



UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO

FACULTAD DE DERECHO

CARRERA DE CIENCIAS JURÍDICAS

TEMA

**LA INSEGURIDAD JURÍDICA AL DERECHO A LA SUCESIÓN Y AL
PATRIMONIO, AFECTA AL TESTAMENTO SOLEMNE**

AUTORA

LETY MAGALY PINOS MURILLO

DIRECTORA DE TESIS

AB. EDITH MASIAS GALLO

Quevedo – Los Ríos - Ecuador

2013

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

Dr. Colón Bustamante Fuentes Msc.
DECANO DE LA FACULTA DE DERECHO

Ab. Edison Fuentes Yáñez
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

Ab. Agustín Campuzano Palma
MIEMBRO DEL TRIBUNAL

Dr. Segundo Quispe Goanoluisa
MIEMBRO DEL TRIBUNAL

Ab. Edith Mesías Gallo
DIRECTOR DE TESIS

Srta. Lety Magaly Pinos Murillo
AUTOR

Ab. Alfredo Zavala Buenaño
SECRETARIO ACADEMICO

INFORME DEL DIRECTOR

Ab. Edith Masías Gallo, Directora de Tesis, Certifico: Que la Señora. Egresada Lety Magaly Pinos Murillo, ha realizada la investigación titulada **“LA INSEGURIDAD JURÍDICA AL DERECHO A LA SUCESIÓN Y AL PATRIMONIO, AFECTA AL TESTAMENTO SOLEMNE”** bajo mi dirección, habiendo cumplido a cabalidad con la disposición reglamentaria establecida para el efecto.

Ab. Edith Masías Gallo,
DIRECTORA DE TESIS

DEDICATORIA

Al llegar a la meta que me fijé con tantas expectativas personales y familiares, dedico el presente de trabajo de investigación, -fruto del esfuerzo constante, dedicación y sacrificio, donde se resume la ilusión de un sueño hecho realidad- a las Autoridades de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, en la persona del Sr. Rector, Ing. Roque Vivas Moreira, al Sr. Decano de la Facultad de Derecho, Dr. Colón Bustamante Fuentes y a los docentes de la misma; así como también a quienes de manera desinteresada han sido parte importante de este logro académico.

Lety Magaly Pinos Murillo

AUTORA

AUTORIZACIÓN DE AUTORÍA INTELECTUAL

Yo LETY MAGALY PINOS MURILLO, en calidad de autora de la Tesis “La inseguridad jurídica al derecho a la sucesión y al patrimonio, afecta al testamento solemne”, 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 ésta 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, y en concordancia con el Art. 144 de la Ley de Educación Superior.

Quevedo, 07 de Noviembre del 2012.

Lety Magaly Pinos Murillo

C.I. 120283640-7

ÍNDICE GENERAL

Carátula	
Tribunal de Sustentación	ii
Informe del Director	iii
Dedicatoria.....	iv
Autorización de la Autoría	v
Índice General.....	vi
Índice de cuadros.....	xi
Índice de Gráficos	xiii
Resumen Ejecutivo	xv
CAPÍTULO I	
EL PROBLEMA	
1.1. Introducción	1
1.2. Problematización	2
1.2.1. Formulación del problema.....	5
1.2.2. Delimitación del problema.....	5
1.2.3. Justificación	6
1.3. Objetivos	7
1.3.1. General	7
1.3.2. Específicos.....	7
1.4. Hipótesis	7
1.5. Variables	8

1.5.1. Independiente	8
1.5.2. Dependiente.....	8
1.6. Recursos.....	8
1.6.1. Humanos.....	8
1.6.2. Materiales	9
1.6.3. Presupuesto.....	9
CAPÍTULO II.....	10
MARCO TEÓRICO	10
2.1. Antecedentes de la investigación.....	10
2.2. Fundamentación	11
2.2.1. Doctrina.....	11
2.2.1.1. El patrimonio	11
2.2.1.2. Formas de adquirir el dominio.....	13
2.2.1.3. Origen del testamento.....	18
2.2.1.3.1. Evolución histórica	19
2.2.1.4. El testamento en el Ecuador	21
2.2.1.5. Características del testamento.....	23
2.2.1.6. Importancia jurídica.....	26
2.2.1.7. Concepto y naturaleza del testamento.....	27
2.2.1.8. El testamento como medio de adquirir el derecho de dominio por sucesión por causa de muerte	31
2.2.1.9. Formas de sucesión por causa de muerte	35

2.2.1.9.1. Sucesión testada	35
2.2.1.9.2. Sucesión intestada.....	37
2.2.1.9.3. Sucesión mixta.....	38
2.2.1.10. Órdenes de sucesión	38
2.2.1.10.1. Primer orden sucesorio	39
2.2.1.10.2. Segundo orden sucesorio	39
2.2.1.10.3. Tercer orden sucesorio	40
2.2.1.10.4. Cuarto orden sucesorio.....	41
2.2.1.11. Los asignatarios	42
2.2.1.12. Clases de testamento	43
2.2.1.12.1. Testamento solemne abierto.....	43
2.2.1.12.2. Testamento cerrado	48
2.2.1.12.3 Testamento menos solemne.....	50
2.2.1.12.4. Testamento militar.....	51
2.2.1.12.5. Testamento marítimo	54
2.2.1.13. Personas que intervienen en el testamento.....	57
2.2.1.14. Modos de adquirir el dominio	59
2.2.3. Jurisprudencia.....	67
2.2.3. Legislación	70
2.2.3.1. El derecho de la propiedad y a la seguridad jurídica	70
2.2.3.2. Incongruencias e insuficiencias normativas del Código Civil respecto del testamento solemne otorgado en el Ecuador	71

2.2.4. Derecho comparado	80
2.2.5. Glosario de términos	83
CAPÍTULO III	85
METODOLOGÍA	85
3.1. Determinación de los métodos.....	85
3.1.1. Inductivo.....	85
3.1.2. Deductivo	85
3.1.3. Analítico	86
3.1.4. Sintético	86
3.2. Diseño de la investigación	86
3.2.1. Descriptiva	86
3.2.2. Bibliográfica	87
3.2.3. De campo.....	87
3.3. Población y muestra	87
3.4. Técnicas e instrumentos de investigación	89
3.4.1. Encuesta	89
3.4.2. Entrevista	89
3.5. Validez y confiabilidad de los instrumentos.....	89
3.6. Procesamiento y análisis de datos.....	90
3.6.1. Encuesta a profesionales en Derecho de la ciudad de Quevedo.....	90
3.6.2. Entrevista	100
3.7. Comprobación de la hipótesis.....	109

3.8. Reporte de la investigación.....	109
CAPÍTULO IV.....	112
PROPUESTA.....	112
4.1. Título.....	112
4.2. Antecedentes.....	112
4.3. Justificación.....	115
4.4. Síntesis del diagnóstico.....	116
4.5. Objetivos.....	117
4.5.1. General.....	117
4.5.2. Específicos.....	118
4.6. Descripción de la propuesta.....	118
4.6.1. Desarrollo.....	118
4.7. Beneficiarios.....	126
4.6. Impacto social.....	127
CAPÍTULO V.....	128
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	128
5.1. Conclusiones.....	128
5.2. Recomendaciones.....	130
BIBLIOGRAFÍA.....	132
ANEXOS.....	138

ÍNDICE DE CUADROS

1. ¿Cree usted que debería reformarse las disposiciones del Código 91
Civil respecto a la elaboración del testamento solemne otorgado en
el Ecuador, a fin de precautelar el derecho al patrimonio?
2. ¿Considera viable que las disposiciones testamentarias sean 92
revocables, aun cuando el testador exprese lo contrario?
3. ¿Estima pertinente que sea más explícita la causal 3 del Art. 1043 93
de las incapacidades para testar, en la parte que dice: “El que
actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra
causa?”
4. ¿Debe reformarse lo prescrito en Código Civil respecto a uno a lo 94
menos de los testigos debe saber leer y escribir, cuando sólo
concurran tres testigos, y dos cuando concurran cinco?
5. ¿Se garantiza el derecho de los herederos al permitir que las firmas 95
del Notario y de los testigos ausentes sean abonadas por testigos
instrumentales presentes?
6. ¿Cree necesario cuando el testador no supiere o no pudiese firmar, 96
se le exija que estampa la huella digital de su dedo pulgar derecho,
y si no es posible, el del dedo pulgar izquierdo?
7. ¿Estima procedente que la lectura del testamento en voz alta 97
realizada por el Notario, sea reemplazada por uno de los testigos
designado por el testador?
8. ¿Cree que se garantiza la solemnidad del testamento abierto al 98
permitir que se celebre ante cinco testigos, sin la presencia del
Notario o Juez de primera instancia?

9. ¿Se debe establecer la incapacidad de los parientes del testador o99
de los herederos directos dentro del cuarto grado de
consanguinidad y segundo de afinidad, a intervenir como testigos
en el otorgamiento del testamento?
10. ¿Considera viable que se exija a las personas de avanzada edad..... 100
que vayan a otorgar testamento, como prueba de hallarse en su
entero juicio, una certificación médica de tres facultativos?

ÍNDICE DE GRÁFICOS

1. ¿Deberían reformarse las disposiciones del Código Civil respecto a92
la elaboración del testamento solemne, para precautelar el derecho
al patrimonio?
2. ¿Las disposiciones testamentarias deben revocarse, aun cuando el93
testador exprese lo contrario?
3. ¿Estima pertinente que sea más explícita la causal 3 del Art.104394
de las incapacidades para testar, en la parte que dice: “El que
actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra
causa?
4. ¿Debe reformarse lo prescrito en Código Civil respecto a uno a la95
menos de los testigos debe saber leer y escribir, cuando sólo
concurran tres testigos, y dos cuando concurran cinco?
5. ¿Se garantiza el derecho de los herederos al permitir que las firmas.....96
del Notario y de los testigos ausentes sean abonadas por testigos
instrumentales presentes?
6. ¿Cree necesario cuando el testador no supiere o no pudiese firmar,.....97
se le exija que estampa la huella digital de su dedo pulgar derecho,
y si no es posible, el del dedo pulgar izquierdo?
7. ¿Estima procedente que la lectura del testamento en voz alta98
realizada por el Notario, sea reemplazada por uno de los testigos
designado por el testador?
8. ¿Cree que se garantiza la solemnidad del testamento abierto al.....99
permitir que se celebre ante cinco testigos, sin la presencia del
Notario o Juez de primera instancia?

9. ¿Se debe establecer la incapacidad de los parientes del testador y..... 100 de los herederos directos dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, a intervenir como testigos en el otorgamiento del testamento?
10. ¿Se debe exigir a las personas de avanzada edad que vayan a 101 otorgar testamento, como prueba de hallarse en su entero juicio, una certificación médica de tres facultativos?

RESUMEN EJECUTIVO

La presente investigación jurídica tuvo como objetivo general, elaborar un estudio de tipo doctrinario, jurídico y empírico en torno a la normativa que regula la otorgación del testamento solemne en el Ecuador, a efecto de plantear una propuesta de reforma a los Arts. 1043, 1050, 1054, 1055, 1056, 1058 y 1063 del Código Civil, con el fin de garantizar la seguridad jurídica al derecho a la sucesión y al patrimonio. Para lograrlo, se realizó un análisis jurídico y doctrinario del problema, donde se determinaron los campos problemáticos de tales disposiciones normativas, las mismas que justificaron realizar la investigación de un tema que no ha merecido la importancia del caso; y la formulación de la hipótesis orientó el trabajo de campo y la misma investigación.

El marco teórico se desarrolló en base a los métodos planteados (descriptivo, analítico y de campo), y que una vez obtenidos los resultados de la investigación y su análisis correspondiente, se pasó a desarrollar la propuesta de reforma jurídica al campo normativo del testamento solemne otorgado en el Ecuador, dentro del marco del Derecho Constitucional. Así como todo acto normativo debe desarrollarse en apego a las disposiciones legales, en el caso del testamento solemne fue necesario plantear reformas a las incongruencias e insuficiencias normativas del Código Civil, para evitar que se afecte el derecho al patrimonio de los herederos.

Finalmente, los resultados que se esperan alcanzar con la presente propuesta de reforma al Código Civil, son: garantizar la seguridad jurídica a la celebración del testamento solemne; que la sucesión por causa de muerte no afecte los derechos constitucionales; y que la voluntad del testador no sea vulnerada por la aplicación de subjetividades y criterios discrecionales.

EXECUTIVE SUMMARY

The Present Legal Research had as objective research floors unprocessed doctrinal, legal and empirical Around the Rules Regulating the granting of solemn testament in Ecuador, in order to propose a reform proposal to the Arts. 1043, 1050, 1054, 1055, 1056, 1058 and 1063 of the Civil Code in order to ensure legal certainty in the succession law and equity. To achieve this, they made no doctrinaire Legal Analysis and Problem, But where we determined the Champs tales problematic provisions Regulations, Making The Same That justified the United Nations Research Topic That has not deserved the importance of the case, and the Formulation of the Oriento hypothesis and Field Work The Same Research.

Yes Theoretical Framework Development Methods base raised (DESCRIPTIVE, analytical and field), and That Once obtained the results do Corresponding Research and Analysis, yeah Step to develop legal reform proposal will Normative countryside solemn awarded in Ecuador, within the framework of constitutional law. Regulatory act WELL AS ALL must be developed in compliance with Legal provisions in the case solemn will raise a REFORM WAS needed inconsistencies and inadequacies Policies Civil Code, paragraph Avoid That law affect the assets of the heirs.

De Finally, the results to be achieved with the present proposal to reform the Civil Code, the son: Ensuring The Legal Certainty solemn testament Celebration of Me Succession By cause of death will not affect Constitutional Rights And You Will Be the testator not violated by y applying subjectivities discretionary criteria

CAPÍTULO I

1.1. Introducción

La sucesión testamentaria es un modo de adquirir la propiedad, pues se trata del campo normativo que establece el derecho que tienen los herederos a que los bienes del testador se abran al momento de su muerte, procurando que su expresión de última voluntad constituya un acto consciente de perpetuar la propiedad, de suerte que se consoliden instrumentos de paz, armonía familiar y justicia.

El derecho a la propiedad en todas sus formas en el Ecuador, está plenamente garantizado en la Constitución de la República en su Art. 321, que indica que "El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental", así como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Art. 17 que manifiesta que "Toda persona tiene derecho a la propiedad individual y colectiva y que nadie será privado arbitrariamente de su propiedad".

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 degenerere en un acto antijurídico que cause perjuicio a los herederos; pero lo cierto es que pueda de no reformarse el campo normativo del Código Civil, hay inseguridad jurídica en el otorgamiento de testamento solemne por las incongruencias e insuficiencias que contiene la norma, cuando más bien, tratándose de un acto jurídico revestido de solemnidades de ley para su plena validez, se deberían evitar que afloren subjetividades que puedan

lesionar los derechos de los herederos; además de que la última voluntad del testador se cumpla según lo contenido en el testamento, por lo que debe celebrarse conforme lo dispuesto en la ley.

Hay que subrayar que los beneficiarios directos de una propiedad conservan ese derecho, donde el propietario no lo pierde así no la use, siempre que otro no lo adquiera por la prescripción extraordinaria de dominio.

En ese contexto, el presente trabajo de investigación jurídica intitulado “Incongruencias jurídicas del Código Civil en cuanto a la elaboración del testamento solemne otorgado en el Ecuador”, se realizó en consideración al grado de importancia que tiene una área tan sensible como es el derecho sucesorio, con el propósito de estudiar los campos problemáticos que presenta este cuerpo de ley, el que de continuar como está prescrito, puede incidir en el fundamental derecho a la propiedad de los herederos. Para lograr este objetivo, en la elaboración de la investigación se contó con una cuidadosa selección de material bibliográfico con el fin de fundamentar el estudio doctrinario y jurídico del sumario propuesto.

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 han identificado algunos campos problemáticos:

El Art. 1043 del Código Civil, no establece en forma expresa que existe incapacidad para testar a las personas que por causa de la edad tengan afectadas sus facultades mentales, y aún en caso de que fuera de

manera leve o temporal, la facultad de la conciencia igual se vería afectada, situación que no garantiza la solemnidad del acto jurídico, y deja abierto la posibilidad de afectar el legítimo derecho a la propiedad.

El numeral 3 del Artículo 1043 del Código Civil, establece que no es hábil para testar “El que actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa”. Así como está prescrita la disposición, es susceptible de que en la frase “otras causas”, pueda ocurrir que el testador sufra de demencia senil, situación que inhabilitaría la realización del acto jurídico por estar viciado de nulidad.

El Art. 1054 establece que entre los requisitos formales para otorgar testamento solemne, debe determinarse la circunstancia de hallarse el testador en sano juicio. Es una cuestión que a simple vista es difícil saber si padece alguna afección mental por la edad, haciéndose necesario que la ley establezca como requisito indispensable de hallarse en sano juicio, la presentación de un certificado médico conferido bajo juramento por el facultativo que lo emite. Esto también implica en el caso del inciso quinto del Art. 1061 del mismo Código.

En el Art. 1050 que determina las incapacidades para ser testigos del acto testamentario, en ningún momento excluye de tal posibilidad a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del testador o de los herederos, en torno a quienes se puede suponer que no exista la imparcialidad necesaria por ser parte interesada 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 afectaría la legalidad y transparencia del acto.

En cuanto a la inhabilidad de los testigos testamentarios, se considera que existe incongruencia jurídica respecto del último inciso del Art. 1050, donde se acepta a los analfabetos como testigos del acto, cuando dice:..."uno, a lo menos, deberá saber leer y escribir, cuando sólo concurren tres testigos; y dos, cuando concurren cinco", una situación incongruente con las solemnidad de ley, toda vez que los analfabetos pueden ser susceptibles de engaño o incurrir en alguna práctica dolosa.

El Art. 1055 no garantiza seguridad jurídica cuando dice "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" Se advierte que la lectura del testamento bien puede hacerlo, a falta de Notario que es él quien da fe pública del acto, uno de los testigos presentes, lo cual es contraria a las solemnidades esenciales que caracterizan a este acto.

En el Art. 1056 existe insuficiencia normativa cuando señala que "Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se mencionará en el testamento esta circunstancia, expresando la causa". En este caso, considero que la ley debe prever que el testador estampe la huella digital del dedo pulgar derecho, y en caso de carecer de él, el dedo pulgar izquierdo, con el fin de dar mayor certeza a la comparecencia del testador.

El Art. 1058 al establecer el procedimiento de protocolización del testamento otorgado ante cinco testigos, aumenta la inseguridad jurídica de los herederos al permitir que las firmas del testador y de los testigos ausentes (que bien podrían ser los cinco testigos que participaron en el acto) puedan ser abonadas por declaraciones juradas de otras personas fidedignas, una situación que no abona a la seguridad jurídica del acto testamentario.

En el Art. 1063 también existe incongruencia jurídica, pues en el inciso tercero dice: “Si no pueden comparecer todos los testigos, bastará que el Notario y los testigos instrumentales presentes reconozcan sus firmas y la del testador, y abonen las de los ausentes”. Al permitir que intervengan en el acto otros testigos, que bien pueden ser parte interesada, nada garantiza que el acto cumpla con todas las solemnidades de ley. El cuarto inciso del mismo artículo dice: “En caso necesario, y siempre que el juez lo estimare conveniente, podrán ser abonadas las firmas del Notario y testigos ausentes, como en el inciso cuarto del artículo 1058”, donde igual situación ocurre, pues en ausencia de los testigos que participaron en el acto, sus firmas puedan ser abonadas por otros testigos.

Se han descrito algunos campos problemáticos de las incongruencias normativas del Código Civil respecto a la elaboración del testamento solemne en el Ecuador, y que ameritan investigarse a efecto de plantear una propuesta de reforma a los artículos citados.

