



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**Propuesta de Reformas a la Sucesión por Causa de Muerte en el
Código Civil Ecuatoriano**

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Abogada de los
Tribunales de Justicia de la República del Ecuador

Autora: María Gabriela León Peralta

Director: Dr. José Chalco Quezada

Cuenca-Ecuador

2012

INTRODUCCIÓN	V
DEDICATORIA	VIII
AGRADECIMIENTO	IX
RESUMEN	X
ABSTRACT	XI
CAPITULO I	1
BREVE REFERENCIA A LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE	1
1.1. INTRODUCCIÓN.....	1
1.2. LOS MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO EN NUESTRA LEGISLACIÓN	1
1.3. CONCEPTOS DE SUCESIÓN	8
1.4. ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS DEL DERECHO SUCESORIO	11
1.5. IMPORTANCIA DE LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE	11
1.6. CONCLUSIONES	14
CAPITULO II	16
ÓRDENES DE LA SUCESIÓN INTESTADA	16
2.1. INTRODUCCIÓN.....	16
2.2. ÓRDENES DE LA SUCESIÓN INTESTADA.....	19
2.3. CONDICIÓN JURÍDICA DEL HIJO ADOPTADO CON RELACIÓN A LA SUCESIÓN.....	23
2.4. PROPUESTA DE REFORMA AL TERCER ORDEN DE SUCESIÓN. ARTÍCULO 1032 DEL CÓDIGO CIVIL.....	31
2.5. PROPUESTA DE REFORMA AL CUARTO ORDEN DE LA SUCESIÓN.....	35
2.6. PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 1021 DEL CÓDIGO CIVIL.....	40
2.7. ANÁLISIS COMPARATIVO CON LA LEGISLACIÓN PERUANA.....	44
2.8. CONCLUSIONES	47
CAPITULO III	49
LAS ASIGNACIONES FORZOSAS	49
3.1. INTRODUCCIÓN.....	49
3.2. LA PORCIÓN CONYUGAL.....	53
3.2.1. <i>Concepto</i>	53
3.2.2. <i>Requisitos: Propuesta de reforma: no se necesita el requisito de carecer de bienes suficientes para su congrua sustentación</i>	54
3.3. CAMBIO DE DENOMINACIÓN DE LA PORCIÓN CONYUGAL.....	61
3.4. LA PORCIÓN CONNUBIAL COMO ASIGNACIÓN FORZOSA: PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 1196 DEL CÓDIGO CIVIL	62
3.5. PROPUESTA DE REFORMA: INCORPORACIÓN DE UN NUEVO ARTÍCULO ACERCA DE ESTE TEMA.....	66
3.6. LA UNIÓN DE HECHO. TRATAMIENTO ACTUAL EN NUESTRA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.....	76
3.7. CONCLUSIONES	79
CAPITULO IV	82
INCAPACIDADES RELATIVAS	82
4.1. INTRODUCCIÓN.....	82

4.2. CAPACIDAD E INCAPACIDAD PARA HEREDAR.	83
4.3. CLASES DE INCAPACIDADES RELATIVAS CONTEMPLADAS EN EL CÓDIGO CIVIL.....	84
4.4. OTRAS INCAPACIDADES RELATIVAS QUE DEBEN LEGISLARSE.	92
4.5. ANÁLISIS COMPARATIVO CON LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.....	94
4.6. CONCLUSIONES.	96
CAPITULO V.....	98
DIGNIDAD E INDIGNIDAD PARA SUCEDER POR CAUSA DE MUERTE.....	98
5.1. INTRODUCCIÓN.	98
5.2. CLASES DE INDIGNIDADES ESTABLECIDAS EN LA LEY.	99
5.3. NUEVA CAUSAL DE INDIGNIDAD.	110
5.3.1. <i>Propuesta de reforma al numeral 1 del artículo 1010 del Código Civil.</i>	113
5.4. PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 1019.	115
5.5. PROPUESTA DE REFORMA: INCORPORAR UN NUEVO ARTÍCULO.	117
5.6. ANÁLISIS COMPARATIVO CON LA LEGISLACIÓN PERUANA Y LEGISLACIÓN ESPAÑOLA QUE ESTABLECEN OTRAS CAUSALES DE INDIGNIDAD.	120
5.7. CONCLUSIONES.	126
CAPITULO VI.....	127
EL DESHEREDAMIENTO	127
6.1. INTRODUCCIÓN.	127
6.2. CAUSAS DE DESHEREDAMIENTO ESTABLECIDAS EN EL CÓDIGO CIVIL.	129
6.3. PROPUESTA DE REFORMA A LA PRIMERA PARTE DEL NUMERAL 4TO DEL ART. 1231 DEL CÓDIGO CIVIL.	134
6.4. EL DESHEREDAMIENTO Y LA NECESIDAD DE FIJAR CAUSAS PROPIAS PARA LOS DISTINTOS GRADOS DE PARENTESCO.....	142
6.5. PROPUESTA DE REFORMA.	154
6.6. PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 1233.	158
6.7. PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 1234.	161
6.8. ANÁLISIS COMPARATIVO CON LA LEGISLACIÓN PERUANA Y URUGUAYA.	163
6.9. CONCLUSIONES.	174
CAPÍTULO VII	176
PROPUESTA DE REFORMAS A VARIOS TEMAS ACERCA DE LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE	176
7.1. INTRODUCCIÓN.	176
7.2. ASIGNACIONES CONDICIONALES Y MODALES: CONCEPTOS.	177
7.3. PROPUESTA DE REFORMA A LAS ASIGNACIONES CONDICIONALES Y MODALES.	181
7.4. DE LOS TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS: GENERALIDADES.	189
7.5. PROPUESTA DE REFORMA: INTRODUCCIÓN DE NUEVAS CLASES DE TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS.	191
7.6. DEL BENEFICIO DE INVENTARIO: GENERALIDADES.	197
7.7. PROPUESTA DE REFORMA: ESTABLECER POR REGLA GENERAL QUE TODA SUCESIÓN SE ACEPTE Y SE PRESUMA SU ACEPTACIÓN CON BENEFICIO DE INVENTARIO.	199
7.8. CONCLUSIONES	203
CAPÍTULO VIII.....	205

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....205

8.1. CONCLUSIONES. 205

8.2. RECOMENDACIONES. 211

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.216

INTRODUCCIÓN.

Desde las bancas colegiales yo tenía un sueño: Ser Abogada. Y quizá en este sueño, la presencia de mi Abuelito, al que estuve unida por el amor y la sangre, fue definitiva. Se trataba del Dr. César Peralta, persona a la que todos admiraban y respetaban por su sentido de justicia, honorabilidad y rectitud en sus actuaciones dentro de la Función Judicial en la que desempeñó diferentes cargos casi toda su vida. Impulsada por este modelo de juriconsulto al ingresar en la Universidad y desde que recibí las primeras clases me di cuenta de que no había errado en mi vocación. El tiempo transcurrió de prisa y de un momento a otro me encontré en el último año de estudios; era la hora de escoger el tema de la tesis, lo que me provocó muchas dudas y temores. Fue entonces que surgió un problema hereditario cercano y al preocuparme del caso me di cuenta que la ley no siempre resolvía con justicia este tipo de problemas y entonces tomé la decisión de que mi tesis versaría sobre el tema de la Sucesión por Causa de Muerte. Estaba segura de que guiada por mi vocación, confiada en la capacidad y dotes de verdadero maestro y conductor que ostenta el Dr. José Chalco en su cátedra de Derecho Civil Sucesiones y sumado el caso patético que estaba frente a mis ojos, tendría que poner todo mi empeño, conocimientos y entusiasmo para que se introdujeran nuevas disposiciones y reformas, todas encaminadas para que la justicia brille con esplendor y pongan en alto el nombre de todos cuantos con altruismo y nobleza ejerzamos la ardua profesión de la Abogacía.

Estando claro el panorama, el desarrollo de la tesis surgió de manera espontánea, basándome primordialmente en las enseñanzas y conocimientos que destacados maestros me impartieron; vino luego la investigación dentro de la cual pude encontrar opiniones de valiosos doctrinarios y estudiosos del derecho; me apoyé en las experiencias propias y ajenas y los hechos de la vida real conocidos a través de mis prácticas en el Consultorio Jurídico de la Universidad, todo lo cual me llevaría más tarde a tratar de

buscar soluciones a los problemas en los que se juegan los primordiales derechos de las personas, pues es deber de todo profesional del derecho protegerlos y defenderlos en aras de la igualdad, equidad, rectitud, probidad y por sobre todo la Justicia.

El objetivo central del estudio a desarrollarse es implementar, ampliar y llegar a la esencia misma de los conceptos preestablecidos sobre el tema propuesto, para lo que plantearé varias reformas al Libro Tercero del Código Civil que considero son necesarias e imprescindibles y que las justificaré, explicando el por qué de ellas, cuidando siempre el que guarden armonía con nuestra Carta Magna, pues ésta falta de concordancia es una de las fallas encontradas en algunas disposiciones vigentes.

Temas como órdenes de la sucesión intestada, asignaciones forzosas, incapacidades relativas, desheredamiento, serán tratados en forma particular y a profundidad; pues, aparte de la importancia que reviste el introducir nuevos artículos y reformar otros, será preciso eliminar del ordenamiento jurídico ciertas disposiciones que no guarden armonía con la Constitución de la República.

Las normas que regulan la Sucesión por Causa de Muerte las enfocaré también desde el aspecto humano, tan venido a menos en la época actual. Si no se toma en cuenta que los valores han cambiado, ya no son los de antes, pues el respeto, la consideración y el cariño dentro del núcleo familiar van desapareciendo; es preciso hacer hincapié en ellos y lógicamente sancionar aquellos actos repudiables que se presentan a la hora de hablar del dinero, ni siquiera se toma en cuenta el vínculo afectivo ni de sangre. Es preciso entonces considerar que si las normas del Libro Tercero del Código Civil, tenían efecto en épocas pasadas ahora no las tienen, ante lo cual debemos ser realistas, tratar de dar solución a los problemas existentes preocupándonos por el presente y el futuro para de esta forma proteger a las personas vulnerables.

Existe dentro de la normativa jurídica textos oscuros que se prestan a confusión y malas interpretaciones, que no dan respuesta correcta a los problemas que se suscitan y en no pocos casos, determinan un proceder injusto, al que desgraciadamente, deben sujetarse quienes administran justicia. Es imprescindible entonces conseguir claridad, nitidez y precisión en la redacción de las normas.

Aquí, en estas páginas, quedarán plasmados mis conocimientos, vivencias, investigaciones, y todo cuanto de útil encontré en el camino de mi formación, que servirán de cimientos para sobre ellos construir mi porvenir, y aspiro sea el fiel reflejo de todo cuanto aprendí para así compenetrarme en el complejo mundo de la Abogacía al que me siento ligada por vocación y ancestro.

DEDICATORIA.

Dedico este trabajo a mi hijo José Andrés, el regalo más preciado que me dio la vida y que me hizo conocer un cielo sin sombras; a mi marido, compañero inseparable que me ofreció amor y apoyo hasta verme triunfar en mis anhelos que también fueron los suyos; a mis padres que con dedicación, sacrificio y cariño hicieron posible la culminación de mis estudios; a mi abuelito César, que con su ejemplo despertó en mí la noble vocación de la abogacía y será por siempre luz y guía de mis actuaciones; a mi abuelita Emma, mi segunda madre, fiel consejera de todos mis instantes y que me brindó siempre raudales de amor; y, a mi tía Emmy y a mis hermanos, que en todo momento me demostraron afecto y comprensión.

Desde lo íntimo de mi ser anhelo que sus nombres queden gravados en estas páginas como testimonio de inmenso cariño y gratitud.

AGRADECIMIENTO.

“Dios es el principio de toda sabiduría”. A Él mi gratitud, mi amor y mi fe.

Al final de la jornada vaya mi agradecimiento sincero para la Universidad del Azuay, institución que me acogió, enrumbándome por el camino del saber y que aspiro continúe brillando en la inmensidad de su historia; para los señores profesores, que me inculcaron conocimientos y valores para el imperio del derecho y la justicia; para mí Director de Tesis, Dr. José Chalco Quezada, maestro por esencia, cordial y comprensivo, que me brindó su apoyo decidido y su valiosa dirección.

Gracias a todos. Les guardaré por siempre en mi recuerdo.

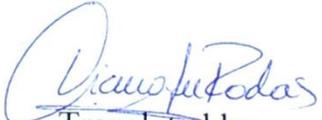
RESUMEN.

El presente trabajo se basa en una propuesta de reformas a la Sucesión por Causa de Muerte en el Código Civil Ecuatoriano sobre; pues, discrepo con ciertas regulaciones que impiden resolver problemas habituales y de fondo en torno a la herencia particularmente. Aún más, su contenido es ambiguo y no acorde con la época actual. El principal fundamento para su realización fue mi análisis y criterio personal, pues si bien las concepciones doctrinarias e información de internet fueron valederas, no contienen observaciones a las normas. En conclusión, es relevante que la ley obligue al causante a dejar testamento, evitando así quebrantamientos familiares con sus nefastas consecuencias.

ABSTRACT.

The present research project is based on a proposal to reform the Succession upon Death in the Ecuadorian Civil Code. I personally do not agree with certain regulations that obstruct the resolution of habitual and fundamental problems that arise particularly from inheritance. Moreover, the contents on this matter are ambiguous and are not in agreement with our current era. The main fundament for this project was my personal analysis and opinion, given that in spite of the doctrinal conceptions and of the valid information from the internet, there were no observations to the set of laws. In conclusion, it is relevant for the law to force citizens to leave a will, since this will avoid family disputes and ruptures that end in terrible consequences.




Translated by,
Diana Lee Rodas

CAPITULO I

BREVE REFERENCIA A LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

1.1. Introducción.

En el desarrollo de este capítulo trataré acerca de temas introductorios que ayudarán a entender claramente una institución tan importante como lo es la sucesión por causa de muerte, uno de los más significativos modos de adquirir el dominio dentro de nuestra legislación; además, los requisitos necesarios para que esta se lleve a cabo y se pueda de esa manera transmitir el dominio del patrimonio dejado por el causante. También en este capítulo por ser de gran importancia he considerado tratar acerca del concepto de sucesión con el fin de dejar clarificado el tema del desarrollo de la presente tesis, así como los elementos necesarios para que se configure esta institución: causante, causahabientes y el patrimonio. Sin estos elementos no se podría hablar de un Derecho Sucesorio puesto que cada uno de ellos es indispensable para que la misma se configure. Por último trataré acerca de la importancia de la sucesión por causa de muerte en épocas pasadas y en nuestros días, es un tema importante ya que nos permite dilucidar el por qué de la existencia del mismo y la necesidad social de un Derecho Sucesorio para proteger por sobre todo a la familia como núcleo importante de toda sociedad y para fortalecer los vínculos afectivos existentes entre las personas y los miembros de la misma.

1.2. Los modos de adquirir el dominio en nuestra legislación.

Considero que una de las finalidades más importantes por la que el hombre produce y se esfuerza por tener algo es el hecho de que esos bienes que obtiene mientras vive le sirven para satisfacer sus necesidades y al momento de su muerte sabe que ese patrimonio obtenido con gran esfuerzo va a pasar a manos de sus seres más queridos, con los cuales ha tenido un vínculo afectivo muy estrecho.

El Libro Segundo del Código Civil que regula lo relacionado a los bienes y a su dominio, posesión, uso, goce y limitaciones, se encarga de consagrar un orden de los modos de adquirir el dominio, sin embargo hay que destacar que dentro de los modos de adquirir el dominio no se encuentra la ley, sin embargo ésta es considerada como el modo primario y fundamental para adquirir el derecho de dominio, siendo la ley la emanación de todo derecho no se la circunscribe en determinado campo o sistema sino que se encuentra a lo largo de los diferentes capítulos y disposiciones. (Morales, *Apuntes de Derecho Civil Sucesiones 1*)

Nuestro Código Civil en su artículo 603 señala que los modos de adquirir el dominio son cinco, y prescinde de la ley, porque ésta es el origen de todo derecho y si el legislador no la mencionó es porque lo consideró muy sabido, por constituir la fuente de derecho por excelencia. Así, la ley como modo de adquirir el dominio, se trata en diversos capítulos y disposiciones y no se la encasilla en ninguno específicamente, por obvias razones. De la Ocupación, Adhesión y Tradición se trata en el Libro Segundo de nuestro Código Civil. El Libro Tercero se ocupa de la Sucesión por Causa de Muerte y por último el Libro Cuarto se ocupa de la Prescripción. (24).

“Los Modos de adquirir son definidos por la Doctrina como: Los hechos o actos jurídicos a los cuales el ordenamiento les atribuye el poder o la virtud de hacer nacer o traspasar el dominio de un bien.

(<http://es.scribd.com/doc/2883989/LOS-MODOS-DE-ADQUIRIR-EL-DOMINIO#archive> 25 de Julio, 10:22.)

Es por ello que considero que por medio de estos diversos modos de adquirir el dominio, la persona adquiere la propiedad y posesión de un bien determinado, razón por la cual surgen derechos, los que permiten a su titular, una vez cumplidas las formalidades legales exigidas, traspasar el dominio de un bien a cualquier otra persona y en cualquier tiempo.

En la Doctrina y el Derecho Comparado se establece la teoría sobre esta materia: se necesita de un título y un modo para la adquisición del dominio y los demás derechos reales. Título es el hecho o acto jurídico que sirve de antecedente para la adquisición del dominio u otro derecho real, y el modo de adquirir es el hecho o acto jurídico que produce efectivamente la adquisición del dominio u otro derecho real. De ahí que suele expresarse que los modos de adquirir son las fuentes de donde emanan los derechos reales. (<http://es.scribd.com/doc/2883989/LOS-MODOS-DE-ADQUIRIR-EL-DOMINIO#archive>, consulta 25 de Julio 10:30)

Enumeración de los modos de adquirir.

El art.603 del Código Civil, enumera los siguientes modos de adquirir:

- a) La ocupación
- b) La accesión
- c) La tradición
- d) La sucesión por causa de muerte
- e) La prescripción adquisitiva

La ley, que si bien no está mencionada por el artículo (603), se agrega entre los modos de adquirir el dominio.

Clasificación de los modos de adquirir.

Originarios y derivativos.

El modo de adquirir es originario cuando permite obtener la propiedad independientemente de un anterior derecho de cualquier otra persona.

Son modos de adquirir originarios aquellos que hacen nacer la propiedad en su actual titular, el derecho de propiedad se adquiere así, desvinculado de todo antecesor se presume que no recoge el derecho de otra persona ni ocupa su lugar. Son modos originarios la ley, la accesión y la ocupación.

(<https://www.u-cursos.cl/derecho/2008/2/D122A0416/1/.../192004>, consulta 25 de Julio 11:30)

El modo de adquirir es derivativo cuando permite obtener el dominio fundado en un derecho anterior que traspasa el antecesor al nuevo dueño. Son modos de adquirir derivativos aquellos que atribuyen el dominio transfiriéndolo o transmitiéndolo desde un antiguo titular a uno nuevo, es decir recibe el bien en las mismas condiciones, circunstancias y vicios que quien lo precedió en el derecho. Lo transfieren cuando el dominio se adquiere por acto entre vivos, y lo transmiten cuando el dominio se adquiere por sucesión por causa de muerte. Son modos derivativos la tradición y la sucesión por causa de muerte.

(<https://www.u-cursos.cl/derecho/2008/2/D122A0416/1/.../192004>, Consulta, 25 de Julio 12:00)

Tiene importancia esta clasificación porque cuando el modo es originario, para medir el alcance del derecho que se adquiere es suficiente atender al titular y nada más; basta examinar el hecho o acto que configura el modo y la cosa sobre la que recae. Así, por ejemplo, si se adquiere por ocupación, habrá que atender exclusivamente a dicho acto de ocupación. En el caso de los modos de adquirir derivativos, para ver el alcance, la fuerza, la perfección del modo, hay que atender también al derecho que tenía el otro dueño, el antecesor, porque nadie puede transferir o transmitir más derechos de los que tiene. Por ello, en la tradición, si el tradente no es dueño, no transfiere el dominio; y si la cosa está hipotecada, también pasa con la hipoteca; y el causante no transmite a los herederos sino los derechos que tiene.

<http://es.scribd.com/doc/2883989/LOS-MODOS-DE-ADQUIRIR-EL-DOMINIO#archive>. Consulta, 25 de Julio, 13:00)

A título universal y a título singular.

En cuanto a la singularización de los bienes que se adquieren, los modos de adquirir pueden ser a título universal y a título singular. Es a título universal, el modo por el cual se adquiere la universalidad de los bienes de una persona o una parte alícuota de ella. Es a título singular, el modo por el cual se adquieren bienes determinados.

Respecto a esta clasificación, cabe observar que hay dos modos que siempre son a título singular: la ocupación y la accesión. Hay un modo que indistintamente puede ser a título universal o singular: la sucesión por causa de muerte. Por ella, se pueden adquirir bienes determinados (legados de especie o cuerpo cierto) y universalidades (herencias).

Hay dos modos que por regla general son a título singular: la tradición y la prescripción, salvo que se trate de la cesión o prescripción de una herencia, casos en que operan a título universal. (<http://es.scribd.com/doc/2883989/LOS-MODOS-DE-ADQUIRIR-EL-DOMINIO#archive>, consulta 25 de Julio 15:00)

A título gratuito y a título oneroso.

“Según el sacrificio pecuniario que exijan, los modos de adquirir son a título gratuito u oneroso. El modo de adquirir es a título gratuito, cuando el que adquiere el dominio no hace sacrificio pecuniario alguno, es decir no tiene que dar nada a cambio por lo que recibe.”(<http://es.scribd.com/doc/2883989/LOS-MODOS-DE-ADQUIRIR-EL-DOMINIO#archive>, consulta 25 de julio 13:15)

“Es a título oneroso cuando el adquirente debe efectuar una contraprestación pecuniaria, como la compra venta y la permuta que serán a título oneroso.”
(<http://es.scribd.com/doc/2883989/LOS-MODOS-DE-ADQUIRIR-EL-DOMINIO#archive>, consulta 25 de julio 13:15)

Estudiosos y doctrinarios del Derecho consideran a la Sucesión por Causa de Muerte como un modo derivativo de adquirir el dominio y esto porque el derecho del heredero proviene del antecesor; por lo tanto aquel no obtendrá más derechos que los que le pertenezcan a éste; además es un modo gratuito, ya que el que adquiere el bien no tiene obligación alguna de dar algo por lo que recibió; recoge la cosa materia de la sucesión y no se le asigna ningún tipo de contraprestación.

Por acto entre vivos o por causa de muerte.

“Son modos de adquirir por acto entre vivos, aquellos que no presuponen para operar la muerte de la persona de la cual deriva el derecho, tal es al caso de la tradición, ocupación, accesión y prescripción.”

(<http://es.scribd.com/doc/2883989/LOS-MODOS-DE-ADQUIRIR-EL-DOMINIO#archive>, consulta 25 de julio 15:00)

Dentro de los derechos reales, hay modos que se aplican a todos y otros que se aplican sólo a determinados derechos reales. Así, la ocupación y la accesión son modos que se aplican sólo al dominio. Por medio de la ocupación, pueden adquirirse las cosas corporales muebles, ya que los inmuebles que carecen de dueño, pasan a poder del Estado. La accesión tiene un campo de aplicación más extenso que la ocupación, pues permite adquirir cosas corporales muebles e inmuebles. Por la prescripción, se extiende aún más la posibilidad de adquisición. En efecto, por medio de ella se puede adquirir no sólo las cosas corporales, sean muebles o inmuebles, sino también las cosas incorpóreas.

