



**Universidad del Azuay**

**Facultad de Ciencias Jurídicas**

Carrera de Derecho

**POSIBLES REFORMAS A LAS REGLAS DE  
LA SUCESIÓN ABINTESTATO REFERENTES  
EN PRIMER LUGAR A LA INTERVENCIÓN  
DEL ESTADO EN EL TERCER Y CUARTO  
ORDEN SUCESORIO Y EN SEGUNDO  
LUGAR A LA INTERVENCIÓN DE LOS  
HIJOS DE MIGRANTES QUE QUEDAN BAJO  
TUTELA DE PERSONAS QUE NO SON SUS  
PADRES BIOLÓGICOS**

Autoras:

**Ma. Emilia Méndez**

Directores:

**Dr. Jorge Morales Álvarez**

Cuenca – Ecuador

**2024**

## **DEDICATORIA**

A mi madre, por ser mi apoyo más grande, mi  
inspiración, todo lo que soy y todo lo que tengo  
siempre será por y para ti

A mi padre, por enseñarme a nunca rendirme, y que  
con esfuerzo siempre podré cumplir todas mis metas

A mi hermano Mateo, por ser mi eterno compañero,  
mi motivación para nunca darme por vencida

A mis abuelos y a mi tía Jacky, por alentarme y  
ayudarme incondicionalmente durante toda mi  
carrera, no hubiese llegado a este momento sin  
ustedes

A mi padrastro Felipe, que con su cariño y apoyo  
constante indudablemente contribuyó a poder  
culminar esta importante etapa

A Sebastián, por siempre estar a mi lado, por ser mi  
felicidad

## **AGRADECIMIENTO**

A todos mis docentes que han aportado en mi aprendizaje, pero sobre todo a mi tutor el Dr. Jorge Morales, por su paciencia y dedicación siempre guiándome con su conocimiento y por su infinita ayuda durante todo este proceso.

## RESUMEN

Es necesaria la reforma del orden sucesorio intestado en cuanto a la intervención del Estado, que hereda en el mismo nivel y con los mismos derechos de los sobrinos del causante; y en referencia a hijos de migrantes que quedan al cuidado de quienes no son sus padres biológicos, pero que efectivamente han asumido dicho rol parento-filial; al no ser legalmente reconocidos como hijos, coloca a estas personas en una situación de falta de protección y vulnerabilidad jurídica en relación a sus derechos sucesorios al no encontrarse íntegramente regulados, pese a tratarse de una situación muy presente en nuestra sociedad. Se pretende demostrar la necesidad de protección y reconocimiento de los derechos de aquellas personas que se encuentran en esta situación; misma que se podrá conseguir únicamente a través de una reforma al Código Civil Ecuatoriano.

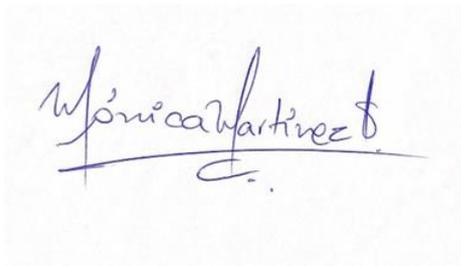
**Palabras clave:** causante, Estado, hijos, reforma, sucesión abintestato

## ABSTRACT

The reform of the order of intestate succession is necessary in terms of the intervention of the state, which inherits at the same level and with the same rights as the nephews of the deceased. The same happens in reference to children of immigrants who are left in the care of those who are not their biological parents but who have effectively assumed a parent-child role. By not being legally recognized as children, these people are placed in a situation of lack of protection and legal vulnerability in relation to their inheritance rights, as they are not fully regulated, despite being a present situation in our society. The aim is to demonstrate the need for protection and recognition of the rights of those people who are in this situation, which can only be achieved through a reform of the Ecuadorian Civil Code.

Keywords: deceased, state, children, reform, intestate succession

Approved by:

A handwritten signature in blue ink, reading "Mónica Martínez Sojos" with a horizontal line underneath and a small mark below the line.

Lcda. Mónica Martínez Sojos, Mgt.  
Cod. 29598

## ÍNDICE

CAPÍTULO 1 .....	3
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO SUCESORIO ABINTESTATO.....	3
1.1 Ius Civile (Ley de las XII Tablas) .....	3
1.2 Bonorum Possessio.....	8
1.3 Legislación Imperial.....	10
1.4 Justiniano (Novelas).....	11
1.5 Ius Commune .....	14
CAPÍTULO 2.....	19
2. LA SUCESIÓN ABINTESTATO EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	19
2.1 Codificación de la sucesión abintestato .....	19
2.2 Sistema de orden y grado para suceder.....	26
2.3 Declaración de herederos abintestato notarial .....	28
2.4 El Estado como heredero.....	30
CAPÍTULO 3.....	33
3. NECESIDAD DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN EL MARCO DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL TERCER Y CUARTO ORDEN SUCESORIO .....	33
3.1 Antecedentes Históricos .....	34
3.2 El Derecho Comparado .....	36
3.3 El Estado como heredero en el Código Civil Ecuatoriano .....	39
3.4 Posible reforma .....	41
CAPÍTULO 4.....	44
4. NECESIDAD DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN EL MARCO DE LA INTERVENCIÓN DE LOS HIJOS DE MIGRANTES QUE QUEDAN BAJO TUTELA DE PERSONAS QUE NO SON SUS PADRES BIOLÓGICOS.....	44
4.1 La sucesión abintestato en el Código Civil Ecuatoriano.....	45
4.2 La familia de crianza en la legislación colombiana .....	49
4.3 La adopción.....	52
4.4 Posible reforma .....	56
CONCLUSIONES .....	59
REFERENCIAS.....	63

## INTRODUCCIÓN

En el Ecuador, sobre todo en las áreas rurales que es el sector de la población más afectado por el fenómeno migratorio, existe todavía un porcentaje significativo de personas que no consideran como prioridad elaborar un testamento. En el contexto de nuestro país, muchos niños son encargados al cuidado de personas de confianza, pero que no necesariamente son personas con lazos familiares, como por ejemplo, vecinos, padrinos que se han encargado de la crianza de los niños hasta su adultez, los llegan a considerar como hijos propios, pero al momento de su fallecimiento, al no haber elaborado un testamento, no podrán hacer partícipes de su herencia a quienes consideraron como sus hijos durante toda su vida, ya que, al no tener un vínculo sanguíneo carecen de derechos hereditarios. Sin embargo, sí se encuentra establecido dentro del orden sucesorio, una noción absurda, que establece que el Estado, sin lógica alguna, pueda heredar en el mismo nivel y con los mismos derechos de los sobrinos del causante, lo que claro, representa la disminución y vulneración de los derechos sucesorios de quienes efectivamente deben ser partícipes de la sucesión. Teniendo en cuenta que la mayoría de las legislaciones, han extendido el grado de parentesco, posicionando al Estado únicamente en un último orden sucesorio.

En el Código Civil ecuatoriano no se encuentran correctamente reguladas ninguna de estas situaciones, que, al encontrarse dentro de un mismo ámbito jurídico, representan una efectiva falta de protección hacia los derechos de aquellas personas que se encuentran en las situaciones anteriormente descritas. Se ha planteado como objetivo, demostrar, en primer lugar, que los sobrinos del causante que se encuentran forzados a heredar en un mismo nivel y porcentaje con el Estado, y en segundo lugar, que los hijos de migrantes que quedan bajo tutela de personas que no son sus padres biológicos, se encuentran en una situación de falta de protección y vulnerabilidad jurídica en relación a sus derechos sucesorios, al no contar con una normativa que abarque íntegramente sus necesidades y probables derechos, situación que, únicamente se puede conseguir a través de la efectiva reforma de las reglas referentes a la sucesión abintestato.

Para demostrar lo planteado, se ha abordado en primer lugar los antecedentes históricos del Derecho Sucesorio Abintestato, centrándonos principalmente en lo recogido por el Derecho Romano que planteaba una noción de sucesión intestada que se asemeja a la sucesión sin lazo alguno de consanguinidad. En el presente trabajo de

investigación, busco demostrar que, con las modificaciones necesarias, se puede adoptar una normatividad jurídica que responda a una necesidad latente de la sociedad. Además, hago referencia al Derecho Español, que me ha servido como base y estudio para proponer posibles reformas a la legislación civil ecuatoriana, en lo atinente a la sucesión hereditaria de personas relacionadas con el causante con vínculos distintos a los de parentesco. He realizado un análisis exhaustivo de las carencias y problemas jurídicos que se presentan al hablar de la sucesión del Estado, y de la posible sucesión de hijos no biológicos que no han sido legalmente adoptados. Los resultados de este trabajo de investigación se obtuvieron mediante la utilización del método deductivo, cualitativo y comparativo de la doctrina del derecho romano, legislaciones jurídicas latinoamericanas, la legislación española y en especial del ordenamiento jurídico ecuatoriano, logrando fundamentar la necesidad de una posible reforma en la redacción del orden sucesorio abintestato en el Código Civil Ecuatoriano para así poder garantizar los derechos sucesorios de dichas personas.

# CAPÍTULO 1

## 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO SUCESORIO ABINTESTATO

Es de amplio conocimiento que el Derecho Romano ha sentado las bases para la concepción del Derecho que nos rige en la actualidad, siendo así, que se convierte en la cuna del Derecho Civil y por lo tanto del Derecho Sucesorio. Dentro del también llamado Derecho de herencias, la sucesión intestada es uno de los pilares fundamentales de esta institución, puesto que, desde los inicios de la noción del patrimonio, éste se transfiere o traspasa a otras personas al momento de la muerte del propietario, supuesto que, evidencia cómo la sucesión intestada ha existido mucho antes de la sucesión testada, y es un fenómeno que se sigue produciendo hasta la actualidad.

La sucesión abintestato, es aquella que se produce cuando una persona fallece y no dejó o bien no fue su voluntad dejar un testamento por escrito, en cual se disponga la asignación de su patrimonio, tomando en consideración que, de igual manera, el testamento nulo se convierte también en una sucesión abintestato (Castro Casas et al., 2021). Si bien es cierto que al día de hoy se ha convertido en una especie de sucesión supletoria, puesto que lo común se ha convertido en realizar un testamento para asegurar la voluntad del causante, no se debe restar importancia a la institución de la sucesión intestada, que ha servido históricamente para comprender y estudiar la evolución de la concepción del Derecho Civil.

### 1.1 Ius Civile (Ley de las XII Tablas)

Desde la ley de las XII Tablas, se da prioridad al parentesco agnaticio, es decir, al parentesco no sanguíneo, que llama a heredar a falta de testamento, en un primer lugar, a las personas que se encontraban al tiempo del fallecimiento del causante bajo su potestad, teniendo como consecuencia que los hijos adoptivos estaban plenamente equiparados a los hijos sanguíneos del fallecido para efectos sucesorios. Esta misma situación se presentaba en la sucesión testada, el hijo adoptado se equiparaba al sanguíneo, ya que ambos debían ser instituidos o desheredados en el testamento (Alemán Ana María, 2021). Es así que, había tal igualdad sucesoria en el Derecho del Ius Civile, que todos los herederos, agnaticios o sanguíneos, inclusive hombres o mujeres, sin existir

diferenciación alguna, que posteriormente sí existiría, heredaban en una cuota igual sea de forma individual por cabeza o en representación de una familia por stirpe.

Según Volterra (1986), los juristas romanos siempre otorgaron a los *agnados* la calidad de *heredes*, en el mismo sentido que se aplicaba el término para los *sui*, es decir, en la concepción de la sucesión intestada, los descendientes no sanguíneos, así como los sanguíneos eran considerados como herederos del causante en un mismo nivel. Han existido teorías que establecen que los descendientes agnados eran únicamente personas que “ocupaban” el patrimonio del causante, puesto que al no ser parientes sanguíneos no podrían considerarse herederos, sin embargo, si nos remitimos a lo establecido en la XII Tablas, en ningún momento se establece esta diferencia, por lo tanto, podemos concluir que en el *Ius Civile*, estos dos tipos de descendientes se consideran herederos en una igualdad de categoría y porcentaje (Gerardo de Castro, 2021).

En el Derecho Romano, para que una persona se considere parte de la familia, y por lo tanto pueda suceder, era un requisito que se adhiriera a la misma, sea por un parentesco sanguíneo, o por un acto jurídico que genere un vínculo, sea la *adoptio*, *adrogatio* o la *conventio in manum*<sup>1</sup>. Para este análisis, es necesario enfocarse en la *adoptio*, su concepción para el Derecho Romanista de la época y su trascendencia para la sucesión ab intestato, puesto que esta era la forma de adherirse a la familia que presentaba la posibilidad de que personas extrañas, sin ningún tipo de vínculo sanguíneo, podrían llegar a hacerlo.

No obstante, se debe tomar en consideración que “el derecho romano no concibió la idea de una adopción como la imitación de una paternidad natural, sino el medio de ingreso a una familia agnaticia” (Karla Checa, 2019), es decir, la adopción se realizaba con fines sociales y económicos, que representaban un rol importante en la sucesión. Según Alemán (2021), el adoptante llega a adquirir la patria potestad del adoptado, y por ello, se produce un parentesco civil, el cual llega a ser idéntico al parentesco de sangre

---

<sup>1</sup> *Adoptio*- es la forma jurídica por la que una persona extraña a la familia, es agregada a la misma en calidad de *filius familias* (personas sujetas a la patria potestad). Vallés Amores, M. L. (2005). *Derecho Romano. En La adopción. Exigencias subjetivas y su problemática actual.*

*Adrogatio*- forma de adopción por la cual un pater familias, con todos los miembros de su familia que estaban bajo su potestad, entraba bajo la patria potestad de otro, con el fin de proporcionar descendencia a quien no la tenía. Real Academia Española. (n.d.). *Adrogatio. Diccionario panhispánico del español jurídico.* <https://dpej.rae.es/lema/adrogatio>

*Conventio in manum*- Es el cambio de status por el cual, dadas ciertas condiciones, la mujer al casarse con un pater familias queda sujeta a su poder jurídico, en condición de hija o de nieta respectivamente. Di Pietro, A. (2016). *Manual de Derecho. Edición Buenos Aires.*

puesto que le otorgaba al adoptado los mismos derechos y obligaciones. Siendo así que, el hijo adoptado tiene los mismos derechos hereditarios que el hijo sanguíneo, y en el caso en el que el descendiente agnado que no recibía la cuota hereditaria correspondiente en una sucesión testada, podía interponer la *querella inofficiosi testamenti*, acción mediante la cual se declara la nulidad del testamento y da apertura a la sucesión intestada, en la cual existía igualdad hereditaria (Aleman Ana Maria, 2021).

En la antigua concepción romanista la sucesión intestada operaba en tres ocasiones: cuando el paterfamilias moría sin haber hecho testamento, cuando éste era nulo o cuando los herederos no podían recibir la herencia (María José Díaz, 2015). En el caso de que el causante hubiera fallecido sin dejar un testamento escrito, la ley romana no tenía en cuenta los vínculos sanguíneos, sino que consideraba ante todo la noción de familia agnaticia, de la cual puede ser parte cualquier persona pero que deberá someterse a la potestas (autoridad) del paterfamilias. De acuerdo a lo establecido por Alemán (2021), la mayoría de autores coinciden en las siguientes categorías en cuanto a los posibles sucesores abintestato:

**A) Los herederos:** aquellos denominados como herederos de derecho propio, eran ciudadanos libres, nacidos en Roma que estaban sometidos a la patria potestad del paterfamilias. Heredaban sin distinción de sexo y regía el principio de proximidad del grado, sucediendo por stirpe, es decir, si es que existían hijos y nietos, los hijos excluyen a los nietos. Si bien al momento de heredar pasan a formar familias independientes, aunque siempre mantendrán un vínculo de unión, al haber estado sometidos a un mismo paterfamilias. Estos herederos de derecho propio podían ser:

- Los **nacidos de nupcias legítimas** de un ciudadano romano con una mujer libre, así como sus descendientes, es decir, nietos y bisnietos, incluyendo también a aquéllos que habían muerto antes que él, y los póstumos, es decir, aquellos que fueron concebidos antes del fallecimiento del causante, y que de vivir éste al tiempo del nacimiento, hubiesen estado bajo su potestad. No existía ninguna limitación en cuanto al sexo, puesto que tanto hombres como mujeres heredaban en igual de derecho y cuota. La única exclusión era aquella referente a los hijos emancipados

puesto que ya no pertenecían a la potestad del paterfamilias, y a los descendientes de la mujer premuerta.

- Los **sui iuris**, se refiere a aquellas personas que están sometidos a la patria potestad a través de la *adrogatio*, supuesto que operaba en el caso de que el paterfamilias no contará con descendencia y así obtenía un descendiente que no fuera consanguíneo y no tendría la necesidad de realizar testamento. No obstante, para esta forma de ingresar a la familia romana, se debían cumplir con ciertos requisitos, que son que el adrogante tenía que tener como mínimo sesenta años o tener alguna enfermedad o mala salud.

- Los **alieni iuris**, que se refiere a aquellas personas sometidas a la patria potestad del paterfamilias a través de la *adoptio*, al ingresar a la familia romanista pierde todo tipo de vínculo o relación con su familia originaria y por ende cualquier derecho que pueda estar vinculada a dicha familia. De esta manera, pasa a formar parte de su nueva familia en calidad de *filiusfamilias*, es decir, adquiere la misma calidad de un descendiente consanguíneo, y tiene los mismos derechos sobre la herencia del paterfamilias.

- Las **mujeres libres**, fueren sui iuris o alieni iuris, que se unían mediante la *conventio in manum* a través de la unión marital con el paterfamilias, con el marido (causante) o con uno de sus *filiusfamilias* varones, convirtiéndose así en descendientes legítimas de primer grado del causante o de segundo grado respectivamente. La mujer era colocada en la condición de hija legítima, pasando a considerarse hermana de los hijos legítimos. No obstante, se desligaba por completo de su familia anterior, renunciando a todos los derechos que le pudiesen representar.