1.2.1. Formulación del problema

¿La celebración de testamento solemne otorgado en el Ecuador según la normativa prescrita para el efecto en el Código Civil, está afectando a la seguridad jurídica del derecho a la sucesión y al patrimonio?

1.2.2. Delimitación del problema

Objeto de estudio.- Código Civil.

Campo de acción.- Testamento solemne otorgado en el Ecuador.

Lugar.- Quevedo.

Tiempo.- 2012.

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”¹; 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 a la sucesión de los herederos, beneficiarios directos de esta investigación, dotando de una normativa que asegure el fundamental derecho a la propiedad. 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 la elaboración 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 Ciencias Jurídicas 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 Código Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2012, Art. 1

1.4. Objetivos

1.4.1. General

Elaborar un estudio de tipo doctrinario, jurídico y empírico en torno a la normativa que regula la otorgación del testamento solemne en el Ecuador, a fin de plantear una reforma a los Arts. 1043, 1050, 1054, 1055, 1056, 1058 y 1063 del Código Civil, que garantice seguridad jurídica al derecho a la sucesión y al patrimonio.

1.4.2. Específicos

- Analizar la pertinencia de la normatividad del Código Civil que regula la elaboración del testamento solemne.
- Determinar la necesidad de reformar las incongruencias normativas del Código Civil en lo referente al testamento solemne.
- Elaborar un proyecto de reforma al Código Civil respecto a la elaboración del testamento solemne.

1.5. Hipótesis

La reforma a los Arts. 1043, 1050, 1054, 1055, 1056, 1058 y 1063 del Código Civil respecto a la elaboración del testamento solemne otorgado en el Ecuador, garantizará la seguridad jurídica al derecho a la sucesión y al patrimonio

1.6. Variables

1.6.1. Independiente

La reforma a los artículos 1043, 1050, 1054, 1055, 1056, 1058 y 1063 del Código Civil respecto a la elaboración del testamento solemne otorgado en el Ecuador.

1.6.2. Dependiente

Garantizará la seguridad jurídica al derecho a la sucesión y al patrimonio.

1.7. Recursos

1.7.1. Humanos

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

1.7.2. Materiales

Papel bond Inen A4, resmas	4
Textos	5
Xerox copias	1500
Anillados	10
Empastados (tesis)	3
Computadora	1
Impresora	1
Cartuchos de tinta (de color y negro)	4
Pen drive	1
CDs	10
Internet (horas)	30

1.7.3. Presupuesto

Detalle	V. unitario	V. total
Encuestadores (2 x 2 días)	20.00	80.00
Papel bond Inen A4, (resmas)	3.50	14.00
Lápices (5)	1.00	5.00
Textos (5)	10.00	50.00
Xerox copias (1500)	0.03	45.00
Anillados (10)	1.00	10.00
Empastados (3 tesis)	8.00	24.00
Computador (1)	700.00	700.00
Impresora (1)	60.00	60.00
Cartuchos de tinta color y negro (4)	25.00	100.00
Pen drive (1)	10.00	10.00
CDs (10)	0.50	5.00
Internet (30 horas)	0.80	24.00
Imprevistos 3 %		33.81
TOTAL		\$ 1160.81

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

El derecho al patrimonio, como una forma prolongar en el tiempo el derecho a gozar a los herederos de los bienes que adquieren las personas, ya por su trabajo u otra forma legal, está garantizado en la Ley y en la Constitución de la República; pues el Derecho, a más de regular la conducta de las personas en la sociedad, ha sido concebido para solucionar los problemas de las personas. Los “derechos patrimoniales de que es titular una persona –derechos reales: de crédito, inmateriales y hereditarios- se consideran como si formaran un todo, es decir, una universalidad jurídica”², mismos que deben estar tutelados y protegidos por la ley para evitar que, por falta de norma o incongruencias, se afecte el derecho al patrimonio.

El tema de la sucesión por causa de muerte en el marco de la investigación jurídica llevada a cabo por los egresados de la Carrera de Derecho, no solo de la UTEQ, 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 sucesión, y que debe estar plenamente garantizado por la Ley. Ciertamente 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.

² VALENCIA ZEA, Arturo, Derecho Civil, Tomo II, Derechos Reales, Editorial Temis, Bogotá 2000, p. 41.

Las incongruencias e insuficiencias normativas que contiene el Código Civil respecto a la elaboración del testamento solemne, no garantizan la seguridad jurídica en el derecho al patrimonio, lo cual evidencia la necesidad de profundizar una investigación en este campo.

Es así que en el marco del Código Civil, la institución del testamento y de la sucesión por causa de muerte, muy poco se ha investigado y por ende, tampoco se ha planteado la necesidad de promover una propuesta de reforma a este cuerpo legal, a efecto de garantizar el derecho de los herederos al patrimonio. Este aporte investigativo abre el espectro del análisis jurídico en un campo muy sensible que no garantiza el derecho a la propiedad.

2.2. Fundamentación

2.2.1. Doctrina

2.2.1.1. El patrimonio

Hacemos referencia a algunas definiciones: El patrimonio es una institución jurídica donde solo los derechos patrimoniales forman parte del patrimonio, y por tanto no forman parte de él los demás derechos subjetivos, como los derechos familiares, los derechos de la personalidad, los derechos políticos y demás relaciones jurídicas extrapatrimoniales, por lo que el patrimonio está compuesto únicamente de los derechos subjetivos de ser evaluados en dinero. Todo patrimonio es un poder económico, un valor pecuniario³

³ VALENCIA ZEA, Arturo, Derecho Civil, Tomo II, Derechos Reales, Editorial Temis, Bogotá 2000,

La idea de patrimonio se deduce directamente de la personalidad, donde cualquiera sea la variedad de los objetos sobre los cuales el hombre pueda tener derechos, cualquiera sea la diversidad de su naturaleza constitutiva, estos objetos mientras forman el objeto de derechos de una persona determinada, están sometidos al arbitrio de su voluntad, a la acción de un solo poder jurídico, por lo que cuando una persona muere, todos los derechos patrimoniales pasan a sus herederos; pero pasan cohesionados en una universalidad de derecho que recibe el nombre de herencia. El Art. 737 del Código Civil, dice: “La posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida, aunque el heredero lo ignore”⁴. Quiso el legislador que la posesión que tenía el causante pase al heredero, por eso estableció que la posesión del causante continuara en el que adquiere la herencia⁵

El patrimonio consiste en la universalidad de los bienes y obligaciones de un individuo, de su activo y pasivo ⁶ El patrimonio conforma una universalidad de derecho, como ocurre con los bienes sucesorios. En opinión del jurista mexicano Jacobo Ramírez Sánchez, cuatro son las características del patrimonio:

- 1.- Solo las personas pueden tener un patrimonio.
- 2.- Toda persona debe tener necesariamente un patrimonio.
- 3.- Las personas no pueden tener más que un patrimonio; y,
- 4.- El patrimonio es inalienable en su totalidad⁷

p. 42

⁴ Código Civil, Art. 737.

⁵ María del Carmen González Piano. Curso de Derecho Civil, 2005, La accesión, p. 421

⁶ Universidad Nacional de Loja, 2005, Los derechos y obligaciones de las personas en el ámbito familiar, Módulo IV, Loja – Ecuador, p.87.

⁷ RAMÍREZ SÁNCHEZ, Jacobo, , Introducción al estudio del Derecho y nociones del Derecho Civil, UNAM, 1997, p. 88.

2.2.1.2. Formas de adquirir el dominio

La legislación ecuatoriana a lo largo de la vida republicana del país, ha sido concebida para precautelar el derecho a la propiedad de las personas, desde luego en cuanto estén asistidos por el derecho y la justicia; pues el Derecho, como ciencia, está concebido como un medio e instrumento para solucionar los problemas de la sociedad.

Tal es así que el Derecho Constitucional garantiza el derecho de propiedad, tanto individual como colectiva. La Constitución de 1830, en su Art. 62 dice: “Nadie puede ser privado de su propiedad, ni está aplicada a ningún uso público sin su consentimiento y sin recibir justas compensaciones a juicio de buen varón”⁸

En la Constitución Política de 1929, se establece un cambio sustancial en la definición de propiedad al incorporar la función social que debe cumplir la propiedad, y para el efecto establece algunas restricciones que exigen las necesidades y el progreso social. El Estado con esta disposición garantiza el desarrollo social de las ciudades y promueve la producción agrícola, evitando que tierras aptas para la producción permanezcan abandonadas, y por ende evita el acaparamiento de las tierras productivas. Esta modificación a la norma constituye un gran adelanto a la situación jurídica del derecho a la propiedad, en un medio donde venía imperando la injusticia y la violación a las normas. Modificación que no varía en Constituciones posteriores.

El derecho a la propiedad es un derecho originario del que gozan las personas y constituye la fuente de la cual se derivan los demás derechos

⁸ LARREA, HOLGUÍN Juan, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Vol. II, Quito 2004, p. 250

y obligaciones de las personas con la sociedad. A propósito, Cabanellas, en el Diccionario jurídico define al dominio como el “Poder de usar y disponer de lo propio. Superioridad, potestad o facultad legítima de una persona sobre otra u otras⁹; y para el Derecho Civil, dominio significa tanto como propiedad o plenitud de facultades legalmente reconocidas sobre una cosa.

En estas definiciones, el término dominio tiene un sentido de superioridad, por cuanto es un poder que se ejerce sobre lo propio por estar sometidas a su voluntad y plenitud de facultades. El Código Civil lo considera como sinónimo de propiedad¹⁰, pues consiste el derecho real sobre una cosa corpórea; esto es, constituye la facultad de disponer de aquello (bienes muebles e inmuebles) según sus intereses y conforme lo dictaminen las leyes.

Si bien los términos dominio y propiedad son considerados como sinónimos; sin embargo la doctrina establece una distinción entre los dos conceptos, por lo que la elección de una o de otra palabra ha de depender del campo científico en que se le considere. Por eso es importante destacar que el término propiedad tiene un sentido más amplio que la palabra dominio, pues indica toda relación de pertenencia o titularidad, como es el caso de la propiedad intelectual e industrial; en cambio, el dominio hace relación a la titularidad sobre un dominio corporal.

Dentro de los atributos de la propiedad, encontrado un núcleo positivo consistente en que el propietario tiene la facultad de disponer de la cosa

⁹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, S.R.L., Argentina 2012, 324

¹⁰ Código Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2012, Art. 599

libremente, conforme sea su voluntad; y un núcleo negativo, que es la facultad de disponer que tiene el propietario de excluir la intervención de los demás en el disfrute y disposición del derecho¹¹

Para el Código Civil francés, fuente que inspiró el nacimiento del Código Civil ecuatoriano, dice “la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga de las mismas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos”¹². Es una definición donde el derecho a la propiedad está sometido de modo perpetuo y exclusivo a la acción y voluntad de una persona; un derecho que no se extingue por el no uso o abandono del bien mueble o inmueble, pues no lleva de manera expresa ningún elemento de caducidad que le ponga término. Esta es una definición que debería contemplar la posibilidad de adquirir el dominio cuando exista la voluntad de abandonarlo o desprenderse de la cosa por parte de su dueño.

Precisa aclarar que si bien el derecho de propiedad es perpetuo, éste debe cumplir un fin social o personal, caso contrario la ley contempla la posibilidad de perderla; aunque en algunos casos puede tener la propiedad un carácter de temporal, como ocurre con la propiedad fiduciaria que está sujeta a un gravamen, y que puede pasar a otras personas si llega a verificarse una condición. A este tipo de propiedades, algunos le dan el nombre de propiedades imperfectas o temporales. Otras veces, el interés público exige que se ponga término a la propiedad que no cumple ninguna función social, como así lo establece la Ley de Desarrollo Agrario, en el Art. 32, lit. c. referente a las tierras aptas para ser explotadas que hayan permanecido abandonadas por más de dos años

¹¹ VALENCIA ZEA, Art. Op. cit., p. 186.

¹² LARREA, HOLGUÍN, Juan, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Vol. II, Quito 2012, p. 218

consecutivos¹³. En tal sentido, el dominio es un derecho general que autoriza al titular a aprovechar de las utilidades que la cosa es capaz de proporcionarle.

La Constitución Política de la República del Ecuador, (1998) en el Art. 30, establece lo siguiente: “La propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía...”¹⁴

Está claro que el Estado ecuatoriano, a fin de cumplir con uno de sus deberes primordiales con la sociedad, se encarga de promover el crecimiento de la economía y el desarrollo del país sin privilegios ni discriminaciones, garantizando iguales derechos y oportunidades para acceder al trabajo, a los bienes y servicios y a la propiedad de los medios de producción, por lo que reconoce el derecho que tienen las personas a adquirir la propiedad conforme lo establecen las leyes, para hacerla producir y garantizar con ello la función social, y quien lo ejerce en sentido contrario a esa función, comete abuso del derecho por hacerlo sin un motivo legítimo¹⁵; pues de la producción va a depender, en gran medida la supervivencia de la sociedad.

Desde luego que la ley reconoce algunos límites a la propiedad en consideración al bien común¹⁶, pues el interés general es el que ha de primar sobre el beneficio individual, solo que las instituciones públicas tienen que sujetarse a lo dispuesto en las normas jurídica, por cuanto

¹³ Ley de Desarrollo Agrario, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2006, Art. 32

¹⁴ Constitución Política de la República del Ecuador, 2004, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2012, p. 26

¹⁵ VALENCIA ZEA, Arturo, 2000, op. cit., p.192

¹⁶ Pacheco Gómez, Máximo, 2000, Elementos del Estado, Universidad Nacional de Loja, INSEDIS, Módulo III, pp. 121 y ss.

prescriben una determinada conducta o imponen un deber racional¹⁷, para que los bienes privados puedan ser expropiados, desde luego prohibiendo todo tipo de confiscación.

En consecuencia, son sujetos activos del derecho de dominio toda persona natural o jurídica, donde el “dominio es el poder jurídico más completo que la persona puede ejercer sobre las cosas. Su objeto o elemento real es aquello que, según la técnica jurídica, tenga la calidad de bien”¹⁸.

Fuera de los derechos innatos que tienen las personas, como el derecho a la vida, a la integridad, a la honra, etc., los demás derechos (civiles, políticos, educativos, etc.) se adquieren en un momento determinado y circunstancias específicas, donde el Derecho se encarga de regular lo relativo al inicio de un derecho, así como su terminación.

A veces puede tratarse de un comienzo absoluto, o sea que surja por primera vez, sin antecedente alguno, como algo totalmente nuevo, donde se requiere que el orden jurídico determine cómo ha de establecerse tal o cual derecho.

En otros casos, el derecho de un sujeto deriva de otro derecho anterior, como en situaciones en que una persona le trasmite su derecho o lo traspasa a otro, entonces tenemos un modo derivativo de adquirir la propiedad. Por lo que hay algunas variantes de adquirir la propiedad, ya

¹⁷ MOUCHET 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. 66

¹⁸ EGUIGUREN CARRIÓN, Eduardo, 2002, Derecho Civil, Libro II, p. 116

sea a modo originario y derivativo, a título universal, singular, oneroso y a título gratuito y por un acto entre vivos o por actos de última voluntad.

2.2.1.3. Origen 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.¹⁹

Se cree que en la Ley de las XII Tablas en el Derecho Romano²⁰, 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 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

¹⁹ <http://www.monografias.com/trabajos97/ley-xii-tablas-derecho-romano/ley-xii-tablas-derecho-romano.shtml>

²⁰ En la misma dirección anterior

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.

2.2.1.3.1. Evolución histórica

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 Tablas²¹, demuestra su innegable valor al haber comprendido, en forma de mandatos y prohibiciones breves, el derecho público y el privado. La Tabla Cuarta 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 *ius privatum* sino que, siguiendo las enseñanzas de Gayo, incluía a la sucesión entre los modos derivativos de adquirir la propiedad. Solo el heredero recibía la

²¹ <http://www.monografias.com/trabajos97/ley-xii-tablas-derecho-romano/ley-xii-tablas-derecho-romano.shtml>

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 (heredis institutio), 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.²²

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,

²² Idem

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 otra²³

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

2.2.1.4. 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

²³ ORTOLAN, M. 1998, Compendio de Derecho Romano, Editorial Eliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, pp. 70-71

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.²⁴

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 revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva”²⁵. 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

²⁴ ORTOLAN, M. Compendio de Derecho Romano y otros, Editorial Eliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina 1998, pp. 87

²⁵ Código Civil, Art. 1037.

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 indignidad²⁶. Son disposiciones legales que solemnizan esta clase actos jurídicos unilaterales.

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.

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.

²⁶ LARREA HOLGUÍN, Juan, op. cit. pp. 89 y ss.

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 testador²⁷. 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.

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 jurídico²⁸ 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.

²⁷ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, op. cit., p. 382

²⁸ JARAMILLO ORDÓÑEZ, Hernán, 2006, La Ciencia y Técnica del Derecho, Universidad Nacional de Loja, p. 187.

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 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.

2.1.4. 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”²⁹.

²⁹ Código Civil, 2012, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito. Art. 1037

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 jurídico³⁰, por ser una consecuencia de la libertad y voluntad del hombre (testador); esto es, que crea, modifica o 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".³¹

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.

³⁰ MOUCHET 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

³¹ Código Civil, 2012, Art. 1041

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 testar es indelegable”³², 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.³³

Es un acto más o menos solemne.- El testamento es un acto más o menos solemne (Art. 1037 del Código Civil³⁴). 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”³⁵, 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.

³² Código Civil, Art. 1042

³³ Opinión personal de la autora

³⁴ ibídem, Art. 1037

³⁵ Ibídem, Art. 1049

2.2.1.6. 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)³⁶, 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 sucesión por causa de muerte es el único modo de adquirir la universalidad de los bienes de otra persona.

³⁶ Constitución de la República del Ecuador, 2008, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Art. 637

2.2.1.7. 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 Bonaparte³⁷

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 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

³⁷ FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, Pedro, Estudios de Derecho Comparado, Segunda Edición, 2002. p. 74

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.

2.2.1.8. El testamento como medio de adquirir el derecho de dominio por sucesión por causa de muerte

Un principio jurídico general señala que cada derecho tiene detrás de sí un título que lo respalde. Cuando una persona cualquiera adquiere el dominio o propiedad de un determinado bien, está en la obligación de justificarlo conforme a derecho. Por ejemplo: en el caso de una compraventa de un inmueble, el comprador debe tener su escritura debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón donde se halla ubicado dicho inmueble; pues de lo contrario, la simple escritura no serviría de nada. Cuando por donación una persona adquiere el derecho de dominio sobre un bien inmueble, es necesario que el beneficiario

cuenta con la respectiva escritura pública de donación debidamente escrita, a la cual debe estar agregada una copia auténtica de la sentencia judicial que autorizó tal donación.

Lo mismo ocurre en la sucesión por causa de muerte³⁸, donde para adquirir el dominio de un bien, es indispensable contar con un título, que por lo general en su sucesión testada lo constituye el testamento, cuyo otorgamiento debe estar encuadrado en las disposiciones legales. La sucesión por causa de muerte, es uno de los cinco modos de adquirir el dominio que reconoce el Código Civil. El heredero o legatario adquiere por ese medio, y no por tradición, el derecho a la herencia o a la cosa legada. Con ocasión de las reglas relativas a la tradición, la legislación creyó conveniente consignar de una buena vez todo lo relativo a la inscripción en el Registro a la Propiedad, de manera que no pueda invalidarse el documento. Esta formalidad legal requiere en todo caso de un documento escrito en que conste la transmisión del derecho, que si bien en la sucesión testada hay un testamento que llena perfectamente esa necesidad, con respecto a la sucesión intestada, era menester disponer de una norma como la posesión efectiva. Providencia judicial que contendrá la declaración judicial de que fulano es heredero de zutano; es decir, que los derechos que antes de la muerte tenía como sujeto activo ese fulano, en virtud de ella, han pasado por el ministerio de la ley, al zutano³⁹

Bonnecase, define a la posesión como un hecho jurídico consistente en el dominio ejercido sobre una cosa mueble o inmueble, que se traduce por actos materiales de uso, de disfrute o de transformación, realizados con la intención de comportarse como propietario de la cosa o como titular

³⁸ CICU, Antonio, Derecho Sucesorio, Barcelona 1994, pp. 1031

³⁹ PEÑAHERRERA, Víctor Manuel, La posesión, Las acciones posesorias en los juicios posesorios, MEGALEYES, Quito – Ecuador 2005, pp. 292-293

de cualquier otro derecho real. Es esencial advertir que para la existencia de la posesión, es indiferente que en la realidad jurídica sea el titular de un derecho de propiedad, o de cualquier otro derecho, quien realice tales actos⁴⁰.

