100 %
No	0	0
Total	397	100 %

Fuente: Encuesta a moradores del cantón Quevedo

Elaborado por: Autor



Gráfico 1.- El Estado garantizará los derechos del adolescente.

Análisis e Interpretación

Los resultados de la pregunta uno, demuestran que la totalidad considera que el Estado debe garantizar a todas las personas el disfrute pleno de sus derechos. Del análisis de los resultados de esta encuesta, se concluye manifestando lo mismo.

2.- ¿Considera usted que los menores de 18 y mayores de 16 años pueden ejercer todos o casi todos los mismos derechos que los adultos?

Cuadro 2: Los menores de 18 16 años tienen derechos.

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	215	54 %
No	131	33 %
A veces	51	13 %
Total	397	100 %

Fuente: Encuesta a moradores del cantón Quevedo

Elaborado por: Autor



Gráfico 2.- Los menores de 18 16 años tienen derechos.

Análisis e Interpretación

Los resultados de la pregunta dos, demuestran que el 54% considera que los menores de 18 y mayores de 16 años pueden ejercer todos o casi todos los mismos derechos que los adultos, el 35% que no y el 13% que a veces. Del análisis de los resultados de esta encuesta, se concluye manifestando que la mayoría aprueba lo establecido en esta pregunta.

3.- ¿Considera usted que un menor de edad pueda ejercer el derecho como testigo en el solemne acto de un testamento?

Cuadro 3: Testigo en el solemne acto del testamento.

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	355	89 %
No	25	7 %
No contestó	17	4 %
Total	397	100 %

Fuente: Encuesta a moradores del cantón Quevedo

Elaborado por: Autor



Gráfico 3.- Testigo en el solemne acto del testamento.

Análisis e Interpretación

Los resultados de la pregunta tres, demuestran que un 89 % de los encuestados dice que si tienen derecho a que se reconozca como testigo

en el solemne acto del testamento, un 7% que no y el 4% restante prefirió no contestar. Del análisis de los resultados de esta encuesta, se concluye manifestando que la mayoría de los moradores del cantón Quevedo encuestados, consideran que un menor si debe tener derecho a ser testigo en el solemne acto del testamento.

4.- ¿Considera usted que no importa la edad para ser reconocido como testigo en el solemne acto del testamento?

Cuadro 4:La edad de 16 años para ser testigo solemne.

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	141	36 %
No	256	64 %
Total	397	100 %

Fuente:Encuesta a moradores del cantón Quevedo

Elaborado por: Autor



Gráfico 4.- La edad de 16 años para ser testigo solemne.

Análisis e Interpretación

Los resultados de la pregunta cuatro, demuestran que más de la mitad o sea, el 64% de los encuestados considera que no importa la edad para

ser reconocido como testigo en el solemne acto del testamento, mientras que el 36% restante manifestó que sí importa. Del análisis de los resultados de esta encuesta, se concluye manifestando que la mayoría de los encuestados, considera que no importa la edad para ser reconocido como testigo en el solemne acto del testamento.

5.- ¿Cree usted que se deba existir una reforma en el Código Civil para que el menor de 18 y mayor de 16 años pueda ser testigo en el solemne acto del testamento?

Cuadro 5: Reforma en el Código Civil para testigo a los 16 años.

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	311	78 %
No	86	22 %
Total	397	100 %

Fuente: Encuesta a moradores del cantón Quevedo

Elaborado por: Autor



Gráfico 5.- Reforma en el Código Civil para testigo a los 16 años.

Análisis e Interpretación

Los resultados de la pregunta cuatro, demuestran que el 78% considera que deba existir una reforma en el Código Civil para que el menor de 18 y

mayor de 16 años pueda ser testigo en el solemne acto del testamento, mientras que el 22% restante considera que no. Con la reforma se evitarán que se vulneren los derechos y garantías constitucionales del afectado.

4.1.2. Encuesta a Profesionales del Derecho de la ciudad de Quevedo

6.- ¿Cree usted que la Constitución, garantiza totalmente el derecho a los menores de edad?

Cuadro 6: Derecho a los adolescentes.