**B) Agnatus proximus**, esta categoría operaba cuando no existían *heredes* del causante, se refiere a aquellas personas que al igual que el paterfamilias estuvo sometida a la patria potestad de un ascendiente en común, es decir, aquellos parientes masculinos del causante que se

encontraban en una línea colateral de grado más próximo, encontrándose dentro de este orden sucesorio a hermanos, hijos de hermanos o sus nietos, tíos paternos, sus hijos o nietos. A diferencia de los herederos sui, que tenían una sucesión automática, las personas pertenecientes a esta categoría podrían aceptar o no la herencia. Aquí también regía el principio de proximidad, heredaba quien tenía un grado de parentesco más próximo al causante, excluyendo a aquellos que se encontraban en un grado inferior, heredando por cabeza y no por estirpe.

**C) Gentiles**, esta categoría operaba a falta de sui y de agnados, se refería a aquellas personas unidas en torno a un culto propio y un sepulcro común, a un mismo nombre (apellido en común), y a una misma actividad económica y territorio. Estas personas también eran llamadas a suceder en caso de que los agnados repudien el testamento.

Se puede decir que esta categoría es lo más próximo a lo que en la actualidad se puede considerar a la sucesión del Estado, puesto que se trata de personas que no tienen un vínculo sanguíneo o filial con el causante, son personas que el causante no necesariamente conocía o por lo menos no tenía relación alguna.

Empero, como se ha podido observar, en el Derecho del Ius Civile, no se contemplaba la sucesión estatal, es por ello que existían varias formas para que una persona extraña pase a formar parte de la familia romana, inclusive contemplando la adopción únicamente para contar con un descendiente que pudiese heredar, debido a que esa situación era de vital importancia en el Derecho Romano, asegurar la continuación de linaje, y que los bienes, costumbres, tradiciones no se pierdan con el fallecimiento del causante. Es por ello, que inclusive en la sucesión de gentiles, se buscaba que exista algún tipo de vínculo, así sea el más mínimo, con el causante.

En definitiva, el Derecho Romano sirve como antecedente para demostrar que históricamente existe y se ha dado importancia a la noción de que no solamente aquellos parientes sanguíneos tendrán derecho a suceder al causante, puesto que es claro que podemos tener vínculos afectivos con varias personas y por ende querer que sean parte de nuestra herencia, es por ello que, inclusive en la sucesión testada existe la posibilidad

de otorgar libremente parte de la herencia a quién sea que lo desee el causante, cuenta o no con un vínculo sanguíneo.

Empero, la familia romana fue un organismo vivo que tuvo que ir adaptándose a las distintas circunstancias sociales, económicas, políticas y culturales con las que se enfrentó (María José Díaz, 2015). Si bien el parentesco agnaticio tuvo mayor importancia en el *Ius Civile*, su aceptación fue disminuyendo en épocas posteriores, sobre todo en la actualidad, en donde ha predominado el parentesco de sangre, especialmente al tratarse de casos de sucesiones ab intestato, en donde en la mayoría de legislaciones no se contempla siquiera la posibilidad de suceder sin un lazo sanguíneo o algún parentesco.

En definitiva, con la normativa del *Ius Civile* se puede evidenciar cómo extraños, sin un vínculo sanguíneo, pasan a ser parte de la familia del causante no para considerarlos hijos sino para poder asegurar sus derechos sucesorios. Resulta lógico que con la evolución de la sociedad ya no sea necesario que se tenga que recurrir a la adopción romanista para que una persona pueda ser recipiente de una herencia, porque en la actualidad la adopción tiene otros fines distintos a aquellos concebidos en la antigua Roma, ya no tiene como objetivo asegurar la sucesión, sino integrar a una persona a la familia por un vínculo netamente sentimental. Es por ello que, si bien en la actualidad no se puede replicar de exacta forma la concepción de la sucesión abintestato del derecho romano, sí resulta necesario mantener su esencia en una sociedad gravemente afectada por el fenómeno migratorio, en la cual existen vínculos afectivos no vinculados a la consanguinidad.

## **1.2 Bonorum Possessio**

Con la evolución de la familia romana, la sucesión concebida por el *Ius Civile*, aquella que daba preferencia al parentesco agnaticio, se deja a un lado para darle prioridad al parentesco cognaticio y del vínculo matrimonial. En un inicio no se busca como tal la reforma del *Ius Civile*, sino más bien, el pretor, aquella persona encargada de administrar justicia, tenía como objetivo regular las controversias que se pudieran dar en cuanto a la sucesión, ya que para este entonces se consideraba que las XII Tablas no regulan esta situación de forma justa, por ejemplo, al establecer que el hijo emancipado no podía suceder.

De manera que, buscando una regulación más equitativa y que solvente estos conflictos sociales, el pretor, mediante edicto, crea la institución de la *bonorum possessio*, en donde no podía conceder la cualidad jurídica de heredero, pero si conceder la posesión de los bienes hereditarios, si es que lo considera pertinente (María José Díaz, 2015), además esta figura operaba a petición de parte por los interesados en la herencia. La *bonorum possessio*, determinaba también lo referente a la sucesión intestada, siendo ésta una categoría específica de esta institución, y se le dio el nombre de *bonorum possessio sine tabula*.

Dentro de la categoría de la *bonorum possessio sine tabula* se buscaba cambiar el panorama de las sucesiones en el punto de las atribuciones patrimoniales ab intestato eliminando el poder casi absoluto del pater familias (Pablo Castilla, n/d). Puesto que, como ya se mencionó previamente, el único objetivo del pater familias era asegurar la sucesión, por ello se consideraba que no estaba regulado de forma justa, quienes podían suceder. El pretor no solo amplía este listado de personas que si bien no son nombrados como herederos si tienen la facultad de poseer los bienes del causante. En esta configuración de las personas llamadas a suceder, prima el parentesco sanguíneo, y ya se comienza a evidenciar como el parentesco agnaticio va perdiendo importancia, hasta que ya en la actualidad, ni siquiera es considerado al momento de heredar intestadamente.

En el *Ius Civile*, el parentesco agnaticio tenía igual importancia y relevancia que el parentesco sanguíneo al momento de suceder, incluso pudiendo una persona “adoptada” a la familia, heredar por encima de un hijo natural. Con la *bonorum possessio sine tabula*, las personas llamadas a adquirir la posesión sobre los bienes hereditarios siguen el siguiente orden (Eduardo Voltera, 1986):

1. **Unde liberi:** Los hijos y demás descendientes del causante, sin tener en cuenta si estaban o no sometidos a su potestad.
2. **Unde legitimi:** Los herederos de Derecho Civil, es decir, aquellos pertenecientes al parentesco agnaticio.
3. **Unde cognati:** Demás parientes consanguíneos ya sean hombres o mujeres dentro del sexto grado y, dentro del séptimo grado.
4. **Unde vir et uxor:** Es el cónyuge supérstite con el que al momento de la muerte debe existir un *iustum matrimonium* (unión permanente).

5. El Estado también tendrá derecho a heredar a falta de sucesores.

Con el listado establecido, se puede demostrar ya una aproximación a la regulación de la sucesión ab intestato que rige en la actualidad en el Código Civil ecuatoriano y la mayoría de códigos pertenecientes a la familia romanista. Pese a que la *bonorum possessio sine tabula*, aún recoge la posibilidad de la sucesión agnaticia, como lo hacía las XII Tablas, este parentesco ya ha bajado de categoría e importancia, situación que cada vez se perderá más con el paso del tiempo. Además que, tuvo tal importancia la *bonorum possessio* que pasa a ser de posesión provisional (*sine re*) a posesión absoluta (*cum re*), demostrando como efectivamente reformaría al *Ius Civile*, pese a que no fue establecida con ese objetivo.

### **1.3 Legislación Imperial**

Con el paso del tiempo, se busca solidificar las reformas establecidas por el pretor en la *bonorum possessio*, y así, mediante varias Constituciones, se tuvo como objetivo principal hacer un sistema más equitativo, sobre todo en cuanto a los derechos sucesorios ab intestato de las mujeres, y se otorga incluso más importancia a la sucesión consanguínea, eventualmente dejando a lado la figura del parentesco agnaticio. Sin embargo, todavía no se podía establecer una normativa clara y determinada, ya que todavía existían residuos teóricos entre la familia agnaticia y la realidad material de la familia consanguínea (Gerardo de Castro, 2021).

Un claro ejemplo de situación mencionada, ocurría la determinar si la mujer debía heredar en calidad de agnaticia o de consanguínea, con la figura del *pater familias*, en la mayoría de casos, las mujeres ingresaban a otras familias como “adoptadas” y dejaban de pertenecer a sus familias consanguíneas para todos los efectos jurídicos que se pudieran acarrear, especialmente en los derechos sucesorios, en donde la mujer podía heredar muy excepcionalmente más aún en la sucesión intestada, para la cual, en la mayoría de casos, ni siquiera era considerada.

En definitiva, con todas las Constituciones promulgadas, especialmente la de Justiniano, se intentan suprimir los vestigios de agnación, fundamentándose en la simplificación del sistema en base a una tendencia favorecedora de las líneas de consanguinidad (Gerardo de Castro, 2021). Se va consolidando la figura del *bonorum possessio* para que se equipare a la figura de herederos y no solo poseedores. Si bien esta

situación representa un avance en ciertos aspectos importantes como la equidad de género, en su búsqueda de ampliar el Derecho, estas Constituciones fueron relegando los derechos sucesorios del parentesco agnaticio, sin tomar en consideración que debido a la figura del pater familias, varias personas solamente podían suceder en calidad de “adoptados”. De manera que, si bien el Derecho avanza en ciertos aspectos, en otros deja de progresar.

La legislación de la época se plasma en el reconocimiento del parentesco por parte de la mujer, equiparación de los hijos emancipados, con consideración del parentesco sanguíneo; consideración especial a la consanguinidad en la sucesión de los libertos, limitando el Derecho Sucesorio del patrono en favor de los padres y parientes del liberto, que fuesen libres (Gerardo de Castro, 2021). Se reconocen también, los derechos de los nietos, abuelos, hermanas y se da más importancia a la figura del Estado como sucesor de la herencia ab intestato.

En síntesis, se mantiene el orden que la bonorum possessio establecía para la sucesión intestada, pero expandiendo la lista de quienes se consideraban descendientes, ascendientes y colaterales. Como se mencionó previamente, si bien es correcto que el Derecho sea más inclusivo, esto significó que los herederos agnaticios cada vez se movían más al final del listado, y con esta expansión de sucesores, se estableció también que deberían suceder con prioridad ante los agnaticios, pudiendo heredar estos, en casos ya muy específicos.

Lamentablemente, esta situación ha sido la base para que en la actualidad, al tratarse de la sucesión ab intestato, no se reconoce en lo mínimo los derechos de las personas que no tengan un vínculo con el causante que esté reconocido por la ley, pese a que se ha demostrado cómo desde tiempos tan antiguos, se admitía la realidad de que el causante puede querer como herederos a personas con quienes no mantenga un vínculo jurídico, o que éste no sea tan próximo. Y claro, esta situación sigue siendo muy cierta en la actualidad, más adelante se expondrá como en el Ecuador, es incluso, una situación que se presenta con mucha regularidad.

#### **1.4 Justiniano (Novelas)**

Desde el 1 de agosto de 527 hasta su muerte, fue emperador del imperio romano y durante su vida llevó a cabo una importante codificación del Derecho Romano (Pablo Castilla, n/d), que culminaría en la creación y promulgación de las Novelas, cuerpo

normativo que recogía todas las normas de toda la historia romana, que en la actualidad han sido el fundamento e inspiración la legislación ecuatoriana y demás pertenecientes a la familia jurídica romanista.

Las Novelas representan la reforma definitiva de la sucesión intestada, que están compiladas en la número 118 del año 543 y la número 127 del año 548, estas novelas unificaron la sucesión intestada entre antiguo *ius civile* y el edicto del pretor *bonorum possessio* (María José Díaz, 2015). Con la promulgación de las Novelas, se establece una sucesión basada netamente en los parentescos sanguíneos, tanto así que se manifestó expresamente en la rúbrica de la Novela regulará todo lo respectivo a la sucesión intestada suprimiendo los derechos de los agnados, situación que ha sido recogida en su tenor más literal por la legislación ecuatoriana.

El orden sucesorio que se establece primero desciende hacia hijos, luego asciende a padres y por último se extiende hacia hermanos, estableciendo las siguientes reglas para cada sucesión, según (Eduardo Voltera, 1986):

**1. Los descendientes:** ya no se considera la patria potestad, el sexo ni el grado de parentesco, rige el principio de proximidad de grado, es decir, primero heredará el descendiente más próximo. En igualdad de grado, la herencia se divide por cabezas y se adquiere por derecho propio, por el contrario, suceden por estirpes y por derecho de representación en la cuota que habría correspondido a su progenitor o ascendiente los hijos y los descendientes directos de un sucesor premuerto (Panero Ricardo, 2008).

**2. Los ascendientes:** tanto del lado paterno como materno, los hermanos y hermanas de padre y madre y los hijos de los hermanos/as que hubiesen premuerto. Si sólo hay ascendientes se tienen en cuenta, por un lado, la línea de la madre y por otro, la línea del padre, a cada línea le corresponde la mitad de la herencia, de manera que, al pertenecer al mismo grado, sucederán en partes iguales (María José Díaz, 2015).

En caso de que sólo concurrieran hermanos la herencia se divide por cabezas y si alguno de ellos hubiera premuerto se dividirá por estirpes hacía sus hijos.

Si concurrieran ascendientes junto con hermanos, y con hijos de hermanos premuertos, los ascendientes y hermanos heredan por cabeza y los hijos heredan por stirpe.

**3. Medios hermanos:** esta clasificación operaba cuando no existieran hermanos carnales (de padre y madre), entonces podrán suceder los medios hermanos sean solo de madre o solo de padre sin diferenciación alguna para la división. Se aplican los mismos criterios de la categoría anterior para la división de la herencia, es decir, por cabeza a los hermanos y por stirpe a los hijos de los hermanos premuertos.

**4. Cognados:** hace referencia a los restantes colaterales tanto por parte del padre como de la madre. Para la repartición de la herencia se sigue la regla anteriormente mencionada, el grado más próximo excluye al más remoto, no se establece un límite en cuanto hasta qué grado de parentesco se pueda heredar. Si existen parientes colaterales de igual grado, la herencia se dividirá por cabezas.

**5. Cónyuge supérstite:** si bien no ha sido contemplado en la novela lo referente al cónyuge viudo, se le aplica *la bonorum possessio unde vir et uxor*, es decir, a falta de todos los familiares del difunto, y si es que no hay existido divorcio, el cónyuge sobreviviente será el heredero.

Si la viuda concurre con los familiares del difunto sólo podrá heredar la viuda pobre, siempre que su marido gozara de una buena posición social y económica a su muerte. Si concurre con cuatro o más descendientes del marido, le corresponde una porción viril, pero si concurre con menos descendientes la proporción que le corresponderá será una cuarta parte de la herencia (la cuarta uxoria). La cuota de la viuda, a su vez, no puede sobrepasar el montante de cien libras de oro (Pablo Castilla, n/d).

**6. Estado:** finalmente en caso de que no exista ninguno de los sucesores abintestato, el patrimonio hereditario será adquirido por el Estado, salvo de que se trate de una hereditas damnosa (herencia dañosa) que es una herencia irrenunciable en la que el pasivo es mayor al activo, que no tendría beneficencia alguna para el Estado, y por el contrario, le resultaría perjudicante.

En definitiva, con la promulgación de las Novelas de Justiniano surge la regulación de la sucesión intestada establecida en la mayoría de legislaciones de la familia jurídica romana, de manera que, son el predecesor directo la regulación de la sucesión ab intestato en la legislación ecuatoriana, se puede observar cómo tienen varias similitudes incluso el orden sucesorio es bastante semejante. Entonces, podemos identificar a las Novelas como el punto de partida directo de la falta de regulación y reconocimiento de los derechos sucesorios de las personas que carezcan de un vínculo con el causante, puesto que es aquí donde se reconoce expresamente sólo la sucesión consanguínea, y así podemos intentar trazar las razones para la regulación actual.

## **1.5 Ius Commune**

Con la caída del Imperio Romano, el Derecho como tal comienza a verse influenciado por otras vertientes, tales como la influencia del Derecho Germánico, pero sobre todo en el Derecho Sucesorio, el cual se comienza a adaptar a la Edad Media, con concepciones diferentes a lo recogido en la norma Romana, y que representaron la necesidad de reformas, de diferentes análisis y la reorganización de criterios legales que hasta el momento habían sido la base para el entendimiento y la aplicación del Derecho.

Según lo establecido por Ruiz Hernández (2019), el Derecho Justiniano tuvo dificultad al ser aplicado en la práctica, por ello los juristas de la Edad Media se vieron obligados a crear reglas e instituciones sucesorias que difieren a lo que se establecía en el Derecho Romano Bizantino. Se puede decir, que comienza una época de regresión y reforma, puesto que, “la influencia del germanismo conlleva la ruptura del principio de unidad del patrimonio, confluyendo una serie de principios que vienen a romper la igualdad sucesoria que se establecía en el Derecho Romano” (Herrera, 2018).

Es así como se comienza a evidenciar los cambios que tuvo la sucesión intestada en cada territorio, si bien se visionó al Derecho Común como aquel que podía ser aplicado a todos los territorios, esto no fue posible debido a las diferentes prácticas y costumbres de cada país y su respectiva legislación, es por ello que el Ius Commune, de acuerdo a lo establecido por Ruíz Fernández (2019), tuvo que irse “transformando por normas de carácter territorial”, adaptándolo y modificándolo para que obtuviese validez, pero sin dejar de lado a sus elementos formativos, siendo estos los textos de Justiniano, pero también con la influencia del derecho canónico y el germánico.