La sucesión por causa de muerte no es otra cosa que el paso de un derecho a otra persona con capacidad para recibir, conservando sus propias características y obligaciones contraídas. Podemos decir que es una forma de garantizar los derechos de la propiedad o patrimonio de las personas, una vez que sus propietarios originarios hayan fallecido; en este caso, a quien o quienes sean sus legítimos beneficiarios o herederos, y a falta de éstos (hijos), se procederá a la asignación testamentaria según el orden de sucesión. Como vemos, la sucesión por causa de muerte tiene por objeto transmitir la propiedad; es decir la sustitución de una persona que ha fallecido por otra con capacidad para recibir la propiedad; aunque debemos aclarar que si bien con la sucesión se trasmite el dominio, también se “transmiten otros derechos reales y personales, como las respectivas cargas, limitaciones y obligaciones”⁴¹.

De esta forma, la ley garantiza también que los derechos de los acreedores continúen vigentes una vez que el deudor haya fallecido, de esa forma pueden exigir el pago con los bienes de causante sin que sufran desmedro alguno. La ley para garantizar que el patrimonio de una persona pueda subsistir después de muerto, por lo ha establecido la institución jurídica de la sucesión por causa de muerte, como un modo de adquirir el dominio.

⁴⁰ BONNECASE, Julien, Tratado Elemental de Derecho Civil, Primera Serie, Volumen 1, OXFORD University Press, 2000 p. 445.

⁴¹ LARREA HOLGUÍN, Juan, Derecho Civil del Ecuador, Sucesión por causa de muerte, Vol. IX, Tercera Edición, 2004, p. 6 y 7

En la sucesión por causa de muerte se produce el paso de todo el patrimonio de una persona a otro sujeto de derechos (que puede ser único o múltiple) El que recibe o sucede será una persona natural (o varias) o una o más personas jurídicas; en cambio, el que origina la sucesión, llamado causante, de cujus o predecesor, ha de ser necesariamente una persona natural, puesto que la muerte es la condición indispensable para que se produzca este fenómeno jurídico.

Frente a la complejidad de relaciones sociales a causa del proceso de cambio y transformación que vive la sociedad; se hace impostergable que se reformen, actualicen y dicten nuevas leyes que brinden seguridad jurídica a todos los ecuatorianos y a los extranjeros afincados aquí, un derecho consagrado en la Constitución de la República del Ecuador.

Por tanto, es fundamental para el progreso del país que haya eficiencia en la administración de justicia, y que las leyes brinden seguridad jurídica, donde al Estado le corresponde garantizar tales derechos, y proteger la propiedad y el patrimonio, la misma que siendo una totalidad de amplias relaciones jurídicas, debe estar plenamente tutelado, como tienen que estarlo los demás derechos y libertades individuales.

En sentido general, podemos decir que “sucesión es la ocupación de los derechos de una persona en lugar de otra. Como la del permutante y comprador que suceden en los derechos radicados sobre los bienes materia de la permuta o compraventa, en lugar del antecesor”⁴².

⁴² ORBE, Héctor F, Derecho Sucesorio Código Civil III, Segunda Edición, Manta, Ecuador, 2000p. 13

Como vemos, este es un modo derivativo de adquirir el dominio, donde se adquiere tales derechos al recibir de otro, a diferencia de los demás modos originarios establecidos en el Código Civil (como la ocupación, la accesión o la prescripción); y es derivativo, porque supone la existencia real de un antecesor con capacidad de transmitir a quien le sucede, como ocurre por orden natural con todas las cosas que están a continua mudanza, donde nuevas cosas vienen a sustituir a las antiguas que desaparecen.

Del concepto de sucesión por causa de muerte que hemos analizado, se desprenden tres elementos fundamentales: Antecesor, sucesor y masa de bienes, a saber: El antecesor, es el difunto o causante. El sucesor, es llamado también con el nombre de causahabiente o simplemente asignatario. Y masa de bienes, el conjunto de bienes muebles e inmuebles, derechos y obligaciones.

2.2.1.9. Formas de sucesión por causa de muerte

El Código Civil contempla tres clases de sucesión: testada, Intestada y mixta, las mismas que analizamos a continuación:

2.2.1.9.1. 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”⁴³, definición que la anterior Constitución de 1998, decía que “los hijos sin considerar antecedentes de filiación o adopción, tendrán los mismos derechos”⁴⁴; 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.

El Código Civil, Art. 994⁴⁵, 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

⁴³ Constitución de la República del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008, Art. 69

⁴⁴ Constitución Política de la República del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2004, p. 35

⁴⁵ Código Civil, 2012, Art. 994.

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 revocable⁴⁶. 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.

2.2.1.9.2. 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 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 ley⁴⁷; 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.

⁴⁶ LARREA 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

⁴⁷ Código Civil, Art. 994

La sucesión intestada ⁴⁸ 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.

2.2.1.9.3. 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 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 voluntad⁴⁹. 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.

⁴⁸ CLARO SOLAR, Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado Tomo 13, v. 1, 1999, p. 200

⁴⁹ Código Civil, Art. 994

2.2.1.10. Órdenes de sucesión

La ley establece un orden de sucesión cuando no está claro la voluntad del testador respecto de quien o quienes son los beneficiarios o legatarios; esto ocurre cuando la asignación testamentaria es indeterminada a favor de sus parientes más cercanos. En casos en que no sea posible la asignación testamentaria, ya sea porque no haya testamento o no se pueda aplicarlo a toda o parte de la sucesión hereditaria, la ley determina un orden de llamamiento a quienes sean los que deben recibir el patrimonio dejado por el causante. El orden de sucesión debe regirse por las reglas establecidas en el Código Civil; es decir, en todos los casos de herencia intestada, la ley establece un orden de llamamiento a los que pueden recibir el patrimonio del causante⁵⁰

2.2.1.10.1. Primer orden sucesorio

Corresponde a los hijos. Estos excluyen a los demás herederos de la porción conyugal⁵¹. 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.

⁵⁰ LARREA HOLGUÍN, Juan, 2004, op. cit. P.141.

⁵¹ Código Civil, Art. 1028

2.2.1.10.2. Segundo orden de sucesión

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 el cónyuge⁵². 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”⁵³ 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 Francia⁵⁴ se atribuye al cónyuge un derecho de usufructo vitalicio.

2.2.1.10.3. 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.

⁵² Código Civil, Art. 1030

⁵³ LARREA, HOLGUÍN, Juan, op. cit., pp. 154 y 155

⁵⁴ MAZEAUD, Jean y Hermanos, Derecho Civil, Parte IV, Vol., II, 2000, p. 180 y ss.

Por consiguiente, la herencia se dividirá en tantas partes, cuantas fueren los medios hermanos, más el doble del número de hermanos carnales; por lo que cada uno de éstos recibirá dos de dichas partes, y cada uno de los medios hermanos recibirá una de tales partes”⁵⁵.

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”⁵⁶. 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 Estado⁵⁷

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 más⁵⁸.

⁵⁵ Código Civil, Art. 1031.

⁵⁶ Código Civil, Art. 1032.

⁵⁷ En Chile se concede esta amplia concesión a los colaterales. Cfr. Claro Solar, T.13, V. 1, p. 391

⁵⁸ Código Civil, Art. 1032.

2.2.1.10.4. 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 directo⁵⁹ 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.

2.2.1.11. 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. 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.

⁵⁹ JOSSERAND, 1990, Derecho Civil, Tomo III, Vol. II, pp. 72-73

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.⁶⁰

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”⁶¹.

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 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

⁶⁰ Código Civil 2013

⁶¹ Código Civil, Art. 1084.

dice: "...No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades"⁶²
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 quien se beneficia con la asignación

2.2.1.12. Clases de testamentos solemnes

El testamento es solemne o menos solemne. A su vez, el testamento solemne es abierto o cerrado. Pasamos a estudiar cada uno de ellos:

2.2.1.12.1. 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, 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.

⁶² Constitución de la República del Ecuador, Art. 169.

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)⁶³

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 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.

⁶³ Código Civil, Art. 1056

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 testamento⁶⁴.

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)⁶⁵.

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, 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.

⁶⁴ BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, Curso de Derecho Civil, Tomo V., 2002, p.143.

⁶⁵ Código Civil, Art. 1058

También tendrá dificultad para otorgar este testamento el mudo, pero si oye y puede darse a entender, es posible que otorgue testamento abierto⁶⁶. 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 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.

⁶⁶ LARREA, HOLGUÍN, Juan, op. cit., p. 235

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.

2.2.1.12.2. 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”⁶⁷

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 no admite testigos ciegos, pues deben ver, oír y entender lo que se está haciendo⁶⁸.

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

⁶⁷ PLANIOL y Ripert, 2000, Tomo V, pp. 610-611

⁶⁸ MEZA BARROS, Ramón, Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos, Santiago, 2000, p. 148

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.⁶⁹

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

⁶⁹ MEZA BARROS, Ramón, Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos, Santiago, 2000, p. 152

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.

2.2.1.12.3. 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”⁷⁰.

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.

⁷⁰ Código Civil, Art. 33, 1046.

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)⁷¹. 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.

2.2.1.12.4. 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”⁷².

⁷¹ Código Civil, Art. 1070

⁷² Código Civil, Art. 1071.

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 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.⁷³

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 Civil⁷⁴, 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.

⁷³ <http://franksbur.blogspot.com/2013/04/sucesion-testamentaria.html> 2013

⁷⁴ Código Civil, Art. 1074

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 será visada como en el caso del Art. 1075, y para su remisión se procederá según el mismo Art.⁷⁵

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 militar⁷⁶

⁷⁵ Ibídem, Art. 1075

⁷⁶ Claro Solar indica que por tratarse de “testigos instrumentales”, se entiende que deben ser cinco, como corresponde a la solemnidad propia del testamento cerrado.

2.2.1.12.5. 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 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.⁷⁷

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.

⁷⁷ <http://es.scribd.com/doc/38351016/OMEBAd38>

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 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.⁷⁸ 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.

⁷⁸ <http://www.gacetaoficial.cu/html/icodigocomercio.html>

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 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 otorgarlos⁷⁹.

2.2.1.13. Personas que intervienen en el testamento

El Art. 1042, dice: “No son hábiles para testar los siguientes:

1. El menor de dieciocho años
2. El que se hallare en interdicción por causa de demencia

⁷⁹ LARREA HOLGUÍN, Juan, op. cit. P.302

3. El que actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa; y,

4. El que de palabra o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente.

Las no comprendidas en esta enumeración son hábiles para testar⁸⁰.

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 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),

⁸⁰ Código Civil, Art. 1042.

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).

2.2.1.14. Modos de adquirir el dominio

Según el Código Civil, Art. 603, los modos de adquirir el dominio son: “la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción” Pasamos a explicar brevemente cada uno de ellos por estar de alguna manera relacionados con el tema que nos ocupa:

La Ocupación.- El Código Civil, en su Art. 622, establece que “Por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no está prohibida por las leyes ecuatorianas, o por el Derecho internacional”. Este modo de adquirir el dominio en el Ecuador sigue teniendo algunas implicaciones, aunque no sean tan frecuentes e importantes; sin embargo, la ocupación es un modo de adquirir las cosas que carecen de dueño en un medio donde la ley y el derecho limitan esa posibilidad de apropiación.

La ocupación es un modo originario de adquirir la propiedad, y consiste en el hecho de tomar una cosa no perteneciente a nadie, con el ánimo de ejercer el dominio⁸¹. Se trata del modo más primitivo y natural que tienen las personas de adquirir el dominio de cosas que carecen de dueño; aunque la ocupación en la actualidad se ha reducido notablemente. Para que se de la ocupación, es necesario que se cumpla algunos requisitos:

- a) Que se trate de una cosa mueble que carezca de dueño;
- b) Que haya aprehensión material de ella;
- c) Que exista el ánimo de hacerse dueño;
- d) Que no esté prohibido la adquisición por ocupación, sea por las leyes nacionales o por el Derecho Internacional.

De aquí se desprende que solo se puede adquirir por ocupación las cosas corporales (bienes muebles) que carecen de dueño; es decir que no pertenezcan a nadie (Art. 681 del Código Civil). Sin embargo precisa aclarar que una cosa no pertenece a nadie, cuando:

1. Sobre ella jamás se ha ejercido el dominio, como sucede con los productos de la caza, de la pesca (Art. 623, del Código Civil), y en ciertos casos como de invención o hallazgo “de piedras, conchas y otras sustancias que arroja el mar y que no presentan señales de dominio anterior.

2. Cuando sobre la cosa se ha ejercido dominio, pero se desconoce su dueño, como acontece en el descubrimiento de un tesoro “Se llama tesoro la moneda o joya u otros efectos preciosos que, elaborados por el hombre, han estado largo tiempo sepultados o escondidos sin que haya memoria ni indicio de su dueño” (Art. 641, Código Civil).

⁸¹ VALENCIA ZEA, Arturo, 2000, Derecho Civil, Editorial Temis, Tomo II, Bogotá, p. 259

3. Cuando el dueño se despoja de las cosas, como las monedas que se arrojan al mar⁸².

Son modos de adquirir la propiedad de cosas abandonadas por sus dueños o simplemente que no pertenezcan a nadie. Es natural que si alguien no desea hacer uso de alguna cosa por considerarlo inservible o porque quiera reemplazarlo por otro de mejor calidad, que lo arroje a la calle para que alguien lo recoja. En este caso se presume que al dueño ya no le interesa y que no es su voluntad recuperarlos.

No obstante lo expresado en relación con la adquisición de la propiedad de cosas abandonadas, es necesario distinguir dos hechos jurídicos: El de abandono y el de adquisición de la propiedad. El primero, lo realiza el antiguo dueño; y el segundo, el nuevo ocupante. Hay que destacar que solo las cosas que no pertenezcan a nadie se pueden adquirir por ocupación, condición indispensable para que este modo se consuma, ya que ningún inmueble (predio o finca raíz) puede adquirirse mediante ocupación, sin que éstas se hallen en estado de abandono, cosa que es improbable debido a todas las tierras, que estando situadas dentro de los límites del territorio del Ecuador y que carecen de dueño, son bienes del Estado, (Art. 605, Código Civil).

En todo caso, es preciso aclarar que la adquisición de la propiedad por la ocupación, solamente se produce si se cumplen los requisitos previstos en la ley, de modo que no cualquier aprehensión ni cualquier posesión originan propiedad.

⁸² VALENCIA ZEA, Arturo, op. cit, p. 260

En estas dos formas de ocupación hay una diferencia sustancial. En el caso de abandono, hay una voluntad de la persona de desprenderse de la cosa; mientras que en la pérdida no, es involuntaria. El que se halla tal cosa, no podrá saber la voluntad del dueño, sino por presunciones o indicios. Es importante resaltar que las cosas perdidas no se adquieren por parte de quien las ocupa, sino únicamente la posesión y un derecho de recompensa por el hallazgo. Se produce la adquisición de la propiedad por prescripción, pero solo cuando haya sido imposible determinar quien es el dueño de la cosa perdida, pues quien retuviere para sí la cosa, sin cumplir las prescripciones indicadas, cometería un hurto, que el Código Penal lo castiga como contravención de segunda clase.

La Accesión.- En un modo derivativo de adquirir el dominio, por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella. Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles⁸³.

Esta definición ha generado dos especies de acción: la referente a la adquisición de los frutos, llamada también discreta, y la otra continua (adquisición de cosas distintas que se unen). En la accesión sólo entran los siguientes casos: la edificación, plantación, siembra, el aluvión, la avulsión. No entran: la confusión, el cause abandonado, la nueva isla que se forma en el río y la especificación.

La accesión se diferencia de los demás modos de adquirir el dominio, por cuanto estos modos de adquirir son propiamente actos de voluntad, mientras que en la accesión la voluntad no interviene en el acto de apropiación, ocurren por diversas causas, unas provenientes del hombre y otras por la acción de la naturaleza. El principio fundamental de este modo de adquirir el dominio, consiste en atribuir la propiedad de lo

⁸³ Código Civil, Art. 659.

accesorio o secundario a quien tenga dominio de lo que se considera como principal⁸⁴.

El problema de la naturaleza jurídica de la accesión consiste en determinar si es verdaderamente un modo de adquirir el dominio, o si se trata de una simple facultad o extensión del dominio; es decir, como una simple preeminencia de lo principal sobre lo accesorio, como el Código Civil así lo considera, según lo prescrito en el Art. 662. La que más se compagina con su estructura jurídica es la teoría ecléctica, según la cual la accesión continua es un modo de adquirir la propiedad con sus naturales consecuencias; y la discreta, un simple hecho dominical, como sostienen muchos autores.⁸⁵

Hay algunas clases o especies de accesión: Natural, industrial y la mixta. En el primer caso, se obra por la acción de fuerzas naturales; en el segundo, por la actividad del hombre; y en las mixtas intervienen las dos anteriores; una clasificación que no ha tenido mayor aceptación por su falta de utilidad práctica, no así la clasificación impuesta por la doctrina en discreta y la continua.

La Tradición.- Es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de las cosas a otro. Para lo cual es necesario que por una parte, haya la facultad o intención de transferir el dominio, y por otro, la capacidad e intención de adquirirlo⁸⁶. La tradición es el modo más frecuente de adquirir a título singular. Esto se debe a que la sola voluntad de las partes manifestada en el contrato no basta para

⁸⁴ LARREA HOLGUÍN, Juan, op. cit., p. 378

⁸⁵ Código Civil 2013.

⁸⁶ Código Civil, Art. 686.

transferir la propiedad. Es preciso agregar al traslado del dominio un signo externo, la posesión⁸⁷.

A diferencia de los modos originarios, éste modo por ser derivado transfiere el derecho en la medida en que lo tiene quien lo transfiere, con sus cargas y limitaciones. En el acto de la tradición aparecen dos elementos. Por una parte está la voluntad de transferir el dominio u otro derecho; y por otra, la voluntad que debe exteriorizarse en la entrega material de la cosa; aunque la voluntad de transferir dependerá de alguna causa. Por tanto, la tradición tiene cuatro elementos: voluntad, entrega material, causa y solemnidades.

Varios autores hacen notar que la tradición no es un contrato, ya que en éste origina obligaciones, y la tradición más bien implica el cumplimiento de algún contrato. La naturaleza jurídica de la tradición admite que es una convención o un acuerdo de voluntades, cuyo efecto jurídico es el de transferir derechos o perfeccionar esa transferencia, que puede tener sus raíces en una causa anterior. En algunos casos, se transferirá la posesión, y ésta por el transcurso del tiempo dará origen a la adquisición de la propiedad mediante prescripción, como lo prevé el Art. 699 del Código Civil.

La tradición es un modo de adquirir el dominio únicamente para actos entre vivos, como ocurre cuando se perfeccionan los contratos reales. Así por ejemplo: “El contrato de anticresis se perfecciona por la tradición del inmueble”⁸⁸. El efecto propio de la tradición consiste en transferir la posesión, y muchas veces también la propiedad. Por ello la tradición es

⁸⁷ LARREA HOLGUÍN, Juan, 2004, Manuel Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Vol. II, pp. 396 y ss.