La tradición permite adquirir todas las cosas corporales, muebles e inmuebles, y todas las incorpóreas, sean derechos reales o personales. Por causa de muerte se puede adquirir no sólo las cosas corporales e incorpóreas, sino también las universalidades jurídicas, esto es, todo el patrimonio transmisible de una persona. En este caso si se requiere necesariamente de la muerte del causante para que opere este modo de adquirir.(<http://es.scribd.com/doc/2883989/LOS-MODOS-DE-ADQUIRIR-EL-DOMINIO#archive>, consulta 25 de julio 15:15)

En consecuencia, los tribunales han establecido que se puede adquirir un derecho sólo por uno de los modos de adquirir el dominio, lo que es evidente, pero para evitar cualquier tipo de problema deben precisar que no es posible adquirir un bien por dos o más modos. La aplicación de uno de ellos, hace innecesario la presencia de otro.

Así, se adquiere por prescripción o por herencia, pero no por ambos modos a la vez. Un sin número de sentencias de la Corte Nacional han declarado que si bien se puede poseer una cosa por varios títulos, el dominio se adquiere por uno solo, y por lo tanto, basta un modo de adquirir; no deben concurrir varios respecto de unos mismos bienes. No puede pretenderse que se reúnan dos títulos, como venta y prescripción, y dos modos de adquirir, tradición y prescripción, relativos a un mismo bien. Es por ello que para adquirir las cosas heredadas, es suficiente la sucesión por causa de muerte; la tradición no es necesaria. En esta materia, se plantea por la doctrina si todos los modos de adquirir necesitan de un título. Algunos, como Arturo Alessandri, señalan que de acuerdo con el sistema chileno, el requisito del título debe aplicarse a todos los modos de adquirir el dominio. Así, se dice que en el caso de la ocupación, la accesión y la prescripción, el título se confunde con el modo de adquirir; y, en el caso de la sucesión por causa de muerte, el título puede ser el testamento o bien la ley, según si la sucesión fuere testada o abintestato. Se admite que no hay preceptos que establezcan expresamente la exigencia, pero ella se desprendería de diversas disposiciones del Código Civil. En el caso de la sucesión por causa de muerte, se puede suceder a una persona parte abintestato y parte testamentariamente. Si se aceptara la opinión de la primera doctrina, tendríamos el absurdo de que una persona sucedería a dos títulos, lo cual es errado, porque no pueden concurrir dos títulos en la adquisición del dominio de una misma cosa.

El justo título puede ser constitutivo o traslativo de dominio y agrega que son constitutivos la ocupación, la accesión y la prescripción disposición que se refiere al justo título que se necesita en el caso de la posesión regular y no se refiere al dominio; operan como título para poseer cuando por falta de requisitos u otras circunstancias no funcionan como modo de adquirir. Si se rechazara la existencia de estas dos funciones diferentes, sosteniendo que siempre la ocupación, la accesión y la prescripción son título y modo, se llegaría a la incongruencia de que quien empieza a poseer sería ya dueño.

(<http://es.scribd.com/doc/2883989/LOS-MODOS-DE-ADQUIRIR-ELDOMINIO#archive>, consulta 26 de julio 15:25)

A continuación una breve explicación de este modo tan importante de adquirir el dominio.

Sucesión por causa de muerte

La misma se encuentra tratada en el Libro III del Código Civil. El legislador no da una definición de lo que es sucesión por causa de muerte, sino que ha sido la doctrina, la que ha elaborado el concepto y ha dicho:” Es un modo de adquirir el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones transmisibles de una persona difunta, una cuota de ellos, o una o más especies o cuerpos ciertos o una o más especies indeterminadas de un genero determinado”. La característica fundamental de este modo de adquirir supone indispensablemente la muerte del causante. (http://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Bienes_conyugales&action=edit&redlink=1 \, consulta 25 de julio 16:00)

1.3. Conceptos de sucesión.

Dentro de la doctrina podemos encontrar varios conceptos para clarificar lo que es la sucesión; sin embargo de ello expondré ciertas definiciones de varios autores y doctrinarios del Derecho Sucesorio, que a mi manera de ver son interesantes.

Acepciones jurídicas del término sucesión:

-La sucesión por causa de muerte es definida por Manuel Somarriva Undurraga como “La transmisión del patrimonio de una persona o de bienes determinados, a favor de una persona también determinada”.

(<http://www.monografias.com/trabajos5/fami/fami.shtml>", consulta 26 de julio 10:00)

Sin embargo, esta frase puede ser entendida en diversas acepciones: En primer lugar, en un sentido amplio, en el cual se emplea esta expresión para distinguir cuando una persona ocupa el lugar de otra y recoge sus derechos a cualquier título; así el comprador sucede al vendedor, el donatario sucede al donante.

En segundo lugar, en un sentido restringido, en el cual hay que diferenciar:

El sentido objetivo, para referirse a los bienes que integran la universalidad jurídica que es la herencia, así se habla que la sucesión de “X” es cuantiosa. Se refiere a los bienes que la componen.

En un sentido subjetivo, para referirse al conjunto de herederos que dejó el causante y así se dice “la sucesión de “X” la componen sus 4 hijos”. Así concebida la sucesión no tiene persona jurídica, no es una persona jurídica distinta de los herederos del causante. En consecuencia, una sucesión no puede ser sujeto activo ni pasivo de acciones judiciales; por lo tanto, la sucesión no es persona, no se la puede demandar a la sucesión de “X” sino a cada uno de los herederos.

En definitiva, la sucesión es un modo de adquirir bienes, derechos y obligaciones transmisibles, sea que lo que se adquiere se refiera a todo el patrimonio del causante (por ejemplo, dejo todos mis bienes a “P”) o que se refiera a una parte o alícuota del mismo (por ejemplo, dejo a “P” un tercio de mis bienes), sea que se suceda al causante en cuerpos ciertos, como tal cosa, tal caballo o sea en una cantidad indeterminada de ciertos géneros (por ejemplo 3 vacas, 40 fanegas de trigo,)

En esta última acepción se destaca que es un modo, pero un modo de adquirir bienes. Así lo dice el artículo 603 del Código Civil entre los modos de adquirir, es decir, entre aquellos hechos jurídicos a los cuales el derecho le atribuye el efecto de transferir el dominio o transmitirlo. También es destacable que este modo de adquirir sirve igualmente para adquirir obligaciones transmisibles, es decir, no solo la parte activa del patrimonio sino que también el pasivo. Por ello, quien contrata, contrata para sí y para sus herederos y el que se obliga, se obliga para sí mismo y también para sus herederos. . . . (<http://www.monografias.com/trabajos5/fami/fami.shtml>, consulta 26 de julio 12:00)

-Savigny define a la sucesión en sentido amplio: “Una transformación puramente subjetiva de una relación de derecho. En sentido restringido: La subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra”. (<http://www.monografias.com/trabajos5/fami/fami.shtml>, consulta 26 de julio 12:15)

-“Suceder es reemplazar, tomar el lugar de otro. En un sentido amplio y general suceder a una persona es ocupar su lugar y recoger sus derechos a cualquier título.” (Morales, *Apuntes de Derecho Civil Sucesiones*, 2)

Uno de los conceptos que a mi manera de ver es el más importante puesto que conlleva todos los elementos de lo que es suceder y explica claramente su alcance, es el dado por Guillermo Bossano que expresa lo siguiente: “la Sucesión por Causa de Muerte podría definirse como la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones que forman el patrimonio de una persona muerta a la persona o personas que le sobreviven y que son llamadas a suceder por voluntad del testador o por mandato de la ley.” (Bossano, *Manual de Derecho Sucesorio*, 26)

En mi opinión personal, omitiría algo de este concepto: el que establece que “es la transmisión del patrimonio de una persona muerta”, puesto que ello debe entenderse de una manera lógica y obvia, ya que de no ser así, estaríamos hablando de una donación, pues uno de los elementos necesarios para que la sucesión por causa de muerte sea un modo de adquirir el dominio, es que su titular fallezca.

1.4. Elementos subjetivos y objetivos del derecho sucesorio.

Elementos subjetivos:

- Causante: es la persona fallecida; es imprescindible porque sin ella no hay transmisión sucesoria. El Causante es conocido como el fallecido, finado, *cujus*, antecesor o predecesor etc. Entre los romanos como *defuntus*, *mortus*. Es esta la persona que transmite los derechos sucesorios al heredero y que para disponer de su patrimonio debería estar en el pleno ejercicio de sus derechos.

-Sucesores o herederos, que pueden ser los llamados por ley (herederos forzosos), o aquellos que el causante ha designado antes de su muerte, (causahabientes).

La persona o personas llamadas a sucederle, sea por voluntad propia del que ya es difunto, manifestada por acto testamentario o por mandato de ley, que van a recoger los bienes materia de las sucesión se las conoce también con el nombre genérico de causahabientes, asignatarios. . . (Bossano, *Manual de Derecho Sucesorio*,26)

Elementos objetivos:

“Se relacionan al conjunto de bienes del que era titular y ahora es difunto y que va a ser materia de la sucesión; es decir el patrimonio.” (26)

1.5.Importancia de la sucesión por causa de muerte.

La transmisión de los bienes mortis causa es inseparable de la propiedad privada, el patrimonio y su capital que logró obtener el sucesor, al momento de su muerte debe necesariamente pasar a aquellas personas que estuvieron más unidos a ella, pues de no ser así, como afirman algunos doctrinarios, todas las personas seríamos usufructuarios vitalicios de los bienes que hemos adquirido durante nuestra vida, pues resultaría un tanto injusto y fuera de toda lógica que los bienes al final de nuestros días queden abandonados o en manos de terceras personas con las cuales no hayamos tenido ningún tipo de vínculo. He ahí la importancia de que haya existido y exista el Derecho Sucesorio.

Guillermo Borda sostiene que la sucesión tiene un sentido trascendente. En verdad, la muerte de una persona puede constituir un episodio aislado que conturba a su círculo de relaciones y nada más. Para Uger al proclamar que el Derecho Sucesorio es el triunfo de la especie y no del individuo, interpreta con exactitud la vida de una persona y su tránsito vital hasta el cese de sus funciones. (Bossano, *Manual de Derecho Sucesorio*, 34)

Acorde con lo que afirman varios autores y con lo cual concuerdo es que la finalidad primordial del Derecho Sucesorio es el amparar, preservar y fortificar a la familia como origen de la sociedad toda, a que se la considera como una célula de donde emergen los más puros sentimientos de paz, amor, sacrificio, solidaridad, pues está integrada por los padres e hijos, cónyuges y hermanos, cada uno de los cuales ayudan a crear un lazo sagrado que se expresa a través del afecto y respeto de sus miembros. El patrimonio perteneciente a la familia lo forman los padres con su trabajo, esfuerzo, ahorro, desvelos, etc., todo ello encaminado al bien de sus seres queridos, para así tener la tranquilidad de contribuir para que su futuro sea mejor. Qué mejor fundamento para demostrar la gran importancia de que exista el Derecho Sucesorio.

Sobre el aspecto de la unidad familiar, a mi manera de ver, va tomando otros sesgos, pues se va superando su concepto tradicional y se consideran también las situaciones de familias desintegradas, donde surgen nuevos modelos a los cuales reconoce también la Constitución, todo lo cual, nos debería llevar a establecer otros objetivos, consideraciones, fines y realidades sobre la sucesión, con el objeto de que éstos también gocen del amparo y protección de la ley. Para más claridad transcribiré algunas de las normas de la Carta Magna en donde se observa claramente lo dicho en líneas anteriores:

Art 67: “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la unidad de derechos y de oportunidades de sus integrantes”... (*Constitución de la República*)

Art 69: ‘Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestara especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa...’ (*Constitución de la República*)

Con los artículos señalados se puede observar que la Norma Madre no únicamente protege a las familias cuyo origen sea el matrimonio sino además a las uniones de hecho y no siendo poco protege no sólo a las familias unidas sino con más razón a las desintegradas, es por ello que el Derecho Sucesorio en cuanto a su finalidad no será únicamente el proteger la unión de las familias ya que estas por varios motivos se pueden destruir y esto se iría fuera de sus manos, entonces la importancia misma de la sucesión sería el entender y reconocer que por más quebrantados que estén los vínculos familiares todos y cada uno de sus miembros tendrán el derecho de testar y de heredar y estos derechos son los que debe proteger y protege en la actualidad la Sucesión por Causa de Muerte.

Queda claro entonces que la Sucesión por Causa de Muerte encarna en sí un interés económico-social porque si el hombre supiera que al fallecer, todo su trabajo y esfuerzo van a quedar anulados, su sentido de egoísmo lo llevaría a disfrutar de todos sus bienes para así acabarlos junto con su vida, evitando que personas que nada tienen que ver con él gocen de un patrimonio que no les pertenece, hecho ante el cual se perdería el interés por producir y se volvería un despilfarrador porque no sería justo que el que saque provecho de todo lo que posee sea el Estado o una tercera persona.

1.6.Conclusiones.

Debo destacar que a través de los tiempos se ha hecho imprescindible la existencia del Derecho Sucesorio y las normas que lo regulan, ya que las relaciones sociales y sus proyecciones deben ir a la par con las normas jurídicas, para así dar solución a las necesidades que van apareciendo en las distintas épocas de los seres humanos. Si bien es cierto que en épocas pasadas las disposiciones satisfacían a plenitud las aspiraciones familiares y de la sociedad en general, en las actuales, no cumplen a cabalidad su objetivo porque los valores, las relaciones, las instituciones, los derechos y las obligaciones son diferentes.

Todos, en alguna oportunidad, hemos sido testigos de los conflictos que, en ocasiones, surgen respecto al patrimonio y sus sucesiones, llevados a cabo por actos jurídicos, los cuales pueden ser: *inter vivos* (entre vivos) o *mortis causa* (por causa de muerte). El Derecho Sucesorio demanda pues su actualización, para dar respuestas concretas al torrente de planteamientos que se presentan en el diario vivir.

Considero que el Derecho Sucesorio es uno de los modos de adquirir el dominio más importante, ya que es la transferencia de dominio gratuita por excelencia puesto que lo que importa en ella es el parentesco y los vínculos de afectividad existentes entre el causante y sus asignatarios característica que ningún otro modo de adquirir la tiene, ya que ninguno de ellos para transferir el dominio se basa en ese tipo de relaciones, sino por contrario se transfiere a favor de un tercero muchas veces desconocido, por ello es la Sucesión es un modo muy particular de traspasar el dominio de las cosas.

Con lo mencionado en el desarrollo del presente capítulo puedo divisar con claridad la inmensa necesidad de que haya existido y exista un Derecho Sucesorio, sabiendo que todo el esfuerzo y frutos de nuestro trabajo lleguen a formar parte de un patrimonio, que más tarde será de nuestros seres más queridos, en el anhelo de que puedan subsistir dignamente y así gozar de la tranquilidad que nace al estar conscientes de que todo fue fruto del amor, la gratitud y la justicia. Aunque nos

resulte extraño a determinadas realidades, sin embargo, debe tenerse presente que debe tener además otras justificaciones, quizá ya no solo en razón del afecto, y parentesco, abrir posibilidades de sucesión, saliendo de lo tradicional y no porque esté mal, sino que contemple realidades propias de una sociedad consumista, materialista, que rompe los vínculos familiares, una sociedad estatista, con menos diferencias económicas y sociales.

CAPITULO II

ÓRDENES DE LA SUCESIÓN INTESTADA

2.1. Introducción.

Debemos tener presente que la sucesión abintestato o intestada es aquella que se otorga en virtud de la ley, es decir la que llama a los parientes para que vengan a suceder a su antecesor de conformidad a las disposiciones de la misma, y ésta tiene su origen cuando el testador no ha dispuesto de su patrimonio, cuando lo ha hecho, pero no lo ha realizado conforme a ley o cuando han existido bienes posteriores al testamento que no fueron objeto de disposiciones testamentarias. La ley de la manera más justa reemplaza la manifestación de voluntad del testador y lo hace como debería ser, a favor de sus parientes de grado más cercano.

La razón de ser de esta institución, a mi manera de ver, es el hecho de proteger el patrimonio del causante y de fortalecer a la familia, ya que si el causante no dispuso de sus bienes lo hace la ley de la manera más justa.

Existen tres clases de Sucesión: la Testamentaria, que es la sucesión en la cual, por medio del testamento, prevalece la voluntad del causante expresada conforme a ley; la Intestada, en la cual por no existir testamento válido y eficaz, se aplican las disposiciones legales; y, la Mixta, en la cual, no obstante existir testamento, no se le puede aplicar en su totalidad, haciéndose indispensable proceder en consonancia con las disposiciones legales en la parte en la que no es posible cumplir la voluntad del testador. (Morales, *Apuntes de Derecho Civil Sucesiones*)

La Sucesión Intestada es aquella en virtud de la cual la misma tiene lugar cuando no se manifiesta la voluntad explícita del testador; es por ello que debe intervenir la ley para reglar la sucesión como lo hubiera hecho el causante si no hubiera fallecido intestado. El legislador suple e interpreta la voluntad testamentaria que no llegó a manifestarse adecuadamente. Las leyes reglan la sucesión en los bienes de que el difunto no ha dispuesto, o si dispuso no lo ha hecho conforme a derecho. (Carrión, *Compendio de Derecho Sucesorio*. 25)

Así, el legislador regulará la sucesión del causante cuando:

-El difunto no dispuso de sus bienes. Puede ocurrir que el causante no haya otorgado testamento, o bien habiéndolo realizado, sólo se limitó a realizar declaraciones de voluntad, como el reconocimiento de un hijo.

-El causante dispuso de sus bienes, pero no lo hizo conforme a derecho. Este es el caso de la nulidad del testamento por falta de algún requisito de forma.

-Las disposiciones no han tenido efecto, como por ejemplo el caso del heredero que fue instituido bajo condición suspensiva y ésta resultó fallida, o cuando fue instituido bajo condición resolutoria y ésta se cumplió, y el testador nada dispuso para estos casos, la ley ha partido del presupuesto que el causante habría querido que sus bienes quedaran en manos de su familia, ya que sobre la base de suplir la voluntad del causante recurriendo a las personas que integran la familia, dispone quienes son llamados a la sucesión intestada. Para estos efectos, la ley organiza a la sucesión intestada en órdenes sucesorios, que regulan la forma en que las personas llamadas por la ley sucederán al causante. (<http://www.dudalegal.cl/sucesion-intestada.html>, Consulta 10 de Agosto, 10:30)

Pero no siempre será la familia su manifestación de voluntad sino puede ser la motivación o intención del mismo dejar a instituciones o personas necesitadas, tema que lo trataré más adelante como una posible reforma dentro de la sucesión intestada.

En el presente capítulo se hace alusión a los órdenes de la Sucesión Intestada, que se encuentran establecidos en nuestro Código Civil y que a mi manera de juzgar, ciertos órdenes son justos; algunos, con disposiciones algo abusivas, como es el caso de considerar al Estado como sobrino "privilegiado"; y , otros un tanto oscuros, porque no señalan con precisión su finalidad, como sucede con el Estado al ser considerado como único heredero y obtener el patrimonio del causante, sin indicarse con claridad para qué va a ser utilizado. Si bien últimamente se han introducido reformas en el sentido de que el beneficiario del patrimonio, sin asignatarios, sea el Ministerio de Defensa Nacional, debería entonces ser reformado nuestro Código Civil en su artículo 1033, señalándose que a falta de todos los herederos abintestato sucederá el Estado y el patrimonio será transferido al Ministerio de Defensa Nacional, pues en el artículo mencionado hasta el día de hoy dice únicamente Estado, con lo que no concuerdo. Si bien actualmente el patrimonio va para el Ministerio de Defensa, tampoco comparto ya que existen grupos más vulnerables que necesitan de la ayuda del Estado.

Cabe entonces dejar sentado la última reforma introducida al respecto el 30 de diciembre del 2008, registro oficial no. 497, decreto 1484. En la cual regula el proceso de extinción de la H. Junta de Defensa Nacional., y lo más importante se la sustituye por el Ministerio de Defensa Nacional el cual pasa a ser considerado como beneficiario de las herencias sin herederos. Así lo señalan sus disposiciones que dicen:

Art. 1.- A partir del 1 de enero del 2009, extíngase la H. Junta de Defensa Nacional creada como instancia administradora de presupuesto reservado para la defensa nacional.

Art. 5.- Los impuestos, tasas y contribuciones, así como los derechos sucesorios de los cuales sea beneficiaría la H. Junta de Defensa Nacional hasta su supresión, continuarán siendo percibidos y administrados por el Ministerio de Defensa Nacional, y destinados, a las mismas finalidades establecidas en la base normativa de su creación.

Disposición final.- De la ejecución del presente decreto ejecutivo, que entrará en vigencia a partir de la presente fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial, encárguese el Ministro de Defensa Nacional, la Ministra de Finanzas, y el Director Ejecutivo de la H. Junta de Defensa Nacional.

(www.pudeleco.com/weblegal/2008/diciembre/497-20081230.doc, Consulta, 6 de abril, 10:00)

Es por ello que en el presente capítulo propondré la incorporación de ciertas reformas para que las disposiciones de nuestro Código puedan ser consideradas justas y claras y que no den lugar a dudas y a malas interpretaciones.

Por último, realizaré un análisis comparativo con la legislación peruana, ya que es un país vecino y en muchos puntos, algunas instituciones se hallan reguladas de mejor manera que en nuestro Código, por lo que es indispensable tenerlas presentes.

2.2. Órdenes de la sucesión intestada.

De conformidad al artículo 1023 del Código Civil "Son llamados a la Sucesión Intestada los hijos del difunto, sus ascendientes, sus padres, sus hermanos, el cónyuge sobreviviente y el Estado".(Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*, Artículo 1023). De una manera más clara como explica el doctrinario Guillermo Bossano, "el primer orden de la sucesión intestada son los hijos por derecho personal y los nietos por derecho de representación; en el segundo orden son los ascendientes y el cónyuge, en tercer orden son los hermanos por derecho personal y los sobrinos por derecho de representación incluyendo el Estado; y, en el cuarto orden, el Estado."

Como se advierte la disposición mencionada hace una enunciación que toma en cuenta las relaciones de parentesco o de matrimonio, que son el origen de la familia del causante. Finalmente llama al Estado como personificación jurídica del país en el cual vivió el de *cujus*, fundó su familia y adquirió su patrimonio. Para reglamentar la sucesión intestada la ley ha organizado los llamados órdenes de la sucesión, al decir de Somarriva, orden de sucesión es aquel grupo de parientes que excluye a otro conjunto de parientes de la sucesión, pero que a su vez, puede ser excluido por otro conjunto de parientes. Este concepto aunque no es rigurosamente exacto porque en los órdenes de la sucesión abintestato interviene también el cónyuge sobreviviente que no es pariente del difunto, sin embargo permite apreciar el afán del legislador de llamar a suceder a los herederos según la proximidad del vínculo existente con el de *cujus*. (Carrión. *Compendio de Derecho Sucesorio*. 26)

Primer orden de la sucesión: “Los hijos excluyen a los demás herederos, sin perjuicio de la porción conyugal; en cuanto a la porción de los hijos, si el difunto hubiere dejado más de un hijo, la herencia se dividirá entre ellos por partes iguales.” (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*, artículo 1028)

“Los hijos ocupan el primer orden de la sucesión intestada y excluyen a los demás consanguíneos, por las relaciones íntimas y directas de parentesco con el antecesor, por lo tanto en una sucesión en la cual existen hijos, el acervo líquido corresponde a todos ellos por igual, dividiéndose en tantas partes cuántos hijos con derecho a suceder existan al momento de abrirse la sucesión.” (Morales, *Apuntes de Derecho Civil Sucesiones*).