En la legislación visigoda se introduce entonces el sistema sucesorio basado en la troncalidad, en el cual no solo existían privilegios que se otorgaban por sexo y edad, tanto hijos varones como hijas mujeres heredaban en igualdad de cuota, pero con la diferencia en cuanto a éstas últimas que heredaban en usufructo. Se crea una distinción de los bienes muebles e inmuebles. Siendo así, que los bienes muebles se consideraban como adquiridos por el causante y entraban a la masa sucesoria, mientras que, para los bienes inmuebles era necesario hacer una distinción entre aquellos heredados y aquellos adquiridos (Ruíz Fernández, 2019). Si bien la particularidad más interesante se refiere a lo establecido para los descendientes del causante, puesto que la ley visigoda establece que heredarán en orden de proximidad al causante, es decir, hijos, nietos y biznietos, sin embargo, no existe una limitación al grado de consanguinidad, puesto que se consideraba indefinido, sí que existía un descendiente, así fuese remoto, es quien estaba llamado a suceder.

En la legislación italiana, se evidencia una mayor presencia de la sucesión abintestato, en la cual se hace únicamente común para la nobleza y la burguesía el redactar un testamento, puesto que tenían un interés en darle un determinado destino a su patrimonio; y lógicamente se debe tomar en cuenta que estas dos clases sociales y económicas no representaban la generalidad del país, en la cual no existía una cultura testamentaria. De acuerdo a lo establecido por Herrera (2018), en este periodo los llamamientos están fundamentados en función de los lazos afectivos del causante, sin embargo, se considera que éste únicamente podría tener dicho vínculo con parientes sanguíneos y legítimos, tanto así, que excluye ejemplo, a aquellas personas nacidas de una relación extramarital, empero se considera la posibilidad de que el fisco (estado) herede en caso no existir ninguna persona llamada a asumir la sucesión.

Se puede evidenciar cómo cada territorio fue modificando la noción de la sucesión intestada de acuerdo a su realidad, si bien manteniendo el principio de la concepción del Ius Commune, pero la modificación más importante es aquella que se plantea en la legislación española, puesto que llegaría a convertirse en la influencia para la codificación y normativización del Derecho Sucesorio en los países colonizados latinoamericanos. La concepción del derecho intestado se ve manifestada en tres momentos, el fuero juzgo, el fuero real y culminando en las siete partidas, que se convertiría en la antesala del código civil.

En las concepciones tanto del fuero juzgo como del fuero real, existieron similitudes básicas en el orden sucesorio, manifestándose en descendientes, ascendientes, colaterales y el Estado; si bien cada una con sus características propias como la diferenciación entre la troncalidad y por otro lado la unidad de la masa sucesoria o la exclusión de hijos nacidos fuera del matrimonio e inclusive de los hijos adoptados, entiendo a la adopción en dicha época como la integración de un extraño a una familia, sin la necesidad de las formalidades que rigen en la actualidad. Las siete partidas conservan ciertas similitudes con sus predecesores, pero establece ya un orden sucesorio con características específicas, que de acuerdo a Hernández (2019), es el siguiente:

**1. Descendientes:** Se establece un orden sucesorio más amplio en comparación a los anteriores cuerpos legales. En el caso de fallecimiento del causante son llamados a suceder el hijo o el nieto, sin distinción entre hombres y mujeres. En el caso de que existan hijos vivos y premuertos, los hijos del premuerto heredarán con sus tíos, obteniendo únicamente la porción de herencia que le hubiese correspondido percibir a su padre.

**2. Ascendientes:** No sigue el orden establecido en el fuero juzgo, y más bien se guía por lo establecido en las Novelas de Justiniano. No se dio preferencia a los ascendientes sobre los colaterales, sino que son llamados unos y otros conjuntamente. Si el causante fallece sin descendencia, ni cuenta con hermanos ni hermanas, el padre y la madre son llamados a la sucesión y heredan todo el patrimonio de su hijo en partes iguales; sin embargo, si es que, si existen hermanos, estos deben ser llamados a suceder con los padres, en cuyo caso la herencia se divide por cabezas. Esta situación se extiende hasta los abuelos del causante, que heredan únicamente en caso de falta de padres y hermanos, puesto que, la ley concibe que “el cariño avanza a medida que desciende la línea” (Ruíz Fernández, 2019), otro ejemplo de cómo la ley pretende establecer la voluntad del causante, asegurado conocer el cariño que pudiese tener con sus allegados.

**3. Colaterales:** En caso de que, al momento de fallecimiento del causante, no hubiese dejado ascendientes ni descendientes, son llamados a la sucesión los hermanos de doble vínculo, es decir, hermanos

de padre y madre, en cuya situación la herencia se divide por cabezas. Se admite la representación colateral, que ya había sido promulgada en las Novelas de Justiniano, pero sólo en caso de hijos de hermanos, quienes heredarán la parte que le correspondería al padre si es que hubiese vivido. En caso de los medios hermanos, éstos heredarán únicamente si es que no existen sobrinos que provengan de hermanos de doble vínculo; los hermanos de padre solamente los bienes que procedan del padre del causante, así mismo, los hermanos de madre heredarán los bienes que procedan de la madre del causante.

Las partidas plantean al décimo grado de parentesco como límite en la sucesión, situación que posteriormente cambiaría de forma drástica puesto que en la actualidad el límite de grado de parentesco se ha reducido radicalmente. Esto demuestra cómo se busca casi de forma obligatoria encontrar alguna persona que pueda suceder al causante, es por ello que se amplía el sector en el cual se la pueda encontrar, contemplado al décimo grado de parentesco como personas aptas para suceder al causante, lo que claro, si es que nos basamos en el “cariño” del causante, resulta absolutamente ilógico puesto que es casi imposible que el fallecido conozca a sus parientes más allá de un tercer grado.

Por lo mismo, no se puede tener ningún tipo de relación afectiva con una persona que no se conoce, por ello resulta erróneo concebir que dicha sucesión es por cariño, pues es mucho más probable que el causante hubiese tenido un sentimiento de afecto a algún amigo, ahijado, etc., que a una persona con quien probablemente nunca vaya a tener algún tipo de relación, pues no lo va a conocer.

**4.** A falta de parientes de hasta el décimo grado de parentesco, sucede el cónyuge supérstite, y a falta de éste la Cámara del Rey. Esta situación es claramente ilógica puesto que la ley no concibe que el cónyuge del causante tuviese que heredar en un primer lugar, puesto que, si es que se utiliza la concepción de la sucesión por “cariño” del causante, es inverosímil pensar que el causante no tuviese ningún tipo de afecto a su cónyuge, persona con quien ha decidido compartir su vida y con quien, al

casarse, indudablemente ha expresado su voluntad. Por ello no es correcto que se considere que la cónyuge supérstite debería heredar únicamente cuando no exista ningún otro pariente que pueda hacerlo.

En cuanto a la sucesión de la Cámara del Rey, está se establece a la sucesión del Estado, ente que heredará únicamente cuando no existan parientes o cónyuge del causante. Esta situación resulta efectivamente resulta lógica, puesto que significa que no existe ninguna persona apta para recibir la herencia del causante, y por lo mismo, para que posteriormente no ocasione ningún tipo de inconveniente, es necesario que esa herencia pase a alguien. Con esta situación, ya se sienta una base para el rol en cual, posteriormente, actuará el Estado dentro de la sucesión abintestato, pero que lamentablemente, se ha deformado con reformas que carecen de sentido.

## **CAPÍTULO 2**

### **2. LA SUCESIÓN ABINTESTATO EN EL DERECHO ESPAÑOL**

El Primer Código Civil de España fue promulgado mediante Real Decreto de 24 de julio de 1889, siendo modificado en numerosas ocasiones desde entonces. La Primera República, previa al reinado de Alfonso XII, marcó la situación política y, por tanto, jurídica en los últimos años del siglo XIX de la historia de España. Se trata entonces, de un sistema jurídico influenciado no solo por ideales culturales, sino también religiosos, filosóficos y sobre todo políticos, pero que ha sabido evolucionar y adaptarse a las necesidades siempre cambiantes de la sociedad, e ir adoptando las reformas necesarias para su prevalencia.

Como previamente se logró demostrar, el Derecho Romano ha influenciado a casi todas las regiones existentes en nuestro planeta, y en la actualidad se puede descubrir sus rezagos en las legislaciones y los códigos de varios países. El Derecho Español no es la excepción, ha tomado varios conceptos romanistas, sobre todo de Justiniano, y los ha tipificado en un código que no solo ha trascendido el pasar del tiempo, pero ha servido de inspiración y revisión para la propia codificación de normativa en varios ordenamientos jurídicos, siendo así, que nuestro Código Civil Ecuatoriano, no solo contiene varias similitudes con el Derecho Español, pero continúa siendo una institución de comparación jurídica para suplir cualquier tipo de vacío que podamos encontrar en nuestra normativa, es por ello, la necesidad de análisis de este código hermano.

#### **2.1 Codificación de la sucesión abintestato**

En Europa iniciaba un movimiento codificador de la normativa que se encontraba dispersa entre varias leyes, decretos y manuales; mismo que estaba situado en una época influenciada a nivel filosófico por el iusnaturalismo racionalista, y a nivel político por la Revolución Francesa, con sus ideales de libertad e igualdad para todos; postulaba una nueva legislación, que buscaba dejar a un lado la regulación del Antiguo Régimen perteneciente a las monarquías absolutas que promulgaban distintas legislaciones en cada región, supeditadas a las decisiones de los señores feudales. Por el contrario, se pretende una unificación jurídica, en la cual todas las personas tengan los mismos derechos y obligaciones, y éstas se encuentren plasmadas en un documento escrito que sea de

conocimiento general. Dicha situación, posicionó al Derecho como uno de los factores más poderosos de cohesión, confirmando así, que el Derecho Romano, con su importante influencia, representó un aporte fundamental para conseguir dicha unificación en el Mundo Antiguo.

En España, el impulso codificador que recorrió Europa se inició en las Cortes de Cádiz el 5 de febrero de 1811, estableciendo en el artículo 256 de la Constitución de Cádiz de 1812 que: “el código civil, el criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”. La legislación hispana con validez territorial se extendió con el renacimiento jurídico medieval, teniendo como referente y base a las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, legislación de inspiración romanista, así como, la legislación del Fuero Real (Torrent, 2014). Así, se presenciaron varios intentos codificadores, desde textos como la Nueva Recopilación hasta su última edición plasmada en la Novísima Recopilación<sup>2</sup>, que, si bien buscaban conciliar una legislación que necesitaba ser aclarada y coordinada, pecaban de ser sistemáticamente dispersas, puesto que contenían normas pertenecientes a varias materias y varios ámbitos del Derecho. Es por ello que, finalmente se opta por la publicación de varios cuerpos legales especiales, penal, leyes de Enjuiciamiento, hasta el último el ser promulgado, el Código Civil de 1889.

La elaboración del código civil español estuvo llena de complicaciones, tanto políticas por los sucesivos gobiernos del siglo XIX con alternancias liberales y conservadoras, como de contenido por inclusión o exclusión de los derechos forales (derechos por territorio), que se veían impuestos por la falta de unificación en el sentir nacional de las personas, que no todas se consideraban como españoles, sino como pertenecientes a su específica región. Sin embargo, pese a estas vicisitudes, dichos cuerpos normativos sirvieron de inspiración en la legislación de los países americanos,

---

<sup>2</sup> Nueva Recopilación- promulgada el 14 de marzo de 1567, teniendo su última edición en 1745, fue un intento de recopilación legislativa, de carácter oficial, que superase la diversidad de normas y la confusión u oposición entre ellas. Tratando de reunir toda la legislación aplicable de la época, estaba compuesta de nueve libros, divididos a su vez en títulos y leyes. *Cabello Martín, M. (2010, septiembre 01). La Nueva Recopilación de leyes de 1567. Folio Complutense Noticias de la Biblioteca Histórica de la UCM.*

Novísima Recopilación- publicada en 1805 por petición de Carlos IV, constituye un cuerpo legal actualizado del Derecho castellano y español, que busca recopilar de forma más amplia la normativa expedida hasta el año de su publicación, derogando así, a cualquier otro cuerpo normativo anterior. Dividida en 12 libros y 340 títulos, estuvo vigente hasta la promulgación de los respectivos Códigos especiales específicos a cada materia del Derecho. Rodríguez Sánchez de León, M. J. (n.d.). Novísima recopilación de las leyes de España. Dividida en XII libros. BLi Biblioteca de la lectura en la Ilustración.

que se encontraban en la necesidad de tener normativa propia, una vez alcanzada su independencia de España.

De cualquier modo, las providencias legislativas de la monarquía española aplicadas en los territorios americanos seguían perteneciendo inherentemente al Derecho Hispánico que participó en la gran tradición universal y cristiana que había caracterizado la jurisprudencia europea. Para Torrent (2014), la codificación latinoamericana se considera como un subsistema del sistema jurídico romanista, estableciendo que “en el Código Civil argentino de 1869 en el que intervino Vélez Sarsfield, en el chileno de 1857 realizado por Andrés Bello, y en el brasileño de 1858 realizado por Augusto Teixeira de Freitas, hubo una transfusión en la América Latina en forma de códigos modernos de las bases unitarias del sistema romanístico”.

La disciplina de la sucesión intestada antes del Código Civil era el resultado de, la aportación de la tradición visigoda que había pasado al Fuero Real, de la aportación justiniana manifestada en las Siete Partidas y de las modificaciones operadas por la legislación en época moderna y contemporánea, sin embargo, el tratamiento que la sucesión intestada recibe estaba más cerca de lo establecido por Justiniano. Según lo establecido por Pacheco (2012), el principio general que se encuentra plasmado en toda la materia define la sucesión intestada como perteneciente a “aquellos que mueren sin haber expresado su última voluntad ni mediante donación, ni mediante testamento”.

Según lo establecido en las Siete Partidas, se determina en primer lugar las cuatro circunstancias que permitían la apertura de la sucesión intestada, siendo éstas, la muerte sin testamento, el testamento inválido, la ruptura del testamento por nacimiento posterior de un hijo y la no aceptación por parte del heredero instituido<sup>3</sup>. Se fijan también los grados de parentescos para la sucesión, estableciendo que, serán llamados a suceder al causante,

---

<sup>3</sup> Muerte sin testamento- tal como se establece, es aquella circunstancia en la cual el causante fallece sin haber realizado un testamento por escrito que exprese su voluntad.

Testamento inválido- circunstancia en el cual, si bien existe un testamento realizado por el causante, este documento no cumple con los requisitos que la normativa establece para considerarlo como válido y auténtico. Por ejemplo, cuando se demuestra que el causante fue coaccionado o influenciado indebidamente para manifestar una voluntad ajena a la suya.

Ruptura del testamento por nacimiento posterior de un hijo- circunstancia en la cual se demuestra que, ulterior a la muerte del causante, efectivamente ha nacido un hijo, y por ende, no tuvo contemplado en el testamento los derechos que por ley le corresponden, dicho documento se considera sin efecto y no se puede ejecutar.

No aceptación por parte del heredero instituido- se refiere a aquella circunstancia en la cual, aquella persona designada por el causante para sucederle en sus bienes y obligaciones, se niega a aceptar ser partícipe de dicha disposición, repudiando su Derecho Sucesorio.

los descendientes, ascendientes, colaterales también conocidos como *de traviesso*, sin embargo, su aportación más importante se refiere a la inclusión del cónyuge viudo y del fisco dentro del orden sucesorio.

Sin embargo, el Derecho siempre debe evolucionar, mejorar y adaptarse a los cambios presentados en la sociedad, y es por ello que, con las diversas influencias culturales, sociales y políticas que vivió el Derecho en España, hubo varios intentos de aclaración y modificación al tratamiento que se otorgaba al Derecho Sucesorio recogido en los distintos cuerpos normativos, siendo así que, con el Proyecto de Código Civil de 1836, se establece una orden de sucesión definitiva:

1. Descendientes legítimos del difunto, o legitimados por el siguiente matrimonio.
2. Descendientes legitimados por Real gracia.
3. Padres legítimos, o de los que hubiesen sido legitimados por Real gracia.
4. Abuelos o demás descendientes legítimos o legitimados.
5. El cónyuge simultáneamente y por partes iguales con los hermanos legítimos de padre y madre. Los legitimados por Real gracia se sucederán recíprocamente, y lo mismo se entenderá respecto de los que hubieran sido reconocidos o declarados por su padre.
6. Hermanos legítimos de una sola línea.
7. Hijos adoptivos, a los cuales sucederán por el mismo orden sus padres.
8. Hijos o padres naturales reconocidos.
9. Colaterales entre sí hasta el décimo grado inclusive.
10. Hijos naturales simplemente declarados, y a éstos sucederán sus padres conforme al orden prescrito en este artículo.
11. El fisco.

Con este orden establecido, se demuestra ya cómo históricamente, ha sido imposible para cualquier jurista, poder pretender conocer con exactitud la voluntad del causante o el afecto que pudiese tener respecto a otra, tal como lo manifiesta García

(2021), citando al jurista Alonso Martínez, establece que “los legisladores acomodaron el sistema de sucesión sin preocuparse mucho, ni poco, ni nada de las simpatías y los afectos del difunto”, en definitiva, siendo el principio cristiano, y la influencia germánica los que han posicionado al tipo de familia natural como la base para establecer derechos y deberes jurídicos, pretendiendo que guarden “perfecta armonía con los sentimientos humanos”.

Resulta lógico este análisis, puesto que, en el orden sucesorio presentado por la Comisión, se establece una diferenciación entre los hijos legítimos, los adoptados, los naturales reconocidos y los naturales simplemente declarados<sup>4</sup>, posicionándolos a unos por sobre otros, asegurando que el causante hubiese hecho tal distinción al elaborar un testamento. Existe pues una discriminación de derechos por no ser considerado como un heredero “normal”, perteneciente a la concepción de una “familia tradicional”, y así se establece que tienen menos derechos los hijos concebidos fuera del matrimonio, en comparación a aquellos fruto de la unión matrimonial. Situación que, apenas en 1981 fue modificada, pese a ser una situación tan común en la sociedad, el Derecho falló en cumplir con uno de sus propósitos fundamentales, evolucionar en razón a las necesidades de la sociedad.