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	16	16 %
No	68	69 %
A veces	14	14 %
Total	98	100 %

Fuente: Encuesta a profesionales del Derecho del cantón Quevedo

Elaborado por: Autor

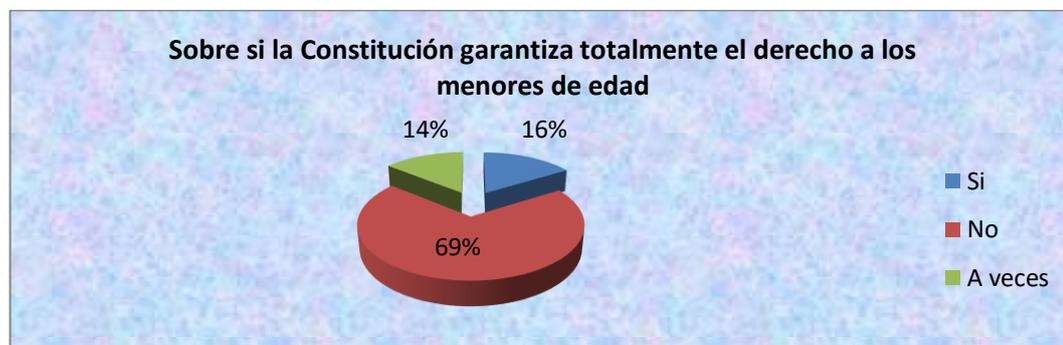


Gráfico 6.- Derecho a los adolescentes.

Análisis e Interpretación

Los resultados de la pregunta seis, demuestran que un 69 % de los encuestados dice que la Constitución, no garantiza totalmente el derecho a los menores de edad, un 16% que si y el 14% restante considera que a veces. Se establece que la Constitución no garantiza el derecho a ser

testigo en el hecho solemne del testamento por ser menor de edad, por lo que es necesaria la aplicación de la propuesta de la investigación.

7.- ¿Cree usted que se deba permitir que el menor de 18 y mayor de 16 años pueda ejercer su derecho de participar como testigo en el solemne hecho del testamento?

Cuadro 7: El menor de 18 y mayor de 16 años puedan ser testigos.

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	65	66 %
No	33	34 %
A veces	0	0
Total	98	100 %

Fuente: Encuesta a profesionales del Derecho del cantón Quevedo

Elaborado por: Autor



Gráfico 7.- El menor de 18 y mayor de 16 años puedan ser testigos.

Análisis e Interpretación

Los resultados de la pregunta siete, demuestran que el 66% de los encuestados considera que el menor de 18 y mayor de 16 años si debe ejercer su derecho de participar como testigo en el solemne hecho del testamento, mientras que el 34% restante manifiestan que no. Esto certifica entonces que con una reforma se respetarán los derechos y garantías constitucionales de los menores.

8.- ¿Cree usted que reformando el art. 1050 del Código Civil se protegerá el derecho del menor a ser testigo en el testamento?

Cuadro 8: Derecho del menor a ser testigo en el testamento.

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	65	66 %
No	33	34 %
Total	98	100 %

Fuente: Encuesta a profesionales del Derecho del cantón Quevedo

Elaborado por: Autor

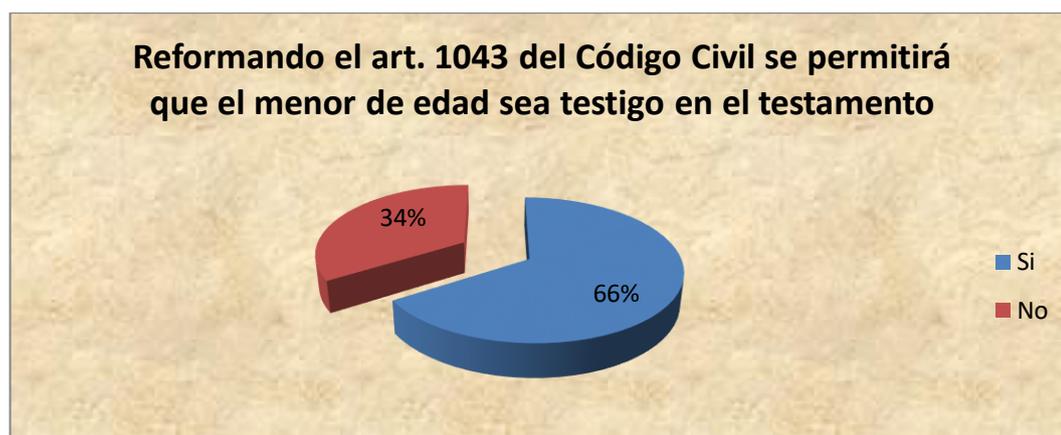


Gráfico 8.- Derecho del menor a ser testigo en el testamento.

Análisis e Interpretación

Los resultados de la pregunta ocho, demuestran que el 66% de los encuestados considera que reformando el art. 1050 del Código Civil se permitirá que el menor sea testigo en el testamento, mientras que el 34% considera que no. Con la reforma, según los encuestados se respetarán

las garantías constitucionales del menor y se protegerá el derecho de ser testigo en un testamento.

9.- ¿Considera usted que para aplicar la reforma al art. 1050 del Código Civil se deba tomar en cuenta la mentalidad del menor?