Segundo orden de la sucesión: Si el difunto no ha dejado hijos le sucederán sus ascendientes de grado más próximo y el cónyuge, la herencia será dividida en dos partes una para los ascendientes y otra para el cónyuge. De no existir ascendientes o padres, toda la herencia corresponderá al cónyuge, no habiendo cónyuge toda la herencia corresponderá a los padres. 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. (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*, artículo 1030)

Al referirnos a los ascendientes la ley no ha limitado al primer o al segundo grado, sino que tendríamos que considerar a los ascendientes hasta el infinito, pero los de grado más próximo excluyen a los de grado más lejano, el segundo orden de la sucesión no sólo está integrado por los ascendientes sino también por el cónyuge sobreviviente que concurre con éstos en categoría similar; si en una sucesión intestada no existen ni hijos, ni nietos, ni ascendientes y solo hay cónyuge sobreviviente, éste es el heredero universal y recoge la totalidad de la herencia. (Morales, *Apuntes de Derecho Civil Sucesiones*).

Tercer orden de la sucesión: Si no hay descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge sobreviviente, suceden en toda la herencia, o en la parte de ella que sea intestada, los hermanos del causante, sean ellos de simple o de doble conjunción; pero la porción del hermano paterno o materno será la mitad de la porción del hermano carnal. Hay que recordar que la representación se aplica a los hermanos del causante, de modo que los sobrinos, en ausencia del hermano, quedan comprendidos en este orden. (<http://www.dudalegal.cl/sucesion-intestada.html>, Consulta 11 de Agosto, 10:00)

Si el difunto no hubiere dejado ninguno de los herederos expresados anteriormente, le sucederán sus hermanos, ya sea personalmente, o ya representados, conforme a las reglas siguientes:

-Si el difunto hubiere dejado solamente hermanos carnales o solamente medios hermanos, cada uno de ellos recibirá partes iguales; y,

- Si el difunto hubiere dejado uno o más hermanos carnales y también uno o más medios hermanos, cada uno de los primeros recibirá una cuota igual al doble de la de cada uno de los segundos. Por consiguiente, la herencia se dividirá en tantas partes cuantos fueren los medios hermanos, más el doble del número de hermanos carnales; así cada uno de éstos recibirá dos de dichas partes, y cada uno de los medios hermanos recibirá una de tales partes. (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*. Artículo 1031)

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. (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*. Artículo 1032)

Cuarto orden de la sucesión: A falta de todos los herederos abintestato designados en líneas anteriores, sucederá el Estado.

Cuando en un mismo patrimonio se ha de suceder por testamento y abintestato, se cumplirán las disposiciones testamentarias, y el remanente se adjudicará a los herederos abintestato, según las reglas generales. Pero los que suceden a un tiempo por testamento y abintestato, imputarán a la porción que les corresponda abintestato lo que recibieren por testamento, sin perjuicio de retener toda la porción testamentaria, si excediere a la otra.

Prevalecerá sobre todo lo dicho la voluntad expresa del testador, en lo que de derecho corresponda. (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*, artículos 1023-1034).

2.3. Condición jurídica del hijo adoptado con relación a la sucesión.

La institución de la adopción cumple una función social, consiste en dotar de hogar al infante que carece de este medio esencial para su crianza y establecimiento conveniente porque nunca lo tuvo, porque lo perdió o simplemente porque el hogar de origen le es perjudicial por circunstancias de diversa índole. Cumple igualmente propósitos humanitarios al servir de complemento a los matrimonios privados de hijos, o insatisfechos con su número, edad y sexo, y finalmente ofrece la oportunidad a cualquier persona de tener un niño, cuando por alguna circunstancia no le es posible. El acto por el cual se realiza la adopción, previa autorización judicial es acto solemne que crea un parentesco entre el adoptante y el adoptado y eventualmente entre éste y los parientes consanguíneos de él; al adoptado se le deben conferir iguales derechos que los de un hijo consanguíneo. . . (Ramírez. *Sucesiones*. 60)

Los artículos 326 y 327 del Código Civil, implícitamente privan de derechos hereditarios en la sucesión del adoptado al adoptante y viceversa. Expresamente dicen lo siguiente:

“**Art. 326.-** Por la adopción adquieren el adoptante y el adoptado los derechos y obligaciones correspondientes a los padres e hijos.

Se exceptúa el derecho de herencia de los padres de los adoptantes; pues, de concurrir éstos con uno o más menores adoptados, exclusivamente, la herencia se dividirá en dos partes iguales, una para dicho padre o padres, y otra para él o los adoptados. Esta disposición no perjudica los derechos del cónyuge sobreviviente.”
(Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*, Artículo 326)

En conclusión, la norma anterior, a mi criterio, debería ser reformada o eliminada del ordenamiento jurídico, ya que de una manera sutil y no directamente se está privando a los hijos adoptivos de los derechos que gozan los hijos naturales, puesto que únicamente los hijos adoptivos a la hora de heredar a sus padres adoptantes lo harán

en partes iguales con los padres de los padres adoptivos, lo que es una manera de discriminar a los hijos adoptivos puesto que como sabemos los hijos naturales excluyen a todos los demás parientes, inclusive a los padres del causante y esta norma es una excepción a la regla, por lo que la considero del todo injusta y discriminatoria, ya que el Código Civil al tratar de la sucesión intestada hace alusión a los órdenes y se refiere de manera general a los hijos, no distinguiendo entre carnales y adoptivos, por lo que debería amparar a todos los hijos por igual.

Considero pues, que uno de los más importantes fundamentos del Derecho Sucesorio es el hecho de que heredan las personas que tienen un mayor vínculo afectivo con el causante, por lo que cuando una persona adopta a un hijo existen los mismos cuidados y los mismos vínculos afectivos que con un hijo carnal. En consecuencia, esta disposición es totalmente injusta y debería ser eliminada de nuestro ordenamiento jurídico por ser inconstitucional, ya que va en contra del artículo 11 de nuestra Constitución de la República que expresamente consagra: “todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por discapacidad, diferencia física ni por cualquier otra distinción permanente que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. . .”(Constitución de la República, Artículo 11)

La norma del Código Civil, enunciada en párrafos anteriores, está en directa contradicción con nuestra Constitución, por lo que existiría una derogatoria tácita de las normas contradictorias a ella. Es algo inconcebible que en los actuales tiempos se distinga a los hijos de esa manera; no se puede dar paso, dentro de ningún punto de vista, puesto que ya pasamos las épocas en las que se discriminaba por ser hijos en legítimos o ilegítimos, adulterinos, de dañado ayuntamiento, etc., no podemos dejar que en la actualidad estas normas se apliquen de manera tan injusta, perjudicando a personas que forman parte de nuestra propia vida.

Este tipo de excepciones van en contra de la Carta Magna y de los Derechos Humanos mismos, ya que discrimenes y diferencias de esta naturaleza son inconcebibles. Si bien se identifica y regula legalmente a los hijos adoptivos, sin embargo, debe siempre estar presente sus derechos iguales en toda circunstancia, y más en los sucesorios, con los hijos biológicos.

“**Art. 327.-** La adopción no confiere derechos hereditarios ni al adoptante respecto del adoptado ni de los parientes de éste, ni al adoptado respecto de los parientes del adoptante.” (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*, Artículo 327)

En cuanto a esta primera norma transcrita, pienso que esta es otra de las disposiciones que debería ser eliminada del Código Civil puesto que de igual manera en el libro tercero, en lo que se refiere a la Sucesión por causa de Muerte, se puede apreciar claramente que a falta de hijos heredan los padres y con esta norma se elimina de cualquier derecho sucesorio a los padres adoptivos, lo que es injusto puesto que el padre adoptivo debe tener iguales derechos que los padres naturales y más aún porque sin llevar su sangre, son los que han brindado a sus hijos adoptivos la posibilidad de tener una familia, de crecer en el calor de un hogar, de brindarles todos los cuidados, es decir de todo cuanto necesitan material y espiritualmente y que sus padres naturales les negaron; es por ello que con pleno derecho deberían suceder a sus hijos adoptivos. De igual manera, esta misma norma en su segunda parte establece que el adoptado no tiene derechos hereditarios respecto a los parientes de los padres adoptivos, lo que es totalmente contradictorio a las instituciones del Derecho Sucesorio, pues al decir de una manera tan general, surge la pregunta: ¿dónde queda la cuarta de libre disposición y la cuarta de mejoras?. Con esta norma tan injusta se le priva al testador de disponer libremente, aún cuando se cumpla con las formalidades legales, lo que resulta ilógico y contradictorio con el Derecho Sucesorio mismo, por lo que debe ser eliminada de nuestro ordenamiento jurídico.

Si bien la intención del legislador es buena porque intenta evitar que la adopción responda a un interés económico, considero que es mal traída la norma, ya que es el propio Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia quien protege este tipo de eventualidades señalando como beneficios económicos indebidos y sanciona a quien adopta o acepta ser adoptado solo por esperar una contraprestación económica a cambio. Considero que basta y sobra esta norma ya que la del Código Civil es un tanto exagerada al basarse única y exclusivamente en el ámbito hereditario, pues si acaso existe el interés de adoptar por heredar al hijo adoptivo o a los padres adoptivos, tanto los padres como el adoptado, deberían de antemano saber que el adoptado va a morir antes que ellos, o que los padres van a morir primero, lo que no puede constituirse jamás en certeza, al igual que en el caso de que el niño tenga varios bienes por heredar, pues en la mayoría de ellos hay muchos niños de los que no se sabe su procedencia. Entonces surge el interrogante: ¿De dónde van a heredar para tener un patrimonio prometedor y anhelado por sus padres adoptivos?, de igual manera difícilmente el adolescente puede tener en claro este tipo de información antes de aceptar ser adoptado. En consecuencia, la norma del Código Civil, a mi manera de ver, debería ser eliminada del ordenamiento jurídico.

Art. 155.- ‘Prohibición de beneficios económicos indebidos.-Se prohíbe la obtención de beneficios económicos indebidos como consecuencia de la adopción. Quien condicione el consentimiento para la adopción a una contraprestación económica y el que intermedie en esta materia con fines de lucro, será sancionado en la forma prevista en este Código’. (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, artículo 155)

En lo relativo a la norma transcrita considero que con la redacción del artículo 152 que lo transcribiré en líneas posteriores, el 155 quedaría derogado tácitamente puesto que dentro de ella se debe entender que implícitamente considera esta posibilidad impidiéndola de manera lógica que se llegue a dar. Pero si de analizar el artículo se trata, considero que tiene razón de ser siempre y cuando no se interprete que los beneficios económicos sea el heredar al adoptado pues es obvio que esto no se incluye ya que habla de beneficios económicos ‘‘indebidos’’ y heredar no es uno de ellos. Como dije en líneas anteriores, los padres adoptivos tienen todo el derecho de

heredarlos, pues se la debe interpretar en el sentido de que por ejemplo una persona adopta a un niño porque los padres naturales le van a pagar un mensual o una cantidad cuantiosa de dinero, etc., es decir que se adopte a un niño con la única finalidad de recibir dinero o una contraprestación a cambio. Es preciso entonces tener presente que ambas partes pueden tener intereses económicos indebidos: el adoptante por la decisión de adoptar y el adoptado porque tiene que consentir, todo lo cual está señalado en el artículo pertinente del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que dice:

Art. 153.- Principios de la adopción.- La adopción se rige por los siguientes principios específicos:

5. El niño y la niña siempre que estén en condiciones de hacerlo deben ser escuchados en el proceso de adopción y sus opiniones serán valoradas de acuerdo al desarrollo evolutivo y emocional de cada uno. Es obligatorio el consentimiento del adolescente. (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, artículo 153)

En cuanto a estas mismas normas nace otro interrogante ¿Qué pasa en una sucesión intestada? ¿Qué sucede el momento en que se llama a suceder al padre o al hijo adoptivos? ¿Se les privaría de este derecho?. Las normas al no diferenciar si se aplicarán a la sucesión testada o intestada dan a entender que es aplicable en ambos casos, lo que resulta un verdadero absurdo y una burla a la justicia.

Con los antecedentes dados, se hace imprescindible el conocer algunas normas del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia acerca de la adopción:

Art. 152.- Adopción plena.- La ley admite solamente la adopción plena, en virtud de la cual se establecen entre el o los adoptantes y el adoptado todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parento filial. En consecuencia, jurídicamente el hijo adoptivo se asimila en todo al hijo consanguíneo.

La adopción extingue el parentesco entre el adoptado y los miembros de su familia de origen. No obstante, quedarán subsistentes los impedimentos matrimoniales que afectaban al adoptado por causa de las relaciones de parentesco extinguidas. (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, artículo 152)

Claramente esta norma señala que el hijo adoptivo se asimila en "todo" al hijo consanguíneo, tendrá los mismos derechos, deberes, prohibiciones, propios de la relación parento filial. Lo que dice el Código Civil está en contradicción con el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia ya que dentro de él no existe ningún tipo de excepción ni limitación a los derechos del adoptado, sino como debería ser, son considerados iguales hijos adoptivos y consanguíneos.

En cuanto al segundo inciso me permito señalar que debería ser reformado su texto, ya que está en directa contradicción con la norma del Código Civil que dice:

Art. 325.- El adoptado continúa perteneciendo a su familia natural, donde conserva todos sus derechos. Los padres que consienten en la adopción pierden la patria potestad que pasa al adoptante. (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*. Artículo 325)

Al ser una norma del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, cabe recordarse que la norma especial prevalece sobre la general, por lo que considero que el inciso segundo del artículo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia debería ser reformado y decir lo siguiente:

La adopción **no** extingue el parentesco entre el adoptado y los miembros de su familia de origen, conserva todos sus derechos, e impedimentos como los matrimoniales que afectan al adoptado por causa de las relaciones de parentesco.

En esta situación perfectamente estoy de acuerdo con la norma del Código Civil puesto que es conveniente para el adoptado que subsistan las relaciones y derechos con su familia de origen para que pueda tener la posibilidad de acceder a ellos cuando la ley así lo reconozca.

Art. 99. Unidad de filiación.- “Todos los hijos son iguales ante la ley, la familia y la sociedad. Se prohíbe cualquier indicación que establezca diferencias de filiación y exigir declaraciones que indiquen su modalidad.” (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*. Artículo 99)

La ley y más aún la Constitución, aclara que no debe existir ningún tipo de diferencias entre los hijos puesto que señala que indistintamente todos los hijos gozarán de los mismos derechos, sin considerar antecedentes de adopción ni filiación. Al decir gozarán de todos los derechos obviamente dentro de ellos está el derecho a suceder a sus padres adoptivos en la misma porción que tienen derecho los hijos consanguíneos, es por eso que no se entiende como esas normas inconstitucionales del Código Civil (Arts.326 y 327) se encuentran todavía vigentes.

El solo hecho de que el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia y la Carta Magna dé protección total a todos los niños y niñas, aplicando el principio del interés superior, es decir que sus derechos prevalecerán sobre el de las demás personas, es suficiente para que se deje de aplicar esas disposiciones, ya que nuestra Constitución lo que trata actualmente es proteger a la familia desde todos los puntos de vista y el hecho de que un hijo por tener la condición de adoptado no reciba en la misma proporción la herencia, se le está discriminando y esto, como lo dije en líneas anteriores, está prohibido.

A continuación transcribiré la norma constitucional en la que claramente se explicita este tema:

Art. 69.- “Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

Inciso 6: Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción.” (*Constitución de la República*, Artículo 69)

Luego de haber tratado a fondo este tema juzgo de gran importancia que una vez considerada la posibilidad de eliminar las normas que sugiero, se debería introducir un nuevo artículo en la sucesión por causa de muerte, tomando en cuenta que en la vida real se dan un sin número de casos que no se encuentran regulados en el Libro Tercero y que se refiere al hecho de que una vez que los padres naturales fallecen qué pasa con el hijo adoptivo ¿es heredero? De esta pregunta no hay respuesta en el ordenamiento jurídico y por ello, en líneas anteriores, establecí la necesidad de reforma en la que se establezca que las relaciones entre el adoptado y su familia de origen no desaparezcan con la adopción, con lo que tendría todo el derecho de heredar siguiendo los órdenes y demás reglas del Código Civil, como por ejemplo de existir otros hijos se repartirán con él en partes iguales. En consecuencia la reforma se concebiría en los siguientes términos:

Al fallecer el padre o madre natural de un hijo que ha sido dado en adopción, éste tendrá los mismos derechos para sucederle que los demás hijos: en la misma proporción y de igual forma que un hijo natural. Asimismo le ampararán todas las acciones para reclamar la parte a la que por ley tiene derecho.

2.4. Propuesta de reforma al tercer orden de sucesión. Artículo 1032 del Código Civil.

El artículo 1032 del Código Civil establece lo siguiente:

“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”.

(Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*, artículo 1032)

Se puede interpretar claramente la norma transcrita, pues en nuestra legislación al Estado, cuando sucede, se lo considera como sobrino privilegiado, obviamente que en concurrencia de hijos de hermanos carnales y de hijos de medios hermanos, el Estado se asemejaría a los primeros y siempre que concurren tres o más sobrinos, a éste le toca indiscutiblemente la cuarta parte de los bienes sucesorios, lo que nos lleva a la conclusión de que el Estado es uno de los grandes partícipes del patrimonio del causante, no solamente por la cantidad de impuestos que absorbe sino por ser reconocido, por normas legales, como un heredero más.

El fundamento por el que propongo reformar el Art. 1032 del Código Civil, es que considero injusto que el Estado deba heredar como un sobrino y peor aún como uno privilegiado. La participación del Estado en la recaudación de impuestos por concepto de herencias, legados o donaciones, ya es suficiente para reconocer a través de la tributación derechos sobre el patrimonio del causante.

El patrimonio del causante se deja a los familiares más íntimos y éstos se van excluyendo unos a otros desde los más cercanos hasta llegar a los más lejanos.

Cuando no hay hijos, cónyuge, nietos, padres, hermanos, heredan los sobrinos por representación, pero personalmente no encuentro un fundamento por el cual el Estado deba entrar a heredar con los sobrinos, puesto que éste debería participar de los bienes de la masa hereditaria únicamente cuando no exista ningún pariente que pueda heredar los bienes del causante o cuando no tengan interés en suceder, ya que los sobrinos por más parientes lejanos que sean, son su familia y, el causante, en vida, lo que realmente anhela es que su patrimonio lo aprovechen sus seres cercanos, pues se supone que es fruto de sus esfuerzos y desvelos y con miras justamente a que después de sus días pase a sus familiares con los cuales le une ese vínculo de afecto, lo que no sucede con el Estado. De conformidad con la ley, todos los herederos deben pagar el impuesto por la herencia recibida, con lo que ya el Estado tiene una gran participación en la masa sucesoria puesto que los impuestos que actualmente se deben pagar por la herencia son sumamente altos y así cuenta con una significativa fuente de ingresos, entonces: considero que esta participación es un abuso.

Art. 36.- Tarifa del impuesto a la renta de personas naturales y sucesiones indivisas:

d) Los beneficiarios de ingresos provenientes de herencias y legados, con excepción de los hijos del causante que sean menores de edad o con discapacidad de al menos el 30% según la calificación que realiza el CONADIS; así como los beneficiarios de donaciones, pagarán el impuesto, de conformidad con el reglamento, aplicando a la base imponible las tarifas contenidas en la siguiente tabla:

Impuesto Herencia, Legado y Donaciones 2012

Fracción Básica	Exceso Hasta	Impuesto Fracción Básica	% Impuesto Fracción Excedente
-	61.931	-	0%
61.931	123.874	-	5%
123.874	247.737	3.098	10%
247.737	371.610	15.484	15%
371.610	495.484	34.064	20%
495.484	619.358	58.839	25%
619.358	743.221	89.808	30%
743.221	en adelante	126.967	35%

(<http://www.imgroup.com.ec/biblioteca/tabla-impuesto-herencias-legados-donaciones-2012>, Consulta, 16 de Febrero, 18:10)

Los rangos de la tabla precedente serán actualizados conforme la variación anual del Índice de Precios al Consumidor de Área Urbana dictado por el INEC al 30 de Noviembre de cada año. El ajuste incluirá la modificación del impuesto sobre la fracción básica de cada rango. La tabla así actualizada tendrá vigencia para el año siguiente.

En el caso de que los beneficiarios de herencias y legados se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad con el causante, las tarifas de la tabla precedente serán reducidas a la mitad.

En el caso de herencias y legados el hecho generador lo constituye la delación. La exigibilidad de la obligación se produce al cabo de seis meses posteriores a la delación, momento en el cual deberá presentarse la declaración correspondiente.

En el caso de donaciones el acto o contrato por el cual se transfiere el dominio constituye el hecho generador.

Se presumirá donación, salvo prueba en contrario, para los efectos impositivos de los que trata esta norma, toda transferencia de dominio de bienes y derechos de ascendientes a descendientes o viceversa.

Se presumirá donación, salvo prueba en contrario, incluso en la transferencia realizada con intervención de terceros cuando los bienes y derechos han sido de propiedad de los donantes hasta dentro de los cinco años anteriores; en este caso los impuestos municipales pagados por la transferencia serán considerados créditos tributarios para determinar este impuesto''. (Corporación de Estudios y Publicaciones. Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno)

De la tabla antes transcrita se puede ver claramente el impuesto a cancelarse por herencias y donaciones y si se excede de la cantidad establecida en el cuadro, se pagará un porcentaje determinado en él, dependiendo del monto que reciba el heredero o donatario.

En consecuencia, estoy muy de acuerdo con quien afirma que el Estado tiene una cuota mayor que la del sobrino, sin perjuicio de absorber gran parte de la herencia por los numerosos impuestos que gravan a la sucesión y por los recargos de diverso orden que afectan a los asignatarios. . . (Carrión. *Compendio de Derecho Sucesorio*. 29)

Por las razones expuestas considero debe ser reformado este artículo del Código Civil, que a mi criterio, debería tanto debería señalar lo siguiente:

Art. 1032. Cuando no exista ninguno de los herederos abintestato mencionados en los artículos anteriores, sucederán al causante los sobrinos, por derecho de representación. Por consiguiente, la herencia se dividirá en tantas partes cuanto fueren el número de sobrinos, los que se repartirán los bienes de la masa hereditaria de manera equitativa.

Por obvias razones considero que si no hay herederos de ninguna índole, debe suceder el Estado, siempre y cuando no exista ningún pariente que pueda ser llamado a la sucesión, y esto es bastante lógico porque de otra manera el patrimonio y los bienes que lo conforman, quedarían abandonados y perecerían con el tiempo, no producirían beneficio para nadie, pero si existen sobrinos, lo vuelvo a reiterar, no encuentro justificación para que sea llamado el Estado.