Tras varias modificaciones y adaptaciones, el Código Civil Español fue publicado siguiendo un orden sucesorio en razón del cual, se hereda en primer lugar, en línea recta descendente (arts. 930- 934), en segundo lugar, en línea ascendente (arts. 935-938) se introduce un nuevo orden de sucesión abintestato correspondiente a los hijos naturales reconocidos y legitimados por concesión Real (arts. 939-945); le siguen los colaterales, pero estableciendo el derecho del cónyuge viudo a suceder en toda la herencia a falta de hermanos, sobrinos e hijos de éstos, o suceder en concurrencia con éstos con la cuota usufructuaria de la mitad de la herencia. Después del cónyuge viudo heredan los demás parientes colaterales, pero se deja a un lado la concepción del límite del séptimo grado de tradición visigoda, y del límite del décimo de Partidas. Reconociendo el derecho de los

---

<sup>4</sup> Hijos legítimos- aquellos concebidos como fruto de la unión matrimonial, y que por lo mismo se convierten en herederos de primer orden del causante.

Hijos adoptivos- aquellos que no tienen relación biológica con el causante pero que han sido reconocidos como propios al establecer un parentesco legal.

Hijos naturales reconocidos- se refiere a aquellos hijos concebidos fuera del matrimonio, que el causante ha reconocido legalmente como hijo propio.

Hijos naturales simplemente declarados- se refiere a aquellos hijos concebidos fuera del matrimonio, que el causante no ha reconocido legalmente como hijo propio, pero en virtud de los cuales ha manifestado su paternidad.

parientes colaterales no más allá del sexto grado (arts. 946-955), después del cual se verifica la sucesión del Estado, que habrá de destinar los bienes a los establecimientos de beneficencia e instrucción gratuita (art. 956) (Pacheco, 2012).

En la actualidad, el Código Civil Español, en sus artículos 930 hasta el 958 contempla el orden sucesorio de la siguiente forma:

- **Artículos 930-934:** sucesión en línea recta descendente.

1. Los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación.

2. Los hijos del difunto le heredarán siempre por su derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales.

3. Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre éstos por partes iguales.

4. Si quedaren hijos y descendientes de otros hijos que hubiesen fallecido, los primeros heredarán por derecho propio, y los segundos, por derecho de representación.

- **Artículos 935-942:** sucesión en línea recta ascendente

5. A falta de hijos y descendientes del difunto le heredarán sus ascendientes.

6. El padre y la madre heredarán por partes iguales.

7. En el caso de que sobreviva uno solo de los padres, éste sucederá al hijo en toda su herencia.

8. A falta de padre y de madre sucederán los ascendientes más próximos en grado.

9. Si hubiere varios ascendientes de igual grado pertenecientes a la misma línea, dividirán la herencia por cabezas.

10. Si los ascendientes fueren de líneas diferentes, pero de igual grado, la mitad corresponderá a los ascendientes paternos y la otra mitad a los maternos.

- **Artículos 943-955:** sucesión del cónyuge y de los colaterales

11. A falta de las personas comprendidas en las dos Secciones que preceden, heredarán el cónyuge y los parientes colaterales por el orden que se establece en los artículos siguientes.

12. En defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente.

13. No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado legalmente o de hecho.

14. Los hermanos e hijos de hermanos suceden con preferencia a los demás colaterales.

15. Si no existieran más que hermanos de doble vínculo, éstos heredarán por partes iguales.

16. Si concurrieren hermanos con sobrinos, hijos de hermanos de doble vínculo, los primeros heredarán por cabezas y los segundos por estirpes.

17. Si concurrieren hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquéllos tomarán doble porción que éstos en la herencia.

18. En el caso de no existir sino medio hermanos, unos por parte de padre y otros por la de la madre, heredarán todos por partes iguales, sin ninguna distinción de bienes.

19. Los hijos de los medio hermanos sucederán por cabezas o por estirpes, según las reglas establecidas para los hermanos de doble vínculo.

20. No habiendo cónyuge supérstite, ni hermanos ni hijos de hermanos, sucederán en la herencia del difunto los demás parientes del mismo en línea colateral hasta el cuarto grado, más allá del cual no se extiende el derecho de heredar abintestato.

21. La sucesión de estos colaterales se verificará sin distinción de líneas ni preferencia entre ellos por razón del doble vínculo.

- **Artículos 955-958:** sucesión del Estado

22. A falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes Secciones, heredará el Estado quien, realizada la liquidación del caudal hereditario, ingresará la cantidad resultante en el Tesoro Público, salvo que, por la naturaleza de los bienes heredados, el Consejo de Ministros acuerde darles, total o parcialmente, otra aplicación. Dos terceras partes del valor de ese caudal relicto será destinado a fines de interés social, añadiéndose a la asignación tributaria que para estos fines se realice en los Presupuestos Generales del Estado.

## **2.2 Sistema de orden y grado para suceder**

El artículo 913 del Código Civil Español establece que *“A falta de herederos testamentarios, la ley defiende a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado”*, mencionado a los grupos llamados a suceder, siguiendo un sistema que favorece al orden y al grado, sin tomar en consideración un orden de jerarquía y preferencia. Lógicamente, al referirse al grado únicamente otorga reconocimiento a los parientes, sin estimar al cónyuge y al Estado, que según lo establecido por el Código heredarán posterior a los familiares sanguíneos más próximos del causante. Sin embargo, como se mencionó previamente, el lugar que ocupaban los cónyuges, que históricamente han sido relegados, escaló de posición en el orden sucesorio; demostrando así, como en cada legislación, si bien son diferentes las consideraciones en cuanto a la prioridad de sucesión, pero con la evolución de la sociedad y las necesidades que presente, se pueden reformar situaciones que lo ameriten.

Si bien el mencionado Código, mantiene estas especificaciones en cuanto al orden hereditario, las varias leyes promulgadas en atención a diversos asuntos respecto al Derecho Sucesorio, establecen otra realidad, en la cual se observan otras consideraciones para establecer las personas que deberán estar sujetas al derecho de heredar. Por ejemplo, la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de *reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*, ha modificado

los grupos de perjudicados sujetos a derechos mortis causa. La ley atiende a modelos familiares que, si bien no son históricamente tradicionales, sí son socialmente imperantes, y es que claro, como se ha venido manifestando previamente, la organización familiar es constantemente cambiante con el paso del tiempo y las nuevas realidades que se producen.

En el artículo 60 de la ya citada Ley 35/2015, establece que “la unidad familiar (a efectos de la ley) en caso de matrimonio o pareja de hecho estable, es la integrada por los cónyuges o miembros de la pareja y, en su caso, por los hijos, ascendientes y demás familiares y allegados que convivan con ellos” (Martínez, 2016). Por su parte, el artículo 62 manifiesta las cinco categorías, mismas que son autónomas, de perjudicados en el hecho mencionado, siendo éstas: el cónyuge viudo, los ascendientes, los descendientes, los hermanos y los allegados al causante. Adicionalmente, la Ley menciona que, para que operen los derechos hereditarios es necesaria la convivencia con el causante durante cinco años anteriores a su muerte, y que se trate de una persona con quien haya mantenido una relación especialmente cercana, sea en razón del parentesco o de afectividad.

En cuanto lo expuesto, es menester señalar las frases y las propuestas recogidos por la Ley 35/2015, y sus mentados artículos, puesto que claramente manifiestan que no solo aquellas personas que mantengan un vínculo sanguíneo o de parentesco reconocido con el causante, serán recipientes de los derechos sucesorio que devengan de su fallecimiento. Al emplear términos como “allegados” y “afectividad”, la ley reconoce que claramente el causante puede tener vínculos con personas que no sean familiares legales, sino personas con quien se encuentran vinculadas por lazos netamente emotivos, pero claro, para que sin dejar a un lado la necesidad de un fundamento legal, la Ley plantea la necesidad de un requisito que resulta completamente lógico tras ser analizado; establece claramente que *es necesaria la convivencia con el causante durante cinco años anteriores a su muerte*, situación que resulta imprescindible, ya que se sobreentiende que si el causante ha permitido que esta persona viva con él, en su hogar, es una persona que es considerada parte de la familia, y por lo mismo, hubiese sido su voluntad incluirla en la lista de personas que lo sucederán. Por otro lado, el tiempo necesario de dicha convivencia es un requisito que siempre podrá estar sujeto a un análisis más profundo.

### **2.3 Declaración de herederos abintestato notarial**

En el régimen jurídico español, para poder acceder a los derechos hereditarios en la sucesión abintestato, no basta con el simple llamamiento a heredar, inclusive ni con la propia aceptación, es necesaria la declaración de herederos abintestato, documento público que permite determinar, de conformidad con la legislación civil aplicable a cada caso, quiénes son los herederos de una persona fallecida que no ha otorgado testamento y en qué proporción lo son. Así, en el supuesto de una persona que no hubiera hecho testamento, habría que formalizar ante notario esa “declaración de herederos”, que se recogerá en un acta notarial, en la que se definirá quiénes son los parientes con derecho a la herencia.

Desde el 23 de julio de 2015, fecha de entrada en vigor general de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, la declaración de herederos abintestato para declarar a descendientes, ascendientes, cónyuge, persona unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y parientes colaterales, debe ser notarial, por acta de notoriedad. En consecuencia, ya no cabe declaración de heredero abintestato mediante auto judicial en ningún caso. A pesar de lo dicho, la condición de heredero también puede ser declarada en virtud de resolución o sentencia judicial firme tras la sustanciación de proceso hereditario cuando exista contienda y litigio en relación al derecho a heredar (oposición a declaración de indignidad, discusiones sobre derechos a heredar por proximidad de parentesco, dudas en torno a la aplicación del derecho de representación o del ius transmissionis, etc.).

Desde que entró en vigor la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y hasta la reforma por Ley 10/1992, de Medidas urgentes de Reforma procesal, sólo era posible obtener la declaración de heredero abintestato judicialmente. Desde entonces, conforme a lo dispuesto en el entonces vigente artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (1881), era obligatoria declaración notarial cuando los únicos herederos abintestato eran los descendientes, ascendientes o el cónyuge del fallecido. Los demás herederos abintestato, parientes colaterales y Estado y conforme al artículo 980 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (1881), debían obtener resolución judicial firme, en concreto, Auto de declaración de herederos abintestato. La Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria ha suprimido la declaración de herederos por auto judicial, salvo en los casos de contienda judicial.

El procedimiento para la declaración de herederos por acta de notoriedad sigue rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 209 del Reglamento Notarial, y se establece en el nuevo artículo 56 de la Ley del Notariado redactado por Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria. Se inicia a solicitud de las personas interesadas y es imprescindible acreditar tanto el fallecimiento del causante, como que no existe título sucesorio mediante información del Registro Civil y del Registro General de Actos de Última Voluntad o, en su caso, mediante documento auténtico del que resulte a juicio del Notario, indubitadamente, que, a pesar de la existencia de testamento o contrato sucesorio, procede la sucesión abintestato, o bien mediante sentencia firme que declare la invalidez del título sucesorio o de la institución de heredero.

En el acta debe constar necesariamente, al menos, la declaración de dos testigos que corroboren los hechos positivos y negativos cuya declaración de notoriedad se pretende. Los testigos podrán ser parientes o afines del fallecido siempre que no tengan interés directo en la sucesión. En el acta se hará constar la reserva del derecho a ejercitar su pretensión ante los Tribunales de los que no hubieran acreditado a juicio del Notario su derecho a la herencia y de los que no hubieran podido ser localizados, así como de quienes se consideren perjudicados en su derecho. Todos podrán acudir al proceso declarativo que corresponda en defensa de sus derechos.

El llamamiento a la sucesión intestada procede de la ley directamente y tiene efectos desde el momento de la delación, que coincide en el Código Civil con el del fallecimiento del causante (art. 657 CC.). Aunque el artículo 958 del mencionado código, solo exige expresamente declaración de heredero abintestato para que el Estado pueda apoderarse de los bienes hereditarios, dicha declaración es el título que justifica y acredita la cualidad de heredero de cualquier llamado y es necesario para ejercitar los derechos sucesorios como tal, lo mismo que el testamento es el título que legitima para el ejercicio de los derechos adquiridos por voluntad del causante. Sin embargo, la declaración de herederos abintestato no es por sí sola apta para justificar la adquisición de bienes determinados de la herencia mientras no se haga la partición.

Según la doctrina, la declaración de herederos no constituye, a diferencia del testamento, título material de la sucesión intestada, pues dicho título es la ley, y solo puede considerarse título formal en cuanto sirve de vehículo documental para el acceso al Registro y prueba o justificación de la individualización en la persona del heredero atendiendo a los diferentes órdenes y grados de llamamiento. Todos los llamados a la

sucesión necesitan dicha declaración para adquirir el caudal hereditario, aunque el Código Civil solo lo exija expresamente en el artículo 958 para el Estado.

El orden sucesorio en el Derecho Español es claro en establecer quienes son las personas llamadas a ser heredadas y por lo mismo a ser declaradas como herederos, si bien resulta lógico que haga referencia a los parientes del causante, personas con quien debería tener más afinidad, y claro está, el llamamiento al Estado únicamente en los casos que no exista persona alguna que está legítimamente llamada a suceder. Es menester el análisis de la declaración de herederos abintestato notarial, que, si bien no es el único documento necesario para poder participar de la sucesión, es un elemento clave para poder hacerlo.

La Ley Española contempla la posibilidad de que “personas unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal”, puedan ser partícipes de la sucesión intestada, para ello necesitando la declaración de dos testigos que corroboren los hechos positivos y negativos cuya declaración de notoriedad se pretende, entonces claro, se puede interpretar a esta declaración de los testigos como aquella manifestación que busca dar fe de la relación del heredero con el causante y de los hechos que se han suscitado. Entonces es menester analizar, que la misma declaración se puede brindar en relación a una persona unida con el causante por análoga relación de afectividad a la de una relación parento-filial.

## **2.4 El Estado como heredero**

El Fuero Real llamaba al Estado a recibir los bienes del muerto sin parientes y sin disposición, con justificación en el dominio eminente y en su derecho a adquirir bienes vacantes. Las Partidas fueron más favorables a la adquisición por derecho sucesorio y preveían que la Cámara del Rey heredase los bienes del muerto sin parientes no casado. La Ley de Enrique III estableció que las herencias intestadas fueran para la Cámara Real, disposición que fue luego la ley VI del título IV del Libro V de la Nueva Recopilación; no se mencionaba al cónyuge, lo que provocó posiciones encontradas en la doctrina. En la Novísima Recopilación, si no quedaban parientes dentro del cuarto grado, los bienes del fallecido eran para la Cámara regia; se limitó el grado y no se reconocía derecho sucesorio abintestato al cónyuge.

La Ley de adquisiciones a nombre del Estado de 9 de mayo de 1835 dotó a la adquisición abintestato del Estado de configuración propiamente sucesoria, aunque introdujo otros llamamientos preferentes: colaterales del cuarto al décimo grado y

cónyuge. La Ley reguló con bastante detalle ciertos aspectos sobre el momento de apertura de la sucesión, las medidas a adoptar por el representante del Estado para la adquisición de las herencias, el régimen de eventuales reclamaciones y que la responsabilidad del Estado en relación con las deudas del causante.

Durante la preparación del Código Civil, hubo bastantes opiniones que propugnaban llamar a la sucesión intestada en último lugar directamente a las instituciones de beneficencia sin mencionar al Estado. Tras arduas discusiones durante la preparación de los proyectos de Código civil en torno a si debía llamarse exclusivamente a suceder a las instituciones, entonces de beneficencia, o al fisco representado en la figura del Estado, la base 18 de la Ley de bases de 11 de mayo de 1888, por la que se autorizó al Gobierno para publicar el Código civil estableció: «Sustituirán al Estado en esta sucesión cuando a ella fuere llamado los establecimientos de Beneficencia e instrucción gratuita del domicilio del testador; en su defecto, los de la provincia; a falta de unos y otros, los generales».

La reforma del Código Civil por Ley de 13 de enero de 1928 cambió la orientación anterior y en la norma legal quedó reflejada una mayor confianza en el Estado como institución que plasmó en dos decisiones de política legislativa: la mejora en la posición del Estado al limitarse del sexto al cuarto grado el llamamiento a parientes colaterales del causante y la atribución concreta de una parte de la herencia, la tercera parte, a la Caja de Amortización de la Deuda pública, salvo que, por la naturaleza de los bienes heredados, el Consejo de Ministros acordase darles, total o parcialmente, otra aplicación. El Estado ganó así cierto terreno en la legitimación para heredar abintestato frente a las «instituciones y establecimientos».

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria ha introducido modificaciones relevantes en el llamamiento a la sucesión intestada del Estado. La supresión de toda referencia a las instituciones a que aludían los anteriores artículos 956 y 957 Código Civil una modificación relevante en el último llamamiento a la sucesión abintestato. Y no solo lo es para las instituciones consideradas hasta ahora auténticas «fideicomisarias» de las herencias abintestato del Estado y que ya ni se mencionan. La nueva orientación legal configura decididamente la posición del Estado como heredero con legítimo derecho propio a heredar, aunque la norma legal siga obligando a destinar a fines de interés social dos tercios de la herencia. Hasta la reforma por Ley 15/2015, tenían derecho a heredar una tercera parte de la herencia cada una de las siguientes:

a) Instituciones municipales del domicilio del difunto, de Beneficencia, Instrucción, acción social o profesionales de carácter público o privado.

b) Instituciones provinciales de los mismos caracteres, de la provincia del finado, prefiriendo, tanto entre unas como entre otras, aquellas a las que el causante haya pertenecido por su profesión y haya consagrado su máxima actividad, aunque sean de carácter general.

La otra tercera parte se destinaba a amortizar la deuda pública, salvo que el Consejo de Ministros, por la naturaleza de los bienes heredados, decidiera darles total o parcialmente otra aplicación. Ni el artículo 956 ni el 957 Código Civil aluden ahora a ninguna institución y el Estado debe ingresar el haber líquido abintestato en el Tesoro Público. El artículo 956 Código Civil prevé que dos partes del valor «de ese caudal relicto» (el valor ya liquidado) se destinen a fines de interés social, sin más concreción. Con la supresión de la referencia expresa a las Instituciones en la normativa reguladora del último llamamiento ab intestato culmina una evolución en la que el Estado ha ido ganando el derecho a heredar paulatinamente hasta desplazar totalmente a las anteriores, tradicionalmente consideradas las verdaderas titulares del derecho a la herencia intestada.