Cuadro 9: Se debería tomar en cuenta la mentalidad del menor.

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	25	26 %
No	73	74 %
A veces	0	0
Total	30	100 %

Fuente: Encuesta a profesionales del Derecho del cantón Quevedo

Elaborado por: Autor

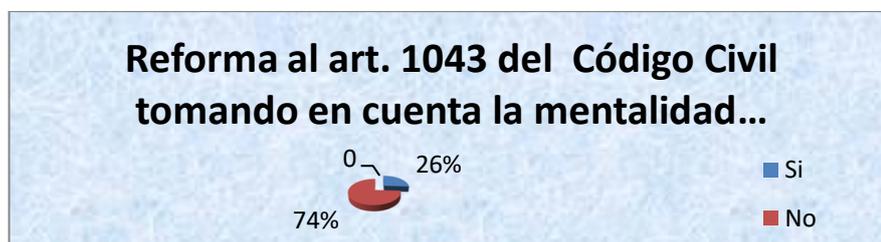


Gráfico 9.- Se debería tomar en cuenta la mentalidad del menor.

Análisis e Interpretación

Los resultados de la pregunta nueve, demuestran que el 74% de los encuestados considera que al aplicar la reforma al art. 1050 del Código Civil no se debe tomar en cuenta la mentalidad del menor, mientras que el 26% considera que sí. Según los encuestados la mentalidad del menor de 18 y mayor de 16 años está en capacidad de razonar respecto al hecho serio de ser testigo en un testamento, es igual como en el sufragio.

10.- ¿Está usted de acuerdo en que se deba aplicar la propuesta de reforma al art. 1050 del Código Civil que se plantea en este trabajo de investigación?

Cuadro 10: Para aplicar la reforma al art. 1050 del Código Civil.

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	98	100 %
No	0	0
Total	98	100 %

Fuente: Encuesta a profesionales del Derecho del cantón Quevedo

Elaborado por: Autor

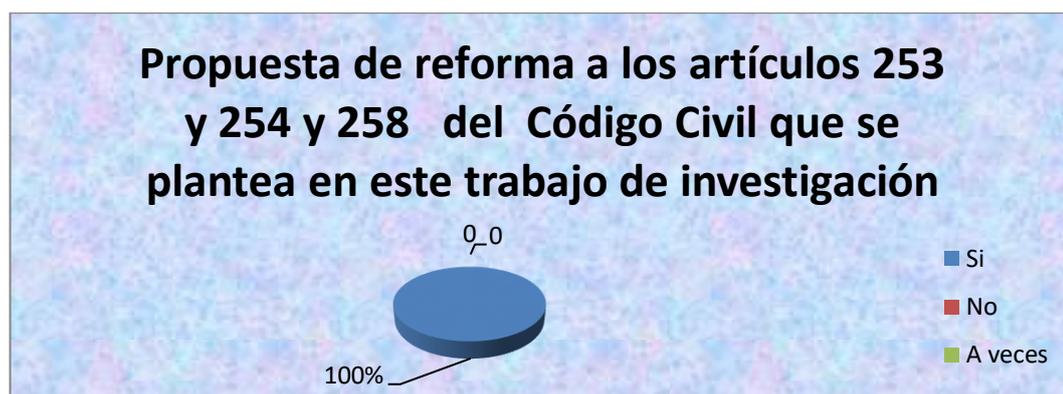


Gráfico 10.- Para aplicar la reforma al art. 1050 del Código Civil.

Análisis e Interpretación

Los resultados de la pregunta nueve, demuestran que la totalidad de los encuestados de acuerdo en que se deba aplicar la propuesta de reforma al art. 1050 del Código Civil que se plantea en este trabajo de investigación. Con la propuesta, se espera ayudar a que se respeten las garantías constitucionales del menor y proteger el derecho de ejercer como testigo en un acto solemne del testamento.

4.1.3 Entrevistas

1.- Entrevista al abogado Juez de lo Civil del cantón Quevedo

1.- ¿Considera Ud., que al no permitirse reconocer a un menor el derecho a participar del hecho solemne del testamento, se vulneraría el derecho a la identidad cívica por lo tanto a su desarrollo jurídico integral?

Por supuesto que es así. Ciertamente es que algunas leyes y normas jurídicas no están acorde con los cambios que ha venido experimentando la sociedad, y sobre todo con los principios y derechos prescritos en la nueva Constitución del Ecuador, razón por lo que se han dictado y promulgado otras leyes; sin embargo ha ocurrido que algunos preceptos jurídicos de leyes han violado derechos constitucionales, ese es el caso de que se vulneren algunos derechos del menor cuando por otro lado se acepta que él pueda sufragar, esto es lo que llamamos incongruencia jurídica, por lo que debería atenderse este asunto y buscar una solución en beneficio de los afectados.