2.5. Propuesta de reforma al cuarto orden de la sucesión.

El cuarto y último orden de la sucesión intestada corresponde al Estado, esto es, cuando faltan hijos o nietos, ascendientes o cónyuge sobreviviente, hermanos o sobrinos, el beneficiario único es el Estado, y esto corresponde al espíritu de nuestra legislación, que considera que, gracias al aporte del Estado, los particulares pueden generar sus riquezas. El patrimonio de una persona no puede considerarse como producto exclusivo de la iniciativa y el trabajo de cada sujeto, es consecuencia también de los diversos factores sociales, políticos, de seguridad y paz que han permitido que el individuo se desenvuelva en un medio propicio. Y quien estimula el clima adecuado para que el hombre pueda desarrollarse libre de temor y amparado en sus derechos y libertades, es el Estado, al cual estamos obligados a servir y proveer de los medios necesarios para que atienda precisamente a los servicios públicos para la convivencia y subsistencia de sus asociados. . . (Bossano. *Manual de Derecho Sucesorio*, 148)

A continuación me referiré al artículo 1033, que dice: “A falta de todos los herederos abintestato designados en los artículos precedentes, sucederá el Estado.” (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*, Artículo 1033)

Considero que debe ser más explícito, indicándose la finalidad para la cual va a ser destinada esa masa hereditaria que recibe el Estado, pues para todos es conocido que desde el año 1942, a raíz del desastre territorial, se creó la Junta de Defensa Nacional, ahora extinguida y a la cual se le asignó las herencias intestadas, y desde ese año hasta nuestros días es dicho Ministerio de Defensa el único beneficiario.

Después de la derrota hubo que darle al País un nuevo rumbo y entonces se justificó tal decisión, que tendía a revitalizar a la patria. No obstante de ello, en la hora actual, analizando con frialdad y con gran espíritu cívico los problemas nacionales, encontramos que ninguno continúa siendo más agudo y que constituye un imperativo patriótico y que haya que solucionarlo, como el educativo, o el de la salud. La juventud requiere hoy más que nunca ser conocida, para ser comprendida, ser comprendida para ser amada, y ser amada para ser exaltada hacia sus metas de superación, por la niñez y juventud del presente hablará la Patria del mañana. . . (Bossano 149)

En consecuencia, el patrimonio recibido en este orden a favor del Estado, debería destinarse a sectores vulnerables como es la educación o la salud, mas no al Ministerio de Defensa Nacional, puesto que uno de los sectores que necesita de más atención y ayuda del Estado es la educación porque de ella depende el futuro de nuestra Patria para que contemos con profesionales idóneos y sobre todo para erradicar de una vez y de manera definitiva el analfabetismo que es una verdadera lacra social. Si bien hoy en día podemos ver que el Estado presta gran ayuda a la educación, considero que lo que se destina a ella no es lo suficiente para solventar las necesidades de toda la población puesto que todavía existen planteles educativos que se encuentran en condiciones deplorables, instalaciones caducas, con tecnología que deja mucho que desear.

De otro lado, es indispensable mejorar la calidad de los maestros que no solamente deben impartir conocimientos, sino también preocuparse por los valores, que tan a menos se han venido en estos últimos tiempos; y, algo increíble, hoy en día todavía se dan maltratos y discriminaciones a estudiantes, con lo que queda muy en claro que falta mucho por hacer para mejorar la educación, a la que se la considera como un sector altamente vulnerable y es uno de los problemas más delicados dentro de nuestro País, partiendo del hecho de que es indispensable que el ser humano concentre todo su intelecto al conocimiento y la cultura, lo que le irá enriqueciendo, al tiempo que le convierte en persona de bien que será el futuro de la Patria. De ahí la necesidad de que para que la educación de colegios y universidades mejore día a día, necesita de un patrimonio cuantioso para lograr estos objetivos y qué mejor que tomarlo de las herencias abintestato, sin herederos forzosos.

Al respecto considero que, como en tiempos pasados, la finalidad para la que se utilizaba el patrimonio de herencias sin herederos era destinado para la educación, hoy en día se debería retomar esa idea, insistiendo en el hecho de que siendo un sector de suma importancia es necesario dotarlo de recursos para que mejore tanto su nivel como la posibilidad de acceso de la población a los centros educativos.

Si se logra superar el problema de la educación en todos sus aspectos, se habrán resuelto varios de sus conflictos primordiales y se podrá alcanzar ese desarrollo tan necesario para el pueblo ecuatoriano, con ciudadanos preparados y capacitados que mediante su trabajo digno y eficiente aporten al desarrollo y progreso de la Patria.

Todo lo mencionado en líneas anteriores es con la finalidad de estar de acorde con nuestra Constitución ya que la misma al tratar sobre la educación en su artículo 347 señala que será responsabilidad del Estado: 1: Fortalecer la educación pública y asegurar el mejoramiento permanente de la calidad, la ampliación de la cobertura, la infraestructura física y equipamiento de las instituciones educativas públicas. .
(*Constitución de la República*, artículo 347)

Este y demás numerales deben ser atendidos por el Estado ya que es su responsabilidad la educación, pero lo que no se señala es la manera de obtener recursos para cumplir con estas finalidades y que mejor que una manera sea el patrimonio de la sucesión abintestato sin herederos para cumplir con sus finalidades.

Como se menciona antes, otro de los sectores vulnerables es la salud. Si bien de alguna manera el Estado, en los últimos años, se ha preocupado de este sector, todavía algunos centros de salud trabajan en condiciones deplorables y más que centros de curación se convierten en centros de contaminación e insalubridad. De igual manera haciendo alusión a nuestra Carta Magna la misma que en su Art. 366. Dice:- El financiamiento público en salud será oportuno, regular y suficiente, y deberá provenir de fuentes permanentes del Presupuesto General del Estado. Los recursos públicos serán distribuidos con base en criterios de población y en las necesidades de salud. . . (*Constitución de la República*, artículo 366)

Se puede dilucidar que estos sectores son y deben ser atendidos por el Estado por ser una de sus más grandes preocupaciones para mantener bien a su población; como con anterioridad mencioné en la misma no se señala la manera de cómo conseguir los recursos para conseguir y cumplir con sus finalidades, pues repito, que mejor que el patrimonio adquirido por el Estado proveniente de las sucesiones abintestato para atender a éste sector tan importante para los ciudadanos.

Si bien la disposición del Código Civil antes mencionada no nos indica la finalidad a la cual va dirigida la masa hereditaria que es recibida por el Estado, todos conocemos que se la destina al Ministerio de Defensa Nacional, lo que es acertado, pero se podrían dividir los recursos, destinándole una porción mínima al Ministerio Orgánico y el resto consignarlos a otros sectores que se los consideren como los más vulnerables. En consecuencia y a mi modo de juzgar, el artículo 1033 debería decir:

Art. 1033 Cuarto Orden de la Sucesión:

A falta de todos los herederos abintestato, considerados en los artículos precedentes, sucederá el Estado, el que a su vez está obligado a asignar un tercio del patrimonio para el Ministerio de Defensa Nacional, otro tercio para la educación y el último tercio para la salud, salvo que a criterio de la Función Ejecutiva el patrimonio se lo deba destinar a otros sectores para atender así las necesidades más urgentes de la población. Estas instituciones heredarán siempre a beneficio de inventario.

De otra parte pienso que a la Sucesión Intestada bien se la podría interpretar de una manera más amplia en determinadas situaciones, tal es el caso en que el causante fuese una persona que en vida se dedicó a la ayuda social, lo racional sería que a su muerte se continúe con su obra benéfica y así su patrimonio, en caso de no existir asignatarios forzosos, no vaya solamente al Estado sino también sean partícipes instituciones por las que él velo durante su existencia, quedando claro de que en caso de que existan asignatarios forzosos el patrimonio sea compartido para lo que es preciso un nuevo artículo que contemple este caso en particular.

Art... Si el testador no tiene asignatarios forzosos, el Estado heredará parte del patrimonio y la otra parte serán partícipes instituciones de beneficencia, quedando claro de que en caso de que existan asignatarios forzosos el patrimonio será compartido, es decir mitad se dividirá para los parientes y la otra se destinará para ayuda social.

Con esta reforma se debería introducir modificaciones a una norma existente en nuestra legislación, para así tener concordancia. En tal caso el Artículo 1023, a mi manera de ver, debería decir lo siguiente (lo que está con negrita sería la reforma): [Personas o **instituciones** llamadas a la Sucesión Intestada]: Son llamados a la sucesión intestada los hijos del **causante**, sus ascendientes, sus padres, sus hermanos, el cónyuge o **conviviente** sobreviviente, el Estado **y, en casos particulares, personas o instituciones de beneficencia. En todos y cada uno de los órdenes de la sucesión se tomará en cuenta esta posibilidad, lo que será**

aplicable siempre que se compruebe que el testador fue una persona solidaria, que en vida ayudó a los más necesitados.

Quien debe reclamar este derecho sería el representante de la institución de beneficencia, el mismo que comprobará la ayuda que en vida realizaba el causante a su institución, el reclamo se realizará el momento mismo de la muerte del causante.

Art... Procedimiento en caso de suceder las instituciones de beneficencia: El representante de la institución de beneficencia el momento de la muerte del causante reclamará su derecho ante el juez competente para lo cual deberá demostrar con cheques, depósitos o testigos la ayuda que prestaba en vida el causante a su institución.

La demanda se tramitará como proceso abreviado.

2.6. Propuesta de reforma al artículo 1021 del Código Civil.

Art. 1021.- “Las leyes reglan la sucesión en 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.” (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*, Artículo 1021)

Considero que es un artículo demasiado simple, que no señala con amplitud los casos en los que cabe la sucesión intestada; se lo debe establecer con más claridad y precisión, para que por medio de su contenido cualquier ciudadano común pueda comprenderlo en cuanto a su significado y alcance. Es preciso entonces una reforma, cuyo contenido sea:

La sucesión intestada tendrá lugar en los casos siguientes:

1. Cuando fallece una persona, sin dejar testamento.

2. Cuando una persona fallece habiendo dejado testamento, pero se lo nulita por no cumplir con las formalidades de ley.

3. Cuando a pesar de haber dispuesto de sus bienes, conforme a derecho, no surte efecto sus disposiciones.

4. Cuando el contenido del testamento trata únicamente de declaraciones y no de disposiciones en cuanto a su distribución.

A continuación y citando al doctrinario Guillermo Bossano explicaré cada uno de los casos en que se lleva a cabo la sucesión intestada.

1. Cuando fallece una persona, sin dejar testamento.

Pueden presentarse las siguientes situaciones: “que el causante no haya otorgado testamento. El único medio jurídico por el cual una persona puede disponer de su patrimonio es el testamento, quien no lo otorga pierde la posibilidad de disponer de sus bienes, para que sus disposiciones tengan efecto luego de sus días.” (Bossano. *Manual de Derecho Sucesorio*, 126)

Lógicamente, la sucesión intestada cabe en el momento en que el causante no ha dispuesto de sus bienes por medio del testamento, es entonces cuando la ley suple la voluntad del causante y llama a suceder en su patrimonio a las personas más cercanas al testador, ajustándose en lo posible a lo que se supone hubiera dispuesto el testador.

2. Cuando una persona fallece habiendo dejado testamento, pero se lo nulita por no cumplir con las formalidades de ley.

El profesor Hernando Carrizosa Pardo sostiene al respecto que entre los preceptos que organizan la testamentación unos señalan imperativamente las formalidades propias de los testamentos y otros marcan los linderos de la libertad de testar. Todos éstos son imperativos de orden público. La violación de los primeros acarrea la sanción de nulidad (externos) cuyo efecto es hacer caer el testamento y que la sucesión se ordene íntegramente por leyes de la sucesión intestada. Por razón de estas nulidades pueden nacer para los herederos legítimos, obligaciones naturales. Otras veces la nulidad del testamento proviene de cuestiones de fondo, al violar disposiciones de orden público como instituir heredero a un incapaz, o de algún vicio

del consentimiento: la fuerza, el error y el dolo. En estos eventos la nulidad puede extenderse a todo el contenido del testamento, entonces la sucesión será íntegramente intestada o, sólo a ciertas disposiciones testamentarias, en cuyo caso la sucesión será parte testada y parte intestada.

Algunos ejemplos aclaran este concepto: si el causante instituye como heredero universal a un incapaz de suceder, el testamento no es conforme a derecho, y toda la herencia pasará a los herederos abintestato, pero, si conjuntamente con el incapaz llamó a otro, la nulidad en nada perjudica a éste, quien por acrecimiento será heredero testamentario. Si la nulidad proviene de error o de dolo y el error se extiende a todo el testamento, los abintestatos serán llamados a recoger la herencia, mas si el vicio no se extiende sino a cláusulas determinadas, tendrá efecto el testamento en lo demás.

Se entiende que en todos los demás casos en los que no se los considere nulos pueden dar origen solamente a la reforma del testamento. Por los antecedentes dados, en caso de nulidad del testamento, considero que es de racional el que existan otras posibilidades para que la ley entre a suplir la voluntad del causante, ya que en muchas ocasiones el descuido o la mala interpretación de la ley llevan al hecho de que al no cumplir con todos los requisitos para que surta efecto el testamento, no se puede dar cumplimiento a lo que el testador anheló.

3. Cuando a pesar de haber dispuesto de sus bienes, conforme a derecho, no surte efecto sus disposiciones.

El testamento reúne todos los requisitos legales, es perfecto en el fondo y en la forma; no hay fundamento alguno para alegar su nulidad, empero, resulta a posteriori ineficaz, por situaciones eventuales como: Cuando el sucesor ha fallecido antes que el testador, cuando el asignatario es incapaz, cuando el causahabiente es indigno, cuando el heredero o legatario repudian sus respectivas asignaciones; y por fin, si se trata de testamento privilegiado, no surten efecto sus disposiciones, por cuanto caduca en noventa días. . . .
(Bossano. *Manual de Derecho Sucesorio*, 129-130)

4. Cuando el contenido del testamento trata únicamente de declaraciones y no de disposiciones en cuanto a su distribución.

Se debe tener presente que es de la esencia de todo testamento contener disposiciones, pero también puede contener declaraciones, como por ejemplo el reconocimiento de un hijo, o diversas expresiones, inclusive políticas. Cabe recalcar que si el testamento se limita únicamente a declaraciones y no existen disposiciones, la ley tiene que asumir la responsabilidad de suplir la omisión en que incurrió el testador por el hecho de hacer que su manifestación de voluntad se limite únicamente a declaraciones. . . (127)

Hay que clarificar que el testamento puede contener declaraciones pero no únicamente éstas son suficientes, ya que lo que debe hacer el testador es disponer de sus bienes a favor de sus seres queridos. En consecuencia, al contener solamente declaraciones, los bienes quedarían al libre arbitrio, situación en la que la ley es la llamada a suplir su voluntad y repartir los bienes de conformidad a sus normas; por supuesto, en ningún momento, las declaraciones dejarán de surtir efectos, sino que seguirán siendo consideradas porque se puede dar el caso del reconocimiento de un hijo, situación tan importante y justa que no se la puede prescindir.

Como consecuencia de todo lo tratado antes, considero necesario implementar la reforma que sugerí al inicio del presente subcapítulo, (disposición correspondiente del Código Civil), ya que es la doctrina la que explica los casos en los que tienen cabida la sucesión intestada, porque la ley no lo hace, lo que origina dudas y oscuridades; mientras más explícito y claro sea un tema, es mejor, permitiéndonos así encontrar respuestas precisas a los problemas e inquietudes que puedan surgir.

2.7. Análisis comparativo con la Legislación Peruana.

Artículo 818.- Igualdad de derechos sucesorios de los hijos

“Todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres. Esta disposición comprende a los hijos matrimoniales, a los extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia, respecto a la herencia del padre o de la madre y los parientes de éstos, y a los hijos adoptivos.” , (<http://www.jafbase.fr/DocAmeriques/Perou/codecivil.PDF>. Consulta, 29 de Julio, 11:15)

Este artículo es de trascendental importancia, a mi manera de ver, puesto que no hace ningún tipo de distinción entre los hijos ni les priva de la sucesión como lo hace la legislación ecuatoriana al impedir que los hijos adoptivos reciban la totalidad del patrimonio de sus padres adoptivos, que debe ser tomado en cuenta en nuestra legislación puesto que es inconcebible que en estos tiempos se haga este tipo de discriminaciones a los hijos adoptivos y es más inconcebible aún que estas distinciones se hallen reguladas en un Código donde se supone que la justicia debe estar por encima de todo. Por ello se hace indispensable eliminar la norma del Código Civil Ecuatoriano, debiéndose implementar obligatoriamente tal disposición.

Considero además que en esta norma su redacción debe ser implementada en el libro tercero, para que así quede especificado que a la hora de hablar de derechos sucesorios, no existe ningún tipo de diferencias entre los hijos matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos.

Artículo 816.- Órdenes sucesorios

Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge; del

cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercero y cuarto grado de consanguinidad.

El cónyuge también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo.

(<http://www.jafbase.fr/DocAmeriques/Perou/codecivil.PDF>. Consulta, 29 de Julio, 11:30)

Artículo 828.- Sucesión de parientes colaterales

“Si no hay descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge con derecho a heredar, la herencia corresponde a los parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad inclusive, excluyendo los más próximos a los más remotos, salvo el derecho de los sobrinos para concurrir con sus tíos en representación de sus padres, de conformidad con el artículo 683.”

(<http://www.jafbase.fr/DocAmeriques/Perou/codecivil.PDF>, Consulta, 29 de Julio, 11:30)

Artículo 683.- Representación en línea colateral

“En la línea colateral sólo hay representación para que al heredar a un hermano, concurren con los sobrevivientes los hijos de los hermanos premuertos que tengan derecho a representarlo en los casos previstos en el artículo 681.”

(<http://www.jafbase.fr/DocAmeriques/Perou/codecivil.PDF>, Consulta, 29 de Julio, 15:00)

Artículo 681.- Definición

“Por la representación sucesoria los descendientes tienen derecho de entrar en el lugar y en el grado de su ascendiente, a recibir la herencia que a éste correspondería si viviese, o la que hubiera renunciado o perdido por indignidad o desheredación.”

(<http://www.jafbase.fr/DocAmeriques/Perou/codecivil.PDF>, Consulta, 29 de Julio, 15:05)

En cuanto a estos artículos que contiene el Código Civil Peruano, se puede apreciar claramente como el Estado no participa en ningún orden junto con los parientes del causante y esto es totalmente lógico como lo expresé anteriormente que el Estado no tenga participación en la sucesión intestada, sino únicamente cuando no exista ningún pariente que herede los bienes del causante. Es prudente que lo bueno de otras legislaciones deba ser tomado en cuenta para mejorar la nuestra y hacerla cada vez más humana y acorde a las necesidades actuales, haciéndolo con un sentido de verdadera justicia. Considero pues que ésta debería ser una reforma radical a implantarse en nuestro ordenamiento jurídico.

Artículo 830.- Sucesión del Estado y de la beneficencia pública

A falta de sucesores testamentarios o legales, el juez o notario que conoce del proceso o trámite de sucesión intestada, adjudicará los bienes que integran la masa hereditaria, a la Sociedad de Beneficencia o, a falta de ésta, a la Junta de Participación Social del lugar del último domicilio del causante en el país o a la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana, si estuvo domiciliado en el extranjero.

Es obligación de la entidad adjudicataria pagar las deudas del causante si las hubiera, hasta donde alcance el valor de los bienes adjudicados.

Corresponde al gestor del proceso o trámite de sucesión intestada, el diez por ciento del valor neto de los bienes adjudicados, el mismo que será abonado por la entidad respectiva, con el producto de la venta de dichos bienes u otros, mediante la adjudicación de alguno de ellos.

(<http://www.jafbase.fr/DocAmeriques/Perou/codecivil.PDF>. Consulta, 29 de Julio, 11:30)

Esta norma sirve de sustento a mi punto de vista acerca del cuarto orden de la sucesión, en la que la disposición del Código Civil Ecuatoriano que hace referencia a este tema, debe ser más clara y explícita en el sentido de que se debe poner claramente la finalidad que dará el Estado al patrimonio de la masa hereditaria, pues si bien se conoce que el patrimonio lo transfiere al Ministerio de Defensa Nacional, considero debería constar en la disposición correspondiente del Código Civil que sucederá el Estado, el que a su vez está obligado a asignar un tercio del patrimonio para el Ministerio de Defensa Nacional, otro tercio para la educación y el último tercio para la salud, salvo que a criterio del Presidente de la República el patrimonio se lo deba destinar a otros sectores para atender así las necesidades más urgentes de la población.

La disposición del Código Civil Peruano es totalmente clara y explícita en cuanto a la finalidad a la que va destinada esa masa sucesoria, justamente lo que yo anhelaría conste en la disposición de nuestro Código Civil. Además algo totalmente novedoso y que de igual manera debería ser tomado en cuenta es el hecho de que una vez que el Estado asuma y tenga en su poder esa masa hereditaria la destine a la entidad correspondiente, la que a su vez tiene como obligación el pagar las deudas que el causante hubiera dejado pero sólo hasta el monto que alcancen los bienes adjudicados, esto como una especie de beneficio de inventario a favor del Estado.

El hecho de que la masa hereditaria sea destinada a la Junta de Beneficencia y de Participación Social, es algo lógico puesto que justamente esos son algunos de los sectores importantes y vulnerables, que son los que tienen más necesidades y requieren el apoyo del Estado, como lo es la salud y la educación.

2.8. Conclusiones.

Considero que algunas disposiciones referentes al tema tratado en el presente capítulo deben ser tomadas en cuenta, introduciendo las reformas que, a mi criterio, son indispensables, ya que como se conoce, las normas deben ir a la par de las necesidades, es decir deben tener un vínculo con la época en la que está regulando. Con ello quiero decir que tal vez estas disposiciones, objeto de mi propuesta de reforma, en años pasados debieron haber sido consideradas como suficientes para

resolver las situaciones que se presentaban o, simplemente los ciudadanos de ese entonces sin duda no se preocupaban por su contenido y simplemente se sometían a las mismas, sin emitir una opinión crítica, hoy en día no podemos hacernos los ciegos ante sucesos que se presentan al frente de nuestros ojos, ya que podemos constatar cómo la gente se queja ante la situación de que el Estado consume casi todo su patrimonio hereditario, a través de los impuestos a la herencia; el hecho de que estos impuestos sean tan altos, es causa suficiente para que el Estado ya no sea beneficiario del patrimonio sucesorio junto con los sobrinos, y cuando lo sea, es decir cuando no existan herederos debe esforzarse más por atender necesidades prioritarias del país y no dirigir la totalidad del patrimonio al Ministerio de Defensa Nacional puesto que ya fue recompensado por el Estado en tiempos en que realmente necesitaba. Hoy se debe poner freno a éste hecho, buscando una mejor redistribución del patrimonio recibido a través de las asignaciones abintestato sin herederos.

A manera de recomendación, considero que nuestra legislación, debe desentrañar claramente las disposiciones de otras legislaciones para que lo positivo de ellas sean introducidas en la nuestra porque todo lo que sirva para enriquecernos y hacer que los ciudadanos nos sintamos orgullosos y seguros de las leyes a las que estamos sujetos, serán siempre bienvenidas.