Tal como se ha aprobado el nuevo artículo 956 Código Civil en la Ley 15/2015, ya no tienen sentido discusiones en torno a si se podían incluir como tales instituciones y establecimientos destinatarios de los bienes adquiridos por sucesión intestada a colegios profesionales o a partidos políticos y se desactivan las críticas a la exigencia de postulación. Tampoco se plantea la cuestión sobre si la actividad de las instituciones beneficiarias, cuando fueran de ámbito estatal, habían de tener o no presencia y actuación efectiva en el territorio correspondiente al ámbito municipal o provincial a que aludía el anterior artículo 956 Código Civil.

## CAPÍTULO 3

### **3. NECESIDAD DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN EL MARCO DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL TERCER Y CUARTO ORDEN SUCESORIO**

La intervención del Estado como heredero abintestato ha sido un fenómeno que históricamente se ha podido observar desde tiempos antiguos, y que responde a una necesidad de no causar un desperdicio a un bien que puede significar algún tipo de beneficio y sobre el cual no existe otra persona que pueda alegar su propiedad. De manera que, ha sido universalmente aceptado que, “el Estado sólo puede heredar cuando no existe o no aparece ninguna de las personas a quien traspasar los bienes de un fallecido que no haya testado” (EROSKI Consumer, 2013).

Si bien este entendimiento ha sido de cierto modo aceptado por la mayoría de legislaciones, ha tenido su propio tratamiento dependiendo del país en el cual se esté aplicando. Existen ciertos ordenamientos jurídicos en los cuales se extiende lo más posible el grado de parentesco para buscar una persona que efectivamente pueda suceder, así sea una persona con un vínculo lejano al causante, pero se busca que no sea el Estado quien herede puesto que es lo más alejado a cumplir con la voluntad del fallecido. El Derecho Romano es el ejemplo más latente de este hecho, puesto que inclusive se concebía la posibilidad de que sucedan personas que eran apenas conocidos del causante con el objetivo que sea lo menos probable que el Estado llegue a heredar ya que si lo hacía, no se traspasaba verdaderamente su personalidad jurídica.

En el caso ecuatoriano, esta situación se ha llegado a deformar palpablemente, ya que el Estado hereda en dos órdenes sucesorios, y no únicamente cuando no exista ningún posible heredero. Nuestro Código Civil establece que el Estado heredará en dos momentos, cuando los herederos abintestato sean los sobrinos del causante, situación en la cual esta entidad sucederá en calidad de sobrino, pero, con una preferencia económica. Y, adicionalmente, heredará, siguiendo la norma universal, cuando no existan más personas llamadas a suceder. Cabe preguntar, por qué el Derecho Ecuatoriano, ha optado por una tipificación que no solo perjudica a los verdaderos herederos del causante, sino que también va en contra de la doctrina universal.

### 3.1 Antecedentes Históricos

Ya desde el ámbito legislativo heleno, existía un tratamiento sucesorio de los bienes sin dueño, especialmente para el caso del fallecimiento del causante sin herederos, ni familiares llamados a la herencia. No obstante, en esa época era difícil hablar de Estado cuando la propia estructura socio-política de la época obviaba esta concepción para centrarse en la idea de Ciudades-Estado (polis), como territorio común y más no como organización política. Teniendo como pilar fundamental la noción de que el patrimonio siempre deberá pertenecer a alguna persona, que de alguna manera se pueda llegar a vincular al causante, para que sus costumbres puedan seguir vigentes entre las próximas generaciones.

Esta tradición helenística tuvo gran influencia en la sociedad Romana, que pese a regular la sucesión intestada, no siempre contempló al Estado como posible sucesor, y por el contrario, extendía grados de consanguinidad e inclusive la posibilidad de sucesión por religión en común o inclusive trabajo en común<sup>5</sup>. El pueblo Romano no tenía una definición técnica de Estado, denominándose simplemente “populus Romanus”, sin concebirlo como ente superior de carácter supraindividual (Valls Lloret, 1996). La comunidad Romana se encontraba de cierto modo personificada en la figura de los llamados “Magistrados”, quienes tenían una competencia limitada en razón del derecho público; no eran representantes del populus como tal, sino que eran personas a quienes el populus les habían brindado poder para actuar por sí mismos, tener autoridad legislativa pero cuyas decisiones no representaban la voluntad de la comunidad.

Por tanto, en Roma, no se podía hablar de una verdadera soberanía, sino de grupo de personas que conviven en una comunidad; la noción de Estado como la conocemos en la actualidad surgió únicamente a partir del periodo imperial y la dominación de los pueblos germánicos. De acuerdo a lo establecido por el autor Valls Lloret (1996) “el mal llamado Estado o pueblo Romano no es más que una prolongación amplia de la gens, concepción gentilicia o ampliada de la familia, que a su vez no es más que un reflejo amplio de la familia. La historia de la gens es importante para determinar la formación de las clases sociales y del Estado”.

---

<sup>5</sup> En la sociedad Romana, a miras de asegurar que la personalidad del causante se manifestará a través de la herencia, se consideraba como último orden sucesorio, la posibilidad de que suceder, sin siquiera mantener un vínculo cercano al causante, pero que al menos se pueda demostrar que comparten alguna característica en común, sea la religión, el trabajo o inclusive el hecho de ser vecinos.

La figura de la gens romana, llegó de cierto modo a imposibilitar el desarrollo del Estado, se trataba de una organización autosuficiente, que realizaba funciones que se producían de forma exclusiva y excluyente entre los miembros pertenecientes. Así como, desempeñaban funciones políticas, relaciones privatistas, tal como lo referente a las relaciones de carácter sucesorio, ya que, los bienes del paterfamilias al momento de su fallecimiento, permanecían dentro de la familia que serían los últimos ocupantes, pero no en calidad de ocupación de bienes vacantes, sino de herederos. Por lo mismo, podemos observar cómo esta agrupación Romana efectuaba funciones que normalmente serían atribuibles al Estado.

Ya en el reinado de Augusto, inicia la noción de concebir al emperador como la personificación de la comunidad, por lo mismo, aquellos bienes denominados públicos pasan a considerarse como patrimonio de la Corona, independiente de quien sea el emperador de turno; diferenciando a sus bienes privados con aquellos que pertenecen al fisco. Aparece entonces la figura del “Fiscus Caesaris”, que era una caja de administración financiera que se encontraba a disposición única del emperador para atender a cualquier gasto derivado del interés público. No obstante, este fisco, si bien era administrado por el emperador, nunca se podía utilizar en gastos de interés propio, y debía pasar al sucesor de su puesto (Valls Lloret, 1996).

Con el fin de la república y el inicio del periodo imperial, se asienta por completo la noción del emperador como representante del Estado, y por lo mismo, se extiende el listado de bienes que podían ingresar a la propiedad de la Corona, así como, se limita los grados consanguíneos y por ende el orden sucesorio abintestato. Es justamente en este momento histórico cuando se establece que aquellos bienes considerados bona vacantia, que pertenecían a una persona fallecida que no cuenta con herederos, pasarán a pertenecer a la Corona. No obstante, es menester aclarar que, en palabras de Valls Lloret (1996), citando al autor Savigny, “el derecho del Fisco a recoger los bienes de una sucesión vacante, debe entenderse siempre, como supletorio del llamamiento sucesorio ordinario, y que, si bien en Derecho Romano el derecho del Fisco no se considera como haereditas, el mismo derecho está sometido a todas reglas hereditarias”.

Como la mayoría de conceptos aplicados en el Derecho que nos rige en la actualidad, han sido directamente influenciados por el Derecho Romano, y en el caso del Estado como heredero esta no ha sido la excepción. Las posteriores legislaciones han

adecuado este concepto para emplearlo y tipificarlo en la normativa, que, si bien ahora si concibe al Estado como heredero abintestato, de igual manera ocupa un último lugar en el orden sucesorio, en razón de la noción de que siempre será preferente que sean los parientes del causante quienes deban, en primer lugar, ser quienes sean partícipes de la herencia. Demostrando así, el absurdo que ha cometido nuestra legislación al establecer al Estado en un mismo nivel sucesorio que los sobrinos del causante, equiparándolo como un sucesor consanguíneo, y violentado los derechos de los verdaderos herederos.

### 3.2 El Derecho Comparado

El ordenamiento jurídico Ecuatoriano, al pertenecer a grupo de legislaciones provenientes de la tradición del Derecho Romano e influenciadas por el mismo, permite la posibilidad de encontrar varias similitudes en la organización y concepción jurídica de otros países, pero a la vez, otorga la capacidad de análisis para poder no solamente llenar vacíos legales sino también para suplir errores en nuestra normativa, que otras legislaciones se han logrado corregir o superar; para ello, el Derecho Comparado resulta la mejor herramienta.

Dentro de los países vecinos se encuentran el Estado colombiano y el Estado Chileno, que, al igual que el Ecuador, han adoptado un orden sucesorio abintestato, inspirado en el Derecho Romano. Por lo mismo, al referirse a las sucesiones intestadas en el Código Civil colombiano y chileno, se pueden encontrar varias coincidencias con la normativa ecuatoriana. La legislación colombiana, prevé las sucesiones intestadas, desde el artículo 1040 al 1051; en ellos se puede tener una visión completa de las semejanzas y diferencias en el orden empleado y en lo referente al Estado como heredero abintestato. En el mencionado código se puede apreciar que de la misma manera que en el Ecuador, existen órdenes de sucesión, cinco (5) con exactitud, los cuales se describen a continuación:

- **Primer Orden:** Art. 1045- *“Los descendientes de grado más próximo excluyen todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal.”*

- **Segundo Orden:** Art. 1046- *“Si el difunto no deja posteridad, le sucederán sus ascendientes de grado más próximo, sus padres adoptantes y su cónyuge. La herencia se repartirá entre ellos por cabezas.”*

- **Tercer Orden:** Art. 1047- *“Si el difunto no deja descendientes ni ascendientes, ni hijos adoptivos, ni padres adoptantes, le sucederán sus hermanos y su cónyuge. La herencia se divide la mitad para éste y la otra mitad para aquéllos por partes iguales.”*

- **Cuarto Orden:** Art. 1051- *“A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptantes, hermanos y cónyuges, suceden al difunto los hijos de sus hermanos.”*

- **Quinto Orden:** Art 1051- *“A falta de éstos, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.”*

Por su parte, el Código Civil chileno recoge lo relativo al orden sucesorio intestado, desde el artículo 988 hasta el artículo 995, estableciendo, al igual que la normativa ecuatoriana, el listado de personas, en razón de proximidad sanguínea y jurídica, que le sucederán al causante, siendo este el siguiente:

- **Primer Orden:** Art. 988- *“Los hijos excluyen a todos los otros herederos, a menos que hubiere también cónyuge sobreviviente, caso en el cual éste concurrirá con aquéllos.”*

- **Segundo Orden:** Art. 989- *“Si el difunto no ha dejado posteridad, le sucederán el cónyuge sobreviviente y sus ascendientes de grado más próximo.”*

- **Tercer Orden:** Art. 990- *“Si el difunto no hubiere dejado descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge, le sucederán sus hermanos.”*

- **Cuarto Orden:** Art. 992- *“A falta de descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos, sucederán al difunto los otros colaterales de grado más próximo, sean de simple o doble conjunción, hasta el sexto grado inclusive.”*

- **Quinto Orden:** Art. 995- *“A falta de todos los herederos abintestato designados en los artículos precedentes, sucederá el Fisco.”*

Se puede observar cómo en estas dos legislaciones en mención, existe una gran similitud con lo establecido en el Código Civil ecuatoriano, claro está, con ciertas diferencias puntuales, por ejemplo, en el Derecho Colombiano la sucesión de los cónyuges, sin considerar la porción conyugal, opera en dos momentos, tanto en el segundo grado como en el tercer grado, es decir, el cónyuge heredará con los ascendientes del causante, así como con sus hermanos. En el Derecho Ecuatoriano, esta situación es

distinta, ya que, se establece que el cónyuge, más allá de la porción hereditaria que por ley le corresponde, sucederá únicamente en el segundo grado sucesorio, es decir, con los ascendientes del causante.

Por otro lado, en el Código Civil Chileno, se encuentra plasmado que la sucesión de colaterales se extenderá hasta un sexto grado de consanguinidad, mientras que, en la normativa ecuatoriana, se plantea a los sobrinos del causante como el último grado consanguíneo que se tomará en consideración para la sucesión. Sin embargo, pese a estas puntuales diferencias, tanto en la legislación chilena como en la colombiana, encontramos una similitud importante, que tiene su razón de ser desde el Derecho Romano, el Estado heredará en una última posición, únicamente cuando no exista ninguna otra persona llamada a la sucesión.

En el Código colombiano es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) quien ocupa este último eslabón sucesorio, que claro, si bien no es el Estado como tal, es una institución que le pertenece, que ha sido creada con el objetivo de brindar “prevención y protección integral de la primera infancia, infancia y adolescencia, el fortalecimiento de los jóvenes y las familias en Colombia” (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2021). De manera que, el Estado a través de la mencionada institución, es partícipe de la herencia con un objetivo específico. En el caso chileno, se emplea el término Fisco como un símil a Estado, pero de igual manera, este ente es posicionado al final del orden sucesorio.

Lamentablemente, la legislación ecuatoriana, si bien se ha acogido a la noción de posicionar al Estado en el último nivel sucesorio, también ha decidido equipararlo a un sobrino del causante, pudiendo no solo heredar como tal, pero además con una preferencia en la cuota hereditaria. Tras haber analizado lo que se encuentra establecido en la normativa de estos países vecinos, resulta completamente ilógico comprender el porqué de esta decisión del legislador, cuando no existe doctrina ni normativa que justifique esta situación y mucho menos que la emplee. Tal como lo establecen los autores Salazar, Salame, Andrade y Pezúa & Núñez (2022), todo el sistema público debería ser para satisfacer las necesidades de sus ciudadanos pues por algo son contribuyentes, y ese mismo hecho ya paga todos los servicios que el Estado brinda. Es por esto por lo que intervenir de manera preferente en las sucesiones intestadas puede resultar en detrimento a vista de cualquier observador.

### 3.3 El Estado como heredero en el Código Civil Ecuatoriano

En el Estado ecuatoriano, al igual que en muchos otros países, existen leyes para las sucesiones, aquí en el Ecuador en el caso de producirse una sucesión intestada y a falta de herederos directos como los hijos, entran los hermanos por representación y a falta de estos los sobrinos, en ese momento aparece el Estado como sobrino preferente para acceder a esa sucesión con un beneficio de 50% si hay un solo sobrino; una tercera parte si existen dos; y una cuarta parte si existen tres o más, lo cual incide en el derecho patrimonial y lo vulnera.

Esto no se trata de inexistencia de sucesores para que puedan darle un uso productivo a los bienes dejados por el causante, pues en este caso los hay, sino de una perspectiva en la que el Estado ya no es solo el sujeto activo sino un sucesor que perjudica el derecho de los otros sobrinos dentro de esa herencia. Por ello, resulta importante analizar hasta donde se vulnera los derechos de los herederos dentro de la legislación ecuatoriana cuando el estado actúa como sobrino preferente.

Para establecer un panorama completo se debe fijar en el orden de sucesión según la Legislación Ecuatoriana, en la cual el Código Civil libro III, en su Art. 1030 establece que: *Si el difunto no ha dejado posteridad, le sucederán sus ascendientes de grado más próximo, y el cónyuge. La herencia se dividirá en dos partes, una para los ascendientes y otra para el cónyuge. No habiendo padres o ascendientes, toda la herencia corresponderá al cónyuge. No habiendo cónyuge, toda la herencia corresponderá a los padres o ascendientes. Si la filiación del difunto se hallare establecida sólo respecto de uno de sus padres, éste recibirá la porción correspondiente. Si la filiación se hallare establecida respecto de ambos padres, la porción correspondiente a ellos, se dividirá entre los dos por partes iguales. Cuando concurrieren dos o más ascendientes del grado más próximo, ¡los asignatarios de la herencia se dividirán por partes iguales; habiendo un solo ascendiente del grado más próximo, sucederá éste, en todos los bienes o en toda la porción hereditaria de los ascendientes (Código Civil del Ecuador, 2015)*

En el Estado como sobrino en la ley indica que: *Art. 1032.- En concurrencia con sobrinos del causante, el Estado sucederá de acuerdo con las siguientes reglas: 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 los sobrinos, de acuerdo con las 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.*

Adicional se adjunta la siguiente acotación: *Art. 1033.- A falta de todos los herederos abintestato designados en los artículos precedentes, sucederá el Estado (Código Civil del Ecuador, 2015).*

En el tercer orden, cuando el difunto no deja ascendentes, ni cónyuges, ni hijos, suceden los hermanos por derecho personal, y también pueden hacerlo los sobrinos por derecho de representación. Por ejemplo, si una persona muere, y no tiene ascendencia, ni cónyuge sobreviviente ni hijos, pero sí hermanos, sucederán sus bienes, y en este orden, si uno de los hermanos ya se encuentra fallecido, pero el mismo tiene hijos, éstos heredarán la parte que le tocaba a su progenitor, repartido entre ellos en partes iguales.

Desde este punto y bajo estas circunstancias expuestas, ingresa ya el Estado como un sobrino de rango mayor y preferente, en donde sí existe 1 sobrino, el Estado heredará el 50%, si existen 2 sobrinos, el Estado heredará la tercera parte, y a partir de 3 sobrinos hacia el infinito, el Estado heredará de manera inmutable un 25%. Es aquí donde se vulnera el derecho patrimonial de los sobrinos; al hacer un recuento, el derecho patrimonial hace referencia al patrimonio de una persona, es decir a los bienes susceptibles de poseer un valor económico que tiene un individuo.