2.- ¿Cree usted que la normativa de una declaración jurídica para que el menor pueda ser testigo en un testamento, garantiza el derecho constitucional a la participación?

La normativa de la participación del menor como testigo en un testamento, sí garantiza el derecho constitucional, como ocurre en otros países, pero depende si se la aplica o no. Esta debe guardar concordancia con lo establecido en la Constitución de la República. Sin embargo, por ejemplo, el articulado que hace relación a la participación ciudadana, se refiere que

el menor de 18 y mayor de 16 años también tiene el derecho de participar en hechos jurídicos que le han pertenecido al mayor de edad.

3.- ¿Cree usted que reformando el art. 1050 del Código Civil protegerá el derecho de participación?

Para proteger el derecho de participar en un hecho tan solemne como el ser testigo en un testamento, sí, por lo que es necesario reformar al artículo al que usted se refiere. Pongamos el caso como el sufragio, la edad de mayor de 16 años, según la ley, es suficiente para que el menor pueda sufragar, o sea, cumple las mismas obligaciones que un mayor de edad eligiendo a quien llevará las riendas del poder en el Ecuador, pero no se permite que ese mismo menor pueda cumplir con otro derecho, que en este caso es el de ser testigo en un testamento. Esto sin duda viola el derecho constitucional a la participación. Considero que es la reforma a este artículo puede equiparar los derechos.

2.- Entrevista al abogado Juez de lo Civil del cantón Quevedo

1. ¿Cree usted que la reforma que se plantea en el Código Civil es suficiente para garantizar el derecho a que el menor pueda participar como testigo en un testamento?

Por supuesto que sí, el principio del interés superior de la Constitución de la República del Ecuador es que se respeten los derechos de los adolescentes menores y los mayores de edad, estos derechos prevalecen sobre los demás. El juez debe en todo momento garantizar que la justicia brille, pues el propósito es alcanzar un auténtico orden justo dentro de la sociedad, cumpliendo las disposiciones imperativas del derecho; pues el

fin supremo del derecho es la justicia. Está normado que el estado regula y garantiza los derechos de las personas mediante normas del derecho público, para garantizar justicia individual que tiende al bien particular.

2.- ¿Entonces, está usted de acuerdo que el Estado debe garantizar a todas las personas el disfrute pleno de sus derechos?

Por supuesto que sí. Si la Constitución es el germen de toda la estructura orgánica jurídica del Ecuador, que abarca a los ecuatorianos en un derecho común, le corresponde al Estado, como la máxima organización de la sociedad, que tiene el deber constitucional y legal, proteger estos derechos y garantizar el desenvolvimiento normal de los mismos, creando las condiciones que favorezcan íntegramente la consecución de sus fines. El derecho a la elegir y ser elegido, a tener un trabajo y un bien material, es un derecho constitucional de los ecuatorianos, donde la justicia debe garantizar que este derecho no se vulnere.

4.2. Comprobación de la hipótesis

Con los resultados de la investigación de campo, llevada a cabo mediante encuestas, concretamente con los resultados de las preguntas 3, 7 y 8 y la información proporcionada en las entrevistas, se llegó a determinar que la hipótesis planteada en la presente investigación, sobre la reforma al Art. 1050 del Código Civil, que garantizará el derecho del menor de 18 y mayor de 16 años a ser testigo en el hecho solemne del testamento y que dice **“Con la reforma al Art. 1050 del Código Civil se respetará la constitucionalización del derecho del adolescente mayor de 16 años a intervenir como testigo en acto testamentario”**, es positiva, por tanto se acepta.

4.3. Reporte de la investigación

La investigación realizada, y que hizo posible la culminación de la Tesis intitulada ““La constitucionalización del derecho del adolescente mayor de 16 años a intervenir como testigo en acto testamentario”” comenzó con la búsqueda de información bibliográfica jurídica sobre determinados campos problemáticos que ciertas normas jurídicas y cuerpos de ley están generando situaciones de insatisfacción en la sociedad, dado el amplio espectro de derechos que garantiza la Constitución de la República del Ecuador.

Esa búsqueda de información jurídica se concentró en el tema de la no participación de determinados individuos en el hecho solemne del testamento contenida en el Código Civil, (Art. 1050), de cuyo análisis jurídico del problema se evidenció una serie de causas y consecuencias que se generan por la aplicación del artículo mencionado y que viola derechos y más expresas disposiciones constitucionales de las personas, como el derecho del menor de 18 y mayor de 16 años a ser testigo en dicho solemne acto.