CAPITULO III

LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

3.1. Introducción.

Se entiende a las asignaciones forzosas como aquella institución por medio de la cual el causante tiene que hacerlas inevitablemente a favor de ciertas personas, de manera que si no las hace o las hace indebidamente, es la ley quien suple la omisión en la que incurrió el testador, es decir la ley se va aún en contra de la manifestación de la voluntad del causante. Esto en pocas palabras quiere decir, que si el testador tiene asignatarios forzosos no puede dejar de cumplir este mandato legal y, si no lo hace y dispone inadecuadamente de su patrimonio, la ley es quién garantiza que se efectúe mediante la institución de la reforma del testamento, es por ello que el nombre mismo de la institución de la asignación forzosa nos da la idea de que algo necesariamente tiene que cumplirse.

Las asignaciones forzosas constituyen una limitación a la libertad de testar, son aquellas que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias. Las asignaciones forzosas se aplican tanto en la sucesión intestada como en la testada. Aun cuando la normativa podría dar a entender que se aplican sólo en la testada, se aplica en ambas; lo que sucede es que sólo en el testamento el causante podría desconocerlas. La excepción a esto la constituye la cuarta de mejoras, que presupone una expresa declaración de voluntad previa por parte del causante en una sucesión testamentaria. Las asignaciones forzosas son de orden público y el testador debe respetarlas en su testamento.

(<https://www.u-cursos.cl/derecho/2009/1/D122C0618/1/.../221727>. Consulta 29 de Julio, 11:30)

En ciertos casos el testador puede disponer libremente de todos sus bienes, y esto puede suceder cuando no tiene asignatarios forzosos, es decir carece de hijos, padres cónyuge. En otros casos puede disponer libremente de la mitad de sus bienes, lo que sucede cuando tan solo tiene ascendientes, por lo que se ve obligado a disponer de la mitad a favor de ellos, y en otros casos cuando el testador puede disponer libremente tan sólo de una cuarta parte de sus bienes; esto es cuando hay descendientes, ascendientes cónyuge y solo le queda la cuarta de libre disposición. . . (Bossano. *Manual de Derecho Sucesorio-Segunda Parte*, 12-13)

Conocemos como asignaciones forzosas las que señala nuestro Código y éstas son: la porción conyugal, las legítimas y la cuarta de mejoras en las sucesiones de los descendientes. En este capítulo abordaré la posibilidad de establecer reformas en cuanto al tema de la porción conyugal, las que van dirigidas al hecho de eliminar el requisito de pobreza del cónyuge supérstite para recibir dicha porción, pues juzgo que todo cónyuge tiene el derecho de recibir por ley la porción conyugal, independientemente de la situación económica que tenga al momento de la muerte del causante. De igual manera propondré la posibilidad de cambiar de nombre a la institución de la porción conyugal para de esa forma todo lo que tenga que ver con ella se aplique no solamente al cónyuge supérstite sino también al conviviente que sobrevive, siempre que hayan convivido por más de dos años, requisito que señala con justa razón la ley.

La ley en sus disposiciones debe considerar como una verdadera asignación forzosa, lo que quiere decir que la ley tiene que obligatoriamente llamar a suceder de manera ineludible y absoluta, sin excepciones, razón por la que considero sea reformado el artículo 1196 del Código Civil, así como también propondré la eventualidad de implementar un nuevo artículo en cuanto a este tema, incluyendo la posibilidad de que el cónyuge o conviviente supérstite goce del usufructo de la casa habitación en la que vivió durante todo su matrimonio con el causante, si bien existe ya una disposición acerca de este tema en nuestro Código Civil, yo la comparo con mi proposición de reforma lo cual dice así:

Art. 834: Vigente: [Derecho de habitación del cónyuge sobreviviente]: Si a la muerte del causante, éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal cuya estimación no sobrepase el indicado como límite máximo para constituir patrimonio familiar y concurren otras personas como herederos o legatarios el cónyuge sobreviviente, tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita, siempre que no posea a título propio otros bienes que le permitan satisfacer sus necesidades de habitación. . (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*, artículo 834)

Art 834: Reformado: [Derecho de habitación del cónyuge o conviviente sobreviviente]: Al momento de la muerte del causante, el cónyuge o conviviente sobreviviente gozarán del derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre el bien inmueble en el cual fue el hogar familiar, con la única limitación de que el cónyuge o conviviente sobreviviente no posean a título propio otros bienes que les permitan satisfacer sus necesidades de habitación. En lo demás se sujetará a las reglas establecidas en el libro tercero del Código Civil, artículo..... (no consta el número porque al artículo que se remite es el que yo propongo introducir)

El análisis oportuno lo haré en el subcapítulo pertinente.

Como esta reforma implicaría también otras reformas de algunas disposiciones, me permitiré proponer ciertos cambios para que estén acordes a la implementación del nuevo artículo que sugiero. De igual manera, en el presente capítulo, me referiré brevemente a las uniones de hecho, las que hoy en día con la actual Constitución son tratadas de una manera diferente a la de años anteriores pues se la considera similar a un matrimonio con los mismos derechos y obligaciones, tema que lo enfocaré con sujeción a las disposiciones de la Constitución vigente. Para mayor claridad transcribiré el texto de la actual Constitución y del la del 98 que dicen:

Art. 38.- ‘‘La uni3n estable y monog3mica de un hombre y una mujer, libres de v3nculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que se3ale la ley, generar3 los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunci3n legal de paternidad, y a la sociedad conyugal’’. (Constituci3n de 1998)

Art. 68.- La uni3n estable y monog3mica entre dos personas libres de v3nculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que se3ale la ley, generar3 los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

La adopci3n corresponder3 s3lo a parejas de distinto sexo. (*Constituci3n de la Rep3blica 2008*, art3culo 68)

Una de las reformas incorporadas en la actual Constituci3n y que despierta inter3s es precisamente la que he transcrito, ya que en la del 98 se se3alaba que la uni3n de hecho solo se daba entre hombre y mujer, con lo que la regulaci3n acerca de este tema en el C3digo Civil era aplicable a cabalidad, pues antes no se permit3a dicha uni3n entre parejas del mismo sexo. Para establecer la falta de armon3a que existe entre la Constituci3n y la norma del C3digo Civil actuales, se hace preciso transcribir su texto:

Art 222: La uni3n estable y monog3mica de **un hombre y una mujer**, libres de v3nculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que se3ala este C3digo generar3 los mismos derechos y obligaciones de las familias constituidas mediante matrimonio. . . (Corporaci3n de Estudios y publicaciones. *C3digo Civil*)

Consecuentes con dicho texto, la norma debe ser reformada porque la Constitución actual señala claramente que la unión de hecho es entre **dos personas libres** de vínculo matrimonial, lo que quiere decir que no necesariamente será entre un hombre y una mujer.

Asimismo considero necesario introducir algunas reformas al Código Civil para que estén acordes con las disposiciones de la Carta Magna.

3.2. La porción conyugal.

3.2.1. Concepto.

La porción conyugal es una asignación forzosa que da derecho al cónyuge sobreviviente "pobre" para reclamar legítimamente en la sucesión del premuerto, sea ésta testada o intestada, parte de los activos que conforman la masa sucesoria, con los que se pretende garantizar una subsistencia digna. . .

(<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-03.pdf>, Consulta 4 Agosto, 17:25)

Otra definición que da nuestro Código Civil es la siguiente: Art. 1196 Porción Conyugal: Es la parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación. (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*. Artículo 1196)

Art. 1196.- Porción conyugal es la parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente.

A continuación, un breve análisis del concepto:

Parte del patrimonio, lo que nos trata de decir es que el cónyuge lo que recibe es únicamente una parte del patrimonio del causante, el cual se halla limitado legalmente. . . (<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-03.pdf>, Consulta 5 de Agosto, 09:21)

De una persona difunta, es decir este derecho nace y solamente se lo puede reclamar el momento en que el causante ha fallecido, no puede ser antes. Esto es importante porque se conoce que únicamente, al momento de la muerte, se abre la sucesión y se les llama a los asignatarios forzosos, dentro de los cuales se encuentra el cónyuge sobreviviente. . . . (<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-03.pdf>, Consulta 5 de Agosto, 09:45)

La ley la asigna: es entendida como una asignación legal establecida por la ley, mas no es conocida como una asignación testamentaria; se debe tener claro que ésta rige a la sucesión intestada y testada. . . . (<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-03.pdf>, Consulta 5 de Agosto, 10:00)

La porción conyugal tiene doble carácter: alimentario y compensatorio. En efecto, una vez que se la destina al cónyuge pobre, se entiende que no solo es una provisión de carácter alimentario, sino una retribución justa y equitativa, pues el patrimonio que fue del causante también fue producto del esfuerzo mutuo durante el matrimonio. . . . (Ramírez. Sucesiones 141)

3.2.2. Requisitos: Propuesta de reforma: no se necesita el requisito de carecer de bienes suficientes para su congrua sustentación.

Como enseña la doctrina, para que el cónyuge sobreviviente acceda a la porción conyugal es necesario que se cumplan los siguientes requerimientos: Que tenga el carácter de cónyuge supérstite, que sea capaz y digno; y, que sea pobre.

El primer requisito es totalmente lógico puesto que no diferencia por razones de sexo, únicamente tiene que sobrevivirle al causante sea hombre o mujer, y esto es del todo procedente, puesto que en épocas pasadas era un derecho que únicamente amparaba a la cónyuge. Ahora nuestra legislación no diferencia ni discrimina, por lo tanto gozan de este derecho él a la cónyuge.

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-03.pdf>, Consulta 5 de Agosto, 10:15)

A mi criterio, el segundo requisito es imprescindible, pues como se conoce todo sucesor debe ser capaz y digno de suceder a su causahabiente.

En cuanto al tercer requisito, quiere decir que se aplica este derecho, únicamente al cónyuge que carezca del patrimonio suficiente para subsistir dignamente y esta carencia es necesaria que esté presente al momento de la muerte del causante. . . .
<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-03.pdf>, Consulta 5 de Agosto, 10:21)

En síntesis, el objeto de la porción conyugal es proveer la subsistencia del cónyuge supérstite que carece de los bienes necesarios para sustentarse, o los tiene, pero no son suficientes, requisito un tanto inhumano en el que la cuota a la que tiene derecho el cónyuge sobreviviente, es una cuota de compasión o de limosna, lo cual es completamente duro e inaceptable de concebir.

“El derecho se entenderá existir al tiempo del fallecimiento del otro cónyuge y no caducará en todo o en parte por la adquisición de bienes que posteriormente hiciere el cónyuge sobreviviente”. (Corporación de Estudios y Publicaciones. Código Civil, artículo 1197)

“El cónyuge sobreviviente que, al tiempo de fallecer el otro cónyuge, no tuvo derecho a la porción conyugal, no la adquirirá después por el hecho de caer en pobreza”. (Corporación de Estudios y Publicaciones. Código Civil, artículo 1198)

En esta última norma cabe una explicación: Si en el momento mismo del fallecimiento el cónyuge supérstite carece de bienes, accede a este derecho; si no es así, no puede hacerlo, así se dé la circunstancia de que en el futuro sea pobre. Es preciso también considerar el caso contrario: Si al ocurrir la muerte de su consorte, es pobre y luego se hace rico, accede a este derecho y no se lo puede privar porque se debería considerarlo como un derecho adquirido que no puede ser menoscabado puesto que ya ingresó a su patrimonio.

Art 1201. “La porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de una persona difunta en todos los órdenes de la sucesión.” (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*, artículo 1201)

Como bien se conoce la porción conyugal es materia de rebaja previa, es decir que una vez practicada la separación de patrimonios, para obtener el acervo ilíquido y hechas las rebajas inherentes a gastos de última enfermedad, mortuoria y judiciales y de las deudas hereditarias e impuestos fiscales que gravaren toda la masa sucesoria, por otra parte se obtiene un acervo líquido tentativo, del cual debe calcularse la cuarta parte. De esa cuarta parte hay que comparar con los bienes del cónyuge supérstite, sus bienes propios y sus gananciales. . . (Bossano. *Manual de Derecho Sucesorio*. Segunda Parte. 23)

En cuanto al tema en cuestión y tomando en cuenta las diversas circunstancias que pueden presentarse en la vida cotidiana, podrían darse tres situaciones: 1. Que el cónyuge supérstite no posea patrimonio alguno, hecho no muy común pero que puede ocurrir y en el cual tendrá pleno derecho de acceder a la porción conyugal que le corresponda, sin limitación alguna. 2. Que el cónyuge sobreviviente posea algunos bienes y que éstos no alcancen al valor de la porción conyugal que le corresponde, el consorte tendrá derecho a lo que se conoce como porción conyugal de complemento. 3. Que el cónyuge sobreviviente tenga bienes superiores o similares al valor de la porción conyugal, caso en el que no tendrá derecho a solicitar su participación en la porción conyugal, como asignatario forzoso.

Como conocemos, uno de los requisitos para que el cónyuge supérstite pueda acceder a la porción conyugal es carecer de bienes suficientes para su congrua sustentación. Considero que este requisito, debería ser eliminado en su totalidad, puesto que contraría la finalidad misma de la institución. Si bien estoy de acuerdo con que sea una asignación forzosa, sin embargo este término nos da una idea general que debería ser obligatoria, sin ningún tipo de limitaciones y no con restricciones como la ley lo establece. Por otra parte, hace bien el maestro Guillermo Bossano al decir que la porción conyugal asoma como una cuota de beneficencia o de caridad para el cónyuge sobreviviente.

Estimo que jamás a alguien que debió ser importante en la vida del causante, se le pueda considerar como alguien al que se da una limosna, sino por el contrario, el solo hecho de haber formado parte y compartido una vida juntos, le da el derecho de acceder a la porción conyugal porque se supone que el patrimonio del causante, en menor o mayor escala, es producto de un esfuerzo conjunto.

Otra de las razones por las que considero eliminar este requisito es porque muchas veces el caso del cónyuge supérstite pobre, es relativo, ya que depende de la cuantía del acervo líquido tentativo del causante; así, si es una gran fortuna, la cuarta parte también será una suma importante. Si el supérstite tiene derecho al complemento, quiere decir que su patrimonio personal también podría ser importante, y por tanto la regla no sería como dice el tratadista Bossano, ser pobre, o que carezca de lo necesario para su congrua sustentación como dice la ley. Para mayor comprensión haré un breve análisis acerca del acervo:

Al fallecimiento de una persona, por norma general, surge la necesidad de establecer cuál es el patrimonio a repartirse entre sus herederos o legatarios. Para llegar a la verdadera masa repartible, debe formarse el acervo común, el cual inclusive puede estar confundido con el patrimonio de otras personas; razón por la que es imperioso que se aplique lo prescrito en el artículo 1001 del Código Civil: “En toda sucesión por causa de muerte, para llevar a ejecución las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios: 1o.- Las costas de la publicación del testamento, si lo hubiere, las anexas a la apertura de la sucesión, lo que se debiere por la última enfermedad, y los gastos funerales; 2o.- Las deudas hereditarias; 3o.- El impuesto progresivo que causen las sucesiones indivisas; y, 4o.- La porción conyugal a que hubiere lugar en todos los órdenes de sucesión. - El resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley”.

(<http://cepra.utpl.edu.ec/bitstream/123456789/71/1/346X167.pdf>, Consulta, 16 de Febrero 19:00)

Lo lógico es que al fallecimiento de los padres, de la cuota que le corresponde a cada heredero, primero se agreguen al haber hereditario las disposiciones a título gratuito realizadas por el causante durante su vida; luego, del valor de cada cuota se deduzca el monto recibido por el ahora legitimario o tercero, según el caso, y se le complete la cuota o se le requiera la devolución del exceso si la donación supera a la cuota. De esta manera no se perjudicará al resto de legítimas.

Para proceder a la repartición de los bienes del causante, es necesario haber realizado las operaciones tal y como lo establecen ciertas disposiciones contenidas en el Código Civil Ecuatoriano. La aplicación de dichas disposiciones es con el objetivo de lograr una correcta individualización de los bienes, derechos y obligaciones que al causante le pertenecían, tomando en cuenta que el patrimonio del difunto se encuentra confundido con bienes de otras personas, situación que se produce debido a que el ser humano en su diario convivir, está sujeto a realizar una serie de actos que involucran directamente a su patrimonio, actos pueden ser contratos de: comodato, préstamo, arrendamiento, etc., o simplemente el hecho de haber sido el causante miembro de una sociedad conyugal, provocaría una confusión de patrimonios entre cónyuges; esta masa común de bienes no puede constituir materia repartible. Para proceder a las operaciones de adjudicación de bienes sucesorios entre los herederos y legatarios del causante se procederá, en primer lugar, a la separación de patrimonios, dividiendo las especies comunes según las reglas precedentes; con la aplicación de esta norma, depuramos el acervo común.

El acervo líquido es el que resulta de las deducciones indicadas en el Art. 1001 del Código Sustantivo Civil, es decir, es la porción de los bienes, derechos y obligaciones del causante sobre el cual se efectuarán el pago de las cuotas hereditarias.

(<http://cepra.utpl.edu.ec/bitstream/123456789/71/1/346X167.pdf>, Consulta, 16 de Febrero 19:20)

Las deducciones que formula el artículo 1001 del Código Civil, obedecen a un orden estricto que no puede ser violentado, de tal suerte que si se agota el acervo ilíquido en la primera deducción, no se podría aplicar el resto de operaciones toda vez que el acervo se ha extinguido. Una de las deducciones es “la porción conyugal a que hubiere lugar en todos los órdenes de sucesión”. Esta cuarta deducción ha traído muchos conflictos de orden legal, debido a que en la misma ley se denomina a la porción conyugal de distintas formas, entendiéndose como deducción o como una asignación forzosa que debe cumplirse aún en perjuicio de las legítimas. A continuación una especial referencia sobre las distintas denominaciones que se dan sobre ella en el Código Civil:

El artículo 1001, la considera como una **deducción** del acervo ilíquido.

En el ordinal primero del artículo 1194, se la denomina como **asignación forzosa**.

El artículo 1199, se refiere a ella como **parte** del patrimonio de una persona que ha fallecido; la misma norma también la considera como un **complemento**; y,

El artículo 1201, la menciona como **la cuarta parte de los bienes de una persona difunta**. Sin embargo de lo expuesto, se debe considerar a la porción conyugal como una deducción del acervo ilíquido. En la práctica, esta deducción casi no tiene aplicación, debido a que el patrimonio de los cónyuges se forma con la sociedad conyugal, es decir, que los gananciales del consorte sobreviviente casi siempre serán superiores a la cuarta parte del acervo ilíquido.

Una vez efectuadas las tres primeras deducciones, tenemos un acervo ilíquido tentativo, del cual tomaremos la cuarta parte para compararla con el patrimonio del cónyuge sobreviviente, luego, aplicando el artículo 1199 del Código Civil, cuyo texto dice: “Si el cónyuge sobreviviente tuviere bienes, pero no de tanto valor como la porción conyugal, solo tendrá derecho al complemento, a título de porción conyugal. Se imputará, por lo tanto, todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho a percibir a cualquier otro título en la sucesión

del difunto, incluso su mitad de gananciales, si no la renunciare.”. En fin, tenemos que el acervo líquido es el patrimonio o masa hereditaria resultante de las deducciones antes analizadas, del cual los herederos y legatarios recibirán sus cuotas. (<http://cepra.utpl.edu.ec/bitstream/123456789/71/1/346X167.pdf>, Consulta, 16 de Febrero 21:00)

3.3. Cambio de denominación de la porción conyugal.

Como queda sentado en líneas anteriores, se hace necesario e imprescindible que las disposiciones contenidas en el Código Civil tengan concordancia con la Norma Madre y al señalar que la unión de hecho se equipara en todo sentido a un matrimonio, de hecho deben implementarse reformas para que las leyes tengan armonía con ella y una de las más trascendentales reformas sería el establecer que el conviviente tiene los mismos derechos que el cónyuge. He ahí la necesidad de cambiar de denominación a la porción conyugal por una que contemple tanto al cónyuge como al conviviente en unión de hecho.

A mi criterio una buena denominación sería “porción connubial”, ya que es un término que abarca a las dos instituciones, aclarando de paso que los sinónimos de connubio son: matrimonio, casamiento, enlace, tomando en cuenta el termino enlace sus sinónimos son: vínculo, unión, nexo, (Diccionario de Sinónimos de la Real Academia Española) (www.wordreference.com/sinonimos/RAE) consulta 30 de abril, 21:14) términos con los cuales quedaría muy en claro la norma del Código Civil que dice: **Art 231:**

Régimen de la Sucesión por Causa de Muerte: “Las reglas contenidas en el Título II Libro III de este Código, referentes a los diversos órdenes de la sucesión intestada, en lo que concierne al cónyuge, se aplicarán al conviviente que sobreviviere, del mismo modo que los preceptos relacionados a la porción conyugal”. (Corporación de Estudios y publicaciones. *Código Civil*).

En consecuencia, la norma del Código Civil diría lo siguiente:

Art. 1196.- Porción connubial, es la parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge o conviviente sobreviviente.

3.4. La porción connubial como asignación forzosa: Propuesta de reforma al artículo 1196 del Código Civil.

“ **Art. 1196.-** Porción conyugal es la parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para su congrua sustentación.” (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*, Artículo 1196)

Fruto del análisis y estudio hecho de la porción connubial, puedo deducir claramente que la ley la considera como la primera asignación forzosa y que el testador tiene que establecerla de manera ineludible e imperativa; por ello debe cumplir con uno de sus primordiales objetivos, cual es el de permitirle al cónyuge o conviviente sobreviviente una vida digna. Se hace preciso entonces reformar la disposición pertinente, comenzando por cambiar su definición y eliminando su última parte que desvirtúa totalmente la esencia misma de esta institución. En consecuencia, a mi criterio, debería decir lo siguiente:

Art. 1196.- Porción connubial es la parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge o conviviente sobreviviente.

Con el concepto emitido antes, trato de priorizar la esencia de la porción connubial, como aquella institución que ha nacido con el objeto de fortalecer el vínculo tanto para el matrimonio como para la unión de hecho, cuya única intención es mejorar la situación económica del cónyuge o conviviente que le sobrevive al causante. Esto implicaría sin lugar a duda una especie de prolongación y efecto del matrimonio y de la unión de hecho celebrados, al tenor del artículo 81 de nuestro Código Civil que dice:

“**Art. 81.-** Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.” (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*, Artículo 81) **Art 222:** La unión de hecho estable y monogámica de más de dos años entre un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, procrearse y auxiliarse mutuamente da origen a una sociedad de bienes... (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*)

Lo expresado con anterioridad justifica la existencia de la porción conubial, desde el momento mismo de celebrarse el contrato matrimonial, puesto que uno de los deberes primordiales de los cónyuges y convivientes es el auxilio mutuo, es decir ese socorro que se debe el uno al otro, entre los cuales se debe proveer de los medios suficientes para mantener un nivel de vida adecuado, que sea coherente con sus necesidades, su situación social y su capacidad económica. . .

(<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-03.pdf>, Consulta 4 de Agosto, 12:47)

Si así es mi criterio, resulta ilógico el aceptar que el cónyuge o conviviente sobreviviente tengan derecho a la porción conubial únicamente cuando carezcan de lo necesario para su congrua sustentación. Si el objetivo es ayudar al cónyuge o conviviente para que tengan una vida mejor, es también necesario reconocer, valorar y recompensar todo lo que ha hecho en vida por el causante. Entonces ¿por qué establecer diferencias entre el que tiene suficientes recursos económicos y el que no lo tiene para recibir apenas una porción conubial?. La situación económica al momento de la muerte del causante no debe ser tomada en cuenta; el derecho le debería asistir en ambas situaciones, única manera de concordar con el verdadero sentido de esta institución (asignación forzosa) porque de lo contrario, más que un requisito es una limitación injusta que impone la ley.