Al tomar el Estado una posición de sobrino preferente, en donde los sobrinos son herederos por representación, este tipo de normas afecta directamente a los bienes que por derecho deberían entrar a formar parte del patrimonio de los sobrinos si es el caso. Esto es evidente, tanto si existe un solo sobrino (en donde pierde el 50%) así como mientras más sobrinos existan como herederos, puesto que el Estado tomará siempre como mínimo el 25%, con lo cual se puede afirmar que es la herencia del hermano la que se está repartiendo y siendo participe el Estado.

En toda nación, su principal interés debería ser velar por el bienestar y los intereses de los ciudadanos, así como establecer leyes que protejan sus pertenencias, y respetar aquello que una persona, a lo largo de su vida ha conseguido, especialmente si está dentro de lo legal y correcto. El cómo se maneje y establezcan este tipo de leyes, puede ser una influencia tanto positiva como negativa, dependiendo la posición que tome el Estado al respecto, advirtiendo que como consecuencia al ciudadano se lo motivará a ser un ente productivo para con su país, o se lo motivará a ser un ciudadano que tenga que buscar vacíos legales fuera de la ley para cuidar y proteger sus bienes tanto en vida como después de su muerte.

En el cuarto orden encontramos al Estado, en el Artículo 1033 se establece que cuando no existen posibles herederos, es decir, al morir un individuo y no hay ascendientes de éste, ni tampoco cónyuge, ni hijos o nietos, ni hermanos o sobrinos representantes, el Estado actúa como heredero universal, en donde puede disponer de los bienes del difunto y asignarlos a diferentes instituciones que crea conveniente, según las necesidades (Código Civil del Ecuador).

En el Ecuador, al igual que nos demuestra la historia con muchas otras naciones ya expuestas, nació de igual manera la necesidad de establecer leyes para la sucesión de bienes después de la muerte del titular de estos. Como mucha de nuestra legislación, tuvo una influencia romanística, y en este ámbito también francesa, con lo cual se estableció las bases del procedimiento legal en torno a las herencias. Sin embargo, así como en otros países, aquí en el Ecuador puede tomar parte el Estado como legitimario, estableciendo así no solo vacíos legales, sino también afectando de manera directa a posibles herederos, vulnerando los derechos pues es aquí, donde el Estado pasa a tomar una fracción de los bienes, por lo cual es necesario un análisis correctivo sobre las bases de esta disposición (Coello Garcia, La sucesión por causa de muerte, 2019).

La necesidad de una reforma a la ley por la cual el estado actúa como sobrino preferente es de suma importancia, al adentrarse en el tema se puede observar que el estado no solo se beneficiará de los tributos causados por el impuesto a la herencia que pagaran los otros sobrinos, también participará en la sucesión en calidad de heredero recibiendo desde el 25% hasta el 50% de los bienes (Echeverría, 2015).

### **3.4 Posible reforma**

Como se ha podido demostrar, nuestra normativa, en definitiva, recae en un craso error, que, en realidad, ninguna otra legislación lo hace, y claro está, por obvias razones. Desde Roma en adelante, todas las legislaciones han considerado que si el Estado se encuentran llamado a suceder es únicamente porque no existe ninguna otra persona que se encuentre llamada a ser partícipe de la sucesión. Inclusive, se ha mencionado ya, cómo antiguamente, era tan inconcebible que sea el Estado quien herede, que permitía la sucesión de extraños, simplemente por tener alguna similitud con el causante, sea trabajos similares, religiones similares, inclusive haber sido vecinos.

Esta tradición romanista la podemos verificar en las legislaciones actuales, como la española, que por mucho tiempo extendió los grados de consanguineidad para poder

asegurar que algún familiar del causante, hayan mantenido o no relación, inclusive se hayan conocido o no, pueda ser partícipe de la sucesión. En la actualidad, vemos como cada vez más se han ido limitando los grados de parentesco, y es que claro, no es difícil pensar que al causante le hubiese sido indiferente que heredara el Estado a que heredara algún sobrino en octavo grado con quien no tuvo relación alguna.

Esta situación se encuentra plasmada en las normativas, al observar cómo lo común es alcanzar hasta un sexto grado de parentesco para que finalmente, si es que no hay personas llamadas a suceder dentro de este rango, sea el Estado quien esté llamado a intervenir. La Sucesión Estatal, es una figura que si bien se puede poner en crítica, es también perfectamente comprensible la lógica que se ha empleado al momento de concebir al Fisco como posible heredero, puesto que claro, al momento que fallece una persona, si es que cuenta que persona alguna pueda ser partícipe de su herencia, resultaría ilógica pensar esa masa de bienes debería quedarse a la deriva, sin ser utilizados hasta que eventualmente sean destruidos por la naturaleza. Más aún, se entiende que, si el Estado pasa a ser dueño de estos bienes, es para utilizarlos de forma que eventualmente pueda llegar a representar algo pro de la sociedad.

En razón a los argumentos expuestos, el planteamiento de una posible reforma no va direccionado en el cuestionamiento del Estado como posible heredero o a argumentar por qué no debería serlo, al contrario, asimilando y concordando en que el Estado si debería ser partícipe de la sucesión, es necesario aclarar, que este ente, únicamente debería ser considerado como posible sucesor únicamente cuando no existan ninguna otra persona llamada a heredar o que se encuentre en las posibilidades de hacerlo, porque claro, si bien la sucesión intestada es a la final una apuesta del legislador en conocer y manifestar correctamente la voluntad de una persona a quien no conoce, resulta absurdo pensar, que si el causante tiene un familiar próximo a él, preferiría que el Estado, institución con quien no mantiene vínculo alguno, heredara antes o la par que su familiar.

Es por ello, que esta posible reforma, plantea la siguiente noción, reconociendo que el absurdo más grande es no solo equiparar el Estado con los sobrinos del causante, pero otorgarle una ventaja económica, traducida en un porcentaje mayor a aquel que recibirán los familiares existentes del causante. Carece de lógica los criterios empleados al concebir y tipificar al Estado como sobrino preferido, y responde tristemente, a una realidad en la que el legislador a preferido enriquecer al Estado a costa de los derechos de las personas, que, por esta situación, pueden ser gravemente afectados económicamente, y claro está,

se minimiza y por lo tanto se atenta a sus derechos sucesorios, que, por ley, jurisprudencia, doctrina e inclusive tradición, les pertenecen. Por ello esta reforma hace un llamado a remover la figura del Estado como sobrino preferido, para que herede únicamente cuando no exista ninguna otra persona llamada a responder por los bienes del causante, para así no solo precautelar los derechos sucesorios de las personas, pero para asegurar que el Estado efectivamente herede únicamente cuando está llamado a hacerlo y no respondiendo a un enriquecimiento ilícito.

## **CAPÍTULO 4**

### **4. NECESIDAD DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN EL MARCO DE LA INTERVENCIÓN DE LOS HIJOS DE MIGRANTES QUE QUEDAN BAJO TUTELA DE PERSONAS QUE NO SON SUS PADRES BIOLÓGICOS**

Hoy en día el fenómeno migratorio es cada vez más latente, está cada vez más presente y por lo mismo representa una situación no ajena a la realidad que necesita ser analizada. Por ello, es necesario que la normativa de respuesta a los conflictos que se crean como consecuencia de esta circunstancia. En la actualidad, es cada vez más común que al momento de migrar, aquellas personas con hijos, deciden dejar a los menores a cargo de terceros, sean abuelos, tíos, inclusive vecinos. No se establece un tiempo específico de cuidado, el cual puede durar desde un par de años, a toda la vida de los niños, periodo en el cual, lógicamente, se crean vínculos entre los cuidadores y los menores, vínculos semejantes a una relación parento-filial, pero de la cual no siempre se pueden establecer derechos ni obligaciones, y mucho menos al referirse a derechos sucesorios.

Al ser el Derecho una ciencia social, siempre deberá intentar evolucionar a la par con la sociedad, que es siempre cambiante, con sus necesidades y circunstancias nuevas, para poder solventar los conflictos que se vayan presentando, en caso contrario, el Derecho se convertiría obsoleto, en una ciencia sin objetivo, que no cumple con su propósito. La situación actual de la sociedad no es la misma del momento de promulgación del Código Civil Ecuatoriano, ni el español, ni mucho menos la normativa Romanista; existen nuevas situaciones y problemáticas que merecen ser analizadas por la legislación y por lo mismo a las cuales se les debe dar respuesta.

Es por ello que, al analizar esta noción, es necesario plantear una posible reforma al orden sucesorio abintestato, que no resulta tan fuera de lugar cuando se toma en consideración la tradición romanista de la cual somos parte, las reformas que se han planteado ya en Códigos de países hermanos, y la dificultad de poder emplear otros trámites legales como la adopción, que en nuestro país, al igual que en la mayoría de legislaciones, es una figura jurídica absolutamente compleja, que siempre resulta viable para todas las personas. Si es que, de la doctrina y normativa de otras legislaciones se ha podido suplir vacíos legales, han podido servir de base y consulta para la normativa

ecuatoriana, por qué utilizarlas para poder otorgar una solución a un conflicto importante en nuestra sociedad.

#### **4.1 La sucesión abintestato en el Código Civil Ecuatoriano**

Como se ha mencionado previamente, la institución del Derecho Sucesorio ha existido casi paralelamente desde que la sociedad se organizó, en una primera instancia hablamos de la sucesión intestada, la cual, tal como su nombre manifiesta, es aquella que carece de testamento. Posteriormente, con la evolución de la sociedad, surge esta noción de la importancia de manifestar la voluntad propia al momento de querer transferir nuestros bienes a otras personas, para así, poder asegurar que se cumplan nuestras intenciones, logrando que se cumpla esta situación a través de un documento legal llamado testamento.

En nuestro país, el Código Civil recoge y ha tipificado estas dos nociones, la figura de la sucesión testada, así como la intestada. El artículo 994 de la mencionada ley establece lo siguiente, *si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria; y si en virtud de la ley, intestada o abintestato*. Para el presente análisis, el enfoque será en la sucesión abintestato, que tal como la normativa lo establece, se produce a falta de testamento, y por ende en virtud de la ley, lo que claro, significa que al contrario de la sucesión testada, el causante no ha manifestado verdaderamente su voluntad, sino más bien, la ley pretende hacer una suposición de la intención de la persona que ha fallecido.

El autor Cabanellas (1976), establece que la sucesión abintestato es “la transmisión, según normas legales, de los derechos y obligaciones del causante, por muerte del mismo o presunción de su fallecimiento, cuando no deja testamento, o éste resulta nulo o ineficaz. Se denomina también sucesión abintestato (sin testamento) o legítima (por ministerio de la ley)”. Por lo mismo, se puede entender que la sucesión intestada es, en otras palabras, la falta de la última voluntad del causante que se manifiesta a través del testamento.

El artículo 1021 del Código Civil Ecuatoriano establece la definición de la sucesión abintestato como *los bienes de que el difunto no ha dispuesto, o si dispuso, no lo hizo conforme a derecho, o no han surtido efecto sus disposiciones*. En razón a ello se establece que la sucesión intestada no se manifiesta únicamente cuando no existe testamento, sino también cuando las disposiciones no se han hecho de acuerdo a lo

establecido por la ley o no han surtido efecto, es decir, cuando el testamento se encuentra viciado por algún tipo de nulidad, por ejemplo, el incumplimiento de ciertas solemnidades, y por lo mismo, no podrá surtir efecto lo que el causante haya manifestado en dicho documento.

Para Ortiz (2019), el mayor inconveniente respecto a la sucesión se da porque la mayoría de personas no tiene como prioridad realizar un testamento que demuestre la voluntad de la persona de forma clara. Consecuentemente, podemos analizar la importancia de esta institución que en definitiva resulta mucho más habitual de lo que se creería; tomando en consideración no solo que la cultura testamentaria no responde a todas las clases socio-económicas pero que también, existen varias instancias en las cuales, tal vez por falta de conocimiento o de un correcto asesoramiento, los testamentos no siempre cumplen con los requisitos que la ley exige para su validez, o en los peores de los casos, existen situaciones de coerción de la voluntad del causante, o que el mismo se encuentra en un estado de enajenación mental, nulitando el testamento.

El problema recae en que al tratarse de la sucesión ab intestato, tal como lo establece Guillermo Bossano (1974) “el legislador aspira interpretar la voluntad presunta del causante y disponer de su patrimonio”. Esta es la regla general en las sucesiones intestadas, el legislador presume conocer la voluntad del causante porque no se tiene por escrito la forma en la que realmente deseaba repartir sus bienes. Es por ello que cuando se sucede de forma intestada, resulta más complejo, ya que no existe tal documento que manifieste las intenciones del causante, en el cual todo queda especificado, quiénes serán los herederos y sus porcentajes, adhiriéndose a lo previsto por la ley. Mientras que, en la sucesión abintestato, se deberá remitir al orden sucesorio que el legislador ha establecido, siendo así que los posteriores artículos del Código Civil determinan quiénes serán los sucesores y las reglas para este tipo de sucesión, sin saber si aquellas personas determinadas en dicho orden hubiesen sido elegidas por el causante, o si fuesen otras quienes ocuparían la posición de herederos.

Según Hernán Coello García (2002) existen “cuatro órdenes de sucesión basados en la fórmula romana en virtud de la cual la herencia primero desciende; si no puede descender, asciende, y si no puede ni descender ni ascender se esparce”. Tal como lo evidencia el artículo 1023 del Código Civil Ecuatoriano: *son llamados a la sucesión*

*intestada los hijos del difunto, sus ascendientes, sus padres, sus hermanos, el cónyuge sobreviviente y el Estado. Señalando de manera específica el siguiente orden:*

**1. Art. 1028.-** *Los hijos excluyen a los demás herederos, sin perjuicio de la porción conyugal.*

**2. Art. 1030.-** *Si el difunto no ha dejado posteridad, le sucederán sus ascendientes de grado más próximo, y el cónyuge. La herencia se dividirá en dos partes, una para los ascendientes y otra para el cónyuge. No habiendo padres o ascendientes, toda la herencia corresponderá al cónyuge. No habiendo cónyuge, toda la herencia corresponderá a los padres o ascendientes. Cuando concurrieren dos o más ascendientes del grado más próximo, los asignatarios de la herencia se dividirán por partes iguales; habiendo un solo ascendiente del grado más próximo, sucederá éste, en todos los bienes o en toda la porción hereditaria de los ascendientes.*

**3. Art. 1031.-** *Si el difunto no hubiere dejado ninguno de los herederos expresados en los artículos anteriores, le sucederán sus hermanos, ya sea personalmente, o ya representados. Si el difunto hubiere dejado solamente hermanos carnales o solamente medios hermanos, cada uno de ellos recibirá partes iguales.- 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.*

**4. Art. 1032.-** *En concurrencia con sobrinos del causante, el Estado sucederá de acuerdo con las siguientes reglas: 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 los sobrinos, de acuerdo con las 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.*

**5. Art. 1033.-** *A falta de todos los herederos abintestato designados en los artículos precedentes, sucederá el Estado.*

De acuerdo a lo establecido por Castillo (2017), por primer orden sucesorio comprendemos, y relacionamos que está vinculado a la jerarquía, en la cual existe un primer puesto que será el principal, que se considerará la primera opción y por ende desplaza a los siguientes por la misma condición de jerarquía o superioridad, basándose en razones tanto de grados consanguíneos como de condiciones sociales. En este sentido el legislador ha considerado poner en un primer lugar a los descendientes más directos del causante, es decir sus hijos, pero siempre tomando en consideración la porción conyugal que la ley establece, entendiendo que claro, estas serían las personas más próximas al causante, por quienes ha construido su patrimonio y lógicamente a quienes quisiera hacer partícipes de este.

En cuanto al segundo orden sucesorio, Larrea Holguín (2009) manifiesta que “el patrimonio que constituye la herencia se destina directamente hacia dos beneficiarios es decir por una parte a los ascendientes de grado más próximo del causante y por otra parte a su cónyuge.” En cuanto a este orden sucesorio el legislador estima que en un grado de proximidad consanguínea y de afecto, los siguientes llamados a ser merecedores de esta posición son los padres del causante y su cónyuge (más allá de la porción conyugal) como sucesores entre quienes se dividirá la herencia o en caso de existir solo ascendientes o solo cónyuge heredan universalmente, entendiendo que estas personas serían las siguientes más allegadas a la persona fallecida.

Llegando al tercer orden sucesorio el legislador se guía por la misma lógica que ha venido empleando, considerando que, si es que no hay hijos, cónyuge o padres del causante, los siguientes llamados a suceder, manteniendo el criterio de consanguinidad relacionada con un posible afecto, serían los hermanos del causante. En esta instancia, el Código hace una distinción en la cuota hereditaria, manifestando una diferenciación entre hermanos carnales, quienes recibirán más, y medios hermanos<sup>6</sup>, quienes recibirán menos, demostrando así otro absurdo tipificado en la normativa, puesto que claro, no se puede asegurar que el causante hubiese tenido menos o más vínculo con un hermano que con otro por el simple hecho de no tener madre y padre en común.

---

<sup>6</sup> Hermanos carnales- aquellos nacidos de un mismo padre y una misma madre; recibirán el doble de la cuota hereditaria que la correspondiente a la de un medio hermano.  
Medios hermanos- aquellos nacidos únicamente de una misma madre o únicamente de un mismo padre, recibirán la mitad de la cuota hereditaria percibida por un hermano carnal.

En el cuarto y quinto orden sucesorio, el legislador manifiesta que los siguientes llamados a heredar son los sobrinos del causante y el Estado en una misma posición; no se ahondará en estos órdenes sucesorios, puesto que ya han sido analizados previamente de manera exhaustiva. No obstante, haciendo énfasis en lo irrazonable que llega a ser la lógica empleada por el legislador, que para establecer el orden sucesorio ha equiparado a la proximidad consanguínea con los lazos afectivos, decide agrupar al Estado, ente completamente ajeno a cualquier persona, en un mismo nivel con los sobrinos del causante, sin justificación alguna, ya que ha dejado a un lado el criterio de proximidad que ha venido empleando para justificar el orden sucesorio.