La formulación de los objetivos (generales y específicos) de la investigación y la hipótesis, orientaron todo el proceso del desarrollo de la tesis: el marco teórico, la recopilación de datos, el análisis de la investigación de campo y la propuesta.

En la encuesta aplicada a los moradores y abogados en libre ejercicio profesional de la ciudad de Quevedo, se consideró una muestra representativa en base a una fórmula estadística; la entrevista se realizó a dos Jueces de la Civil de esta misma ciudad de Quevedo. Datos e

información que permitieron comprobar la hipótesis que dice **“Con la reforma al Art. 1050 del Código Civil se respetará la constitucionalización del derecho del adolescente mayor de 16 años a intervenir como testigo en acto testamentario”**, que se planteó en la investigación, y que al ser positiva se la aceptó.

La propuesta de reforma al Art. 1050, sin duda permitirá salvaguardar los derechos y garantías constitucionales de los afectados, por lo tanto, los resultados que se esperan son:

Garantizar que el principio del interés superior del menor de 18 y mayor de 16 años no se vulnere.

Que se garantice el derecho de los menores de 18 y mayores de 16 años a participar como testigos en el hecho solemne del testamento.

Que esta declaración jurídica de participación sea una instancia legal donde las personas demanden el cumplimiento de sus derechos.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

1.- No todas las personas tienen el disfrute pleno de sus derechos, como por ejemplo, los menores de 18 y mayores de 16 años, no pueden ejercer los mismos derechos que los adultos, sin embargo a ellos se les ha permitido ejercer el derecho al voto, por lo tanto es aceptable que ejerzan también el derecho a intervenir como testigo en la figura jurídica del testamento.

2.- Se establece que un menor de edad no puede ejercer el derecho como testigo en el acto solemne de un testamento, pues la edad no le permite ejercer dicho derecho, tal como lo establece la normativa legal en el Código Civil para que dicho menor de 18 y mayor de 16 años pueda hacerlo, sin embargo si puede ejercer otros derechos.

3.- No existe una reforma en el Código Civil sobre la posible participación del menor de 18 y mayor de 16 años para participar en el hecho solemne del testamento.

4.- Si el testamento no reúne todas las solemnidades y formalidades jurídicas no producirá efecto alguno ni podrá calificarse como testamento, como en el caso de la edad de los testigos al acto solemne testamentario.

5.2. Recomendaciones

1.- Presentar una propuesta para que todas las personas tengan el disfrute pleno de sus derechos, como por ejemplo, que los menores de 18 y mayores de 16 años, puedan ejercer los mismos derechos que los adultos.

2.- Que los menores de edad puedan ejercer el derecho como testigo en el acto solemne de un testamento, para lo cual es necesario presentar una normativa legal en el Código Civil para que el menor de 18 y mayor de 16 años pueda ser testigo en el acto solemne del testamento

3.- Mediante una reforma en el Código Civil sobre la posible participación menor de 18 y mayor de 16 años se podrá evitar la vulneración del derecho del menor de participar en el hecho solemne del testamento, pues se persigue que la normativa garantice el derecho del menor en el acto testamentario.

4.- Mediante el cumplimiento de todas las solemnidades y formalidades jurídicas establecidas en la Constitución y la Ley y permitiendo la participación del menor, se estará dando cumplimiento al acto legal como es el testamento, respetando todos los derechos.

CAPÍTULO VI

PROPUESTA

6.1. Título

Reforma al art. 1050 del Código Civil respecto a la participación del menor en el testamento solemne otorgado en el Ecuador

6.2. Antecedentes

La celebración del testamento solemne otorgado en el Ecuador, está sujeta al cumplimiento de ciertas solemnidades establecidas en Código Civil, normativa en la cual se identificaron algunos campos problemáticos, ya analizados, por lo que aquí se hace una breve referencia:

El Art. 1050 del Código Civil determina las incapacidades para ser testigos del acto testamentario, entre las cuales está el numeral 1, en el cual indica que los menores de 18 años no son aptos para testificar en el acto testamentario.

Existen incongruencias jurídicas con este artículo del Código Civil, pues si el derecho a la participación jurídica del menor está garantizado por la Constitución de la República del Ecuador, ya que se le permite sufragar, es de esperar que las disposiciones legales de menor jerarquía que norman el correcto desenvolvimiento de la sociedad, no estén en contradicción, pues carecerían de valor jurídico.

Es inadmisibles que el Código Civil contemple disposiciones que ya no son compatibles con la realidad que vive la sociedad ecuatoriana, en cuanto a

disponer que un menor de 18 y mayor de 16 años, que puede cumplir con el derecho del sufragio, no pueda hacerlo en otras determinaciones jurídicas.