Por otra parte si la ley la califica como asignación forzosa ¿por qué impone impedimentos y limitaciones y la hace relativa (a medias), en vez de hacerla absoluta?, con lo que también rompe la armonía que debe existir en toda ley. La porción connubial debería ser considerada como una verdadera garantía hereditaria destinada a quien tenga el vínculo matrimonial o de unión de hecho con el causante al momento mismo de su muerte, garantía dentro de la cual pueda acceder siempre, sin ninguna clase de limitaciones. Basta ser cónyuge o conviviente, digno y capaz.

Es indispensable sin embargo implementar ciertos cambios a las disposiciones del Código Civil y en especial a lo referente a la porción connubial que serían afectadas con la introducción de la reforma que sugiero y que las destaco (con negrita) a continuación:

Art. 112: [Derecho sobre la quinta parte de los bienes del cónyuge **o conviviente**]: En todo divorcio o separación, el cónyuge o conviviente, **independientemente de su situación económica**, tienen derecho a que se les entregue la quinta parte de los bienes del otro, salvo que sea el causante del divorcio **o de la terminación de la unión de hecho**. **Este derecho es independiente al de la porción connubial al que el cónyuge o conviviente supérstite tienen derecho si es casado o vive en unión de hecho, pues este derecho a la quinta parte emerge del divorcio o de la terminación de la unión de hecho.**

Entre esos bienes se tomará en cuenta, para ese efecto el valor de sus gananciales en la sociedad conyugal **o en la sociedad de bienes**.

Art. 1197.- El derecho se entenderá existir y **ser reclamado** al tiempo **mismo** del fallecimiento del otro cónyuge o **conviviente**.

He eliminado la última parte del artículo por considerarlo un tanto confuso y contradictorio con la reforma que planteo, pues considero que el derecho a acceder a la porción connubial, puesto que independientemente de que posea bienes o no en ese momento o después tendrán derecho a acceder a la porción connubial. Es decir el derecho a acceder a la misma nace el momento mismo de la muerte del causante.

Art. 1198.- El cónyuge o **conviviente** sobreviviente **tendrán derecho a la porción connubial, sea cual fuere su situación económica, al momento del fallecimiento del causante.**

Art. 1199.- Si el cónyuge o **conviviente** sobreviviente tuviere bienes, **tendrán de igual manera derecho a la totalidad del valor de la porción connubial.** Se imputará a la porción connubial todo lo que el cónyuge o **conviviente** sobreviviente tuviere derecho a percibir a cualquier otro título en la sucesión del difunto, incluso su mitad de gananciales, si no la renunciare. **No se imputará al valor de la porción connubial el usufructo de la casa habitación del hogar conyugal o en el que cohabitaron los convivientes.**

Esta reforma necesariamente implica introducir un nuevo artículo, el que lo haré constar en el siguiente subcapítulo, en el que considero la posibilidad de que el cónyuge o conviviente tenga derecho de usufructo vitalicio sobre la casa habitación, esto sin perjuicio a la porción connubial a la que por ley tienen derecho, la misma que no será deducida de ninguna manera por el derecho de usufructo.

Art. 1200.- El cónyuge o conviviente sobreviviente podrá a su arbitrio retener lo que posea o se le deba, **sin perjuicio de la porción connubial a la que tiene derecho.**

Esta reforma se hace necesaria para concordar con la reforma principal que planteé al inicio del presente subcapítulo, puesto que juzgo que el cónyuge o conviviente sobreviviente tienen derecho a la porción connubial independientemente de lo que se le deba o posea, por el hecho de que eliminé un limitante (carencia de bienes suficientes para su congrua sustentación).

3.5. Propuesta de reforma: incorporación de un nuevo artículo acerca de este tema.

Ya que considero que es de justicia que el cónyuge o conviviente superviviente tengan derecho al usufructo y habitación sobre la casa en donde vivió con el causante durante su matrimonio o unión de hecho, sin perjuicio de la porción conyugal a la que por ley tienen derecho y con el propósito de que tengan una vida digna, se debería incorporar lo siguiente:

Al cónyuge o conviviente sobreviviente se le concederá el derecho de usufructo y habitación de manera vitalicia y gratuita, del inmueble en que existió el hogar conyugal **o en el que cohabitaron los convivientes**. Se extinguen tales derechos cuando el cónyuge o conviviente sobreviviente renuncie a ellos.

No se es raro escuchar el hecho de que los hijos son ingratos con sus padres y al momento de morir uno de ellos en lo primero que piensan es en recibir su herencia, yendo en contra de todo y de todos, inclusive de sus propios ascendientes. Es por ello que considero de trascendental importancia que el cónyuge o conviviente sobreviviente tenga de por sí el derecho de permanecer de manera vitalicia en la casa de habitación **o en la casa en la que cohabitaron los convivientes** y vivieron toda su vida, así como gozar de los frutos de la misma. Para justificar esta reforma que deseo introducir es necesario explicar en primer lugar lo que debemos entender por usufructo y habitación.

El usufructo se define como el derecho de disfrutar de las utilidades de una cosa ajena, con la obligación de restituir en el momento oportuno, bien sea la misma cosa que fue entregada o el valor de la misma representado en dinero. El usufructo (del latín *usus fructus*, uso de los frutos) es un derecho real de goce o disfrute de una cosa ajena. El usufructuario posee la cosa pero no es de él (tiene la posesión, pero no la propiedad). (es.wikipedia.org/wiki/Usufructo, Consulta 6 de Agosto, 10:53)

Art. 778.- El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa, con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de devolver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible. (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil* artículo 778)

El usufructo puede constituirse por ley o por la voluntad del hombre. El usufructo es vitalicio si en el título constitutivo no se establece lo contrario. (De Pina. *Derecho Civil Mexicano*.46)

“Es un derecho real de características comunes al derecho de uso. Si bien suelen regularse conjuntamente, constituyen derechos diferentes. Ambos son derechos personalísimos, intransferibles, y que se otorgan por razón de la persona (normalmente por vínculos familiares o emocionales).”

(http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_de_habitaci%C3%B3n, Consulta 6 de Agosto, **17:00**)

“La habitación es el derecho de ocupar, gratuitamente, en casa ajena, las piezas necesarias para sí y para las personas de la familia. El derecho de habitación ha sido concebido históricamente como un derecho destinado a desempeñar una función de asistencia respecto a gente necesitada.” (De Pina. *Derecho Civil Mexicano*. 156)

Art 825: inciso 2: Si se refiere a una casa y a la utilidad de morar en ella se llama derecho de habitación. . . (Corporación de Estudios y Publicaciones, *Código Civil*)

En la actualidad esta primera concepción transcrita no puede ser aceptada y menos en relación a la reforma que propongo, ya que debería ser un derecho que asiste a todo cónyuge o conviviente, independientemente de su posición económica. En cuanto a este tema hay que recalcar que actualmente existe una disposición en el Código Civil, pero lastimosamente se establece limitaciones, que a mi manera de apreciar no deberían existir para que tenga concordancia con mi propuesta de incorporar un nuevo artículo. Es preciso entonces reformar en parte la disposición del Código Civil, cuyo texto debería ser el siguiente:

Art. 834: Vigente: [Derecho de habitación del cónyuge sobreviviente]: Si a la muerte del causante, éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal cuya estimación no sobrepase el indicado como límite máximo para constituir patrimonio familiar y concurren otras personas como herederos o legatarios el cónyuge sobreviviente, tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita, siempre que no posea a título propio otros bienes que le permitan satisfacer sus necesidades de habitación. .
. (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*, artículo 834)

Art 834: Reformado: [Derecho de habitación del cónyuge o conviviente sobreviviente]: Al momento de la muerte del causante, el cónyuge o conviviente sobreviviente gozarán del derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre el bien inmueble en el cual fue el hogar conyugal **o en el inmueble que cohabitaron los convivientes**, con la única limitación de que el cónyuge o conviviente sobreviviente no posea a título propio otros bienes que le permitan satisfacer sus necesidades de habitación. En lo demás se sujetará a las reglas establecidas en el libro tercero del Código Civil, artículo..... (no consta el número porque al artículo que se remite es el que yo propongo introducir)

Lo enunciado antes es una reforma lógica y equitativa, ya que para acceder a este derecho, con la disposición vigente, existe una serie de limitantes como el que a la muerte del causante exista un solo inmueble habitable, lo que no es justo pues considero que si existen varios inmuebles habitables no cambia en nada la situación y el cónyuge o conviviente continúan desprotegidos. Si existen uno o varios inmuebles habitables el cónyuge o conviviente siempre deberán poder acceder a uno de ellos, sin tomar en cuenta el valor de la casa habitación puesto que es un despropósito que al cónyuge o conviviente se les esté poniendo este tipo de limitantes. Si es el caso de que exista una sola casa habitable y existan hijos que todavía vivan con su padre o madre, en nada les afecta puesto que ellos también están gozando de la casa; si hay hijos casados es lógico que quien debe tener derecho es el cónyuge o conviviente supérstite, ya que supone que los hijos tienen sus propios medios, es decir su casa o departamento donde puedan habitar. Lo que les queda es una mera expectativa que a la muerte de su padre o madre (cónyuge o conviviente sobreviviente) tendrán derecho a la casa habitación como herederos que son. La única excepción que es lógica es la de que no posea a su nombre otros inmuebles que le permitan satisfacer sus necesidades de habitación, único caso en el que no podrá acceder a este derecho, ya que la finalidad implícita es que el cónyuge o conviviente sobreviviente tengan una vida digna, sin preocupaciones y conserve el recuerdo de su época de matrimonio o de unión de hecho, pues a la par debería ir lo afectivo y lo económico.

Según la normativa vigente los hijos, al ser legitimarios, tienen derecho a heredar también la casa, lo que a mi criterio no es razonable pues una vez más al cónyuge o conviviente sobreviviente se les está dejando desprotegidos y resulta que en la mayoría de los casos son personas mayores que necesitan descanso y tranquilidad y resulta inconcebible que a más del dolor de perder a su cónyuge o conviviente, deba estar buscando donde vivir y preocupándose de su subsistencia. Por ello se debe tener claro que de existir los hijos estos son llamados nudos propietarios; el cónyuge o conviviente supérstite usufructuario, en el caso de derecho de usufructo, y habitador en el caso de derecho de habitación.

Estos derechos se deberían conceder de manera vitalicia al cónyuge o conviviente y una vez que fallezca pasarían a los nudos propietarios (los hijos) y con ello se consolida la propiedad. De esta manera no se perjudicaría en lo absoluto a los hijos, quienes tendrían total acceso a los demás bienes del causante, ya que la privación al derecho sobre la casa de habitación es tan sólo temporal.

Para mayor claridad haré un breve análisis sobre cada uno de los elementos de la disposición que considero introducir en nuestro Código Civil:

Al cónyuge o conviviente sobreviviente se le concederá el derecho de usufructo y habitación de manera vitalicia y gratuita, del inmueble en que habitó el hogar conyugal **o en el inmueble que cohabitaron los convivientes**. Se extinguen tales derechos cuando el cónyuge sobreviviente renuncie a ellos.

-El cónyuge o conviviente sobreviviente: se entiende como cónyuge o conviviente sobreviviente a aquel que le sobrevive a su consorte o conviviente después de sus días. Se debe destacar nuevamente que uno de los requisitos para acceder a la porción connubial es estar casado o convivir en unión de hecho al momento del fallecimiento del causante, situación que involucra de conformidad a la actual Constitución a las parejas de unión hecho.

-Usufructo: Una definición personal que podría dar acerca del usufructo es la siguiente: Usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar y usar un bien determinado, mas no de disponer, puesto que el usufructuario goza de posesión pero no de propiedad, es decir tiene la obligación de restituir el bien después del tiempo para el cual fue otorgado el derecho de usufructo.

El derecho de habitación: “El derecho de habitación es aquel derecho real que otorga a su titular el derecho a ocupar en un inmueble la parte necesaria para él y su familia, con la finalidad de satisfacer sus necesidades de vivienda. Únicamente pueden ser titulares del derecho de habitación las personas físicas y no puede ser objeto de enajenación o arrendamiento.”

(http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_de_habitaci%C3%B3n, Consulta 6 de Agosto, 18:00)

“El derecho de habitación busca proteger al cónyuge o conviviente dándole cobijo y alojamiento.

Los gastos de la vivienda corren a cargo del que tienen derecho de habitación y son los que se derivan del uso que se hace de la misma, así como aquellos correspondientes a los servicios que haya instalado o contratado. . .”

http://www.agtvm.com/Dchos._Usufructo,_uso_y_habitaci%F3n._Libro_V_CCC1.pdf, Consulta 7 de Agosto 11:00)

-De manera vitalicia y gratuita: Vitalicia quiere decir que gozará de este derecho durante toda su vida y terminará al momento de su muerte. Por gratuito entendemos que tendrá acceso a este derecho sin pagar nada a cambio, sin ninguna especie de contribución, a no ser como es lógico y obvio, todas las mejoras que son necesarias para mantener el bien en buen estado, evitando que caiga en ruina.

-Hogar conyugal **o el inmueble que cohabitaron los convivientes**: Se entiende como tales el lugar en el que conviven los cónyuges o convivientes con su familia, en donde comparten sus vidas día a día.

-Extinción del derecho cuando se renuncia al mismo: Desaparece el derecho de usufructo y habitación cuando el cónyuge o conviviente supérstite lo renuncia expresamente. Para dejar claro el tema transcribiré el artículo 11 del Código Civil: Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren el interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia.

Dentro de este caso encaja perfectamente esta disposición ya que es un derecho personal e individual que se confiere únicamente al cónyuge o conviviente supérstite, por lo tanto plenamente puede acceder a ellos así como renunciarlos. Además la norma no contiene prohibiciones, pues da la posibilidad de que renuncie o acepte estos derechos y ello dependerá de sus necesidades y decisiones. Queda pues en claro que de renunciar estos derechos no debe existir ninguno de los vicios del consentimiento como: error, fuerza o dolo.

A continuación expondré algunas definiciones sobre los vicios del consentimiento:
“El vicio del consentimiento es la ausencia de una voluntad sana con el objetivo de falsear, adulterar o anular dicha voluntad y alcanzar propósitos reñidos con la moral, lo cual compromete su eficacia. La voluntad queda excluida cuando el consentimiento en su forma exterior está viciado.”

(<http://www.mitecnologico.com/Main/LosViciosDelConsentimiento>, Consulta 8 de Agosto, 11:30)

Pues se debe tener presente que la clasificación de los vicios del consentimiento son: el error, la fuerza y el dolo.

Queda así planteada mi propuesta de reforma, tal como lo señalo en líneas anteriores, basada siempre en los principios de justicia, equidad y valores éticos y morales que creo nunca deben faltar en una ley tan delicada como es ésta que trata de proteger al cónyuge o conviviente supérstite que es a mi criterio la persona más vulnerable de la familia, a la que se le ha negado determinados derechos e impuesto condicionamientos incongruentes con la realidad que se vive, asegurando al mismo tiempo a los hijos la nuda propiedad y brindándoles la satisfacción de saber que sus progenitores están protegidos y libres de una de sus mayores preocupaciones, cual es la de tener un lugar seguro en donde pasar el resto de sus días.

Acto seguido paso a considerar todo cuanto podría afectar a otras disposiciones, con la introducción de la reforma que planteo, destacando que la parte que figura en negrita se refiere a las innovaciones que forzosamente tienen que ser implementadas en varios artículos del Código Civil:

Art. 780.- El derecho de usufructo se puede constituir:

1o.- Por la ley, como el del padre de familia sobre ciertos bienes del hijo **o del cónyuge o conviviente sobreviviente sobre la casa habitación de su consorte o conviviente cuando éste fallece;**

2o.- Por testamento;

3o.- Por donación, venta u otro acto entre vivos; y,

4o.- Se puede también adquirir un usufructo por prescripción.

-Esta reforma la considero necesaria para que en forma clara y precisa quede establecido el derecho de usufructo de manera obligatoria a favor del cónyuge o conviviente sobreviviente.

Art. 784.- El usufructo podrá constituirse por tiempo determinado, o por toda la vida del usufructuario. **En los casos del usufructo de la casa habitación concedida al cónyuge o conviviente sobreviviente este derecho necesariamente y de manera obligatoria se constituirá de manera vitalicia.**

Cuando en la constitución del usufructo no se fija tiempo alguno para su duración, se entenderá constituido por toda la vida del usufructuario.

El usufructo constituido a favor de una corporación o fundación cualquiera, no podrá pasar de treinta años.

A esta reforma la considero de notable importancia, puesto el hecho de que el usufructo de la casa habitación del hogar conyugal **o el inmueble que cohabitaron los convivientes** sea siempre de manera vitalicia, es decir mientras viva el cónyuge o conviviente, debe quedar especificado y qué mejor que en una disposición; todo esto con el ánimo de cumplir la finalidad de asegurarle al cónyuge o conviviente una vida digna y libre de preocupaciones, como una especie de recompensa a los sacrificios, esfuerzos y cuidados brindados durante el tiempo que permanecieron juntos.

Art. 806.- El usufructuario está obligado a respetar los arriendos de la cosa, contratados por el propietario, antes de constituirse el usufructo, por acto entre vivos, o de fallecer la persona que lo ha constituido por testamento.

Pero sucede en la percepción de la renta o pensión desde que principie el usufructo. **No tiene esta obligación el cónyuge o conviviente supérstite sobre la casa habitación del hogar conyugal o el inmueble que cohabitaron los convivientes, pues a ellos les asiste el derecho de dar por terminado cualquier tipo de arrendamiento, ajustándose a las formalidades legales.**

Es transcendental introducir esta reforma que le confiere al cónyuge supérstite o conviviente el derecho de usufructo, para que lo disfrute y viva en comodidad, mas no para que lo dé en arriendo a terceras personas, puesto que se sobreentiende que para subsistir tendrá la porción connubial. Es por ello que al momento mismo del fallecimiento del causante, de ser ese el caso podrá, cumpliendo con las formalidades legales, dar por terminado el contrato de arrendamiento.

Art. 807.- El usufructuario puede dar en arriendo el usufructo, y cederlo a quienquiera, a título oneroso o gratuito. Cedido el usufructo a un tercero, el cedente permanece siempre directamente responsable al propietario. Pero no podrá el usufructuario arrendar ni ceder el usufructo, si se lo hubiese prohibido el constituyente; a menos que el propietario le releve de la prohibición.

Se prohíbe expresamente al cónyuge o conviviente sobreviviente la posibilidad de dar en arriendo la casa habitación del hogar conyugal o del inmueble que cohabitaron los convivientes. El usufructuario que contraviniera a estas disposiciones perderá el derecho de usufructo.

En consecuencia la prohibición que sugiero antes debe establecerse de manera categórica porque de otra suerte, iría contra el fundamento mismo de la reforma. (derecho de usufructo y habitación)

Art. 820.- El usufructo se extingue también:

Por la muerte del usufructuario, aunque ocurra antes del día o condición prefijados para su terminación;

Por la resolución del derecho del constituyente, como cuando se ha constituido sobre una propiedad fiduciaria, y llega el caso de la restitución;

Por consolidación del usufructo con la propiedad;

Por prescripción; y,

Por la renuncia del usufructuario, **tal es el caso del cónyuge o conviviente supérstite que renuncie expresamente al usufructo vitalicio de la casa habitación perteneciente al hogar conyugal o del inmueble que cohabitaron los convivientes.**

Es necesario el que quede especificado que una de las maneras de terminar el usufructo será por renuncia expresa del cónyuge sobreviviente para que él sea quien determine cuándo y por qué ya no lo necesita.

3.6. La unión de hecho. Tratamiento actual en nuestra Constitución de la República.

La unión de hecho es una expresión material que está determinada por la acción o acontecimiento según el cual dos personas, libres de vínculo matrimonial, establecen un hogar común, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente. Para que esta unión de hecho se produzca, los contrayentes que estén dispuestos a convivir juntos, no requieren de ninguna solemnidad contractual, de ningún requisito jurídico-formal, ni legal. . . (<http://www.derechoecuador.com/index.php> Consulta 7 Agosto, 13:00)

El simple hecho, la decisión de consuno y la acción de formar un hogar común, dan lugar a la institucionalización de esta figura jurídica, similar al matrimonio y que se ha denominado en nuestra legislación como la "unión de hecho". De ella se derivan todos los derechos inherentes a la sociedad de bienes, similares a la sociedad conyugal (connubial). El único requisito que formula la Ley es que la pareja haya vivido en comunidad por lo menos dos años.

(<http://www.derechoecuador.com/index.php>, Consulta, 6 agosto, 16:22)

Artículo 68 de la Constitución

"La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la Ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo." (Constitución de la República, 2008)

Art. 67.- "Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Éstas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes." (*Constitución de la República*, artículo 67)

El tema al que hago alusión antes, es tomado muy en cuenta en los actuales tiempos, por la gran importancia que reviste la unión de hecho al ser reconocida constitucionalmente, asimilándola al matrimonio y confiriéndole los mismos derechos y obligaciones que deberán aplicarse por igual a los convivientes como a los cónyuges, por lo que al interpretar en forma debida esta norma debemos entender que dentro del tema que estoy tratando de la sucesión por causa de muerte, en cuanto a las asignación forzosa y en lo que respecta a la porción connubial, el conviviente que sobrevive debe tener el mismo derecho a ser asignatario forzoso y a recibir la porción connubial. Por tanto, y haciendo alusión a los temas tratados antes y que ya fueron objeto de modificación, se deberían reformar nuevamente ciertos artículos del Código Civil para estar acorde a lo que manda nuestra Constitución de la República.

Art. 1194.- Asignaciones forzosas son las que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas.

Asignaciones forzosas son:

1a.- La porción connubial; **entendida tanto para el cónyuge sobreviviente así como para el conviviente en unión de hecho.**

2a.- Las legítimas; y,

3a.- La cuarta de mejoras, en las sucesiones de los descendientes.

Art. 1196.- Porción connubial es la parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge o **conviviente en unión de hecho** sobreviviente.

Art. 1197.- El derecho se entenderá existir al tiempo mismo del fallecimiento del otro cónyuge o **conviviente**, el cual puede ser reclamado desde ese momento.

Art. 1198.- El cónyuge o **conviviente en unión de hecho** sobreviviente que, al tiempo de fallecer el otro cónyuge o **conviviente**, siempre por mandato legal, tendrá derecho a la **porción connubial** cual sea que fuere su situación económica al momento del fallecimiento del causante.

Art. 1199.- Si el cónyuge sobreviviente o **conviviente en unión de hecho** tuviere bienes, tendrá de igual manera derecho a la totalidad del valor de la porción **connubial**. Se imputará, por tanto, a la porción connubial todo lo que el cónyuge sobreviviente o **conviviente** tuviere derecho a percibir a cualquier otro título en la sucesión del difunto, incluso su mitad de gananciales, si no los renunciare. Se excluye de la misma, es decir no se imputará al valor de la porción connubial el usufructo de la casa habitación del hogar conyugal, a la que por ley tiene derecho.

Art. 1200.- El cónyuge sobreviviente o **conviviente en unión de hecho** podrá a su arbitrio retener lo que posea o se le deba, sin perjuicio de la porción connubial a la que tiene derecho.