De este modo, se puede observar cómo, si bien se puede justificar un orden sucesorio basado en la proximidad consanguínea, esta no siempre responde a una proximidad de afectos. No es descabellado considerar que un hermano no siempre es cercano a otro hermano, no siempre un hijo es cercano a un padre, los lazos afectivos pueden ser completamente independientes a un grado consanguíneo. Es por ello que, se reitera la falla del legislador al pretender conocer a cabalidad la voluntad del causante, y más aún cuando incurre en errores incongruentes. Al ser conscientes de estos errores, es menester un análisis de situaciones no ajenas a la realidad, que se presentan cada vez más en la sociedad y que por ello conllevan la necesidad de una reforma que pueda intentar manifestar más cabalmente la voluntad del causante.

## **4.2 La familia de crianza en la legislación colombiana**

Se ha establecido ya, que la normativa colombiana al ser partícipe de la tradición romanista, contiene varias leyes y conceptos similares a aquellos recogidos en la legislación ecuatoriana, sobre todo en el Código Civil. No obstante, un concepto jurídico novedoso, que se ha estado regulado en la jurisprudencia colombiana, mismo que hasta ahora no se ha considerado en nuestra normativa, es aquel de familia de crianza. Las autoras (Castro Restrepo & Estrada Jaramillo, 2021), proponen el reconocimiento de este tipo de familia por medio de un nuevo parentesco conceptualizado como “la relación o conexión de hecho o facto que existe entre las personas que desarrollan una convivencia y crean lazos de afecto, solidaridad, amor, ayuda y socorro mutuo”

En la Constitución Política Colombiana de 1991 se establece el reconocimiento de familias distintas a la noción tradicional, formadas únicamente como consecuencia de un vínculo matrimonial; en su artículo 42, la Carta Magna garantiza los derechos a los *hijos*

*procreados en el matrimonio o fuera del mismo, adoptados o procreados con asistencia científica*, de esta forma, manifestando los derechos de aquellos hijos que no son fruto de vínculos jurídicos o biológicos. Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia, en el fallo 6009 de 2018, mediante decisión judicial permitió una nueva visión del concepto de familia, al reconocer la igualdad de condiciones para hijos biológicos y los de crianza. Esta decisión estuvo fundamentada en la Sentencia de la Corte Constitucional T-887 de 2009, sobre la importancia de los vínculos familiares para la niñez. Así lo expresó la Corte Suprema de Justicia (2018):

*El grupo familiar está compuesto no solo por padres, hijos, hermanos, abuelos y parientes cercanos, sino que incluye a personas entre quienes no existen lazos de consanguinidad, pero puede haber relaciones de apoyo y afecto incluso más fuertes, de ahí que no haya una única clase de familia, ni menos una forma exclusiva para constituirla. [...] Se distinguen diversas clases de familia, por adopción, matrimonio, unión marital entre compañeros permanentes, de crianza, monoparentales y ensambladas.*

Así mismo, la Corte Constitucional mediante Sentencia T-292 de 2004, determinó que, en concordancia y aplicación del principio del interés superior del niño, debe respetarse y garantizarse el derecho a tener una familia de crianza, por los sólidos vínculos afectivos y psicológicos que se desarrollan entre los miembros; siendo así, que ante una ruptura, se afectaría su interés superior. La Corte Constitucional (2004) estableció lo siguiente:

*Cuando un niño ha desarrollado vínculos afectivos con sus cuidadores de hecho, cuya ruptura afectaría su interés superior, es contrario a sus derechos fundamentales separarlo de su familia de crianza, incluso si se hace con miras a restituirlo a su familia biológica.*

Claramente, se establece no solo el derecho a tener una familia de crianza, sino también de mantenerla, aludiendo al daño que se puede causar al menor si se pretendiese separarlo de su familia. Pero además, la Corte establece una noción importante al manifestar que pese a intentar reintegrar al menor a su familia biológica, sería una afectación a su interés superior, puesto que ya se ha creado un vínculo con la familia de crianza, mismo que conlleva elementos afectivos, de ayuda y socorro, semejantes aquellos promulgados en cualquier familia tradicional. Se puede observar entonces como no se da prioridad a la filiación jurídica o biológica, sino netamente a la existencia de un

vínculo que represente una unión familiar, unida por el afecto, la convivencia y la tácita voluntad de crianza y protección del menor.

Tal como lo manifiestan (Castro Restrepo & Estrada Jaramillo, 2021), la jurisprudencia constitucional ha promulgado la protección tanto a las familias consanguíneas como a las que surgen del parentesco civil y a las de facto o de crianza, atendiendo a un concepto sustancial de familia, que supone la convivencia continua, el respeto, la protección y el afecto, que van consolidando los núcleos familiares de hecho. En base a la aceptación de este concepto, se han creado jurisprudencialmente otras categorías como hijo de crianza, que, mediante Sentencia T-705 de 2016, se reconoció en igualdad de derechos frente a los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos. Estableció esta providencia algunos requisitos para calificar un hijo de crianza, para que tenga derechos y obligaciones:

- *Demostrar la estrecha relación familiar con los presuntos padres de crianza, la cual supone la existencia real, efectiva y permanente de una convivencia que implique vínculos de afecto, solidaridad, ayuda y comunicación.*

- *Evidenciar una deteriorada o ausente relación de lazos familiares con los padres biológicos, lo cual supone una desvinculación con el padre o madre biológicos [,] según el caso, que evidencie una fractura de los vínculos afectivos y económicos.*

Si bien, a través de la doctrina y jurisprudencia, se ha logrado el reconocimiento del familia de crianza y los deberes y derechos que esta unión conlleva, se ha dejado a un lado un aspecto fundamental, que se refiere a los derechos sucesorios tanto de padres como de hijos que pertenezcan a este modelo de familia. La legislación colombiana no reconoce a la crianza como un tipo de filiación, lo cual no permite equiparar a los hijos de crianza como los hijos biológicos o adoptivos; lo cual resulta absurdo puesto que los ha equiparado en casi todos los ámbitos. Tal como lo establecen los autores (Pedraza Pachón & Ortiz Franco, 2021) “la Constitución Política de Colombia contempla la protección de la familia por el Estado y la sociedad, es por esta razón que la Corte Constitucional ha reconocido la evolución en la realidad social del país y la formación de familias diferentes a las convencionales, sin embargo, la falta de legislación en la materia hace que dicha protección resulte insuficiente o no sea garantizada”.

Por lo expuesto, las autoras (Castro Restrepo & Estrada Jaramillo, 2021), proponen una reforma al Código Civil, basándose no solo en la existencia de doctrina, sino inclusive de precedentes normativos de la Corte Constitucional Colombiana. Establecen que se debe consagrar legalmente la familia de crianza y se reconozcan derechos a los miembros de esta organización familiar en el orden patrimonial y hereditario. Situación que se conseguirá con la siguiente reforma:

- El artículo 1040 se modificaría así: *PERSONAS EN LA SUCESIÓN INTESTADA. Son llamados a sucesión intestada: los descendientes; los hijos adoptivos; los hijos de crianza; los ascendientes; los padres adoptantes; los padres de crianza; los hermanos; los hijos de estos; el cónyuge supérstite; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.*

- A su vez, el artículo 1045 se reformaría así: *PRIMER ORDEN SUCESORAL – LOS DESCENDIENTES. Los descendientes de grado más próximo, incluyendo los de crianza, excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal.*

### **4.3 La adopción**

La figura de la adopción viene a conocerse desde la historia de Moisés en Egipto que fue documentada en la Biblia, que data aproximadamente 4000 años antes de Cristo. Siempre ha estado presente esta institución jurídica, tal es así que uno de los códigos más antiguos como es el de Hammurabi en sus artículos 185 –193 que señalan que la adopción se daba: “*si un señor ha tomado un niño desde su infancia para darle su nombre y le ha criado, este hijo adoptivo no podrá ser reclamado*”. Posteriormente, en Roma se moldeó esta institución, configurando sus requisitos, modos y efectos, mismos que han servido de base para la concepción y aplicación de esta figura jurídica en la legislación ecuatoriana.

De acuerdo a lo establecido por los autores (Ochoa Ochoa et al., 2018) citando al tratadista Castán Tobeñas (1958), la adopción es: “el acto jurídico que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil del que derivan relaciones análogas, aunque (no idénticas) a las que resultan de la paternidad y filiación natural. Los procesos de adopción han ido cambiando a lo largo de la historia, dentro de este proceso el Estado tiene una doble función; por un lado, las instituciones que manejan estos procesos deben encargarse

del proceso de investigación de los menores que van a ser adoptados, y también deben verificar la idoneidad de los padres adoptivos”.

Para el autor (Cabrera Vélez, 2008), “la adopción es una institución jurídica del derecho de familia que obedece al derecho privado, se origina en la voluntad individual y espontánea de los adoptantes quienes prestan su consentimiento para iniciar la acción, pero es el Estado quien por medio de las normas impuestas por el derecho público, determina si es o no procedente dicha acción, de tal forma, que cuando las partes prestan su conformidad en el procedimiento, en aras de lograr una sentencia favorable, ya no son libres para actuar espontáneamente dentro del trámite, sino que lo deben hacer en la órbita rigurosa de la norma que el derecho positivo imponga”.

Analizando los conceptos antes citados, podemos identificar que la finalidad de esta institución jurídica se enfoca en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, no se pretende satisfacer la necesidad de parejas que buscan consolidarse como padres, sino otorgar una familia estable a un menor (Ochoa Ochoa et al., 2018). En este proceso, el Estado ecuatoriano cumple un rol muy importante puesto que mediante su normativa puede regular la forma en la cual se aplicará y se desarrollará el proceso, y a su vez garantiza que se cumpla la adopción como sus debidos procesos y requisitos. El artículo 151 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece que: *“el niño, niña y adolescente que se encuentre en aptitud social y legal para ser adoptado, se le asigne una familia idónea, permanente y definitiva”*.

El interés superior del niño pretende garantizar su bienestar y protección en pro de un desarrollo integral, procurando las condiciones materiales y afectivas para tener una vida digna y segura. Este es un principio reconocido no solo en la Carta Magna del Ecuador, sino también a nivel internacional, persigue el desarrollo pleno de los menores prestando las garantías procesales suficientes en el acto de la adopción y la práctica de acciones seguras a la hora de realizar este complejo acto jurídico parento-filial no consanguíneo e irrevocable, que requiere de revisión y atención en la duración de todo el proceso.

El Código Civil ecuatoriano respecto a la adopción, la define en el artículo 314 como *“una institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre, señalados en este Título, respecto de un menor de edad que se llama adoptado”*. La normativa establece que el adoptado

no podrá tener más de 21 años de edad y una vez judicializado el proceso, llevará los apellidos de sus adoptantes, pudiendo cambiarlos al cumplir la mayoría de edad. Como requisitos mínimos para gozar de la calidad de adoptante el Código Civil establece que estas personas deberán: gozar de capacidad legal, contar con recursos económicos suficientes para garantizar la satisfacción de todas las necesidades del adoptado en su vida diaria, tener más de 30 años de edad y superar al menos con catorce años al adoptado. Además, debe existir la voluntad expresa del adoptante y el consentimiento de los padres, representantes, guardadores o curadores del adoptado, a no ser que se trate de un adulto que no supera los 21 años de edad que puede brindar su consentimiento propio.

El artículo 175 del Código de la Niñez y Adolescencia señala que: *“el juicio de adopción se iniciará una vez concluida la fase administrativa; procedimiento a través del cual, por sentencia judicial, se declara la calidad de hija o hijo y padres adoptivos, se ordena la inscripción en el Registro Civil. Esta fase es responsabilidad de los Juzgados Civiles, Juzgados Multicompetentes, Juzgados de la Niñez y Adolescencia, y de las Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Función Judicial a nivel nacional”*.

A simple vista parece ser un trámite relativamente sencillo, sin embargo, la fase administrativa conlleva, en la mayoría de los casos, un proceso tedioso y angustioso para los futuros padres adoptivos. Se solicitan exámenes médicos completos en el cual se pide el pronóstico de vida de los postulantes; estudios psicológicos con las dependencias del Ministerio de Salud Pública (MIES), con psicólogos independientes. Este estudio puede llegar a ser el más agobiante, puesto que desde el MIES se realiza una valoración que puede diferir del primer estudio y envía a los postulantes a realizar terapias psicológicas, pero sin que se conozca el resultado obtenido. Posterior a esto, se realiza el estudio de familia, en el cual se investiga sobre la percepción de la familia frente a este proceso, lamentablemente se trata de estudios subjetivos quedan a discrecionalidad de las personas que lo realizan. Una vez cumplido ese proceso, se extiende la Declaratoria de Idoneidad de las Familias, se entiende que cumplido este trámite se logrará conseguir la adopción, pero aquí surge el problema en que hay muchas familias idóneas, pero los niños en estado de adoptabilidad son muy pocos (Ochoa Ochoa et al., 2018).

El estado de adoptabilidad de los menores depende del trámite que se efectúe en los albergues, en su mayoría solicitan que se verifique que no tienen familiares, aunque

hay casos que los niños tienen familiares pero no se hacen cargo de ellos, y lamentablemente existen casos en los cuales sólo este hecho es suficiente para los jueces para que se suspendan el proceso de declaratoria de la adoptabilidad puesto que son menores que efectivamente tienen familia y no se encuentran en situación de orfandad. Se establece también que personas célibes o viudas podrán adoptar únicamente a personas de su mismo sexo, a menos que tengan una diferencia de 40 años con el menor. Esto conlleva a que los niños vayan creciendo en diferentes albergues, puesto que, son cambiados a diferentes casas de acogimiento por la edad, y varios niños no logran ser integrados en alguna familia, en definitiva, esto sucede por las falencias de los procesos administrativos y judiciales que se aplican en el proceso de adopción.

Resulta innegable manifestar que en un proceso de adopción se deben mantener todas las formalidades necesarias y cumplir con todos los requisitos para precautelar cabalmente que se cumpla de la mejor manera posible, para asegurar el bienestar íntegro de los menores. Es por ello, que no se critica a la cantidad de requisitos, de filtros, obligaciones y exigencias que la ley exige para el correcto cumplimiento de este proceso, puesto que, se trata de un grupo absolutamente protegido y vulnerable, que son los menores de edad, y por lo mismo, es completamente necesario asegurarse que quienes pretenden ejercer el rol de padres, vayan a garantizar el bienestar y correcto desarrollo tanto de salud física, como psicológica, en sí, en todos los ámbitos.

Sin embargo, tampoco se puede negar que el proceso de adopción no cumple con la celeridad necesaria para precautelar los intereses de los menores, contribuyendo a que estos niños pasen tiempo innecesario en albergues, sin tener ningún tipo de estabilidad; se emplean procesos subjetivos, que no necesariamente representan la realidad de los posibles adoptantes que pueden llegar a influenciar de forma negativa en los jueces y funcionarios encargados de tomar decisiones en estos procesos. De manera que, no es irracional concluir que existen personas, quienes se encuentran encargadas del cuidado de menores, con quienes hayan creado un vínculo parento-filial, prefieran no legalizar su situación por temor a que por una situación no trascendental, como un examen médico que no sea al 100% favorable, que su situación socio-económica no sea la más abundante, recordando que en muchos casos esta opinión es subjetiva y depende de la persona asignada a llevar el caso, o que por el simple hecho de comprobar la existencia de padres biológicos del menor, estos sean removidos del cuidado de sus tutores y obligados a permanecer en hogares de acogida.

Son situaciones que llegan a caer en lo absurdo y representan consecuencias completamente perjudiciales para los menores. Cabe preguntarse si a un padre biológico se le removería el cuidado de sus hijos por el hecho de tener una enfermedad; o analizar si un menor preferiría vivir con quien considera sus padres pero sin lujos económicos o vivir en un albergue; inclusive es menester analizar si es que lógico impedir la adopción de un menor porque se ha verificado la existencia de padres, pero que han demostrado su falta de interés no solo en la crianza de sus hijos pero en mantener algún tipo de relación afectiva o filial con ellos. Y a estas situaciones se suma otra circunstancia, tal vez el menor no quiera cambiar su apellido por mantener su identidad, pero aun así desee pertenecer a la familia de sus cuidadores.

En definitiva, la adopción más allá de todo el desgaste emocional y el tiempo que puede llegar a tardar, no es una opción viable para todas las personas, si bien es lógico este trámite siempre debe ser llevado con el mayor cuidado y dedicación, al recaer en la discrecionalidad de los entes encargados como lo son Unidades Técnicas de Adopción y los Comités de Asignación, la subjetividad juega un papel importante. En los casos de menores que viven con cuidadores con quienes si bien no hay relación jurídica reconocida, pero que existe ya un vínculo de familia, el proceso de adopción puede llegar a tener efectos aún más negativos, pues en el caso no cumplir con los todos los requisitos que establece la normativa, pese a que esta situación no haya sido un impedimento para que se cree un vínculo parento-filial, se puede propiciar un gran deterioro psicológico de los menores al no poder ser reconocidos como hijos de quienes consideran sus padres, o en el peor de los casos, ser removidos de su hogar. Es por ello que, para los fines de este trabajo investigativo, no se puede considerar a la adopción como la forma de resolver el problema planteado, porque más allá de no representar una solución, puede llegar a ocasionar otros problemas, que sin duda, afectarían al menor.

#### **4.4 Posible reforma**

Como se ha logrado demostrar a lo largo de este trabajo, si bien es cierto que los vínculos consanguíneos puedan estar ligados a vínculos de cariño, este no siempre es el caso, ya que la afectividad de una persona hacia otra puede ser completamente independiente a situación, y claro esto resulta lógico, porque somos conscientes de que existen relaciones de pareja, de amistad con personas que no son nuestros familiares. No es tampoco descabellado pensar que por el vínculo afectivo que se llega a crear con estas

personas, quisiéramos que, al momento de fallecer, sean éstas quienes puedan ser partícipes de la herencia, llegando a inclusive a excluir a miembros de la familia con quienes no se tiene ningún tipo de vínculo más allá del consanguíneo.