⁸⁸ Código Civil, Art. 2339

una convención, o sea un acuerdo de voluntades que produce efectos jurídicos, donde muchas veces la tradición será más bien la ejecución de un contrato; esto es que haya una causa contractual anterior a la tradición, y éste es el efecto de esa causa. Normalmente el contrato previo habrá creado el título en virtud del cual opera la tradición, como un modo de transferir el dominio. Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc. Art. 691. Entre el título y el modo existe una relación de causa a efecto, de manera que si no hay título, no hay tradición, y si el título es nulo, es nula la tradición. La entrega – recepción es el hecho propio de la tradición, por cuanto se trata de un acto valorativo de derecho. Es una convención en la que el tradente y el adquirente concurren voluntariamente, teniendo los dos el ánimo de transferir y de adquirir el dominio, respectivamente⁸⁹.

La Prescripción.- El Código Civil en el Art. 2396, define a la prescripción como: “Un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguirse las acciones y derechos ajenos; por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”.

Una acción o derecho se dice que prescribe cuando se extingue por la prescripción⁹⁰. La prescripción es un modo originario de adquirir el dominio; pero también es un modo por el cual se extinguen las acciones y los derechos de quienes son sus legítimos propietarios, pero que han abandonado sus pertenencias, y que por tanto son situaciones que dan lugar a presumir que hay la voluntad de desprenderse de tales bienes.

⁸⁹ VALENCIA ZEA, Eduardo, op. cit. Tomo , p. 181

⁹⁰ Código Civil, Art. 2392.

Cabanellas, dice que la prescripción es un “Modo de adquirir el dominio y demás derechos reales, poseyendo una cosa mueble o inmueble durante un lapso y otras condiciones fijadas por la ley. Es decir, la conversión de la posesión continuada en propiedad”⁹¹. Este es un modo de adquirir la propiedad en el caso de que las personas que se hallan en posesión de un bien raíz por un tiempo ininterrumpido de varios años, con el ánimo de señor y dueño. La ley establece derechos y acciones, tanto para los propietarios como para los posesionarios, ya sea para reivindicar sus derechos, readquirir la propiedad sobre algún bien que haya sido objeto de posesión o para alegar un derecho en el caso de que alguien se halle en posesión de él, con el fin de que se le otorgue judicialmente la propiedad por reunir los requisitos que la ley establece.

La ley garantiza ejercer la acción de prescripción adquisitiva de dominio en los casos en que una persona se halle en posesión ininterrumpida de la cosa, como un modo de garantizar que los bienes cumplan con el bien común de velar por el bienestar de la población y que las tierras cumplan con su función social. Desde luego que adquirir el dominio por este modo, está supeditado a ciertas condiciones y requisitos que deben darse en la práctica; esto es, que no sea una posesión viciosa, dígase violenta o clandestina (Art. 724 del Código Civil), caso contrario se corre el riesgo de incurrir en delitos que la ley sanciona; puesto que para alegar el derecho de posesión por este modo, ella tiene que ser pacífica, no violenta, ya que la ley prohíbe, inclusive en casos en que el dueño recurra a la fuerza para recuperar su propiedad, solo adquiere tal derecho si cumple con lo que establece la ley.

⁹¹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, op. cit., p 335

Al respecto de la función social que debe cumplir la propiedad, según la Ley de Desarrollo Agrario Art. 20⁹², es que la tierra esté en producción, generando recursos para el Estado, a efecto de garantizar la alimentación interna. Desarrollo de la producción agrícola que se traduce en una elevación de su rendimiento y redistribución de los ingresos, a fin de permitir a toda la población compartir los beneficios de la riqueza y el desarrollo. Como puede entenderse, una de las principales preocupaciones del Estado es garantizar el progreso y desarrollo armónico del país.

En cuanto al tiempo de posesión ininterrumpida de la cosa y que otorga al posesionario el derecho a ejercer acciones para alegar ante el juez la propiedad, esta varía según sea por prescripción adquisitiva de dominio ordinaria y extraordinaria. En la primera, el tiempo es de tres años para los bienes muebles; y de cinco, para los raíces (Art. 2408 del Código Civil), desde luego en virtud de título inscrito, como una escritura de promesa de compraventa⁹³, la cual deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad para precautelar los intereses de los contratantes y garantizar el cumplimiento de las obligaciones; y para la segunda, el tiempo de prescripción extraordinaria es de quince años Art. 2411 Código Civil.

Por lo visto, hay dos formas de adquirir el dominio entre vivos: la usucapión o prescripción adquisitiva y la prescripción extintiva, así conocidas la prescripción ordinaria y extraordinaria, respectivamente; las mismas que requieren ser alegadas para que pueda hacer valer su derecho en juicio, (Art. 2393 Código Civil). Si no se demanda al anterior propietario, no habrá legítimo contradictor y tampoco valdrá de nada la acción ni la sentencia, si llegare a favorecer al demandante.

⁹² Ley de Desarrollo Agrario, 2013

⁹³ BORRERO ESPINOSA, Camilo, Práctica Notarial, Tomo I, 1994, p.145

2.2.2. Jurisprudencia

Respecto de las solemnidades de los testamentos, de producirse la falta de alguna de las solemnidades exigidas para cada caso de testamento, se produce nulidad absoluta, conforme se desprende del Art. 1725 del Código Civil, por tratarse de requisitos de forma que la ley exige para su validez, independientemente del estado o capacidad de las personas. La nulidad absoluta que puede ser alegada por cualquier persona. No tiene sentido que el propio testador alegue tal nulidad, pues si ha omitido algún requisito, lo que corresponde es hacer otro testamento cumpliendo todas las formalidades legales. Los herederos o legatarios pueden provocar la acción de nulidad del testamento, pero solamente después de la muerte del testador, así se desprende de la naturaleza misma de esta institución y ha sido confirmada por nuestra jurisprudencia⁹⁴, no por otra cosa es una sucesión por causa de muerte.

Para alegar se requiere probar que se tiene interés y que sea legítima su intervención en el juicio. Así, quien impugna un testamento pretendiendo que se apliquen las normas de la sucesión intestada, deberá justificar su parentesco con el difunto, lo cual le daría derecho a heredar ⁹⁵

Como hemos indicado, las solemnidades tienen por objeto garantizar la validez del testamento y que se conserve sin alteraciones, por esto no hay contradicción entre la acción de nulidad por falta de solemnidades y la de falsedad del testamento; se pueden proponer conjuntamente estas acciones ya que no son contradictorias, y así lo ha aceptado la Corte Suprema⁹⁶

⁹⁴ Sentencia de la 2ª Sala, Juicio Pintado-Rodríguez, Gaceta Judicial XIII, 2, p. 289

⁹⁵ Juicio Proaño-Castillas, Sentencia de la 1ª Sala, Gaceta Judicial, XII, 10, p.2047

⁹⁶ Sala de lo Civil, Juicio Hernández-Hernández, 11 de octubre de 1994.

Respecto a que no puede otorgarse testamento hológrafo, si en lo esencial dicha forma consiste en que sólo se requiere que sea íntegramente escrito con la propia mano del testador, sin que se agreguen nuevas solemnidades. Nada impide en nuestro país que una persona haga un testamento que sería igualmente hológrafo, si cumple luego con las solemnidades que establece la norma: declarar que es su testamento ante los testigos y Notario, leerlo (si es abierto) y firmarlo. Este no sería propiamente hológrafo, aunque escrito de puño y letra del testador, y tampoco podría impugnarse su validez fundándose en que no es auténtica la caligrafía –en todo o en parte-, porque la ley no exige que el testamento sea escrito directamente por el otorgante: puede hacerlo, pero tampoco no es obligación hacerlo de esa manera. La jurisprudencia aclara que no basta dejar la huella digital, en lugar de dejar constancia del motivo por el que no firma el testador; esa omisión causa la nulidad del testamento⁹⁷.

“Las cédulas o papeles a que se refiere el testador, no se mirarán como parte de éste, aunque el testador lo ordene, ni valdrán más de lo que sin ésta circunstancia valdrían” (Art. 1062 del C.C.), se entiende que tales documentos son ajenos, exteriores al testamento cerrado. Por ejemplo, pueden incluirse certificados de nacimiento o reproducción de la cédula de identidad, o planos para una mejor inteligencia de las disposiciones del testador en cuanto a linderos de lotes, etc., todo ello, en realidad se incorpora en el testamento, es parte de la declaración de voluntad, y no se ha de considerar como papeles ajenos y sin valor. La jurisprudencia ha confirmado esta doctrina⁹⁸

En cuanto a la actuación del Notario, la norma establece que él debe intervenir u otra persona que haga sus veces, salvo el caso del testamento abierto celebrado ante cinco testigos. En los testamentos

⁹⁷ Sentencia de la 4ª. Sala Ruiz-Rocha. N. 59, de 15 de marzo de 1977

⁹⁸ Sentencia de la 4ª. Sala Avilés-Herrera, de 12 de diciembre de 1983.

menos solemnes o privilegiados no se requiere la actuación del Notario. Si falta la presencia propia del Notario, cuando éstas son necesarias, se produce la nulidad. En más de una sentencia de la Corte Suprema ha declarado nulo el testamento otorgado ante el Secretario de un Teniente Político, ya que éste no se halla autorizado para recibir testamento⁹⁹

2.2.3. Legislación

2.2.3.1. El derecho a la propiedad y a la seguridad jurídica

El derecho de herencia se asemeja al de propiedad por ser un derecho real, análogo al dominio. La Constitución de la República para alcanzar los objetivos de la economía, garantiza el derecho a la propiedad y a la seguridad jurídica, a fin de incentivar la producción agrícola y evitar el éxodo de los campesinos hacia la ciudad. Es por ello que el Estado se preocupa en garantizar la propiedad de la tierra en producción y estimular a la empresa agrícola¹⁰⁰; pues no de otra manera se podría mejorar la calidad de vida de sus habitantes y alcanzar un nivel de vida digno. Esa es la razón por la que las tierras aptas para la producción deben cumplir su función social.

La ley prohíbe el acaparamiento de la tierra y el latifundio, para evitar que grandes extensiones de tierra productiva permanezcan abandonadas. Es deber del Estado garantizar que el derecho a la propiedad y a la seguridad jurídica de las personas no se vulneren; pues una de las condiciones fundamentales para que un país progrese con equidad y justicia, para que haya igualdad de derechos y oportunidades en el

⁹⁹ Sentencia de la 1ª. Sala, Juicio 302, sentencia de 28 de octubre de 1974. Quigüango-Pinto, Gaceta Judicial XII, Nº 7, p. 136

¹⁰⁰ Constitución de la República del Ecuador, 2004, Art. 267.

acceso a la propiedad de los medios de producción, es que haya seguridad jurídica que estimule la inversión interna y externa. Por lo que es necesario que en el país se garantice el derecho de las personas a la propiedad, individual y colectivamente¹⁰¹, a la asistencia técnica, al crédito agropecuario en condiciones preferentes y al establecimiento de un seguro que garantice la inversión agrícola.

2.2.3.2. Incongruencias e insuficiencias normativas del Código Civil respecto al testamento solemne otorgado en el Ecuador

El Código Civil contempla algunas incongruencias e insuficiencias 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, citado por 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.¹⁰²

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 puede subordinar tal uso y goce al interés social”¹⁰³, para el efecto es necesario que las leyes hagan posible la consecución de tal objetivo.

¹⁰¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, Edición Especial, Naciones Unidas, 2008, Art. 17

¹⁰² http://html.rincondelvago.com/patrimonio_1.html

¹⁰³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, San José de Costa Rica, Art. 21, Derecho a la propiedad privada.

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 Civil¹⁰⁴. 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)¹⁰⁵, 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 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.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Código Civil, Art. 1071.

¹⁰⁵ BORRERO ESPINOSA, Camilo, 1994, *Práctica Notarial*, Tomo I, Segunda Edición, Loja, p. 1

¹⁰⁶ http://html.rincondelvago.com/patrimonio_1.html

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.

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. Por tanto, se realiza el siguiente análisis jurídico de los siguientes Arts. 1043, 1050, 1054, 1055, 1056, 1058 y 1063 del Código Civil respecto al otorgamiento de testamento solemne en el Ecuador:

1. El Art. 1043¹⁰⁷, no establece de forma objetiva que existe incapacidad para testar de las personas que por causa de su senilidad 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. El numeral 3 del presente artículo 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

¹⁰⁷ Código Civil, Art. 1043

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 que en caso de realizarlo estarían viciados de nulidad.

La demencia senil inhabilita a la persona para el acto de testar, incluso una afección leve de la conciencia no le permitiría obrar con cordura y lucidez. Es evidente que en tratándose de una decisión con fuerte repercusión en el campo legal, debería estar en completa lucidez.

En concatenación con el numeral 3 del Art. 1043 del Código Civil, el Art. 1054 del C. C. señala que entre los requisitos formales del testamento, debe quedar establecida la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio, una circunstancia que no puede determinarse a simple vista, y mucho menos cuando ni el Notario o el Juez de lo Civil lo han conocido, ni tratado habitualmente; sin embargo, 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”¹⁰⁸. 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.¹⁰⁹

Considero que 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.

¹⁰⁸ Código Civil, Art. 1061, 320

¹⁰⁹ Opinión de la Autora

Con toda razón, la Corte Suprema de Justicia, para evitar que se incurra en situaciones que puedan nulificar el testamento, 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 indiscutibles¹¹⁰.

2. El Art. 1050¹¹¹ 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.

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.

En cuanto a la inhabilidad de los testigos testamentarios, se estima que existe incongruencia jurídica respecto al último inciso del artículo citado, donde se acepta a los analfabetos¹¹² como testigos, señalando 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; es una disposición que no garantiza ninguna seguridad jurídica, por cuanto los analfabetos pueden ser susceptibles de engaño o de

¹¹⁰ LARREA HOLGUÍN, Juan, op. cit. p. 210

¹¹¹ Código Civil, Art. 1050.

¹¹² INEC, 2010, 984.878 no saben leer ni escribir, de los 14'483.499 habitantes del Ecuador

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 desinterés¹¹³. Un analfabeto, por muy honorable que sea, no garantiza tal idoneidad.

En este caso, prevalece el hecho de que sean únicamente personas en sano juicio, 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.

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 otorgamiento del testamento. 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, constituye 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 hogar"¹¹⁴

¹¹³ LARREA HOLGUÍN, Juan, op. cit., p. 241

¹¹⁴ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, Colombia, IX Conferencia Internacional Americana, 1948, Art. 23.

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.

El Art. 1055 del Código Civil ¹¹⁵, 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” ¹¹⁶. 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

¹¹⁵ Código Civil, Art. 1055

¹¹⁶ Código Civil, Art. 1055.

garantiza ninguna seguridad jurídica, incongruencia que se manifiesta también en el Art. 621 del Código de Procesamiento Civil¹¹⁷.

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”¹¹⁸. Considero que en tal circunstancia, a menos que el testador sea 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. Hay incongruencia jurídica 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, ¿así calificadas por quién o quiénes?

¹¹⁷ Código de Procedimiento Civil, Art. 621

¹¹⁸ Código Civil, Art. 1056.

Si bien ésta solemnidad suple la ausencia de los testigos que participaron en el acto, no es menos cierto que la ausencia de los testigos a cumplir con una solemnidad exigida por la ley, da 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 nada dice 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, si el Código Civil en su Art. 1056¹¹⁹ permite que en el testamento solemne abierto se prescinda 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 aclara la situación, pues no contempla otra solemnidad que brinde seguridad jurídica, lo cual puede originar problemas en caso que se produzca su nulidad por ser falsa la causa.

Tales incongruencias jurídicas también se advierten 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 coloca en estado de inseguridad jurídica a los herederos

¹¹⁹ Código Civil, Art. 1056

2.2.4. Derecho comparado

Hacemos referencia a conceptos de testamento que contienen algunas legislaciones:

El Código Civil de Chile, Art. 999, dice: “El testamento es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva”¹²⁰

Por ser ésta una disposición normativa que corresponde al Proyecto de Andrés Bello y que permanece hasta el momento intacto en ese Código Civil, y como el nuestro Código es tomado en su totalidad de dicho Proyecto, contiene la misma definición de testamento, por lo que no creemos necesario hacer mayor análisis, ver Art. 1037 del C.C.

El Código Civil de Argentina, Art. 3607, dice: “El testamento es un acto escrito, revocable celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte”¹²¹.

Es una definición de testamento que en lo sustancial es idéntica al concepto que da el Código de Chile y por ende el nuestro, se trata de un acto de voluntad del testador para disponer del todo o una parte de sus

¹²⁰ Código Civil de Chile, Art. 999.

¹²¹ Código Civil de Argentina, Art. 3607

bienes en beneficio de sus herederos y que surten pleno efecto después de su muerte.

El Código Civil de Uruguay, Art. 779, dice: “Testamento es un acto esencialmente revocable, por el cual una persona dispone conforme a las leyes, del todo o parte de sus bienes, para después de su muerte”¹²². Es idéntico a las anteriores disposiciones sobre testamento, con la diferencia de que no se menciona si se trata de un acto más o menos solemne, dependiendo de las circunstancias y forma de testamento

El Código Civil de Venezuela, Art. 833, dice: “El testamento es un acto revocable por el cual una persona dispone para después de su muerte de la totalidad o de parte de su patrimonio, o hace alguna otra ordenación, según las reglas establecidas por la Ley” ¹²³ . Como vemos, la denominación de testamento que da este Código es idéntico al de otras legislaciones de los países mencionados, con la diferencia, igualmente, que no hace referencia a que si se trata de un acto más o menos solemne.

El Código Civil de Brasil dice: “Considérese testamento el acto revocable por el cual, de conformidad con la ley, dispone de todo o en parte de su patrimonio para después de su muerte”

El Código Civil Español, dice: “testamento es el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte, de todos sus bienes o de parte de ellos”

¹²² Código Civil de Uruguay Art. 779

¹²³ Código Civil de Venezuela, Art. 833

De las definiciones referidas, precisa analizar brevemente el vocablo “acto”, término al que todas las legislaciones mencionan sobre el testamento. Hay hechos jurídicos y actos jurídicos. El hecho jurídico, es el acontecimiento o suceso externo que se vincula con el derecho y produce consecuencia jurídica, como: la creación, modificación, extinción o reconocimiento de derechos y obligaciones. El acto jurídico, por su parte, es la expresión espontánea, libre y consciente de la voluntad de una persona generalmente capaz, cuyos efectos producen la creación, modificación, reconocimiento o extinción de derechos y obligaciones¹²⁴.

En los actos jurídicos unilaterales, como es el testamento, se habla de voluntad; y en los actos jurídicos bilaterales, el consentimiento, que no es nuestro estudio; pero para que el acto jurídico sea válido, debe cumplir los requisitos de fondo y forma. El testamento, en consecuencia, es un acto jurídico unilateral que no requiere del consentimiento ni de la voluntad de otra persona que no sea el testador, y por tanto él tiene la facultad de revocar o modificar sus disposiciones cuando así lo crea conveniente.

Al respecto de acto jurídico, Alessandri Rodríguez, sostiene que clásicamente el acto jurídico se define como la manifestación de la voluntad que se hace con la intención de crear, modificar o extinguir un derecho”¹²⁵. Por su parte, Marco Monroy, manifiesta que “El acto jurídico es el instrumento que tienen las personas para regular sus diversos intereses”¹²⁶

¹²⁴ JARAMILLO ORDÓÑEZ, Hernán, *La Ciencia y Técnica del Derecho*, Universidad Nacional de Loja, Área Jurídica, Social y Administrativa, 2006, p. 187.

¹²⁵ RODRÍGUEZ Alessandri y Somariva, *Curso de Derecho Civil*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1992, p. 2892.