Art. 1202.- Si el cónyuge sobreviviente o **conviviente en unión de hecho** hubiere de percibir en la sucesión del difunto, a título de donación, herencia o legado, más de lo que le corresponde a título de porción connubial, el sobrante se imputará a la parte de los bienes de que el difunto pudo disponer a su arbitrio.

Art. 1203.- El cónyuge o **conviviente en unión de hecho** a quien por cuenta de su porción haya cabido, a título universal, alguna parte en la sucesión del difunto, será responsable a prorrata de esa parte, como los herederos en sus respectivas cuotas.

Art. 222: [Derechos y obligaciones de las uniones de hecho]: La unión estable y monogámica **entre dos personas libres** de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala este Código generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. . .

La unión de hecho estable y monogámica **entre dos personas libres** de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da lugar a una sociedad de bienes.

Art. 223: [Presunción de la unión de hecho]: Se presume que la unión es de este carácter **cuando dos personas se han tratado con las mismas características que un matrimonio** en sus relaciones sociales y así han sido recibidos por sus parientes, amigos y vecinos. . .

Como se puede observar en los textos anteriores lo único que he incorporado es tan sólo una palabra "conviviente en unión de hecho" que aparentemente podría ser sin importancia pero que en la realidad significa mucho, pues le confiere esencia a la institución de la unión de hecho, y nace el derecho para el conviviente de tener las mismas obligaciones y derechos que un cónyuge, coincidiendo así exactamente con el actual tratamiento que le da la Carta Magna a esta institución, pues la única diferencia con el matrimonio es que este último deberá existir un contrato que se celebra en el Registro Civil, es decir está libre de ciertas formalidades. De ello nace la importancia de hacer determinados cambios simples dentro del Código Civil, pero que a la hora de ejecutarlos resultan de inmenso valor, pues es la única forma de hacer valer derechos y obligaciones.

3.7. Conclusiones.

Como se puede apreciar en el estudio y análisis de este capítulo, nuestra legislación es un tanto rígida. Se la debe introducir ciertas reformas que la humanice un poco más, pues a mi manera de juzgar es inconcebible e inaceptable la existencia de ciertos requisitos como el del aspecto económico, pues tener la calidad de cónyuge o conviviente supérstite y los atributos de capacidad y dignidad son suficientes para que pueda acceder a la porción connubial porque como me manifesté en reiteradas ocasiones y vuelvo a insistir, el patrimonio es producto del esfuerzo de la pareja y por lo mismo el que sobrevive tiene pleno derecho a acceder a él.

Es necesario, como así lo mencionan varios doctrinarios y estudiosos del derecho, que las leyes vayan de la mano con la época que están regulando. Todos somos testigos de que en los actuales tiempos un sin número de familias han quebrantado y puesto fin a sus relaciones afectivas por temas hereditarios, problemas que no sólo surgen entre hermanos sino se agudizan con los progenitores, lo que es algo inaudito,

inconcebible e imperdonable, por lo que se hace ineludible el consignar la protección al cónyuge o conviviente sobreviviente (padre o madre) para que goce en sus últimos años de paz, tranquilidad y cierta holgura económica, sin ningún tipo de excepciones, constituyéndose así en un derecho que se lo puede reclamar y disfrutar desde el momento mismo del fallecimiento del causante, sin necesidad de ninguna disposición testamentaria y sea la misma ley la llamada a proteger este derecho, sentándose al mismo tiempo una lección de moral, ética y gratitud para los hijos.

Por otra parte y como queda en evidencia, es imprescindible implementar de manera urgente reformas a nuestro Código Civil, puesto que en algunos casos sus disposiciones son demasiado ambiguas y, en otros, fuera de época. Es así que si bien instituciones como la unión de hecho en la actualidad se asimila al matrimonio, con todos los derechos y obligaciones, no sucede lo mismo con las disposiciones del Código Civil que únicamente lo asimila en lo que se refiere a la sociedad de bienes, como tampoco incluye a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, aspecto que aunque sea doloroso se hace necesario por los innúmeros casos que se presentan en la sociedad, sobre todo teniéndose presente que todas las personas deben ser tratadas en igualdad de condiciones.

En lo que sí estoy muy de acuerdo es en el tratamiento y la importancia que la actual Constitución da a las uniones de hecho, puesto que muchas personas se decidían a hacerlo para no contraer obligaciones ni sentirse ligadas a sus convivientes de modo alguno, de tal suerte que sin causa justa, en determinados casos, se separaban antes de los dos años, optando así una posición cómoda, libre de responsabilidades, en la que quedaba a un lado la honestidad y el aspecto sentimental que deberían primar en esta clase de relaciones. Hoy en día no contraen solamente obligaciones sino que también deben acceder a los derechos que los cónyuges acceden.

En definitiva, todo cuanto se haga en bien de la familia, será siempre bienvenido, dentro de la cual todo vínculo afectivo debe ser respetado a cabalidad y que por lo mismo requiere de la protección del derecho, en una Carta Magna que vele con entereza, responsabilidad y seriedad por los derechos de sus miembros, pues la familia es el origen y pilar fundamental que sostiene, engrandece y dignifica a la sociedad misma.

CAPITULO IV

INCAPACIDADES RELATIVAS

4.1. Introducción.

Los requisitos generales que debe reunir una persona para acceder a la sucesión y que son esenciales para poder tener la calidad de heredero son: la capacidad y la dignidad. Dentro de materia sucesoria se habla de la capacidad de goce, mas no de la capacidad de ejercicio para recibir la herencia; sin embargo, para clarificar el tema considero de trascendental importancia entrar al estudio de lo que se debe entender por incapacidad relativa para suceder por causa de muerte, puesto que ella priva a ciertas personas, respecto de un determinado causante, del goce del derecho a suceder, pues por regla general todas las personas son capaces para suceder. No cabe entonces olvidarse que la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción. Una vez que fallece una persona, de manera inmediata y automática opera por sí la apertura de la sucesión, así como la delación que es considerada como el actual llamamiento que hace la ley a los herederos del causante para que acepten o repudien la herencia. Sin embargo para que se lleve a cabo lo mencionado se conoce que los asignatarios deben cumplir con dos requisitos para poder suceder al causante y estos son la capacidad y la dignidad.

De lo anteriormente expuesto se divisa con claridad que toda persona puede sucederle al causante inmediatamente a su fallecimiento, siempre que acaten los dos únicos requisitos que señala la ley y éstos deben ser considerados de manera individualizada, es decir cada uno de los asignatarios, por separado y una vez que se demuestre su cumplimiento, sin ninguna otra exigencia, tienen el derecho y la posibilidad de heredar, así como de plantear cualquier acción cuando se vean privados de acceder a este derecho.

En el tratamiento del presente capítulo he considerado necesario esclarecer y explicar algunos aspectos importantes como son los de la capacidad e incapacidad relativa para heredar, los que se encuentran regulados en nuestro Código Civil, al tiempo que incorporaré nuevos artículos que regulen otras calidades de personas, que deberían ser consideradas incapaces relativos.

4.2. Capacidad e incapacidad para heredar.

Ya consumado el fallecimiento de la persona se opera la apertura de la sucesión donde el causante transmite de forma gratuita sus bienes donde los asignatarios pueden aceptar o repudiar la herencia o legado y toda persona para suceder tiene que ser capaz y digna.

La capacidad para suceder es la forma o capacidad que se tiene para realizar algo con suma conciencia responsabilidad de cada uno de los actos que realiza la persona.

En derecho civil la capacidad es la aptitud jurídica para celebrar todo acto o contrato y para obligarse;

La capacidad para suceder es especial porque consiste en la idoneidad () de una persona para suceder a otra en su patrimonio o la habilidad de ésta para adquirir el derecho de dominio por sucesión por causa de muerte ; o la aptitud jurídica de un individuo para ser heredero o legatario del causante, por ello decimos que por norma general, toda persona es capaz de suceder. En el Código civil el Art.: 1004 Será capaz y digna de suceder toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz o indigna. (www.monografias.com, Consulta 6 de Agosto, 12:04)

“La incapacidad especial solo se refiere a la adquisición del derecho de dominio por causa de muerte y al goce del bien material de la sucesión; por ello el incapaz por sucesión por causa de muerte puede ser perfectamente capaz para adquirir el derecho de dominio por otros modos como: la tradición, ocupación, prescripción, etc”. (www.monografias.com, Consulta 6 de Agosto, 12:05)

La incapacidad es la carencia del derecho de suceder, motivada por fundamentos de orden público que se encuentran contemplados en la ley y que tiene aplicación tanto en personas naturales como en jurídicas. Las incapacidades para suceder son de dos clases: absolutas y relativas. Incapacidad absoluta es aquella que imposibilita suceder de un modo total y pleno: quien es incapaz absoluto no puede suceder jamás a persona alguna. La incapacidad absoluta margina definitivamente de toda sucesión. (Bossano, *Manual de Derecho Sucesorio*, 69)

Son incapacidades absolutas: “la inexistencia de personas naturales y jurídicas. Según la índole de la persona, su incapacidad deriva: de las personas naturales, de la naturaleza o de la ley; y en las personas jurídicas exclusivamente de la ley.” (68)

La incapacidad que surge de la naturaleza es la de no existir el momento de deferirse la asignación; y la que viene de la ley radica en ciertas calidades de la persona natural (confesor, notario, etc.). . . (Ramírez. *Sucesiones*, 30)

4.3. Clases de incapacidades relativas contempladas en el Código Civil.

La incapacidad relativa, es aquella en la que una persona puede suceder a todos excepto a una persona por mandato de la ley. (www.monografias.com, Consulta 6 de Agosto, 12:08)

En nuestra legislación actualmente existen tres clases de incapacidades relativas: la del confesor, la del notario y la de los ministros e instituciones religiosas de otros cultos.

´**Incapacidad relativa del confesor:** sabemos que la religión católica es la que profesa la mayoría de la población ecuatoriana, uno de los sacramentos es la confesión ante el sacerdote católico. No todo confesor es incapaz de suceder.

Esta primera incapacidad relativa exige dos requisitos

- a).- Que el testamento sea otorgado en la última enfermedad del causante,
- b).- Que el confesor a quien se hace la asignación haya sido el habitual durante dos años anterior al otorgamiento del testamento o que haya confesado al testador durante la última enfermedad.

Se cree que el confesor puede ejercer influencia directa en el testador por eso se lo considera como incapaz relativo.

Excepciones

- 1.- Puede que sea coincidencia, que sea heredero forzoso o que sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad igualmente sean herederos del testador.
- 2.- Excepto la iglesia parroquial del testador, a la que se podrán hacer asignaciones aunque el testador se haya confesado con el cura de ella. (www.monografias.com, Consulta 6 de Agosto, 12:14)

Lo dicho en líneas anteriores es justo y lógico, puesto que conocemos que la mayoría de los sacerdotes reúnen los atributos para ser confesores, por lo mismo no podemos establecer que todos los confesores sean incapaces relativos sino se debe entender como lo indica nuestra ley en su artículo 1007 de nuestro Código Civil:

Art. 1007- Por testamento otorgado durante la última enfermedad, no puede recibir herencia o legado alguno, ni aún como albacea fiduciario, el eclesiástico que hubiere confesado al difunto durante la misma enfermedad, o habitualmente en los dos últimos años anteriores al testamento; ni la orden,

convento, o cofradía de que sea miembro el eclesiástico; ni sus deudos por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*, artículo 1007)

El vocablo enfermedad que se utiliza en el artículo citado, incluye accidente si éste determina inmediatamente la muerte más o menos repentina del testador y bajo cuya influencia otorgó el testamento que le beneficia al confesor. . . (Efraín González Tejera. *Derecho Sucesorio*, 148)

Con la redacción de este parte del artículo el legislador señala con claridad que no podrán heredar, o sea se les considera incapaz relativo al sacerdote que ha confesado al difunto en su última enfermedad, o haya sido su confesor durante los últimos dos años del causante, esto con la finalidad de impedir que el confesor de alguna manera al tener esa relación tan directa con el causante pueda influir en la persona y por lo mismo le obligue a dejarle sus bienes.

“El hombre religioso en la hora suprema está dispuesto a todo, y la simple insinuación de su confesor alcanza autoridad tanta, que jamás se resistiría a obedecerlo o a practicarla.” (Bossano 78)

Haciendo un análisis más extenso de la disposición podemos dilucidar que esta incapacidad relativa acarrea la incapacidad de otras personas naturales y jurídicas. “No pueden ser ni herederos ni legatarios del confesor hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad ni la comunidad religiosa o la iglesia parroquial a la que pertenece el confesor.” (78)

Esta extensión de la incapacidad me parece del todo razonable, ya que en el momento que influye el confesor para que se le deje los bienes, puede disimular su actuación, haciendo que la asignación no vaya directamente hacia él sino a favor de cualquiera de las personas nombradas anteriormente, y así se vería burlada fácilmente esta prohibición.

“Esta incapacidad comprenderá a las iglesias parroquiales de que son curas los confesores, excepto la iglesia parroquial del testador, a la que se podrán hacer asignaciones, aunque el testador se haya confesado con el cura de ella.” (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*, artículo 1007)

“La incapacidad establecida en los incisos anteriores no recaerá sobre la porción de bienes que el eclesiástico o sus deudos habrían heredado abintestato, si no hubiese habido testamento.” (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*, artículo 1007)

“ En igual incapacidad incurrirán los ministros y las instituciones religiosas de otros cultos que hubieren prestado asistencia espiritual al difunto.” (*Código Civil*, artículo 1007)

En cuanto al segundo inciso, se dilucida que la prohibición va dirigida al sacerdote confesor del causante y esa incapacidad conlleva a la iglesia a la que pertenece dicho sacerdote. No obstante de ser el caso de que exista una iglesia en la parroquia del causahabiente y su confesor es otro sacerdote que forma parte de otra iglesia similar y la concesión se hace a la iglesia parroquial perteneciente, es valedera, ya que este caso está dentro de esta excepción y justamente el afán del legislador se puede entender que fue y es fomentar la ayuda social.

De igual manera es fácil interpretar el tercer inciso que es otra excepción muy cuerda, ya que puede darse el caso de que, por coincidencia, el sacerdote por más de que no exista testamento sea heredero forzoso, situación en la que no surte efecto esta incapacidad, pudiendo así heredar, sin ningún tipo de impedimento, tal es el caso de que el sacerdote sea el hijo del testador, etc.

Considero que esta disposición es del todo lógica y razonable pues trata de evitar abusos por parte de ciertas personas que al tener una relación directa con el causante pueden influir en sus decisiones. El autor Efraín González señala que en los últimos tiempos esta norma ha perdido su valor como medida preventiva por descenso en el nivel de adhesión religiosa de las personas, pese a ello la norma parece útil porque

suelen darse situaciones en que una persona puede ser influenciada de manera negativa. Se debe entender que esta prohibición no surte efectos cuando el testamento es anterior a la confesión, ni cuando el sacerdote por vez primera ayuda al moribundo. . . (González, *Derecho de Sucesiones*, 147)

“La norma parte de la premisa de que el confesor, aunque no tiene libertad moral, tiene la posibilidad material de influir en la voluntad del testador el momento de su vida, cuando es más propenso a ser influido por quienes están en posición de hacerlo.” (González. *Derecho de Sucesiones: La Sucesión Intestada*, 146)

-Incapacidad relativa del notario:

Art. 1089.- No vale disposición alguna testamentaria en favor del notario que autorice el testamento, o del empleado que haga veces de tal, o del cónyuge o (conviviente) de dicho notario o empleado, o de cualquiera de los ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados o empleados del servicio doméstico del mismo.

Lo mismo se aplica a las disposiciones en favor de cualquiera de los testigos.
(Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*, artículo 1089)

Los notarios son ministros de fe pública garantizan la legalidad de los documentos que intervienen, y cuyos actos se hallan investidos de la presunción de verdad, propia de los funcionarios públicos, estando habilitados por las leyes y reglamentos para conferir fe pública de los contratos y actos extrajudiciales, originados en el marco del derecho privado, de naturaleza civil y mercantil, así como para informar y asesorar a los ciudadanos en materia de actas públicas sobre hechos, y especialmente de cuestiones testamentarias y de derecho hereditario.

(<http://es.wikipedia.org/wiki/Notario>, Consulta 6 de Septiembre 08:30)

De igual manera se considera que el Notario ante el cual se otorga el testamento puede influir en la manifestación de voluntad del testador. Como opinión personal estimo que esta situación es poco probable que se presente en la realidad puesto que como sabemos uno de los requisitos para que se pueda otorgar testamento y se lo considere válido, es que sea en presencia de testigos que generalmente son personas de confianza, unidas por un vínculo estrecho con el testador, aunque podría darse el caso de que los testigos se pongan de acuerdo con el notario y perciban una gratificación. Es quizá por esto que en el último inciso del artículo en mención, el legislador lo incluye, evitando así cualquier tipo de influencia que con anterioridad o en el momento mismo se pueda presentar.

El doctrinario Efraín González señala que esta norma deja varias incertidumbres: ¿se la aplica para testamentos cerrados o únicamente para los abiertos?, pues en el abierto, como requisito de validez el notario habrá de enterarse de sus contenidos. Scavola y Gastan señalan que esta prohibición es aplicable al testamento abierto porque sólo en este concurre la razón que da base a la prohibición, esto es la posibilidad de que el notario influya en la voluntad del testador. Por el contrario, Lacruz y Sancho Rebullida con quienes coincido creen que la posición de Scavola y Gastan es dudosa, ya que la disposición bien puede cubrir cualquier clase de testamento ante un notario o donde este funcionario haya intervenido; por ello cabe incluso en el testamento que se hace en eminente peligro de muerte, al consultarse por teléfono a un notario. . . (149)

Concuerdo con el tratadista, ya que la disposición al no señalar expresamente a qué tipo de testamento se aplica, se debe entender que a todos los testamentos, lo que resulta lógico porque es el propio notario el que puede influir a que el testador otorgue testamento cerrado con el fin de disimular el hecho de que varias disposiciones (bienes) estén a su favor.

Al igual que la incapacidad del confesor y del notario, se extiende también a otras personas naturales: el empleado que haga veces de tal, o del cónyuge o (conviviente) de dicho notario o empleado, o de cualquiera de los ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados o empleados del servicio doméstico y los testigos que solemnizaron el acto. Esta extensión responde al afán de que no se burle la prohibición, disfrazándola mediante la asignación a favor de terceras personas ligadas al notario y empleados y a los testigos. Asimismo se admite la excepción de que puede ocurrir que las personas que incurran en la prohibición, sean considerados herederos forzosos. . . (Bossano, *Manual de Derecho Sucesorio*, 81)

Incapacidad relativa de los ministros e instituciones religiosas de otros cultos.

Art. 1007 último inciso: “En igual incapacidad incurrirán los ministros y las instituciones religiosas de otros cultos que hubieren prestado asistencia espiritual al difunto. . .” (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*, artículo 1007.)

Si bien la religión católica es la que profesa la mayor parte de los ecuatorianos, existen nuevas corrientes religiosas que van apareciendo y tomando fuerza. Bajo la calificación cristiana existen un sin número de grupos cuyo objetivo primordial es divulgar el evangelio y el conocimiento de la Biblia en sí, y como sus integrantes no practican el misterio de la confesión, es imposible aplicar la primera incapacidad. Por ello, la voluntad del legislador, al introducir una tercera incapacidad es razonable, pues la norma transcrita en líneas anteriores enseña que existe la inhabilidad de los ministros y la de las instituciones de otros cultos, casos en los que se requiere haber proporcionado ayuda espiritual al testador.

Considero que esta tercera incapacidad fue introducida en nuestra legislación con mucho tino, pues si antes era importante y necesaria, en los actuales tiempos resulta imprescindible, ya que para nadie es desconocido el hecho de que estas nuevas sectas cristianas crecen día a día, al igual que sus centros de culto y sus seguidores.

En lo que se refiere a esta última incapacidad pienso necesario que este artículo se amplíe, tomando en consideración la posibilidad de que sean considerados incapaces relativos además de los ministros e instituciones religiosas de otros cultos, las cofradías o hermandades religiosas y escuelas filosóficas, que de igual manera uno de sus miembros pudieron prestar asistencia espiritual, o imponer determinadas enseñanzas filosóficas, al causante y así influir en su decisión. Para mayor comprensión haré un breve análisis sobre ellas:

Cofradías o hermandades religiosas: “Son una especie de asociaciones de fieles que se reúnen en torno a una advocación de Cristo, la Virgen o un santo, un momento de la pasión o una reliquia, con fines piadosos, religiosos o asistenciales. Existen tres tipos de cofradías:

- Penitenciales, que hacen pública estación de penitencia en Semana Santa.
- De gloria, que salen el resto del año
- Sacramentales, que tienen como dedicación la devoción y adoración hacia el Santísimo Sacramento.” (<http://es.wikipedia.org/wiki/Cofrad%C3%ADa>, Consulta 17 de febrero, 17:48)

Dicha incapacidad relativa se aplicaría en general para estos tres tipos de cofradías o hermandades, las que al tener un carácter religioso, fácilmente, cada una de ellas en su momento pudieron prestar ayuda asistencial o espiritual al causante e intervenir en su manifestación de voluntad, y la influencia puede provenir de cualquiera de sus miembros o de su presidente.

Escuela Filosófica: “Es una agrupación de filósofos (escuela de pensamiento, corriente de pensamiento, corriente filosófica, doctrina filosófica o movimiento filosófico) que por razones didácticas o de clasificación se han agrupado por quien ha decidido identificar con una etiqueta o denominación conjunta los rasgos comunes en su manera de pensar o de proceder en relación a la Filosofía, su común procedencia geográfica o su cercanía cronológica, dando por hecho que una escuela filosófica surge a partir de las enseñanzas de un maestro y en oposición a una escuela rival, cosa que sólo puede aplicarse con rigor a muy pocas de ellas”.

(http://es.wikipedia.org/wiki/Escuela_filos%C3%B3fica, consulta 18 de febrero, 18:03)

En nombre de sus creencias y seguimientos pueden influenciar al causante en cuanto al reparto de su patrimonio y más aún, si el causante fue miembro de la escuela. Estas eventualidades que pueden suceder perjudicarían a los herederos, y por ello la ley debe incluir en sus disposiciones este tipo de situaciones para evitar cualquier problema o injusticia. En consecuencia, la última parte del artículo 1007 diría lo siguiente:

“En igual incapacidad incurrirán los ministros, las instituciones religiosas de otros cultos, las cofradías o hermandades religiosas que hubieren prestado asistencia espiritual al causante y las escuelas filosóficas a las que perteneció.

4.4. Otras incapacidades relativas que deben legislarse.

Considero oportuno el que se incorpore otro artículo que señale nuevas incapacidades relativas, como las prohibiciones a ciertas calidades de personas que no podrían suceder a determinado causante. Es necesario entonces incorporar una reforma, pues a mi modo de juzgar existen otras personas, aparte de las anotadas antes, que pueden influir en la voluntad del testador, tal es el caso del abogado que asesoró al causante para disponer del patrimonio, del médico de cabecera, del

enfermero, ya que son personas que al tener una relación directa con el causante, podrían perjudicar a sus herederos.