Planteada ya esa posibilidad, este análisis se centra en un tema más específico, en la intervención de los hijos de migrantes que quedan bajo tutela de personas que no son sus padres biológicos, personas con quienes efectivamente han creado un vínculo afectivo que se asemeja en todo sentido a una relación parento-filial, y que por lo mismo, al ser considerados como hijos por parte de sus cuidadores resultaría ilógico no pensar que quisiesen que estos menores sean también partícipes de la herencia en calidad de hijos, porque claro está, que para sus cuidadores, ellos ya son sus hijos.

Se puede llegar a plantear figuras como la adopción para corregir esta situación, para así asegurar que efectivamente exista un vínculo jurídico reconocido entre el cuidador y el menor a su cargo, no obstante, como se pudo mencionar previamente, esta figura no siempre llega a ser una opción viable para todas las personas, por lo mismo, no se acude a la misma, inclusive por la incertidumbre que puede llegar a ocasionar en no saber si el menor será removido de su cuidado por algún error de forma y no de fondo, y se estaría perdiendo a un hijo.

Es por las situaciones expuestas, y tomando en consideración que la situación mencionada entre cuidadores y estos niños que quedan bajo su tutela, con el rápido avance del fenómeno migratorio, cada vez se encuentra más presente en la sociedad, y por lo mismo, es un conflicto que merecer ser atendido por el Derecho. Es cada vez más común que niños sea dejados bajo el cuidado de personas ajenas a sus padres, con quienes crean un vínculo que dura toda su vida. Por ello, con la evolución de la sociedad, no solo surgen nuevas realidades, pero por lo mismo nuevas necesidades, cada vez más se puede reconocer a familias que no están unidas únicamente por un vínculo sanguíneo, sino por lazos de convivencia, crianza y apoyo; la concepción tradicionalista de familia ya no es la única y por lo mismo es absurdo no reconocer las nuevas variantes que pueden existir y las diferentes formas de entablar un parentesco.

La sucesión puede llegar a significar un cambio importante y vital en la situación socio-económica de una persona, no es un tema menor, y por lo mismo, es lamentable tener que posicionar a personas que toda su vida han mantenido una relación filial con

sus cuidadores, al momento de su fallecimiento, quedan a la expectativa, a la promesa casi siempre de vacía, de que posteriormente sus “sus hermanos adoptivos” eventualmente los harán partícipes de la herencia, ya que no pueden comparecer directamente.

Es en base a esta situación, que se plantea una reforma al Código Civil, en la cual, tomado como referencia al Código Civil Colombiano, se integre los términos hijos de crianza, en el primer orden sucesorio, en el artículo 1028, para así asegurar que sean reconocidos en igualdad a los hijos biológicos o adoptivos. Para poder emplear esta figura, se ha tomado inspiración en la legislación Española y Colombiana que establece que al momento que fallece una persona y se produce la sucesión abintestato por cualquier situación prevista en la normativa, es necesario cumplir con ciertos requisitos para que las personas llamadas a suceder puedan efectivamente acceder a este derecho. Es necesaria la “declaración de herederos”, que se recogerá en un acta notarial, en la que se definirá quiénes son los parientes con derecho a la herencia. Esta declaración sirve para la declaración de herederos abintestato para definir entre descendientes, ascendientes, cónyuge, persona unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y parientes colaterales a quienes efectivamente podrán ser partícipes de la sucesión. La solicitud de esta declaración deberá ser iniciada por la persona interesada y en acta debe constar necesariamente, al menos, la declaración de dos testigos que corroboren los hechos positivos y negativos cuya declaración de notoriedad se pretende. Los testigos podrán ser parientes o afines del fallecido siempre que no tengan interés directo en la sucesión.

Esta situación es justamente que se pretender incorporar a nuestra Legislación, la posibilidad de que posterior al fallecimiento del causante, aquellas personas que puedan demostrar que efectivamente han mantenido un vínculo parento-filial, que se hayan encontrado unidos al causante por análoga relación de afectividad entre padres e hijos, podrán a través de un acta notarial, y necesitando de la declaración de dos testigos, ser otorgados la calidad de hijos adoptivos al causante únicamente para que puedan ser partícipes de la sucesión. Claro está, más allá de la necesidad de la intervención de dos testigos que puedan dar fe de esta relación, se necesitará cumplir con otros requisitos obligatorios, en primer lugar, haber vivido con el causante por un periodo mínimo de 15 años, en el cual indudablemente se creó este vínculo parento-filial, y además, la obligatoriedad de rechazar cualquier tipo de herencia de provenga de sus padres

biológicos, al momento de su muerte, porque se entiende que se ha perdido cualquier tipo vínculo con estas personas, y son otras con quienes ha formado el vínculo filial.

Esta posible reforma, serviría para poder resolver un conflicto que cada vez es más latente en la sociedad y que puede perjudicar gravemente a aquellas personas que se encuentren en esta situación. Por otro lado, no se menoscaba el derecho de los hijos biológicos ni de los demás herederos al momento de ser considerados para la sucesión abintestato, puesto que inclusive podrían fungir ellos el rol de testigos, que den fe en cuanto a la veracidad y existencia de esta relación, que ha hecho merecedora a estas personas ser partícipes de la herencia de quienes, en vida, indudablemente fueron sus padres.

## **CONCLUSIONES**

La sucesión intestada ha sido un fenómeno existente desde la creación misma de la sociedad, no todas las personas están conscientes de la necesidad de un testamento, pero también muchas de ellas no alcanzan a establecerlo. Es una situación muy compleja, porque además de la importancia que presenta una herencia para la vida de los sucesores, que puede presentar varios beneficios como también llegar a perjudicarlos, se busca también cumplir con la voluntad del causante, pero cómo se cumple con la voluntad cuando no se la conoce. Ya desde el Derecho Romano se ha intentado descifrar y regular esta situación, primero basándose en el parentesco agnaticio que buscaba asegurar la sucesión de algún sobreviviente del causante mantenga o no un vínculo de consanguinidad, pero que llega a ser excluyente de ciertos parientes del causante que efectivamente puede ser merecedores de ser partícipes de la sucesión. Posteriormente, se abandona esta noción para optar por una sucesión basada en los vínculos de parentesco sanguíneo, pero que, de igual manera, llega a ser excluyente al no siquiera considerar la posibilidad del parentesco agnaticio.

Lo ideal sería mezclar los dos momentos del Derecho Romano, tanto la sucesión agnaticia como la sucesión consanguínea, porque si bien no se puede saber a ciencia cierta cuál fue la voluntad del causante, podemos llegar a interpretarla más cabalmente. Es ilógico pensar que una persona mantiene vínculos afectivos solamente con sus consanguíneos, e incluso asumir que el causante quiere excluir a un sucesor en favor de otro por proximidad de un lazo sanguíneo. Por ello es necesario volvernos a fundamentar

en el Derecho Romano, pero en sus dos momentos, para así poder reestructurar la sucesión intestada de mejor manera, entendiendo su importancia y buscando que abarque las posibilidades tan reales que suceden en nuestra sociedad pero que han sido tan ignoradas por la normativa.

El ordenamiento jurídico español, además de pertenecer a la misma familia jurídica que la legislación ecuatoriana, ha servido, no solo para estudio y análisis, pero también para suplir y complementar ciertos vacíos o dudas legales que se han generado, sobre todo, en la aplicación del ámbito del Derecho Civil en nuestro ordenamiento jurídico. Es por ello, que, al plantearse una reforma similar en el Derecho Español, a aquella establecida en el presente trabajo investigativo, resulta absolutamente necesario el estudio y análisis de la evolución de la regulación del Derecho sucesorio tipificado en esta legislación.

En España, surge una noción importante ya que, por los conceptos y frases empleados en su normativa, permite establecer la manifestación de una sucesión que no esté basada netamente en lazos consanguíneos; por ejemplo, al emplear frases tales como “allegados y “afectividad” al hablar de derechos hereditarios, claramente establece que el causante puede tener vínculos con personas que, pese a que no sean sus familiares, por su importancia, deben ser considerados dentro del orden sucesorio. Adicionalmente, en España, al pretenderse una reforma en su Derecho Sucesorio, justamente para permitir la sucesión de personas que carecen de un vínculo jurídico reconocido con el causante, se han demostrado como esto es posible si es que claro, se cumple con ciertos requisitos, que además de ser completamente aplicables en nuestra normativa, no vulneran los derechos de las demás personas llamadas a la sucesión.

Otro aspecto de fundamental importancia, ha sido el estudio de las reformas notariales en el Derecho Español, puesto que justamente establecen los pasos a seguir y la forma en la que se puede emplear una reforma en el ámbito sucesorio. Establece la necesidad de una declaración de sucesores abintestato, y las formalidades y requisitos que deben cumplir para poder ser partícipes de la misma; condiciones que aseguran que este procedimiento sucesorio se cumpla de forma no solo más ordenada pero que se pueda demostrar quienes efectivamente son merecedores de ser partícipes de esta sucesión. Haciendo énfasis en la necesidad de convivencia, de haber contado con un vínculo con el causante, y no únicamente priorizando los lazos consanguíneos.

Por otro lado, en el estudio de la normativa española, se evidencia y justifica aún más la posición del Estado como heredero únicamente en un último puesto, cuando no existe ninguna otra persona llamada a suceder, entendiendo que el Estado es un heredero de cierto modo auxiliar, cuya sucesión opera cuando no hay persona alguna que pueda hacerlo; y esto justamente se debe al entendimiento de que el causante siempre hubiese preferido que sus descendientes y allegados sean quienes vayan a recibir el fruto de su trabajo, y que puedan llegar a disfrutarlo. Es por ello que, tras el análisis de la historia española, se puede fundamentar el absurdo que comete nuestra legislación al equiparar al Estado en una misma posición que los sobrinos del causante, personas absolutamente aptas para ser llamadas a partícipes de la herencia, y cuya infravaloración carece de sentido.

Para poder proponer la reforma en mención, ha sido necesario el análisis de un Derecho Comparado, centrándose en la legislación colombiana, país vecino que comparte varias similitudes con nuestro ordenamiento jurídico, desde los conceptos empleados hasta la tipificación de la normativa. Pero claro, se puede evidenciar como, específicamente en el orden sucesorio abintestato, si bien es similar en su generalidad, existen ciertos cambios que lo diferencian de lo establecido en nuestro Código Civil. El Derecho Colombiano posiciona al Estado como último posible heredero, una vez que se ha demostrado que ninguna otra persona contemplada en el listado puede suceder. Esta situación, es una evidencia más, de cómo nuestra legislación se va en contra de la doctrina, del Derecho Comparado, en sí, de cualquier tratado jurídico que estudie a los órdenes sucesorios, pues, de lo investigado para el presente trabajo, el único ordenamiento jurídico que contempla esta posibilidad sucesoria, sin poder conseguir establecer una justificación ni lógica para esta concepción.

Pero además del estudio de países pertenecientes a la misma familia jurídica, fue también necesario el estudio exhaustivo de la evolución histórica de la legislación ecuatoriana, para poder comprender el porqué de esta nueva concepción. Se comprueba cómo en un inicio y hasta no hace mucho tiempo, el Estado era considerado un ente que heredaba en el caso específico que ninguna otra persona llamada a hacerlo, quiera o pueda ser partícipe de la sucesión del causante. Se aplicaba el orden sucesorio que plantean no solo varios países, pero que vino plasmado desde el Derecho Romano, y que, en un momento dado, sin una explicación lógica, se establece que el Estado heredará en una

misma posición que los sobrinos del causante, y menos entendible aun, con un grado de preferencia. Es por ello la importancia de la aplicación de la reforma presentada, que pretende que el Estado vuelva heredar como históricamente ha sido concebida su sucesión, es decir, única y específicamente cuando ninguna otra persona pueda hacerlo, cuando no haya más herederos, que regrese a ser llamado a suceder en una última posición, en el último eslabón, para de esa forma no solo recuperar la coherencia perdida en nuestro Código Civil, pero sobre todo para dejar de vulnerar a los derechos de los herederos del causante, que no solo se ven obligados a compartir su cuota hereditaria sino que, tal vez más grave aún, heredan en menor cantidad que el Estado, ente que sin razón lógica alguna tiene preferencia en la cuota hereditaria.

Tomando en consideración que la situación mencionada entre cuidadores y estos niños que quedan bajo su tutela, con el rápido avance del fenómeno migratorio, cada vez se encuentra más presente en la sociedad, y por lo mismo, es un conflicto que merecer ser atendido por el Derecho. Es cada vez más común que niños sea dejados bajo el cuidado de personas ajenas a sus padres, con quienes crean un vínculo que dura toda su vida. Por ello, con la evolución de la sociedad, no solo surgen nuevas realidades, pero por lo mismo nuevas necesidades, cada vez más se puede reconocer a familias que no están unidas únicamente por un vínculo sanguíneo, sino por lazos de convivencia, crianza y apoyo; la concepción tradicionalista de familia ya no es la única y por lo mismo es absurdo no reconocer las nuevas variantes que pueden existir y las diferentes formas de entablar un parentesco. La sucesión puede llegar a significar un cambio importante y vital en la situación socio-económica de una persona, no es un tema menor, y por lo mismo, es lamentable tener que posicionar a personas que toda su vida han mantenido una relación filial con sus cuidadores, al momento de su fallecimiento, quedan a la expectativa, a la promesa casi siempre de vacía, de que posteriormente sus “sus hermanos adoptivos” eventualmente los harán partícipes de la herencia, ya que no pueden comparecer directamente, teniendo como única alternativa para solucionar esta situación, la reforma de Código Civil.

## REFERENCIAS

Alemán, A. (2021). LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL HIJO ADOPTADO EN EL DERECHO ROMANO.

Bossano, G. (1974). Manual de Derecho Sucesorio Tomo I.

Cabello Martín, M. (2010, Septiembre 01). *La Nueva Recopilación de leyes de 1567*.

Folio Complutense Noticias de la Biblioteca Histórica de la UCM.

<https://webs.ucm.es/BUCM/blogs/Foliocomplutense/2147.php>

Castilla, P. (n.d.). LA SUCESIÓN AB INTESTATO EN EL DERECHO ROMANO Y SU PRESENCIA EN LA SUCESIÓN INTESTADA DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

Castro Casas, J. D., Torres Osorio, M., & Calderón Ovalle, L. V. (2021). *SUCESIÓN INTESTADA*. Bogotá, Colombia.

Código Civil Chileno

Código Civil Colombiano

Código Civil Ecuatoriano

Código Civil Español

Coello García, H. (2002). La sucesión por causa de muerte.

De Castro, G. (2021). LA SUCESIÓN INTESTADA EN DERECHO ROMANO.

Universidad de Oviedo.

[https://docs.google.com/document/d/1TLnWgX89Rv8q00iYSOc\\_LeexzrzMUfWE/edit](https://docs.google.com/document/d/1TLnWgX89Rv8q00iYSOc_LeexzrzMUfWE/edit)

Díaz, M. J. (2015). SUCESIÓN ABINTESTATO EN EL DERECHO ROMANO.

Di pietro, A. (2016). *Manual de Derecho*. Edición Buenos Aires.

[https://issuu.com/adeprin/docs/di\\_pietro\\_alfredo\\_-](https://issuu.com/adeprin/docs/di_pietro_alfredo_-)

[\\_derecho\\_ro/228#:~:text=CONVENTIO%20IN%20MANUM%20Es%20el,\(loco%20ne potis\)%2C%20respectivamente.](https://issuu.com/adeprin/docs/di_pietro_alfredo_-)

Hernández, R. (2016). Sucesiones.

Herrera, R. (2018, Octubre). REFORMAS POSTCLÁSICAS Y JUSTINIANEAS EN LA SUCESIÓN INTESTADA Y SU EVOLUCIÓN EN LA TRADICIÓN JURÍDICA ROMANO-GERMÁNICA. *REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO*.  
file:///C:/Users/Administrador%20PC/Downloads/Dialnet-ReformasPostclasicasYJustinianeasEnLaSucesionIntes-6971300%20(1).pdf

Martínez, M. (2016). La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma (Primera edición ed.). Boletín Oficial del Estado.

Mosquera, M; Jara, V; Fanny, L. (2020). EL PROCESO DE SUCESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO citando a Ortiz, V. C. (2019). La vida y el derecho civil ecuatoriano. *Killkana sociales: Revista de Investigación Científica*, 3(3), 39-46.

Pacheco Caballero, F. L. (2012). *Derecho histórico y Codificación. El derecho sucesorio*. file:///C:/Users/Administrador%20PC/Downloads/5286-Texto%20del%20art%20C3%ADculo-5048-1-10-20210109%20(1).pdf

Real Academia Española. (n.d.). *Adrogatio*. Diccionario panhispánico del español jurídico. <https://dpej.rae.es/lema/adrogatio>

Rodríguez Sánchez de León, M. J. (n.d.). *Novísima recopilación de las leyes de España. Dividida en XII libros*. BLi Biblioteca de la lectura en la Ilustración.  
<https://www.bibliotecalectura18.net/d/novisima-recopilacion-de-las-leyes-de-espana-dividida-en-xii-libros#item-copyright>

Ruíz Fernández, E. (2019). *EL <<HERES>> EN EL RÉGIMEN DE LA SUCESIÓN <<AB INTESTATO>>. SU ESTUDIO A TRAVÉS DE ALGUNAS FUENTES HISTÓRICO-JURÍDICAS*. Madrid, España.

Torrent, A. (2014, Abril). EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL EN LA SECUENCIA COMPARATIVISTA DE LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO EUROPEO. *RIDROM REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO*.

Sentencia 6009-2018 Colombia

Vallés Amores, M. L. (2005). Derecho Romano. In *La adopción. Exigencias subjetivas y su problemática actual*. Dykinson C/ Meléndez Valdés.

<https://app.vlex.com/##vid/derecho-romano-251737>

Vidal, J. (2008). Análisis crítico de los requisitos para suceder por causa de muerte en la legislación ecuatoriana.

VOLTERRA, Eduardo: Instituciones de Derecho Privado Romano, 1ª ed, Civitas SA, Madrid, 1986.