¹²⁶ MONROY CABRA, Marco, *Introducción al Derecho*, Cuarta Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1997, p. 362.

2.3 Glosario de términos

Acto jurídico.- Es la expresión espontánea, libre y consciente de la voluntad de una persona generalmente capaz, cuyos efectos producen la creación, modificación, reconocimiento o extinción de derechos y obligaciones.

Hecho jurídico.- Fenómeno, suceso o situación que da lugar al nacimiento, transmisión o extinción de los derechos y obligaciones.

Herencia.- Conjunto de bienes, derechos y acciones que se heredan.

Norma jurídica.- Eje principal del ordenamiento jurídico estatal que regula los derechos y las obligaciones de las personas naturales y jurídicas.

Patrimonio.- Conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo, deudas y obligaciones de índole económica.

Propiedad.- Facultad de gozar y disponer ampliamente de una cosa.

Relación jurídica.- Es el vínculo que existe entre una persona determinada con otra también determinada que en virtud del imperio de una norma o de un acto o hecho obliga a dar, hacer, o no hacer una cosa, como sucede en entre el vendedor y el comprador.

Seguridad jurídica.- Brindar a las personas e instituciones las garantías jurídicas necesarias para desarrollar sus actividades.

Testamento.- Instrumento en el cual se ejecuta la voluntad del testador.

Testigos.- Persona que debe concurrir a la celebración de ciertos actos jurídicos, en los casos así señalados por la ley o requeridos por los particulares para solemnidad del mismo.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Determinación de los métodos

3.1.1. Inductivo

A través de este método se obtuvo los datos y la información pertinente de los hechos considerados en la investigación. Para el efecto, se partió del análisis doctrinario y jurídico de casos concretos y particulares que por insuficiencias e incongruencias normativas pueden vulnerar los derechos a la propiedad y a la sucesión testamentaria de los herederos (ver campos problemáticos, p.2), hasta llegar a establecer generalizaciones sobre la necesidad de reformar los Arts. 1043, 1050, 1054, 1055, 1056, 1058 y 1063 del Código Civil, a fin de que las normas jurídicas garanticen la seguridad jurídica en el derecho al patrimonio.

3.1.2. Deductivo

Mediante este método se realizaron los estudios en torno a las variables de la hipótesis, las mismas que orientaron todo el proceso de investigación bibliográfica y el análisis jurídico del campo normativo del testamento solemne otorgado en el Ecuador, situación que permitió inferir de manera puntual las conclusiones y recomendaciones, y elaborar la propuesta de reforma al Código Civil ecuatoriano

3.1.3. Analítico

En el desarrollo de la presente investigación jurídica, fue necesario realizar un estudio analítico y crítico de los diferentes temas y aspectos planteados, pues se trató de establecer que la norma garantice el derecho a la propiedad y a la seguridad jurídica en este campo; además de comprobar la hipótesis, alcanzar los objetivos de la investigación y la elaboración de la propuesta de reforma a los Arts. de C.C. mencionados.

3.1.4. Sintético

Por la naturaleza de la investigación, se prefirió un enfoque holístico y sistémico del problema investigado, y por ende para el desarrollo de la Tesis. Este enfoque global permitió desarrollar el marco teórico desde un contexto conceptual general, objetivo y pertinente.

3.2. Diseño de la investigación

Se aplicaron los siguientes tipos de investigación: Descriptiva, bibliográfica y de campo.

3.2.1. Descriptiva

Por cuanto la investigación estuvo dirigida a determinar la incidencia del campo normativo del Código Civil en la elaboración del testamento solemne, incongruencias jurídicas que pueden dar lugar a la vulneración

del derecho al patrimonio y a la sucesión testamentaria de los herederos, así como desarrollar la propuesta de reforma, previo al análisis doctrinario y jurídico de los diferentes preceptos normativos planteados y la interpretación de los resultados en base a los datos e información obtenidos en el proceso de la investigación de campo.

3.2.2. Bibliográfica

Mediante esta investigación se obtuvo la información requerida de los diferentes textos jurídicos analizados, dígame: códigos, leyes, Constitución de la República del Ecuador, doctrina, páginas de Internet, tesis, revistas científicas, datos estadísticos, entre otros.

3.2.3. De campo

En este tipo de investigación fue necesario aplicarlo para obtener datos e información generada en el lugar donde se delimitó el objeto de estudio; es decir, en contacto con los actores (abogados en libre ejercicio profesional, Notarios y Jueces de lo Civil).

3.3. Población y Muestra

En la investigación de campo se tomó como Universo de la población económicamente activa del cantón Quevedo (50.583 personas, según el INEC 2010), de esta misma cantidad se tomó un total de 25 abogados en libre ejercicio profesional del cantón Quevedo, dos Notarios y un Juez de lo Civil.

El tamaño de la muestra se obtuvo mediante la siguiente fórmula:

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

P = Probabilidad de que el evento ocurra 50%

Q = Probabilidad de que el evento no ocurra 50%

Z = Margen de error 1.96%

E = Error de estimación 5%

N = Población 50.583 personas

$$n = \frac{1.96^2 \times 0.50 \times 0.50 \times 50583}{0.05^2 (50583 - 1) + 1.96^2 \times 0.50 \times 0.50}$$

$$n = \frac{3.8416 \times 0.50 \times 0.50 \times 50583}{0.0025 (50582) + 3.8416 \times 0.50 \times 0.50}$$

$$n = \frac{48579,9132}{126.455 + 0.96}$$

$$n = \frac{48579,9132}{127,415} = 381$$

El tamaño de la muestra una vez aplicada la fórmula, fue de 381 personas de la ciudad de Quevedo, entre los que están incluidos 25 abogados en libre ejercicio profesional del cantón Quevedo, 2 Notarios y 1 Juez de lo Civil. Esta es la población a la que se aplicó las encuestas y entrevistas.

CANTIDAD	MUESTRA
MORADORES	353
ABOGADOS	25
NOTARIOS	2
JUECES	1
TOTAL	381

3.4. Técnicas e Instrumentos de investigación

La recolección de datos e información, se realizó mediante la aplicación de encuestas y entrevistas.

3.4.1. Encuesta

Esta técnica se aplicó a moradores del cantón Quevedo y abogados en libre ejercicio profesional, y como instrumento se empleó un cuestionario de preguntas cerradas.

3.4.2. Entrevista

Se entrevistó a dos Notarios y un Juez de lo Civil del cantón Quevedo, a fin de conocer su criterio respecto de la elaboración del testamento solemne otorgado en el Ecuador; para el efecto se aplicó una guía de entrevista como instrumento.

3.5. Validez y confiabilidad de los instrumentos

Las técnicas seleccionadas para la recolección de datos e información en la presente investigación, estuvieron en relación a los métodos que guiaron todo el proceso de desarrollo de la tesis, puesto que la técnica por sí sola no puede alcanzar un carácter científico, a pesar de tener precisión y predictibilidad. Por tanto, la encuesta y la entrevista sirvieron para recolectar datos e información de las fuentes de origen; esto es, de quienes tienen conocimiento para aportar al objeto de estudio, y de manera particular del problema que se analiza (campo de acción), como son las incongruencia e insuficiencias de normatividad del Código Civil respecto de la celebración del testamento solemne.

Los instrumentos que se aplicaron en cada una de las técnicas, fueron objetivamente analizados para evitar el sesgo que pudiera afectar la confiabilidad de los resultados. El cuestionario de la encuesta, así como la guía de la entrevista, contemplan los diversos campos problemáticos que presenta el otorgamiento del testamento solemne, resultados que luego de su análisis e interpretación, hicieron posible la comprobación de la hipótesis y la generación de conclusiones y recomendaciones.

3.6. Procesamiento y análisis de datos

3.6.1. Encuesta a 353 Moradores de la ciudad de Quevedo

1.- ¿Cree usted que deba testar quien actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa?

Cuadro N° 1

Variables	Frecuencia	Porcentaje
SI	42	12 %
NO	311	88 %
Total	353	100 %

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Autora

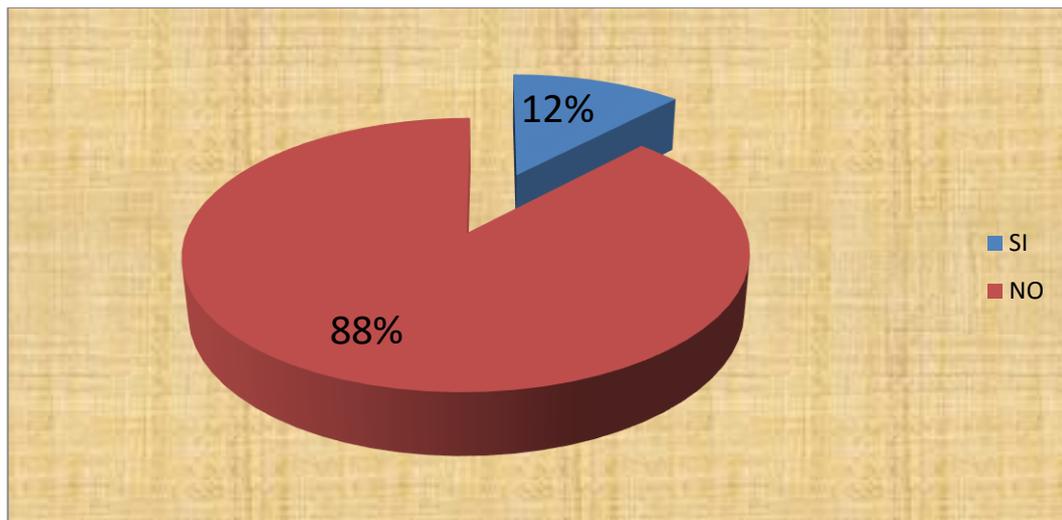


Gráfico 1

Análisis e interpretación

Los datos demuestran que el 88% de los encuestados dicen que no puede testar quien actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa, mientras que el 12% restante. La norma es explícita; pues así como está prescrita puede dar lugar a que se podrían afectar al derecho al patrimonio. Por lo que es necesario que se determine con claridad las circunstancias que exigen al testador para declarar su decisión de testar.

2. ¿Considera usted que un testamento, luego de ser expedido, pueda ser revocado por quien lo expuso?

Cuadro N° 2

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	266	75 %
No	87	25 %
Total	353	100 %

Fuente: Encuesta
Elaborado por: Autora

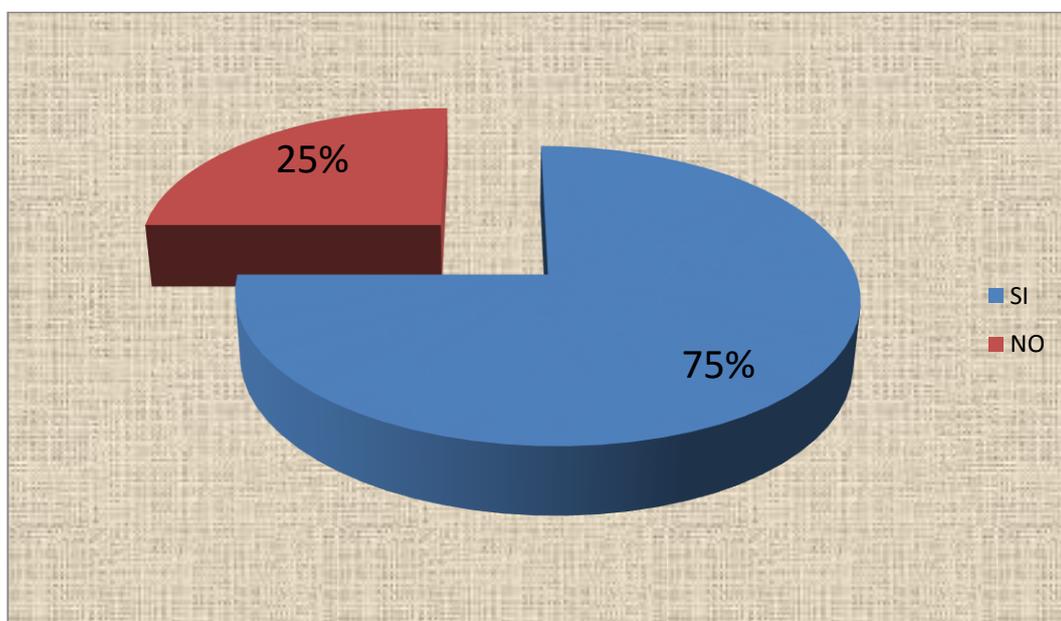


Gráfico 2.

Análisis e Interpretación

Como demuestran los resultados, el 75 % de la población encuestada manifiesta que las disposiciones testamentarias de la última voluntad del testador sí pueden ser revocables, mientras que el 25% restante, indicó que no debe ser así. La mayoría indica que con la revocación se

pretende, si es el caso, evitar que se vulneren los derechos de los beneficiarios al patrimonio.

3. ¿Cree usted que se deba permitir a parientes del testador dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad o herederos directos, intervenir como testigos en el otorgamiento del testamento?

Cuadro N° 3

Variables	Frecuencia	Porcentaje
SI	51	14 %
NO	302	86 %
Total	353	100 %

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Autora

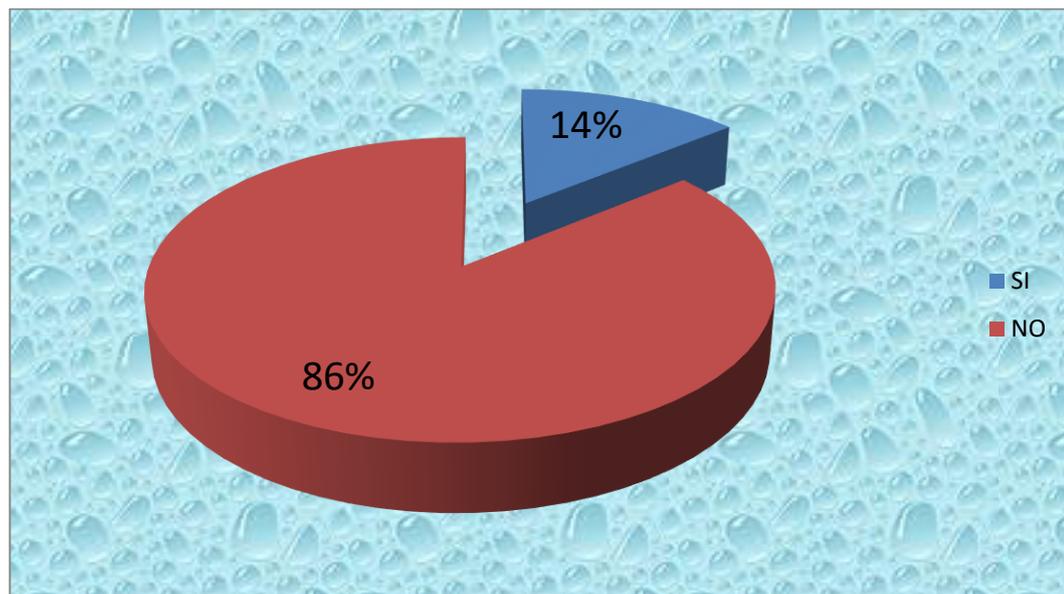


Gráfico 3.

Análisis e interpretación

De acuerdo a los resultados de la pregunta 3, el 86 % de los encuestados manifiestan que se debe establecer la incapacidad de los parientes del testador dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad o de los herederos directos, a intervenir como testigos en el otorgamiento

del testamento. Esto es para evitar que puedan incidir de alguna manera en la solemnidad del testamento por ser parte interesada.

4. ¿Considera usted que para que una persona de avanzada edad otorgue testamento, debe presentar una certificación médica de tres facultativos como prueba de hallarse en su sano juicio?

Cuadro N° 4

Variables	Frecuencia	Porcentaje
SI	285	81 %
NO	68	19 %
Total	353	100 %

Fuente: Encuesta
Elaborado por: Autora

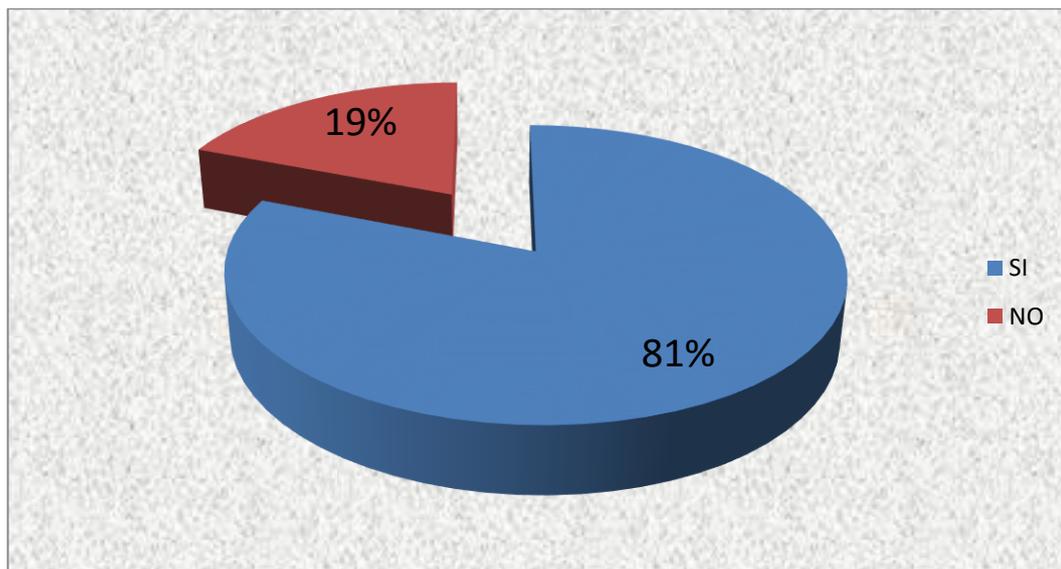


Gráfico 4

Análisis e interpretación

Los datos de los pregunta 4 demuestran que un 81 % de la población encuestada considera que se debe exigir a las personas de avanzada edad que vayan a otorgar testamento, como prueba de hallarse en su entero juicio, una certificación médica extendida por tres facultativos. Esto

garantiza el derecho de los herederos al patrimonio, y evita posibles perjuicios que pueda ocasionar a los herederos. En cambio el 19% indicaron que no.

5. ¿Cree usted que al menos uno de los testigos debe saber leer y escribir, cuando sólo concurren tres testigos, y dos cuando concurren cinco?

Cuadro N° 5

Variables	Frecuencia	Porcentaje
SI	278	79 %
NO	75	21 %
Total	353	100 %

Fuente: Encuesta
Elaborado por: Autora

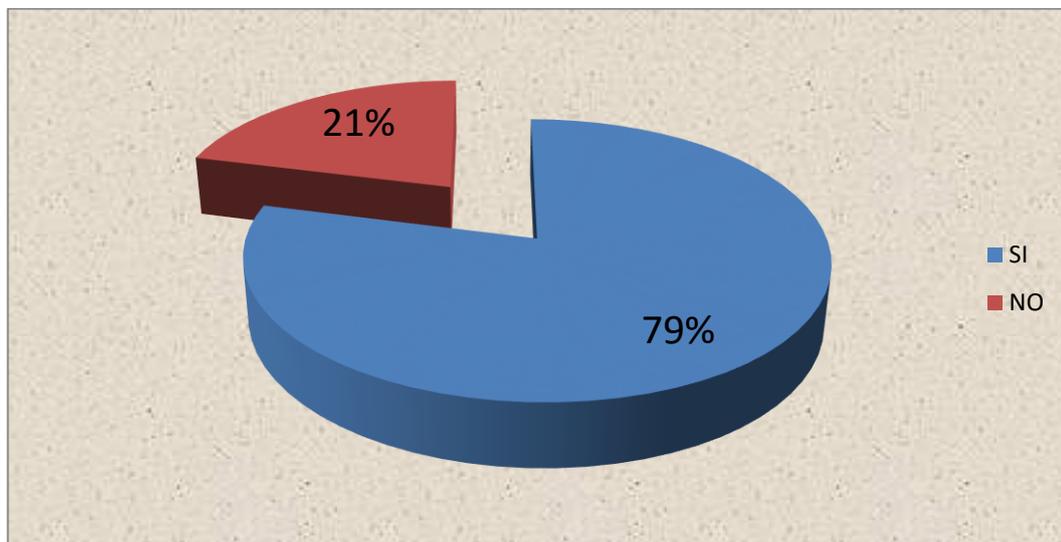


Gráfico 5.