6.3. Justificación

Plantear propuestas de reformas a normas jurídicas y cuerpos de leyes, es consustancial al derecho de las personas a vivir en un medio en el que se respeten sus derechos, donde una administración de justicia se preocupe por el imperio de la ley, sin mengua de condición alguna.

El fundamento para derogar una ley o reformar una norma, está en los requerimientos y necesidades sociales, económicas, culturales y políticas de los pueblos. Velar porque las instituciones jurídicas respondan a ese interés general de las personas, es lo que caracteriza al Derecho, cuyos fines son: la justicia, la igualdad, la libertad, la paz, el orden, la seguridad y el bien jurídico⁷⁸

En ese sentido, la institución jurídica del testamento debe garantizar que el derecho de los menores de 18 y mayores de 16 años no sea vulnerado por incongruencias e insuficiencias en la Ley, por lo que es importante que la relación jurídica que surge de la voluntad del testador y la ley, garantice el cumplimiento de los fines del derecho; esto es, que el vínculo que se establece entre el “hecho y la “norma”, entre un “acto y la norma”⁷⁹ garanticen plenamente el derecho de las personas.

⁷⁸JARAMILLO ORDOÑEZ, Hernán, 2006, La Ciencia y Técnica del Derecho, Universidad Nacional de Loja, Área Jurídica, Social y Administrativa, Loja, p. 91.

⁷⁹REALE, Miguel, 1996, Introducción al Derecho, Ediciones Pirámides, S. A.-. España, p. 171.

Lo antedicho, justifica la necesidad de reformar al Art. 1050 del Código Civil respecto a la elaboración del testamento solemne otorgado en el Ecuador, a fin de precautelar la vigencia y universalidad de los derechos de las personas.

6.4. Objetivos

6.4.1. General

Elaborar una propuesta de reforma jurídica al Art. 1050 del Código Civil respecto a la participación de testigos en el hecho solemne del testamento, a fin de que guarden coherencia con los preceptos constitucionales

6.4.2. Específicos

Determinar en la exposición de motivos, las razones que fundamentan la propuesta de reforma.

Determinar el marco constitucional en el que se inserta la propuesta de reforma a los preceptos jurídicos mencionados.

Definir la propuesta de reforma jurídica de participación del menor en el hecho solemne del testamento.

6.5. Descripción de la propuesta

6.5.1. Desarrollo

ASAMBLEA ANACIONAL EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Que, corresponde a la Asamblea Nacional Constituyente promover un proceso de reformas al ordenamiento jurídico ecuatoriano en función de los nuevos requerimientos sociales, políticos y culturales, a efecto de que guarden coherencia con las disposiciones constitucionales.

Que, el desarrollo socioeconómico del país exige de seguridad jurídica y de una administración de justicia que garantice el respeto a los derechos individuales y colectivos.

Que, la sociedad ecuatoriana requiere de instituciones jurídicas que promuevan mejores relaciones jurídicas y garanticen la plena vigencia de los derechos de las personas.

Que, el nuevo modelo de desarrollo vigente en el país exige consolidar las relaciones jurídicas entre los hechos y la norma, a efecto de garantizar la plena vigencia de los derechos de las personas, como es el caso de la institución del testamento.

Que, la Constitución del 2008 garantiza el derecho a la participación cívica como una forma de salvaguardar los derechos y garantías constitucionales, mientras ella cumpla la función social.

Que, el Código Civil, en lo referente a la celebración del testamento solemne otorgado en el Ecuador, contiene algunas disposiciones que no son compatibles con la actual realidad del país, ni garantizan la seguridad

jurídica, pues contiene incongruencias que atentan el legítimo derecho de los herederos.

ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO

Que, el Art. 11, núm. 2, de la Constitución, dice: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades....”

Que, el Artículo 277, para la consecución del buen vivir, núm. 1, dice que es deber del Estado garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza.

En uso de sus atribuciones conferidas en el Art. 120 de la Constitución de la República del Ecuador, núm. 6,

Expide la siguiente:

REFORMA AL ARTÍCULO 1050 DEL CÓDIGO CIVIL, REFERENTE A LA PARTICIPACION DEL MENOR DE 18 AÑOS EN EL HECHO SOLEMNE DEL TESTAMENTO

Dice el Art.:

Art. 1050.- No podrán ser testigos en un testamento solemne, otorgado en el Ecuador:

1o.- Los menores de dieciocho años;

2o.- Los que se hallaren en interdicción, por causa de demencia;

3o.- Los que actualmente se hallaren privados de razón;

4o.- Los ciegos;

5o.- Los sordos;

6o.- Los mudos;

- 7o.- Los condenados a alguna de las penas designadas en el Art. 311, numeral 4º, mientras dure la condena;
- 8o.- Los dependientes del notario que autorizare el testamento;
- 9o.- Los extranjeros no domiciliados en el Ecuador; y,
- 10o.- Los que no entiendan el idioma del testador, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 1062.