Análisis e interpretación

Los resultados demuestran que un 79 % de los encuestados estiman que al menos uno de los testigos debe saber leer y escribir, cuando sólo

concurran tres testigos, y dos cuando concurran cinco, pues los analfabetos son susceptibles de cometer actos que pueden estar reñidos con las disposiciones legales, en cambio el 21% restante indicó que no.

3.6.2. Encuesta a 25 abogados en libre ejercicio profesional de la ciudad de Quevedo

6. ¿Cree usted que debería reformarse las disposiciones del Código Civil respecto a la elaboración del testamento solemne otorgado en el Ecuador, a fin de precautelar el derecho al patrimonio?

Cuadro N° 6

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	22	88 %
No	3	12 %
Total	25	100 %

Fuente: Encuesta.

Elaborado por: Autora

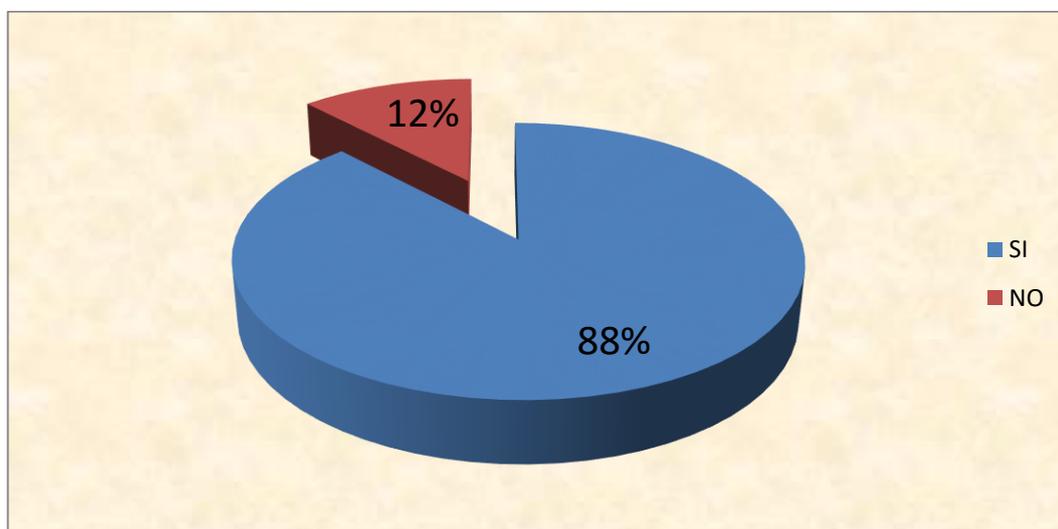


Gráfico 6.

Análisis e Interpretación.- Los datos demuestran que el 88 % de los encuestados afirman que deben reformarse las disposiciones del Código Civil respecto a la elaboración del testamento solemne otorgado en el Ecuador, a fin de precautelar el derecho al patrimonio, ya que las

disposiciones del Código Civil respecto a la elaboración del testamento solemne, no precautelan el derecho al patrimonio y a la sucesión testamentaria, por lo que urge plantear una reforma. En cambio el 12% restante manifestó que no.

7.- ¿Cree usted que deba testar quien actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa?

Cuadro N° 7

Variables	Frecuencia	Porcentaje
SI	1	4 %
NO	24	96 %
Total	25	100 %

Fuente: Encuesta
Elaborado por: Autora

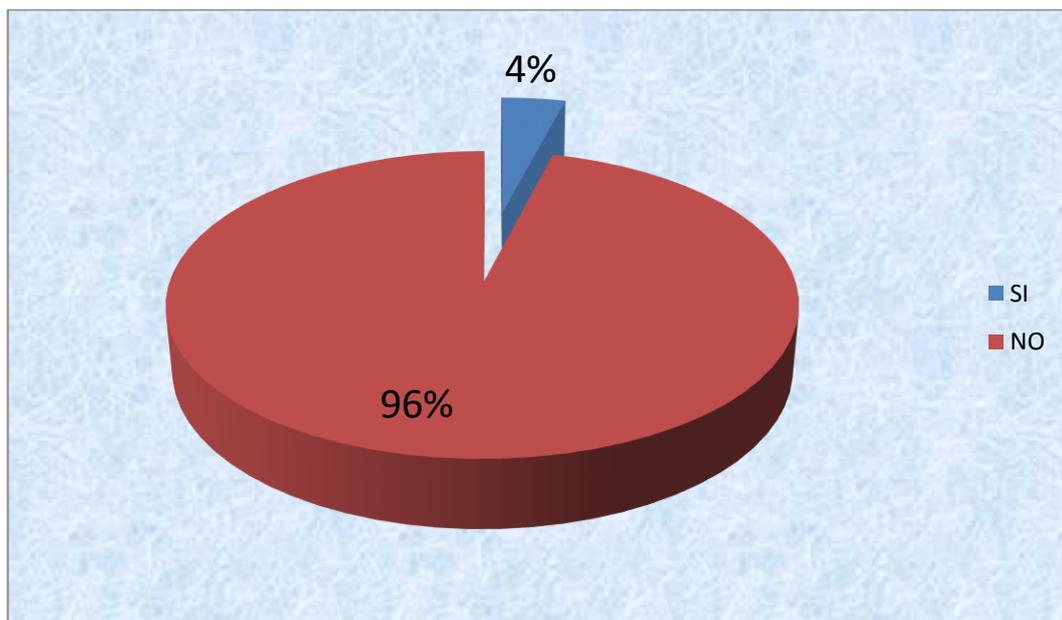


Gráfico 7

Análisis e interpretación

Los datos demuestran que el 96 % de los encuestados dicen que no debe testar quien actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa. Sin embargo, es necesario que se determine con claridad qué

otras circunstancias se exigen al testador en la expresión “otras causa”. Para que sea más explícita, la causal 3 del Art. 1043 de las incapacidades para testar, en la parte que dice: “El que actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa.

8. ¿Se garantiza el derecho de los herederos al permitir que las firmas del Notario y de los testigos ausentes sean abonadas por testigos instrumentales presentes?

Cuadro N° 8

Variables	Frecuencia	Porcentaje
SI	2	8 %
NO	23	92 %
Total	25	100 %

Fuente: Encuesta
Elaborado por: Autora

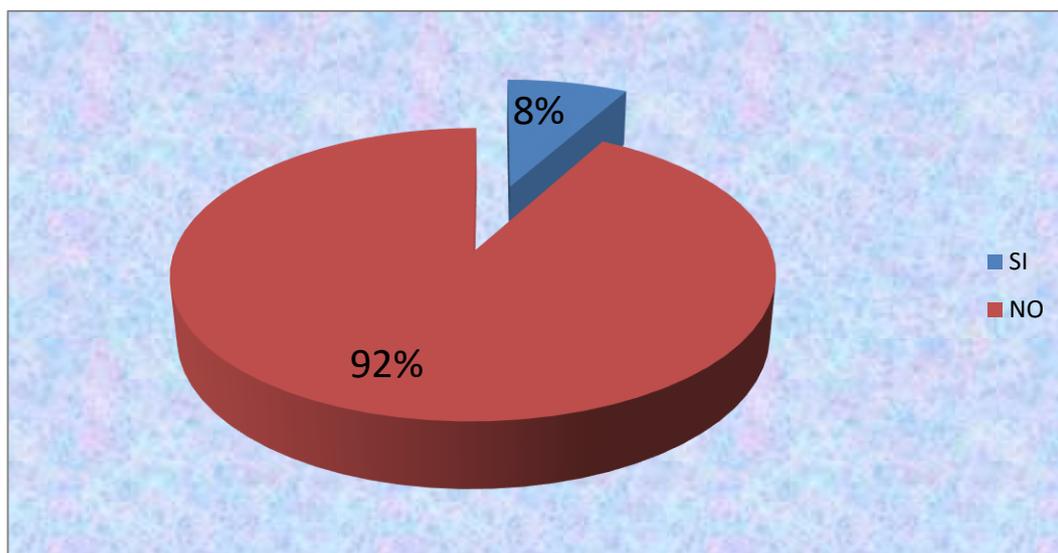


Gráfico 8.

Análisis e interpretación

Los resultados demuestran que un 92 % de los encuestados dice que no se garantiza el derecho de los herederos al permitir que las firmas del Notario y los testigos ausentes sean abonadas por testigos instrumentales

presentes; y no pueden ser de otra manera, podrían ser parte interesada y pueden incidir a beneficio personal y vulnerar derechos de otros beneficiarios. En cambio, el 8% restante indicaron que es lo contrario.

9. ¿Estima usted procedente que la lectura del testamento en voz alta realizada por el Notario, sea reemplazada por uno de los testigos designado por el testador, ante alguna emergencia?

Cuadro N° 9

Variables	Frecuencia	Porcentaje
SI	1	4 %
NO	24	96 %
Total	25	100 %

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Autora

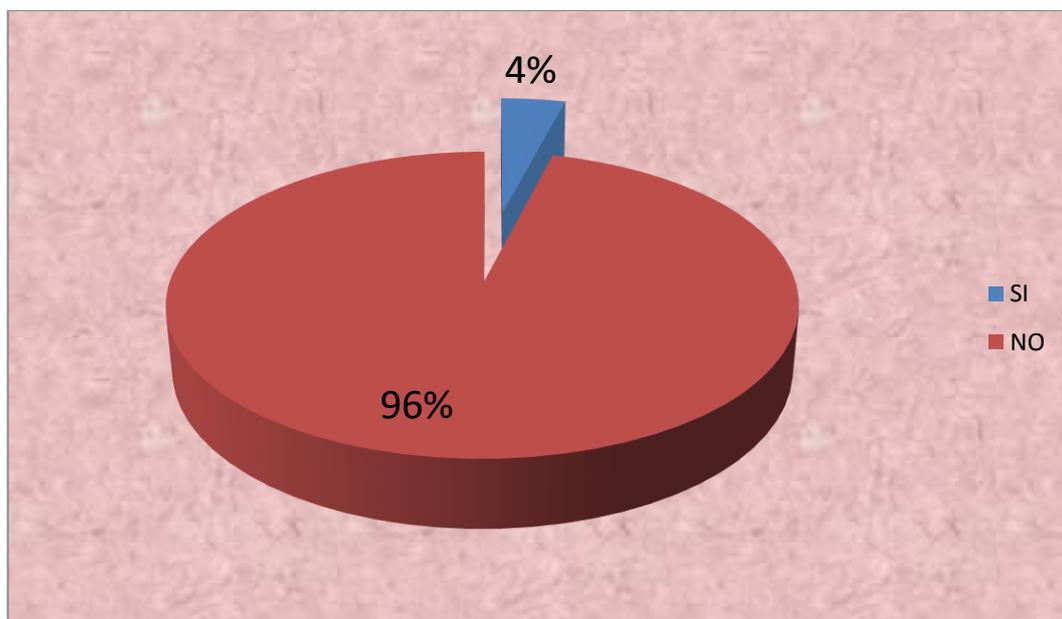


Gráfico 9.

Análisis e interpretación

En esta pregunta el 93 % de la población encuestada dice que la lectura del testamento en voz alta debe ser realizada por el Notario, por tanto no

puede ser reemplazada por ninguno de los testigos designado por el testador, ya que esta es una solemnidad que no puede prescindirse por cuanto invalida el acto, aún ante una emergencia.

10. ¿Cree usted que se garantiza la solemnidad del testamento abierto al permitir que se celebre ante cinco testigos, sin la presencia del Notario o Juez de primera instancia?

Cuadro N° 10

Variables	Frecuencia	Porcentaje
SI	1	4 %
NO	24	96 %
Total	25	100 %

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Autora

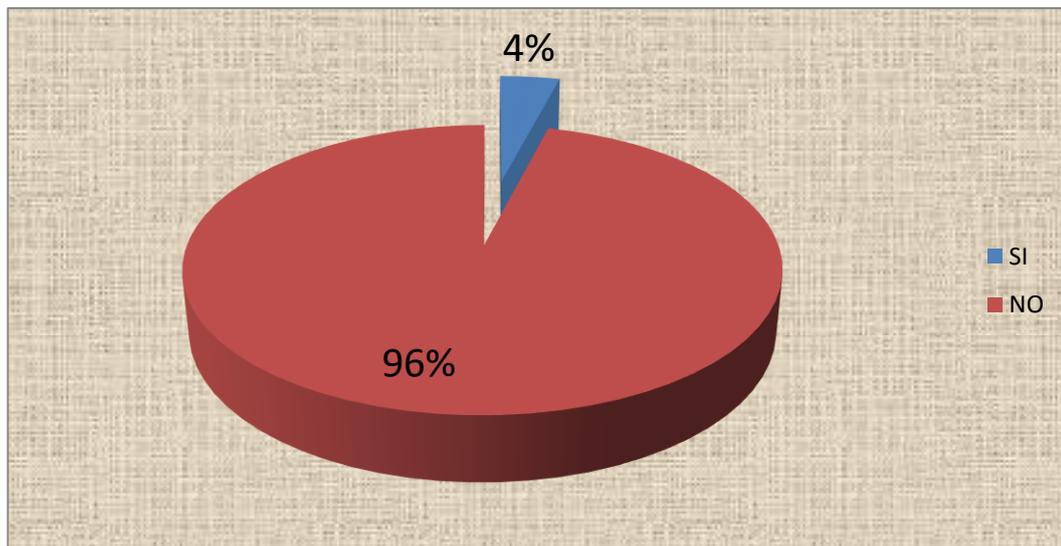


Gráfico 10.

Análisis e interpretación

Los resultados de la pregunta 10 demuestran que el 96 % de los abogados de la ciudad de Quevedo encuestados, dicen que no se garantiza la solemnidad del testamento abierto al permitir que se celebre ante cinco testigos, cuando no esté presente el Notario o Juez de primera

instancia. De ocurrir esto, la norma contradice expresas disposiciones legales; pues son los Notarios quienes dan fe pública de los actos jurídicos. En cambio, el 4% restante, manifiesta lo contrario.

3.6.3. Entrevista

Entrevista a un Notario

1. ¿Cree que se garantiza el derecho de los herederos el permitir que las firmas del Notario y de los testigos ausentes sean abonadas por testigos instrumentales presentes?

De ninguna manera. Es el Notario quien garantiza con su presencia, que se cumplan con las solemnidades que exige la ley para el otorgamiento de testamentos solemnes; en consecuencia, salvo expresas disposiciones permitidas por la ley, el Notario no puede faltar al cumplimiento de esta solemnidad, mucho menos que su firma sea abonada por alguno de los testigos. De igual forma, la ausencia de los testigos debe ser por fuerza mayor o casos fortuitos para evitar que sus firmas sean abonadas por testigos que pueden estar influenciados por algún interés.

2. ¿Considera necesario, que en casos en que el testador no supiere o no firmar, se le exija que estampe la huella digital de su dedo pulgar derecho y si no es posible, el del dedo pulgar izquierdo?

Es pertinente que se exija esta formalidad en la celebración del testamento solemne; pues no es suficiente con que manifieste que no puede, sino comprobar cual es la causa, ya sea por enfermedad grave que le impida moverse o que sea un analfabeto. La ley debe ser específica, aun siendo en cualquiera de estos casos, lo procedente es

que se le exija que estampe la huella digital del dedo pulgar derecho, y no sea posible, el del dedo pulgar izquierdo.

3. ¿Cree que la lectura del testamento en voz alta realizada por el Notario, puede ser reemplazada por uno de los testigos designado por el testador para ese efecto?

Definitivamente no. Es el Notario quien debe dar lectura en voz alta al testamento. A él le corresponde. Ninguna otra persona está investida de tal autoridad para reemplazarlo, pero si en realidad no puede estar presente, la justificación debe ser por fuerza mayor o caso fortuito, y ser representado por un Juez de lo Civil.

4. ¿Cree Ud. que se garantiza la solemnidad de los testamentos solemnes abiertos al permitir que se celebren ante cinco testigos, sin la presencia del Notario o Juez de primera instancia?

No se debe permitir. Las normas jurídicas deben garantizar la seguridad jurídica, evitando que se vulneren los derechos de las personas. Es el Notario quien solemniza la celebración del testamento; pues así se incrementa el número de testigos, nada puede reemplazar la presencia del Notario.

5. ¿Cree necesario que el Código Civil establezca de manera expresa la incapacidad de los parientes del testador dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad o de los herederos directos, a intervenir como testigos en el otorgamiento de testamento?

Es pertinente que la norma jurídica establezca esa incapacidad de los parientes en estos grados de consanguinidad y afinidad del testador o de los herederos directos, ya que no pueden intervenir como testigos por ser parte interesada.

6. ¿Considera viable que se exija a las personas de avanzada edad que vayan a otorgar testamento, como prueba de hallarse en su entero juicio, una certificación médica de tres facultativos?

Definitivamente sí, pues se trata de una formalidad que no hace otra cosa que garantizar los intereses de los herederos. En estas personas de avanzada edad, es preciso que su entero juicio sea respaldada por tres certificaciones médicas.

7. ¿Considera pertinente que sea más explícita la causal 3 del Art. 1043 de las incapacidades para testar, sobre todo en su parte última, que dice: “El que actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa”.

Por supuesto. La expresión “otra causa” deja abierta la posibilidad para imaginar que se trate de un drogadicto o de alguien que sufra de demencia temporal por alguna lesión. La ley debe ser explícita.

Entrevista a un Notario

1. ¿Cree que se garantiza el derecho de los herederos el permitir que las firmas del Notario y de los testigos ausentes sean abonadas por testigos instrumentales presentes?

Si hablamos del derecho que tienen las personas a la seguridad jurídica, no creo que este procedimiento garantice tal seguridad; más bien se corre el riesgo de afectar al legítimo derecho al patrimonio que tienen los herederos.

2. ¿Considera necesario, en casos en que el testador no supiere o no pudiere firmar, se le exija que estampe la huella digital de su dedo pulgar derecho, y si no es posible, el del dedo pulgar izquierdo?

Debería obligarse definitivamente. Esa es una formalidad necesaria en esta clase actos. Hay insuficiencia de norma en este caso, pues los analfabetos deben estampar la huella digital de su dedo derecho en todos los actos que realizan, ya que no hacerlo cuando se otorgue un testamento, que es la expresión de su última voluntad, tal discrecionalidad de la norma puede generar perjuicios a los herederos en su derecho al patrimonio.

3. ¿Cree que la lectura del testamento en voz alta realizada por el Notario, puede ser reemplazada por uno de los testigos designado por el testador para ese efecto?

Esta es una responsabilidad que la ley asigna a los Notarios; por tanto la norma en este sentido debería contemplar en forma expresa en qué casos se justifica su ausencia, de ocurrir esta circunstancia se debería postergar para otro día la celebración del acto testamentario.

4. ¿Cree Ud. que se garantiza la solemnidad de los testamentos solemnes abiertos al permitir que se celebren ante cinco testigos, sin la presencia del Notario o Juez de primera instancia?

La solemnidad establecida por la ley, no es cuestión de un mayor o menor número de testigos para garantizar la seguridad jurídica del acto testamentario. Es la presencia del Notario quien da fe de lo actuado según lo que dispone la norma.

5. ¿Cree necesario que el Código Civil establezca de manera expresa la incapacidad de que los parientes del testador hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad o de los herederos directos, puedan intervenir como testigos en el otorgamiento de testamento?

Definitivamente sí. Debería excluirse de manera expresa la posibilidad de que puedan intervenir como testigos los parientes del testador y de los herederos directos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, pues siendo parte interesada no garantizan imparcialidad.

6. ¿Considera viable que se exija a las personas de avanzada edad que vayan a otorgar testamento, como prueba de hallarse en su entero juicio, una certificación médica de tres facultativos?

Es pertinente, sobre todo en personas de avanzada edad. No está demás que se establezca en la norma la presentación de una certificación médica de tres facultativos, con ello se evitaría que puedan ocurrir casos de demencia senil, por ejemplo, o de aquellas personas que pierden temporalmente la memoria.

7. ¿Considera pertinente que sea más explícita la causal 3 del Art. 1043 de las incapacidades para testar, sobre todo en su parte última, que dice: “El que actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa?”

En total acuerdo. La disposición no es clara en este aspecto. Es preciso que se especifique cuáles son esas “otras causas”, pues la norma no puede dar lugar a susceptibilidades en actos tan importantes.

Entrevista a un Juez de lo Civil

1. ¿Cree que se garantiza el derecho de los herederos el permitir que las firmas del Notario y de los testigos ausentes sean abonadas por testigos instrumentales presentes?

Por supuesto que no. Es el Notario, por ser el ministro de fe pública, quien solemniza esta clase de actos testamentarios. Su firma no puede ser abonada por ninguno de los testigos instrumentales presentes. En situaciones en que su ausencia sea por fuerza mayor o caso fortuito, se debería postergar el acto de otorgamiento de testamento para otro día. En el caso de los testigos, tampoco considero que sus firmas puedan ser abonadas por testigos instrumentales, sin que la ley contemple en qué situaciones pueda justificarse su ausencia. Así como está expresado en la

norma, deja abierta la posibilidad para que afloren intereses y ambiciones personales.

2. ¿Considera necesario, en casos en que el testador no supiere o no pudiere firmar, se le exija que estampe la huella digital de su dedo pulgar derecho, y si no es posible, el del dedo pulgar izquierdo?

A los analfabetos se les exige que estampen la huella digital de su dedo pulgar derecho en todo acto legal o formal que realicen; cuanto más en actos trascendentes donde se compromete el patrimonio de una persona, que no obstante ser una expresión de su última voluntad, no está plenamente garantizada. Por tanto, si no puede estampar la huella digital del dedo pulgar derecho, que lo haga con el dedo izquierdo, esto da fe de su presencia en el acto.

3. ¿Cree que la lectura del testamento en voz alta realizada por el Notario, puede ser reemplazada por uno de los testigos designado por el testador para ese efecto?

De ninguna manera, ésta es responsabilidad del Notario, pues puede ocurrir el caso de que al momento de la lectura del testamento, el testador desee realizar alguna modificación, y ¿quién si no el Notario para dar fe de lo actuado?

4. ¿Cree Ud. que se garantiza la solemnidad de los testamentos abiertos al permitir que se celebren ante cinco testigos, sin la presencia del Notario o juez de primera instancia?

No es cuestión de aumentar el número de testigos para garantizar la solemnidad del testamento. Es el Notario quien solemniza el acto jurídico observando los requisitos de ley. Esta discrecionalidad de la norma solo deja en entredicho la seguridad jurídica que debe brindar la ley; pues en este caso la ley prohíbe que se afecte el derecho al patrimonio.

5. ¿Cree necesario que el Código Civil establezca de manera expresa la incapacidad de que los parientes del testador hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad o de los herederos directos, puedan intervenir como testigos en el otorgamiento de testamento?

Parece pertinente que la norma jurídica establezca de manera expresa que los parientes del testador y de los herederos directos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, no puedan servir como testigos por ser parte interesada, pues si no lo prohíbe, así como esta redactada, tácitamente lo permite. De ahí la necesidad de reformar este cuerpo de ley.

6. ¿Considera viable que se exija a las personas de avanzada edad que vayan a otorgar testamento, como prueba de hallarse en su entero juicio, una certificación médica de tres facultativos?

Es necesario que se exija a personas de avanzada edad, especialmente en aquellos cuya historia clínica determina que su estado de salud es muy precario, donde pueden estar afectadas sus facultades mentales. En estos casos se debe exigir que presenten la certificación médica de tres facultativos.

7. ¿Considera pertinente que sea más explícita la causal 3 del Art. 1043 de las incapacidades para testar, sobre todo en su parte última, que dice: “El que actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa”?

Definitivamente. La norma debe ser explícita y señalar cuales con esas causas de incapacidad para testar, ya que pueden ocurrir muchas situaciones no previstas, y que pueden afectar el derecho a la sucesión de los herederos.

3.7. Comprobación de la Hipótesis

Los resultados obtenidos en las encuestas y las opiniones vertidas en las entrevistas, se demuestra que la hipótesis planteada en la investigación: “Las incongruencias jurídicas del Código Civil en cuanto al testamento solemne otorgado en el Ecuador, colocan en estado de inseguridad jurídica al testador y a los herederos, y crean la predisposición para que se vulneren derechos constitucionales a la seguridad jurídica y a la propiedad”, es positiva, y por tanto se acepta; pues las incongruencias jurídicas señaladas en el Código Civil en los artículos 1043, 1050, 1055, 1056, 1058, 1063, colocan en estado de inseguridad al testador y a los herederos, por lo que requieren ser reformados, a efecto de garantizar la seguridad jurídica en el derecho a la propiedad.

3.8. Reporte de la investigación

La presente investigación jurídica tuvo como objetivo general, elaborar un estudio de tipo doctrinario, jurídico y empírico de la normativa que regula la otorgación del testamento solemne contenido en el Código Civil ecuatoriano, donde se analizaron los diversos campos problemáticos que se advierten en este cuerpo legal, mismos que no garantizan seguridad jurídicas en el derecho a la sucesión y al patrimonio por las incongruencias e insuficiencias normativas que contradicen preceptos constitucionales.

Los objetivos específicos hicieron posible considerar diversos aspectos ha desarrollarse, por ser de carácter operativos. En el primero objetivo, se analizó lo concerniente a la pertinencia de la normativa que regula la elaboración del testamento solemne otorgado en el Ecuador, frente a los derechos a la seguridad jurídica y a la propiedad que están garantizados en la Constitución de la República. Referente al segundo, se determinó la necesidad de reformar las incongruencias e insuficiencias normativas del Libro Tercero del Código Civil en cuanto a las disposiciones que regulan lo concerniente al testamento solemne, lo cual permitió fundamentar el criterio de que se reformen tales artículos, a efecto de que el derecho sucesorio sufra menoscabo alguno. En el tercer objetivo, se elaboró un Proyecto de Reforma al Código Civil respecto a la elaboración del testamento solemne.

La formulación de la hipótesis se realizó en función de la realidad objetiva; esto es, de los datos acumulados y la información que se obtuvo en torno a la institución del testamento, cuyo propósito fue trascender los hechos conocidos, o demostrar que los campos normativos no garantizan la

seguridad jurídica, pues no por nada se consideran instrumentos de la ciencia, que abren nuevos caminos y reformulan las leyes, resultados que fueron factibles de comprobación y verificación desde el punto de vista científico.

En el desarrollo del marco teórico se consideró conceptos fundamentales de la ciencia que reflejan los diversos aspectos del objeto de estudio. En ese sentido, se tomaron en cuenta algunas categorías, fruto del análisis y de la desmembración del objeto investigado. Para el efecto, fue necesario considerar una amplia bibliografía jurídica, donde fueron analizados los temas de manera objetiva.

En la investigación de campo, se aplicaron encuestas considerando una muestra representativa del total de la población de abogados en libre ejercicio profesional de la ciudad de Quevedo, y entrevista a dos Notarios y un Juez de lo Civil, resultados que permitieron comprobar la hipótesis planteada; esto es, la necesidad de reformar los Arts. 1043, 1050, 1055, 1056, 1058, 1063 del Código Civil, a fin de brindar seguridad jurídica a la celebración del testamento solemne, y con ello garantizar el derecho al patrimonio de los herederos.

La propuesta de reforma al Código Civil en lo referente al otorgamiento del testamento solemne, en los artículos citados, se desarrolló conforme el análisis jurídico y de la determinación de las causas y consecuencias que se originan del problema.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA

4.1. Título

Reforma a los Arts. 1043, 1050, 1054, 1055, 1056, 1058 y 1063 del Código Civil respecto a la elaboración del testamento solemne otorgado en el Ecuador

4.2. Antecedentes

El Código Civil ecuatoriano reconoce dos formas de suceder: a través de testamento o sucesión testamentaria; y en virtud de la ley, o sucesión intestada o abintestato.

Por el objetivo que se persigue, la investigación se remitió a la sucesión testamentaria, y particularmente al testamento solemne otorgado en el Ecuador, el mismo que es un instrumento sujeto a solemnidades de ley.

En principio, la forma de suceder testamentaria parecería ser la más idónea; sin embargo en la práctica se prefiere la sucesión intestada, por cuanto los herederos o legatarios se sujetan a la ley y se distribuyen los bienes por decisión judicial, antes que depender de la voluntad del testador, la misma que muchas veces puede ser injusta. No pretendemos decir que la sucesión intestada sea la más idónea, por cuanto es un

proceso que implica juicio de inventario y juicio de partición; aparte de lo oneroso que puede representar, y el tiempo que tengan que esperar, lo que significa sufragar gastos que van en detrimento de la situación económica de los herederos.

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. 1043 del Código Civil establece que no son hábiles para testar quienes no estuvieren en sano juicio, por ebriedad u otra causa. En esta disposición no se especifica la clase de persona, puede ser joven o de avanzada edad, de ser la segunda, “otra causa”, la norma debería exigir la presentación del certificado medico de por lo menos tres facultativos para descartar que padezca de demencia senil o de alguna afección a sus facultades mentales, situación que no le permitiría discernir plenamente al celebrar un acto que requiere del cumplimiento de ciertas formalidades. Esto también implica en el caso del inciso quinto del Art. 1061 del C.C.

El Art. 1050 del Código Civil determina las incapacidades para ser testigos del acto testamentario, pero 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, quienes por ser parte interesada, no son aptos para testificar en el acto testamentario.

En el último inciso del Art.1050, se acepta a los analfabetos como testigos del acto testamentario, señalando que de los tres testigos ante Notario, uno por lo menos debe saber leer y escribir, y cuando sean cinco testigos, dos por lo menos deben saber leer y escribir; es una disposición que no

garantiza la seguridad jurídica, pues los analfabetos son más susceptibles a ser objeto de engaño o sufrir cualquier tipo de práctica dolosa.

El primer inciso del Art. 1052 establece la posibilidad de que el testamento abierto se otorgue ante Notario y tres testigos, o ante cinco testigos sin Notario o juez de primera instancia, como así lo establece el Art. 1058; una disposición jurídica incongruente que puede afectar al derecho al patrimonio de las personas.

El segundo inciso del Art. 1055, ratifica la posibilidad de otorgar testamento solemne abierto sin la presencia de Notario, cuando 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” Es una Situación que se mantiene en los artículos: 1052, 1055, 1056 y 1058 del Código Civil. Son disposiciones que contradicen las solemnidades esenciales que debe reunir el acto jurídico de otorgamiento del testamento.

El segundo inciso del Art. 1056 del Código Civil, señala que “Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se mencionará en el testamento esta circunstancia, expresando la causa”. Hay insuficiencia normativa por cuanto no establece otras garantías de seguridad jurídica; pues si no puede firmar, debe estampar la huella digital del dedo pulgar derecho, y en caso de falta de aquel, el del pulgar izquierdo.

El Art. 1058 del Código Civil, establece el procedimiento para la protocolización del testamento otorgado ante cinco testigos, lo cual

aumenta la inseguridad jurídica de los herederos del testador, pues se permite inclusive que las firmas del testador y de los testigos ausentes puedan ser abonadas por declaraciones juradas de otras personas fidedignas, una cuestión que atenta a la seguridad jurídica del otorgamiento de un instrumento público.

Existen incongruencias jurídicas en el inciso tercero y cuarto del Art. 1063 del Código Civil, donde se permite que las firmas del Notario y los testigos ausentes que hubieren intervenido en el acto testamentario sean abonadas por los testigos instrumentales presentes. Si el derecho a la seguridad jurídica está garantizado por la Constitución de la República del Ecuador, es de esperar que las disposiciones legales de menor jerarquía que norman el correcto desenvolvimiento de la sociedad, no estén en contradicción, pues carecen 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 de sus bienes en beneficio de sus herederos, lo cual nada garantiza que la seguridad jurídica que debe primar en la celebración de estos instrumentos, pueda ser manoseado por intereses ajenos a la voluntad del testador o por la ambición de alguno de sus herederos.

4.3. Justificación

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 jurídico¹²⁷

En ese sentido, la institución jurídica del testamento debe garantizar que el derecho de los beneficiarios directos o herederos a gozar del patrimonio 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”¹²⁸ garanticen plenamente el derecho de las personas.

Lo antedicho, justifica la necesidad de reformar los Arts. 1043, 1050, 1054, 1055, 1056, 1058 y 1063 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.

¹²⁷ JARAMILLO ORDOÑEZ, Hernán, 2006, La Ciencia y Técnica del Derecho, Universidad Nacional de Loja, Área Jurídica, Social y Administrativa, Loja, p. 91.

¹²⁸ REALE, Miguel, 1996, Introducción al Derecho, Ediciones Pirámides, S. A-. España, p. 171.

4.4. Síntesis del diagnóstico

El análisis del problema “La celebración de testamento solemne otorgado en el Ecuador, según la normativa prescrita para el efecto en el Código Civil, está incidiendo en la seguridad jurídica del derecho a la sucesión y al patrimonio”, determinó la realización de la presente investigación jurídica, donde a través del análisis doctrinario y jurídico se llegó a evidenciar que la norma en este campo no garantiza el respeto al derecho a la sucesión y al patrimonio, pues hay incongruencia e insuficiencias en los artículos mencionados del Código Civil y que merecen reformarse, y además se adecuen al marco constitucional; pues la fuente principal del ordenamiento jurídico ecuatoriano es la Constitución y no la ley, como ocurría anteriormente con el Positivismo Jurídico¹²⁹.

El ordenamiento jurídico está compuesto por un sistema de normas que garantizan el respeto a los derechos y libertades individuales, por lo que sus disposiciones deben estar jerárquicamente articuladas. No es una simple suma de normas, sino un sistema de instituciones, categorías, figuras, principios, reglas jurídicas y códigos, interrelacionados, constituyendo una unidad legítimamente válida, coherente y eficaz¹³⁰

Por tanto, siendo testamento un conjunto de normas jurídicas que regulan el funcionamiento y vigencia de los preceptos en torno al acto de voluntad de una persona de disponer de sus bienes en beneficio de sus herederos, éstas deben de alcanzar los fines del Derecho.

¹²⁹ BUSTAMANTE FUENTES, Colón. 2011, Nueva Justicia Constitucional, Teoría y Práctica, tomo I, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, p.30

¹³⁰ JARAMILLO ORDOÑEZ, Hernán, 2006, La Ciencia y Técnica del Derecho, Universidad Nacional de Loja, Área Jurídica, Social y Administrativa, Loja, p. 171.

4.5. Objetivos

.5.1. General

Elaborar una propuesta de reforma a los Arts. 1043, 1050, 1054, 1055, 1056, 1058 y 1063 del Código Civil respecto a la elaboración del testamento solemne otorgado en el Ecuador.

4.5.2. Específicos

Realizar un enfoque de los antecedentes de la propuesta de reforma al campo normativo de la institución del testamento.

Establecer en la exposición de motivos de la propuesta las razones y argumentos jurídicos que justifican la propuesta de reforma.

Determinar en los considerando la relación jurídica que debe producirse entre el hecho y la norma dentro del marco constitucional

4.6. Descripción de la propuesta

4.6.1. Desarrollo

ASAMBLEA ANACIONAL CONSTITUYENTE

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Que, es atribución de la Asamblea Nacional Constituyente impulsar un proceso de reforma democrática de las Instituciones jurídicas del Estado, a efecto de incrementar los niveles de eficiencia, agilidad, bienestar social y el crecimiento poblacional en condiciones de equidad y justicia.

Que, el momento histórico que vive el país, producto de los cambios y procesos de transformación socioeconómica y política, exige de una normativa jurídica que guarde coherencia con los intereses generales de los pueblos y los preceptos constitucionales.

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 propiedad como una forma de perpetuar la propiedad, mientras ella cumpla la función social.

Que, la modernización de las instituciones jurídicas, como es el caso del testamento, debe estar en armonía con la pirámide de la estructura jerárquica, a fin de que no exista contradicción entre normas de menor jerarquía con la Constitución de la República.

Que, es indispensable que las leyes garanticen el derecho a la expresión de la voluntad del testador de disponer de sus bienes en beneficio de los herederos, y que se cumpla fielmente según lo dispuesto.

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 CONSTITUYENTE

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales,

CONSIDERANDO

Que, el Art. 69, núm. 2, "Reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley. Se garantiza el derecho a testar y de herencia"

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.

Que, el Artículo 321 de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en todas sus formas: pública, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental

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

Expide la siguiente:

Reforma a los Arts. 1043, 1050, 1054, 1055, 1056, 1058 y 1063 del Código Civil respecto a la elaboración del testamento solemne otorgado en el Ecuador.

PROPUESTA REFORMATORIA AL CÓDIGO CIVIL

Dice el Código:

Art. 1043. No son hábiles para testar:

1. El menor de dieciocho años.
2. El que se hallare en interdicción por causa de demencia.
3. El que actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa; y,
4. El que de palabra o por escrito no pudiese expresar su voluntad claramente.

Las personas no comprendidas en esta enumeración son hábiles para testar.

REFORMA

En el Artículo 1043, numeral 3): agréguese después de la palabra “causas” las expresiones: como ebrio consuetudinario, drogadicto, demencia senil y perturbación mental al momento de testar.

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

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

REFORMA

Suprímase el segundo inciso del núm. 10

Al Artículo 1050, agréguese los numerales:

11.- Los parientes del testador hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

12.- Los analfabetos

Art. 1054.- “En el testamento se expresarán el nombre, apellido y nacionalidad del testador; el lugar de su nacimiento; su domicilio; su edad; la circunstancia de hallarse en su entero juicio; los nombres de las personas con quienes hubiese contraído matrimonio, de los hijos del testador, de los hijos habidos en cada matrimonio, de los hijos del testador, con distinción de vivos y muertos; y el nombre, apellido y domicilio de cada uno de los testigos....”

REFORMA

Agréguese a la expresión “la circunstancia de hallarse en su entero juicio” mediante la presentación de una certificación médica extendida por tres facultativos”

Art. 1055.- “El testamento abierto podrá haberse escrito anticipadamente. 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, designado por el testador a este efecto.

Mientras el testamento se lee, estará el testador a la vista, y las personas cuya presencia es necesaria oirán todo el tenor de sus disposiciones.

REFORMA

Suprímase del segundo inciso las expresiones “si lo hubiere, o a falta de Notario, por uno de los testigos, designado por el testador a este efecto”.

Art.1056. Terminará el acto por las firmas del testador y testigos, y por la del Notario, si lo hubiere.

Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se mencionará en el testamento esta circunstancia, expresando la causa.

Si se hallare alguno de los testigos en el mismo caso, otro de ellos firmará por él, y a ruego suyo, expresándolo así.

REFORMA

Suprímase del primer inciso la expresión “si lo hubiere”.

Agréguese al segundo inciso la expresión: y estampará la huella digital del dedo pulgar derecho, y si ello no es posible, la del dedo pulgar izquierdo.