Dos a lo menos de los testigos deberán estar domiciliados en el cantón en que se otorgue el testamento; y uno, a lo menos, deberá saber leer y escribir, cuando sólo concurren tres testigos; y dos, cuando concurren cinco.

Debe Constar lo siguiente:

Art. 1050.- No podrán ser testigos en un testamento solemne, otorgado en el Ecuador:

- 1o.- Los menores de **DIECISEIS** años;
- 2o.- Los que se hallaren en interdicción, por causa de demencia;
- 3o.- Los que actualmente se hallaren privados de razón;
- 4o.- Los ciegos;
- 5o.- Los sordos;
- 6o.- Los mudos;
- 7o.- Los condenados a alguna de las penas designadas en el Art. 311, numeral 4º, mientras dure la condena;
- 8o.- Los dependientes del notario que autorizare el testamento;
- 9o.- Los extranjeros no domiciliados en el Ecuador; y,
- 10o.- Los que no entiendan el idioma del testador, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 1062.

Dos a lo menos de los testigos deberán estar domiciliados en el cantón en que se otorgue el testamento; y uno, a lo menos, deberá saber leer y

escribir, cuando sólo concurren tres testigos; y dos, cuando concurrieren cinco.

Dado en Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones del Plenario de las Comisiones Legislativas, a los diez días del mes de febrero del dos mil catorce.

PRESIDENTE
ASAMBLEA NACIONAL

SECRETARIO GENERAL
ASAMBLEA NACIONAL

6.6. Beneficiarios

La presente propuesta de reforma al Art. 1050 del Código Civil sobre la participación del menor de 18 y mayor de 16 años como testigo en el hecho solemne del testamento, guarda coherencia con derechos y garantías tutelados en la Constitución de la República, por lo que tiene como beneficiarios a todos los ecuatorianos, y la sociedad en su conjunto.

Por tal motivo, la reforma a las disposiciones jurídicas de la celebración del testamento solemne otorgado en el Ecuador, por el objetivo que tiene de adecuar sus preceptos al marco constitucional vigente, cuyos principios y derechos son inalienables e irrenunciables.

La participación del menor de 18 y mayor de 16 años como testigo en el hecho solemne del testamento, debe estar plenamente garantizado por la ley; por tanto, es la sociedad en su conjunto la que se beneficia con esta reforma.

6.7. Impacto social

Como hemos puntualizado, alcanzar la justicia es una de las aspiraciones más preciadas de la sociedad, pues constituye la máxima categoría axiológica de la ciencia del derecho, cuyo propósito no es sino alcanzar un auténtico orden justo dentro del ámbito social, por lo que la presente reforma al Art 1050 del Código Civil no persigue otra cosa que garantizar que se haga justicia al legítimo derecho de aquellas personas (menores de 16 y mayores de 18 años) que en un momento dado no les sean vulnerado el derecho constitucional y el Principio del interés superior del testamentario, de ser testigo en este acto tan solemne como es el testamento. Por lo que se estima que el impacto social de la reforma es alto.

BIBLIOGRAFÍA

BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, Curso de Derecho Civil, Tomo V., año 2002

BORRERO ESPINOSA, Camilo, Práctica Notarial, Tomo I, Segunda Edición, Loja, año 1994

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Diccionario Jurídico año 2005

CLARO SOLAR, Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado Tomo 13 año 1999

FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, Pedro, Estudios de Derecho Comparado, Segunda Edición, 2002

FRANCISCO CAPILLA RONCERO Tomo Introducción al Derecho Patrimonial Privado. 2007

JARAMILLO ORDÓÑEZ, Hernán, La Ciencia y Técnica del Derecho, Universidad Nacional de Loja, 2006.