Art. 1058. “Si el testamento no ha sido otorgado ante Notario, o ante un Juez de primera instancia, sino ante cinco testigos, será necesario que se proceda a su publicación en la forma siguiente:

El juez competente hará comparecer a los testigos para que reconozcan sus firmas y la del testador.

Si uno o más de ellos no compareciere, por ausencia u otro impedimento, bastará que los testigos instrumentales presentes reconozcan la firma del testador, las suyas propias y las de los testigos ausentes.

En caso necesario, y siempre que el Juez estimare conveniente, podrán ser abonadas las firmas del testador y de los testigos ausentes, por declaraciones juradas de otras personas fidedignas.

Enseguida pondrá el Juez su rúbrica al principio y al fin de cada página del testador, y lo mandará entregar, con lo obrado, al Notario, para que lo incorpore en sus protocolos.

REFORMA

En el tercer inciso, sustitúyase la expresión: “por ausencia u otro impedimento”, por motivo de fuerza mayor o caso fortuito.

Agréguese al final del cuarto inciso la expresión: que bajo juramento afirmen conocerlos.

Art. 1063. El testamento cerrado, antes de recibir su ejecución, será presentado al juez.

No se abrirá el testamento sino después que el Notario y testigos reconozcan ante el juez su firma y la del testador declarando, además, si en su concepto está cerrado, señalado o marcado como en el acto de la entrega.

Si no pueden comparecer todos los testigos, bastará que el Notario y los testigos instrumentales presentes reconozcan sus firmas y la del testador, y abonen las de los ausentes.

En caso necesario, y siempre que el juez lo estimare conveniente, podrán ser abonadas las firmas del Notario y testigos ausentes, como en el caso del inciso cuarto del artículo 1058.

REFORMA

Agréguese en el tercer inciso, después de la palabra “testigos” la expresión: por motivos de fuerza mayor y caso fortuito.

Suprímase del inciso cuarto

Las reformas constantes en esta Ley, entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

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

PRESIDENTE

SECRETARIO GENERAL

DEL H. CONGRESO NACIONAL

DEL H. CONGRESO NACIONAL

4.7. Beneficiarios

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, tiene como beneficiarios a los herederos o beneficiarios directos del testador.

La expresión de la última voluntad del testador de dejar para sus herederos el goce de sus bienes o de su patrimonio, debe estar plenamente garantizado por la ley; por tanto, es la sociedad en su conjunto la que se beneficia con esta reforma.

4.8. Impacto social

Siendo uno de los fines del Estado alcanzar el bien común, considerada como la plena realización de la equidad, la solidaridad y la justicia a favor de la población, es de esperar que las leyes y la administración de la justicia garanticen el respeto a los derechos y libertades individuales; pues únicamente a través del cumplimiento de los derechos y deberes establecidos para cada una de las personas, es posible alcanzar tales fines comunes.

Por la trascendencia que reviste la reforma a los artículos mencionados del Código Civil, lo que se persigue es garantizar que las solemnidades contempladas para la celebración del testamento solemne, respeten la expresión de la última voluntad del testador y garantice el derecho de los herederos al patrimonio.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

1. Que es necesario reformar el campo normativo del Código Civil respecto al otorgamiento del testamento solemne, por cuanto no garantiza seguridad jurídica al derecho a la herencia y al patrimonio.
2. Las firmas del Notario y de los testigos ausentes que hubieren intervenido en el acto testamentario, no pueden ser abonadas por testigos instrumentales presentes, por cuanto es una disposición que atenta a la seguridad jurídica y puede perjudicar al legítimo derecho a la propiedad de los herederos.
3. En casos en que el testador no supiere o no pudiere firmar, se le exija que estampe la huella digital de su dedo pulgar derecho, y si no es posible, el del dedo pulgar izquierdo, como una forma de garantizar la solemnidad jurídica en la celebración del testamento,
4. Que la lectura del testamento debe ser realizada por el Notario, pues le corresponde a él dar fe de lo actuado y dispuesto por el testador, por lo que no puede ser reemplazado por uno de los testigos designado por el testador para ese efecto.

5. No se garantiza la solemnidad en el otorgamiento de los testamentos abiertos al permitir que éstos se celebren ante cinco testigos, sin la presencia del Notario o Juez de primera instancia, por cuanto son actos jurídicos que no pueden prescindir del funcionario a quien la ley le otorga esa función.

6. El Código Civil no establece de manera expresa la incapacidad de que los parientes del testador hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad o de los herederos directos, por ser parte interesada y susceptibles de influir en la decisión del testador.

7. En caso de que el testador sea una persona de avanzada edad, se debe exigir la prueba de hallarse en su entero juicio, mediante la certificación médica de tres facultativos, para evitar que se vulneren los derechos de los herederos.

8. La causal 3 del Art. 1043, respecto de las incapacidades para testar, sobre todo en su parte última, que dice: El que actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa, debe ser más específica; pues así como está redactada es muy genérica, y abierta a criterios subjetivos

5.2. RECOMENDACIONES

1. Que la Asamblea Nacional reforme los artículos del Código Civil que hemos analizado respecto a la celebración del testamento solemne en el Ecuador, a fin de corregir las incongruencias e insuficiencias normativas que atentan al derecho a la propiedad de los herederos y a la seguridad jurídica.
2. Que la celebración del acto testamentario debe estar revestido de solemnidades para evitar que se atente a la seguridad jurídica y pueda perjudicar el legítimo derecho a la propiedad de los herederos, donde la firma del Notario, y de los testigos ausentes que hubieren intervenido en el acto testamentario no pueden ser abonadas por testigos instrumentales presentes.
3. Cuando el testador no supiere o no pudiere firmar, el Notario debe exigir que estampe la huella digital de su dedo pulgar derecho, y si no es posible, el del dedo pulgar izquierdo,
4. Que el Notario es quien de fe pública de lo actuado, y por tanto garantiza el cumplimiento de las disposiciones legales, pues sólo a él le corresponde realizar la lectura del testamento.
5. El Código Civil debe establecer la incapacidad de que los parientes del testador hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los herederos directos puedan intervenir como testigos en el otorgamiento de testamento.

6. Que a las personas de avanzada edad que otorguen testamentos, se les exija presentar la prueba de hallarse en su entero juicio, mediante una certificación médica de tres facultativos

7. Las disposiciones legales deben definir con precisión su campo de acción jurídica, para evitar que afloren criterios subjetivos o solemnidades no previstas en la ley como en el caso de la causal 3 del Art. 1043.

BIBLIOGRAFÍA

1. BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, Curso de Derecho Civil,, V Vol., Santiago, Editorial Nascimento. 2005.
2. BONNECASE, Julien, Tratado Elemental de Derecho Civil, Primera Serie Biblioteca clásicos del derecho, Oxford, University Press, 2000.
3. BORRERO ESPINOSA, Camilo, Práctica Notarial, Tomo I, Loja. 1994.
4. CLARO SOLAR, Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, 8 Vol. 18 tomos, Santiago, Ed. Jurídica. 1999.
5. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, S.R.L., Argentina. 2012.
6. CICU, Antonio, Testamento, Madrid. 1994.
7. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, actualizado a 16 de julio del 2006, R. O. N° 58. 2006.
8. CÓDIGO CIVIL DE ARGENTINA, disponible en:
redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm
9. CÓDIGO CIVIL DE CHILE, disponible en:
paginaschile.cl/biblioteca_juridica/codigo_civil/codigo_civil_de_chile.

10. CÓDIGO CIVIL DE COLOMBIA, disponible en:
cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/youth/

11. CÓDIGO CIVIL DE URUGUAY, disponible en:
www.parlamento.gub.uy/codigos/codigocivil/1996/cod_civil.htm.

12. CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA, disponible en:
www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/legisla/venezuel/ve20a.HTM.

13. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR,
Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito. 1998.

14. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR,
Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito. 2008.

15. CURSO DE DERECHO CIVIL, 2005, La accesión.

16. DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES
DEL HOMBRE, Bogotá, Colombia, IX Conferencia Internacional
Americana. 1948.

17. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS,
Naciones Unidas, Edición especial. 2008.

18. EGUIGUREN, CARRIÓN, Eduardo, Derecho Civil, Libro II. 2002.

19. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, Pedro, Estudios de Derecho
Comparado. 2002.

- 20.FÓRUM, Editorial Jurídica. El Nueva Codificación Código Civil. 2007.
- 21.GACETA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Varias ediciones, Quito, Ecuador. 2009.
- 22.INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS, 2010.
- 23.JARAMILLO ORDÓÑEZ, Hernán, La Ciencia y Técnica del Derecho, Universidad Nacional de Loja, Área Jurídica, Social y Administrativa. 2006.
- 24.JOSSERAND, Luis, Derecho Civil, Buenos Aires. 1990.
- 25.LARREA HOLGUÍN, Juan, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Vol. II, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito. 2004.
- 26.LARREA HOLGUÍN, Juan, Derecho Civil del Ecuador, La sucesión por causa de muerte, Tercera Edición, Vol. IX, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito. 2004.
- 27.LEY DE DESARROLLO AGRARIO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito. 2006.
- 28.MAZEAUD, Henry, Jean y León, Derecho Civil, 12 v., Buenos Aires, 2000
- 29.MEZA BARROS, Ramón, Manual de la Sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos, Ed. Jurídica, Santiago. 2000.

30. MONROY CABRA, Marco, Introducción al Derecho, Cuarta Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia. 1997.
31. MORÓN, D. Fabio, Derecho propietario o dominio sobre las cosas. Página web: mya.com. 2000.
32. 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, Modulo III. 2000.
33. ORTOLAN, M. Compendio de Derecho Romano, Editorial Eliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina. 1998.
34. PACHECO GÓMEZ, Máximo, Elementos del Estado, Universidad Nacional de Loja, INSEDIS, Modulo III, 2000.
35. PARRAGUEZ R, Luis, Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Las sucesiones, Vol. I, Quito. 2001.
36. PEÑAHERRERA, Víctor Manuel, La posesión, Las acciones posesorias en los juicios posesorios, MEGALEYES, Quito – Ecuador. 2005.
37. PÉREZ, GUERRERO, Alfredo, La Sucesión por causa de muerte, Tomo 2, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito. 2000.
38. PONCE, M. Alejandro, Naturaleza de la Sucesión por Causa de Muerte en la Legislación Ecuatoriana. Web: www.revistajuridicaonline.com. 2010

39. PLANIOL, M. Y Ripert, G., Tratado de Derecho Civil Francés, La Habana, 16 Vols. México, Cajica. 2000.
40. RAMÍREZ SÁNCHEZ, Jacobo, Introducción al estudio del Derecho y nociones del Derecho Civil, UNAM. 1997.
41. RAMÍREZ, E, Tuesday, Lección XII - El Dominio. web: realesuni.blogspot.com. 2006.
42. RIVAS C, Leonardo, Derecho Civil, Estudio del Libro III del Código Civil Ecuatoriano, Quito. 2000.
43. RJSYS, La propiedad, propiedad de dominio. Página web: www.derechoecuador.com. 2010.
44. RODRÍGUEZ Alessandri y Somariva, Curso de Derecho Civil, Editorial Nascimento, Santiago de Chile. 1992.
45. Sentencia de la 2ª Sala, Juicio Pintado-Rodríguez, Gaceta Judicial XIII, 2.
46. Juicio Proaño-Castillas, Sentencia de la 1º Sala, Gaceta Judicial, XII, 10.
47. Sala de lo Civil, Juicio Hernández-Hernández, 11 de octubre de 1994.
48. Sentencia de la 4ª. Sala Ruiz-Rocha. N. 59, de 15 de marzo de 1977.
49. Sentencia de la 4ª. Sala Avilés-Herrera, de 12 de diciembre de 1983.

50. Sentencia de la 1ª. Sala, Juicio 302, sentencia de 28 de octubre de 1974. Quiguango-Pinto, Gaceta Judicial XII, Nº 7.
51. Universidad Nacional de Loja, Los derechos y obligaciones de las personas en el ámbito familiar, Módulo IV, Loja – Ecuador. 2005.
52. VALENCIA ZEA, Arturo, Derecho Civil, Tomo II, Derechos Reales, Editorial Temis, Bogotá. 2000.

ANEXOS

UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO

CARRERA DE DERECHO



Encuesta a Abogados en libre ejercicio profesional



Se realiza una investigación respecto a la elaboración de testamento solemne otorgado en el Ecuador, a fin de plantear una propuesta de reforma a su campo normativo, por lo que le solicito comedidamente se digne contestar el siguiente cuestionario

SI () NO ()

1. ¿Cree usted que debería reformarse las disposiciones del Código Civil respecto a la elaboración del testamento solemne otorgado en el Ecuador, a fin de precautelar el derecho al patrimonio?

SI () NO ()

2. ¿Considera viable que las disposiciones testamentarias sean revocables, aun cuando el testador exprese lo contrario?

SI () NO ()

3.- ¿Cree pertinente que sea más explícita la causal 3 del Art. 1043 de las incapacidades para testar, en la parte que dice: “El que actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa?”

SI () NO ()

4. ¿Debe reformarse lo prescrito en Código Civil respecto a uno a lo menos de los testigos debe saber leer y escribir, cuando sólo concurren tres testigos, y dos cuando concurren cinco?

5. ¿Se garantiza el derecho de los herederos al permitir que las firmas del Notario y de los testigos ausentes sean abonadas por testigos instrumentales presentes?

SI () NO ()

6. ¿Cree necesario cuando el testador no supiere o no pudiese firmar, se le exija que estampa la huella digital de su dedo pulgar derecho, y si no es posible, el del dedo pulgar izquierdo?

SI () NO ()

7. ¿Estima procedente que la lectura del testamento en voz alta realizada por el Notario, sea reemplazada por uno de los testigos designado por el testador?

8. ¿Cree que se garantiza la solemnidad del testamento abierto al permitir que se celebre ante cinco testigos, sin la presencia del Notario o Juez de primera instancia?

SI () NO ()

9. ¿Se debe establecer la incapacidad de los parientes del testador o de los herederos directos dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, a intervenir como testigos en el otorgamiento del testamento?

SI () NO ()

10. ¿Considera viable que se exija a las personas de avanzada edad que vayan a otorgar testamento, como prueba de hallarse en su entero juicio, una certificación médica de tres facultativos?

SI () NO ()

UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO
CARRERA DE DERECHO



Entrevista a un Notario



Se realiza una investigación respecto a la elaboración de testamento solemne otorgado en el Ecuador, a fin de plantear una propuesta de reforma a su campo normativo, por lo que le solicito comedidamente se digne contestar el siguiente cuestionario.

1. ¿Cree que se garantiza el derecho de los herederos el permitir que las firmas del Notario y de los testigos ausentes sean abonadas por testigos instrumentales presentes?

2. ¿Considera necesario, que en casos en que el testador no supiere o no firmar, se le exija que estampe la huella digital de su dedo pulgar derecho y si no es posible, el del dedo pulgar izquierdo?

3. ¿Cree que la lectura del testamento en voz alta realizada por el Notario, puede ser reemplazada por uno de los testigos designado por el testador para ese efecto?

4. ¿Cree Ud. que se garantiza la solemnidad de los testamentos solemnes abiertos al permitir que se celebren ante cinco testigos, sin la presencia del Notario o Juez de primera instancia?

5. ¿Cree necesario que el Código Civil establezca de manera expresa la incapacidad de los parientes del testador dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad o de los herederos directos, a intervenir como testigos en el otorgamiento de testamento?

6. ¿Considera viable que se exija a las personas de avanzada edad que vayan a otorgar testamento, como prueba de hallarse en su entero juicio, una certificación médica de tres facultativos?

7. ¿Considera pertinente que sea más explícita la causal 3 del Art. 1043 de las incapacidades para testar, sobre todo en su parte última, que dice: “El que actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa”.

UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO
CARRERA DE DERECHO



Entrevista a un Notario



Se realiza una investigación respecto a la elaboración de testamento solemne otorgado en el Ecuador, a fin de plantear una propuesta de reforma a su campo normativo, por lo que le solicito comedidamente se digne contestar el siguiente cuestionario.

1. ¿Cree que se garantiza el derecho de los herederos el permitir que las firmas del Notario y de los testigos ausentes sean abonadas por testigos instrumentales presentes?

2. ¿Considera necesario, que en casos en que el testador no supiere o no firmar, se le exija que estampe la huella digital de su dedo pulgar derecho y si no es posible, el del dedo pulgar izquierdo?

3. ¿Cree que la lectura del testamento en voz alta realizada por el Notario, puede ser reemplazada por uno de los testigos designado por el testador para ese efecto?

4. ¿Cree Ud. que se garantiza la solemnidad de los testamentos solemnes abiertos al permitir que se celebren ante cinco testigos, sin la presencia del Notario o Juez de primera instancia?

5. ¿Cree necesario que el Código Civil establezca de manera expresa la incapacidad de los parientes del testador dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad o de los herederos directos, a intervenir como testigos en el otorgamiento de testamento?

6. ¿Considera viable que se exija a las personas de avanzada edad que vayan a otorgar testamento, como prueba de hallarse en su entero juicio, una certificación médica de tres facultativos?

7. ¿Considera pertinente que sea más explícita la causal 3 del Art. 1043 de las incapacidades para testar, sobre todo en su parte última, que dice: “El que actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa”.

UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO
CARRERA DE DERECHO



Entrevista a un Juez de lo Civil

Se realiza una investigación respecto a la elaboración de testamento solemne otorgado en el Ecuador, a fin de plantear una propuesta de reforma a su campo normativo, por lo que le solicito comedidamente se digne contestar el siguiente cuestionario.

1. ¿Cree que se garantiza el derecho de los herederos el permitir que las firmas del Notario y de los testigos ausentes sean abonadas por testigos instrumentales presentes?

.....
.....

2. ¿Considera necesario, que en casos en que el testador no supiere o no firmar, se le exija que estampe la huella digital de su dedo pulgar derecho y si no es posible, el del dedo pulgar izquierdo?

.....
.....

3. ¿Cree que la lectura del testamento en voz alta realizada por el Notario, puede ser reemplazada por uno de los testigos designado por el testador para ese efecto?

.....
.....

4. ¿Cree Ud. que se garantiza la solemnidad de los testamentos solemnes abiertos al permitir que se celebren ante cinco testigos, sin la presencia del Notario o Juez de primera instancia?

.....
.....

5. ¿Cree necesario que el Código Civil establezca de manera expresa la incapacidad de los parientes del testador dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad o de los herederos directos, a intervenir como testigos en el otorgamiento de testamento?

.....
.....

6. ¿Considera viable que se exija a las personas de avanzada edad que vayan a otorgar testamento, como prueba de hallarse en su entero juicio, una certificación médica de tres facultativos?

.....
.....

7. ¿Considera pertinente que sea más explícita la causal 3 del Art. 1043 de las incapacidades para testar, sobre todo en su parte última, que dice: "El que actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa".

.....
.....

CRONOGRAMA

Las actividades realizadas en la presente investigación, “La inseguridad jurídica al derecho a la sucesión y al patrimonio, afecta al testamento solemne”, fueron las siguientes,

ACTIVIDADES	MESES					
	1	2	3	4	5	6
Definición del tema	x					
Recopilación bibliográfica	x					
Elaboración del anteproyecto	x	x				
Aprobación del perfil		x				
Desarrollo del proyecto			x			
Investigación de campo			x			
Análisis de resultados,			x	x		
Elaboración de la propuesta				x		
Conclusiones y recomendaciones				x		
Corrección del borrador por los Miembros de Trib. de Revisión					x	
Impresión del texto definitivo					x	
Entrega de la Tesis a la Facultad					x	
Defensa de la tesis						x
Corrección de observaciones						x
Empastado de la Tesis						x

ANEXOS