JARAMILLO ORDÓÑEZ, Hernán, La Ciencia y Técnica del Derecho, Universidad Nacional de Loja, Área Jurídica, Social y Administrativa, Loja, 2006

JOSSERAND, Derecho Civil, Tomo III, Vol. II, año 2007

LARREA HOLGUÍN, Juan, op. cit. 2000

MAZEAUD, Jean y Hermanos, Derecho Civil, Parte IV, Vol., II, 2000

MEZA BARROS, Ramón, Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos, Santiago, 2000,

MOUCHET Carlos y Zorraquin, Introducción al Derecho , citado en Concepción Teórica y Técnica del Derecho como Regulador del Control Jurídico Político y económico del Estado, Módulo III, 2000

ORTOLAN, M. Compendio de Derecho Romano, Editorial Eliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina 1998

PLANIOL y Ripert, , Tomo V, 2000

REALE, Miguel, Introducción al Derecho, Ediciones Pirámides, S. A.- España, 1996

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española 2008

Enciclopedia Labor, Editorial Labor, tomo IX, Barcelona – España 1960

FERNÁNDEZ VÁSQUEZ, Emilio, Diccionario de derecho Público, Editorial Astrea, Buenos Aires. Argentina. 1981

GARCÍA FALCONI, José, Manual Teórico Práctico en materia Constitucional y Civil, Tomo Primero, Edición aumentada, Quito. 2009

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, México. 1967

JARAMILLO ORDÓÑEZ, Hernán, La Ciencia y Técnica del Derecho, Universidad Nacional de Loja. 2003

LINDE PANIAGUA, Enrique, Constitucionalismo Democrático, Edit. COLEX, Madrid. 2002

LINTON, Ralph, Compendio de Sociología peruana, citado por Alfredo Hernández Urbina Trujillo, Perú. 1972

MARX, Carlos, citado por Eduardo Félix, Sociología, Ecuador. 1971

ORTOLAN, m., Compendio de Derecho Romano. 1976

ORTOLÁN, M., Compendio de Derecho Romano, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires – Argentina. 1978

PLANIOL Y RIPERT, citado por Juan Larrea Holguín en Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Sexto Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador. 1959

RODRÍGUEZ VINCES, Antonio, La Teoría Marxista del Derecho, Editorial Gallo capitán, Quito – Ecuador. 1981

ROJAS SORIA, Raúl, Guía para realizar investigaciones sociales Octava Edición, México. 1987

SALVADOR, José, citado por Alfredo Hernández Hurbina, "Compendio de Sociología Peruana, Trujillo, Perú. 1972

LINKOGRAFIA

<http://www.monografias.com/trabajos97/ley-xii-tablas-derecho-romano/ley-xii-tablas-derecho-romano.shtml>

<http://franksbur.blogspot.com/2013/04/sucesion-testamentaria.html> 2013

<http://es.scribd.com/doc/38351016/OMEBA38>Código Civil, Art. 1037.

<http://www.gacetaoficial.cu/html/icodigocomercio.html>

http://html.rincondelvago.com/patrimonio_1.html

<http://html.rincondelvago.com/testamento-holografo.html>2013.

LEGISLACIÓN DEL ECUADOR

Constitución de la República 2008

Código Civil Ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones Quito 2012.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

El Código Civil

INSTITUCIONES INTERNACIONALES

Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, Art. 21, Derecho a la propiedad privada, 1969

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, Colombia, IX Conferencia Internacional Americana, 1948,

INSTITUCIONES NACIONALES

INEC, 984.878 no saben leer ni escribir, de los 14´483.499 habitantes del Ecuador 2010

Observación general N° 11. Comité del Derechos del Niño

ANEXOS

UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO FACULTAD DE DERECHO ENCUESTA A LOS ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO PROFESIONAL DE LA CIUDAD DE QUEVEDO

Se realiza una investigación con el fin de proponer una reforma al artículo 1050 del Código Civil para permitir al menor de 18 y mayor de 16 años a participar como testigo en el solemne hecho del testamento, por lo que le solicitamos comedidamente se digne contestar el siguiente cuestionario:

1.- ¿Considera Ud., que al no permitirse reconocer a un menor el derecho a participar del hecho solemne del testamento, se vulneraría el derecho a la identidad cívica por lo tanto a su desarrollo jurídico integral?

2.- ¿Cree usted que la normativa de una declaración jurídica para que el menor pueda ser testigo en un testamento, garantiza el derecho constitucional a la participación?

3.- ¿Cree usted que reformando el art. 1050 del Código Civil protegerá el derecho de participación?

UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO
FACULTAD DE DERECHO
ENCUESTA A LOS ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO
PROFESIONAL DE LA CIUDAD DE QUEVEDO

Se realiza una investigación con el fin de proponer una reforma al artículo 1050 del Código Civil para permitir al menor de 18 y mayor de 16 años a participar como testigo en el solemne hecho del testamento, por lo que le solicitamos comedidamente se digne contestar el siguiente cuestionario:

- 1. ¿Cree usted que la reforma que se plantea en el Código Civil es suficiente para garantizar el derecho a que el menor pueda participar como testigo en un testamento?**

- 2.- ¿Entonces, está usted de acuerdo que el Estado debe garantizar a todas las personas el disfrute pleno de sus derechos?**