A continuación haré un breve análisis justificativo del por qué introducir estas nuevas incapacidades en nuestro Código Civil, que las considero necesarias y trascendentales, haciendo hincapié que en cada una de estas incapacidades se extenderá al o la cónyuge o conviviente, descendientes, ascendientes y empleados de ellos, a no ser que fueren sus parientes y sean llamados por ley como asignatarios forzosos. Si se toma en cuenta que la intención del legislador es la de precautelar la libertad de testar y así evitar cualquier tipo de influencia negativa, es necesario ampliarla, a base de un razonamiento lógico. Así:

El médico de cabecera: En muchos casos y quizá en casi todos, es quien atiende la salud del testador durante sus últimos años, es decir goza de su confianza y gratitud, resultándole muy simple intervenir en la decisión del testador. El hombre que se encuentra en grave estado de salud puede ser fácilmente influenciado por su médico, más aún si considera que su vida depende de él.

El abogado: Al asesorar y guiar al causante para asignar su patrimonio de la mejor manera, se supone que es la persona de confianza y es probable que sus consejos sean tomados muy en cuenta, teniendo presente que para estos casos se escoge a la persona docta en la materia y en quien se pueda confiar plenamente. Lamentablemente existen abogados inescrupulosos, que apartándose de toda norma moral y ética buscan satisfacer sus intereses personales y la ambición hace presa de ellos, consiguiendo constituirse como uno más de los herederos.

Si el legislador se pone en guardia para evitar que se vulnere el ejercicio de libertad del testador, mal hace en no tomar en cuenta a este tipo de profesionales.

El enfermero: Al igual que el médico de cabecera, es una persona a la cual el testador le guarda inmensa gratitud por velar por su bienestar y cuidar de su salud y por ello fácilmente puede convertirse en un aspirante de la fortuna de su paciente, tratando de convencerlo de su bondad e inclusive llegando a la hipocresía y al adulo.

Cabe resaltarse que dentro de esta prohibición no entraría el caso en que el causante disponga parte de su patrimonio para ayudar a los enfermos de cáncer o de VIH Sida, pues aquí más bien sobresale el sentido de solidaridad y ayuda social, siempre y cuando vaya destinado a otro centro de salud al que no pertenezca el médico de cabecera o el enfermero/a.

4.5. Análisis comparativo con la Legislación Española.

Dentro del Código Civil Español, están algunas Incapacidades Relativas que son distintas a las reglamentadas por nuestro Código, algunas de las cuales sirvieron de fundamento para fortalecer mi propuesta de reforma, ya que como siempre sostengo que lo bueno de otras legislaciones se debe adaptar a la nuestra, por supuesto previo análisis de su conveniencia para el pueblo ecuatoriano que no tiene las mismas características que los pueblos de otros países. Ante ello, es imprescindible introducir modificaciones que estén acordes con los nuevos tiempos y circunstancias que se van presentando a través de él, tratando a la vez de evitar problemas, puesto que es mejor prevenir que lamentar. Si el problema surge que grave sería el que no encontremos una respuesta lógica y efectiva para solucionarlo.

Los artículos del Código Civil Español, a los que antes me refiero señalan lo siguiente:

Art. 754: El testador no podrá disponer del todo o parte de su herencia en favor del Notario que autorice su testamento, o del cónyuge, parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado, con la excepción establecida en el artículo 682. **Esta prohibición será aplicable a los testigos del testamento abierto, otorgado con o sin Notario.**

Las disposiciones de este artículo son también aplicables a los testigos y personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales. (<http://www.ucm.es/info/civil/jgstorch/leyes/ccivil.htm>. Consulta 26 Septiembre 20011, 19:30)

Art. 682

En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquéllos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

No están comprendidos en esta prohibición los legatarios ni sus cónyuges o parientes cuando el legado sea de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario.

La parte del artículo 754 que consta con “negrita” y que considero debe ser tomada en cuenta en nuestro Código Civil, concerniente a la incapacidad relativa de los notarios y en su último inciso, al hablar de los testigos, especifica con mayor claridad a qué clase de testigos va dirigida, evitando así cualquier tipo de confusión.

Tal es el caso de los testigos instrumentales en los testamentos abiertos, con notario o sin él, que están impedidos de recibir bienes del testador a través del testamento, excepto como señala el artículo 682 cuando el legado sea de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario.

El artículo, por razones obvias, excluye de la prohibición a quienes reciban bienes bajo testamento cerrado; en este tipo de acto de última voluntad no se requiere, como condición de validez, que los cinco testigos instrumentales se enteren del contenido del testamento, sin embargo es dudoso si la prohibición debe alcanzar a los testigos de conocimiento en los casos en que se proceda, entendemos que si está presente la posibilidad de influencia indebida, en ese caso la prohibición debe alcanzarlos también. . . (González. *Derecho de Sucesiones*, 150)

Queda así en claro que muchos pasajes y disposiciones de nuestro Código deben seguir el ejemplo de otras legislaciones, como la española, que regula este tema con mucha claridad y permite comprender su verdadero sentido y finalidad.

4.6. Conclusiones.

Antes de emitir mis conclusiones, es necesario transcribir lo que dice el doctrinario González en uno de sus libros: Nuestro Código Civil priva a determinadas personas la posibilidad de suceder a ciertos causantes, no como sanción civil ni como conducta deplorable, sino como norma de protección social. El legislador se pone en guardia ante la posibilidad de que se vulnere la manifestación de voluntad del testador, el fin primordial de las incapacidades relativas es garantizar la libertad del testador, son prohibiciones de naturaleza preventiva; son mecanismos para proteger al testador de conductas caprichosas o dolosas en la formulación de su última voluntad. . . (González. *Derecho de Sucesiones*, 14)

En mi opinión personal considero que el legislador en aras de buscar protección al testador debería tomar en cuenta la posibilidad de introducir otras incapacidades, las que se tendrían que hacerse con un sentido lógico, estableciendo claramente sus alcances, ya que como expresé en líneas anteriores no se les puede privar de sus derechos a los asignatarios forzosos por más que incurran dentro de estas calidades de personas, quienes deben ser consideradas incapaces relativas. Cabe resaltar que si son asignatarios forzosos no les privaría de su derecho pero solo en la cuantía que les corresponde por tener esa calidad, de manera que si no existiría testamento por ser

sucesor abintestado heredaría de cualquier forma, pero de existir testamento no tendría derecho a mejoras o libre disposición por ser incapaz relativo.

Si la intención del legislador fue de amparo, entonces qué mejor introducir nuevas reformas que sirvan para cumplir a cabalidad su buena intención, ya que con el pasar del tiempo los sentimientos y los valores de las personas cambian y por lo mismo se presentan ciertos casos que tal vez con anterioridad eran muy difíciles o imposibles que se den. Es por ello mi afán de establecer reformas para ir de la mano con los problemas actuales de las personas y así encontrar soluciones sensatas, acordes con la época en la que vivimos.

CAPITULO V

DIGNIDAD E INDIGNIDAD PARA SUCEDER POR CAUSA DE MUERTE

5.1. Introducción.

Conocemos que los requisitos que debe cumplir una persona para suceder a otra, por causa de muerte, son: la capacidad y la dignidad. Una vez que en el capítulo anterior ha sido revisado el primer requisito, que es considerado de orden público, ahora me detendré en analizar el segundo, que responde a un contenido ético antes que de orden público.

Es lógico que ningún testador va a asignar a una persona que no conoce, ni con la cual no tiene vínculos de afecto estrechos, pues por lo general entre testador y asignatario existen lazos de sangre, de aprecio, de gratitud, de amor, y por sobre todo prevalece el respeto mutuo que se debe uno al otro, lo que es obvio entre personas que se estiman y respetan, lo que le hace digno para sucederle al causante. Sin embargo, existen muchas ocasiones en que ese vínculo de amor, cariño y respeto se ve quebrantado por acciones u omisiones conscientes por parte de quienes son los posibles herederos, lo que da paso al nacimiento de la figura de indignidad. Como regla general tenemos que toda persona es digna para suceder y, la indignidad, resulta ser la excepción.

Algunos tratadistas al referirse a la dignidad, creen que es la vocación jurídica que tiene una persona para suceder a la otra después de sus días, y esa vocación presupone un nexo de parentesco o de amistad, por lo tanto deben existir lazos de afecto, respeto, consideración con el causante. Empero estos lazos pueden vulnerarse por alguna falla del sucesor; cuando sucede esto interviene la ley y prohíbe que aquél lo suceda; es así como surge en el plano jurídico, la indignidad. (Bossano. *Manual de Derecho Sucesorio*, 89)

La indignidad es una pena civil que el juez impone al responsable de ciertos agravios inferidos al causante o a su memoria. Dada su naturaleza, la indignidad sólo tiene existencia a partir de la ejecutoria de la sentencia que le impone; no produce efectos de pleno derecho. (Ramírez. *Sucesiones*, 33)

Cabe recalcar que la institución de la indignidad puede surtir efecto tanto en la sucesión testada como en la intestada y es aplicable a toda clase de individuos, esto a diferencia del desheredamiento.

En el capítulo en estudio, analizaré las causales de indignidad contempladas en nuestra legislación, así como propondré la introducción de nuevas causales y otros artículos, pues considero de imperiosa necesidad que todo quede expresamente señalado dentro de la ley para basarnos únicamente en ella y encontrar así las soluciones requeridas para las diversas circunstancias y situaciones que se presentan en nuestro diario vivir.

5.2. Clases de indignidades establecidas en la ley.

“El fundamento de las indignidades para unos autores, es la suposición de que si el de *cuius* hubiere previsto el hecho del indigno, lo hubiera excluido de su herencia (fundamento subjetivo); y, para otros, la consideración de la moralidad es la que obliga al legislador a privar de la herencia a aquellas personas que se han hecho indignas, según la común apreciación social (fundamento objetivo)”. . . (Castán. *Derecho Civil Español Común y Foral*, 47)

Dentro de nuestra legislación se establecen diez clases de indignidades, distribuidas en cinco artículos distintos, a saber:

Art. 1010.- Son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios, y no tendrán derecho a alimentos:

1º: El que ha cometido el delito de homicidio en la persona del difunto, o ha intervenido en este delito por obra o consejo, o la dejó perecer pudiendo salvarla.

Con apoyo en la clasificación penal se ha interpretado, el ordinal primero del artículo citado, como remitido al homicidio voluntario que implica sanción penal. Conforme a esta norma quien resultare, como autor, cómplice o encubridor del homicidio, o reo de omisión al dejar perecer al causante pudiendo salvarlo, incurre en causal de indignidad susceptible de ser juzgada conjuntamente con la acción penal, o proceso civil por separado. La regla no reclama, como sí aparece en las otras, la previa condena penal para así estructurar esta causal de indignidad, bastará la sindicación para que pueda desatarse la demanda civil de indignidad. . . (Ramírez. *Sucesiones*, 34)

Considero que esta causal es lógica y del todo justa, pues sería realmente inaceptable que quien cometió el homicidio del causante lo suceda, así sea considerado como asignatario forzoso de conformidad con la ley, puesto que como mencioné anteriormente el causante y su causahabiente deben tener esos lazos de cariño, respeto y consideración que los unen, para tener derecho a sucederle; mal podría heredar quien no cumple con ninguno de estos vínculos y peor aún quien los ha roto totalmente y ha sido partícipe del homicidio del causante. Es por ello que considero que esta norma debe ampliarse aún más para evitar cualquier tipo de excepciones, como lo haré más adelante.

2º: El que cometió atentado grave contra la vida, la honra o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o (conviviente), o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada.

El hecho ha de ser delictuoso y además la responsabilidad del agente debe hallarse definida por sentencia condenatoria para tenerlo como tal, y la calidad de grave pide que el hecho sea de gran entidad o sea contra la vida, como la tentativa de homicidio, contra el honor, estimando el rango, la posición social y las costumbres de las personas que lo sufren; y contra los bienes, en consideración de la cuantía del ilícito. No será necesariamente causal de indignidad una condena penal por lesiones personales, ni por hurtos de menor cuantía. El reo sufrirá la sanción penal, pero puede no hallarse incurso en causal de indignidad, según lo examinado. . .(35)

Considero que esta causal tiene su razón de ser y contempla una protección amplia no sólo a favor del causante sino de sus ascendientes, descendientes, cónyuge o (conviviente), lo que estimo de gran trascendencia porque mal puede heredar quien ha causado un grave daño al testador y a sus seres más preciados, porque una familia no la conforman dos personas, su círculo es mayor y el respeto y cariño debe extenderse a todos ellos. Obviamente se destaca que dentro de esta causal debe necesariamente existir sentencia ejecutoriada en contra de la persona que es considerada indigna, lo que a mi manera está por demás este requisito, ya que si está establecida expresamente esta disposición, imperiosamente debe ser cumplida para que se origine la indignidad y es un tanto ilógico que se pida ello porque qué pasa si por descuido o por algún sentimiento aún existente, nadie ponga ninguna clase de denuncia ni demanda; entonces quien cometió ese atentado, por no tener sentencia ejecutoriada, es digno para suceder.

Considero que únicamente el juez debería exigir algún requisito o formalidad sencilla, según el caso, cuando conozca de la demanda de indignidad, como puede ser una declaración juramentada o lo que, a su criterio, juzgue lo adecuado.

“Esta causal tiene su fundamento en el apremiante interés social, basado en la idea de que nadie beneficie interés económico como resultado de la comisión de un delito, para invalidar el llamamiento a heredar, se requiere no sólo convicción, sino también condena.” (González, *Derecho de Sucesiones*, 153)

3º: El consanguíneo dentro del cuarto grado inclusive, que, en el estado de demencia o desvalimiento de la persona de cuya sucesión se trata, no la socorrió pudiéndolo.

La extensión del beneficio del socorro a consanguíneos, hasta el cuarto grado, como indica la obligación moral de dar socorro, no comprende ayuda alimentaria comprensiva de manutención, techo, vestido, estudio, sino de un socorro acorde con las posibilidades de la persona pudiente, el simple alojamiento aun transitorio, puede eliminar de esta causal cuando se lo proporciona al pariente demente o destituido de bienes. Quien no brindó socorro al consanguíneo dentro del cuarto grado, cuando soportaba demencia o destitución de bienes, puede incurrir en causal de indignidad si aquel requería el socorro para sobrevivir y éste se hallaba en capacidad de brindarlo. . .(36)

Pienso que cuando existen personas unidas por afecto, es natural y obvio que surja el sentimiento de ayuda y solidaridad, más aún si se trata de épocas críticas y difíciles porque aquí es cuando conocemos a quienes realmente nos aprecian y están con nosotros en las buenas y en las malas; obviamente, hay momentos en los que no podemos estar junto a nuestros seres queridos y no por nuestra voluntad, sino por ciertas circunstancias inesperadas que surgen y que no podemos salvarlas.

En razón de ello, es correcto el que se haya aclarado en este numeral el hecho de que quien no lo socorrió “pudiéndolo”, con lo que queda claro su objetivo explícito, cual es el hecho de que contando con todas las posibilidades para socorrerlo y prestarle ayuda, no lo hace y permanece impávido.

Desde ningún punto de vista esta actitud infame e inhumana puede ser justificada y al romperse este vínculo sagrado, mal puede considerársele como heredero y el impedimento legal y moral es notorio.

4º: El que por fuerza o dolo obtuvo del testador alguna disposición testamentaria, o le impidió testar.

El testamento otorgado con fuerza, o la disposición arrancada con dolo, de cualquier persona, adolecen de nulidad absoluta; si los hechos generadores de la fuerza o el dolo los realizó el heredero, habrá incurrido él en causal de indignidad. Significa lo anterior que si el testamento es declarado nulo, total o parcialmente, el asignatario perderá su asignación testada; pero establece además de ello que el heredero responsable se hará indigno de suceder abintestato o por testamento anterior. La fuerza o el dolo pueden ser motivados con la finalidad de impedir testar para conservar la expectativa derivada de la ley o del testamento anterior, y en esta indignidad podrá incurrir el responsable del empleo de la fuerza o el dolo; solo su indignidad declarada podrá excluirlo de su herencia o legado. . .(36)

Dentro de esta causal cabe destacarse la opinión del doctrinario Guillermo Bossano que señala que esta causal y la siguiente resultan un tanto sui géneris, por las modalidades testamentarias y la facultad de revocación del que está investido el testador, se pregunta cómo es posible ejercer fuerza o dolo en el testador para obtener una disposición, cómo demostrar que le impidió testar y por sobre todo cómo demostrar tal acción u omisión, si el que pudiese haber probado fue el causante y éste ya no existe.

La prueba si puede ser dificultosa, pero un acto doloso para alcanzar una disposición podría ser el engaño sobre hechos, actos, consejos, u ofertas falsas de hacer o no hacer algo, o a favor de alguien, y que luego no se cumple o nunca existió. En la actualidad, la fuerza se equipara también a actos de intimidación, que pueden ser de variada naturaleza y circunstancia, pues podría presentarse fácilmente el caso de que uno de los testigos o todos ellos sean parte o sean autores del dolo o la intimidación.

5º: El que dolosamente ha detenido u ocultado el testamento; presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación.

Esta causal consagra la novedosa teoría del dolo presunto, y se refiere al testamento cerrado, ya que es el único susceptible de retención u ocultación fuera del protocolo notarial en la época en que se redactó la norma; este doctrinario considera que dicha norma en épocas actuales ha caído en total obsolescencia porque el sobre contentivo del testamento debe retenerlo el notario, una vez otorgado para su custodia, ulterior y oportuna apertura en su despacho, cuando la ley facultaba al testador para retener el sobre contentivo del testamento cerrado, después de otorgado y para ejercer por lo medios más disímiles de su custodia, podía darse la causal de indignidad a la que se refiere esta causal. . .(36-37)

Opinión última del doctrinario con la que no estoy de acuerdo ya que no es obligatorio que lo retenga un notario pues puede llevarlo consigo el testador, si bien entregarlo a un notario es lo más recomendable, esto no quiere decir que sea imperativo.

Para esclarecer lo antes mencionado, nuestro Código Civil en sus artículos 1059 y 1061 señala lo siguiente:

Art. 1059.- ‘El testamento solemne cerrado debe otorgarse ante un notario y tres testigos.

En este testamento ningún juez podrá hacer las veces de notario’. (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*)

Art. 1061.- “Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al notario y testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz y de manera que el notario y testigos le vean, oigan y entiendan, salvo el caso del artículo siguiente, que en aquella escritura se contiene su testamento. Los mudos podrán hacer esta declaración escribiéndola a presencia del notario y testigos.

El testamento deberá estar escrito o a lo menos firmado por el testador.

La cubierta del testamento estará cerrada o se cerrará exteriormente, de manera que no pueda extraerse el testamento sin romperla.

Queda al arbitrio del testador poner un sello o marca, o emplear cualquier otro medio para la seguridad de la cubierta.

El notario expresará en la cubierta, bajo el título testamento, la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio; el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos; y el lugar, día, mes y año del otorgamiento. .

Esto se aplicará si el testador ha entregado su testamento al notario. .” (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*)

Art. 1011.- “Es también indigno de suceder el que, siendo mayor de edad, no hubiere denunciado o acusado ante la justicia el homicidio cometido en la persona del difunto, tan presto como le hubiere sido posible.

Cesará esta indignidad si la justicia hubiere empezado a proceder sobre el caso.

Pero esta causa de indignidad no podrá alegarse contra el heredero o legatario que fuere eclesiástico, cónyuge, ascendiente, descendiente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, del autor o cómplice del homicidio.

(Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*)

Constituye ofensa grave a la memoria del causante, y la norma lo consagra como causal de indignidad, permanecer indiferente sin desatar por denuncia la acción penal para investigar el homicidio en la persona del causante, dentro del mes siguiente al día en que se conoció el hecho. Dada la índole de la acción penal, ésta podrá oficiosamente o a pedido de un tercero o por actuación del Ministerio Público, dar inicio a la investigación, en cuyo caso no se dará esta causal de indignidad, y no la habrá cuando el heredero o legatario guarde silencio para no comprometer a personas mencionadas en este artículo, por la extensión de la garantía constitucional de no ser obligado a declarar contra sí ni contra los parientes. . . (Ramírez. *Sucesiones*, 37)

Aprecio que esta causal de indignidad tiene su fundamento que se basa en el hecho de que sabiendo quien cometió el homicidio y fue el causante del fallecimiento del testador, no lo denuncie en su momento oportuno; son casos que no se presentan muy a menudo en la vida real, ya que si dan muerte a un ser querido y se sabe quien lo hizo, lo lógico es denunciar, luchar porque se haga justicia y se sancione por el delito cometido; no obstante, en algunos casos puede suceder que por temor o amenaza no se realice la denuncia. En tales circunstancias considero que la norma debería ser un poco más explícita y contener ciertas excepciones que amparen no únicamente a los parientes más cercanos, sino a todas las personas en general cuando ocurran situaciones que puedan impedir que el heredero presente la denuncia como el caso de haber recibido llamadas telefónicas amenazantes, etc., situación que obviamente debería ser probada, cumpliendo con las formalidades legales.

Art. 1012.- “Es asimismo indigno de suceder al impúber, demente o sordomudo, el ascendiente o descendiente, que, siendo llamado a sucederle abintestato, no pidió que se le nombrara tutor o curador, y permaneció en esta omisión un año entero; a menos que aparezca haberle sido imposible pedirlo por sí o por procurador. Si fueren muchos los llamados a la sucesión, la diligencia de uno de ellos aprovechará a los demás.

Transcurrido el año recaerá la obligación antedicha en los llamados en segundo grado a la sucesión intestada.

La obligación no se extiende a los menores, ni en general a los que viven bajo curaduría.

Esta indignidad desaparece desde que el impúber llega a la pubertad, o el demente o sordomudo toma la administración de sus bienes.'' (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*)

El incapaz para la administración de sus bienes debe ser dotado de guardador, si no lo tuviere, por actuación de sus parientes del orden sucesorio preferente; si ellos no solicitaren el nombramiento dentro del año contado desde que surgió la necesidad de curador, serán indignos de suceder al incapaz, a menos que se probare que se han utilizado todos los medios para cumplir con esta obligación, pero se les hizo imposible, por ausencia del hecho u otro motivo justificado. Cuando la incapacidad desaparezca, cesará la indignidad por carencia de fundamento, pero si el incapaz falleciere en incapacidad, los llamados a heredarlo abintestato son los parientes con vocación hereditaria respecto de los cuales no haya transcurrido el año, para pedir la guarda. Todo sin olvidar que la indignidad no produce efectos, sino en virtud de sentencia que los declare. . . (Ramírez. *Sucesiones*, 38)

Considero que a un menor o a un interdicto necesariamente se le debe nombrar tutor o curador, ya que el pupilo no tiene la posibilidad de valerse por sí mismo ni de administrar sus bienes. Esta causal es un tanto difícil que suceda en la realidad, sin embargo puede ocurrir y bien hace la norma en establecer ciertas excepciones cuando por una razón debidamente fundamentada no le pudieron dotar de uno; otra excepción es que no se extiende a los menores y los que están bajo curatela. Las dos particularidades son lógicas y obvias, ya que indiscutiblemente si hay alguna razón motivada se la tomará en cuenta para evitar que el pariente o terceras personas sean sancionados.

Art. 1013.- “Son además indignos de suceder el tutor o curador que, nombrado por el testador, se excusare sin causa legítima; y,

El albacea que, nombrado por el testador, se excusare sin probar inconveniente grave.

No se extenderá esta indignidad a los asignatarios forzosos, en la cuantía que lo son, ni a los que, desechada por el juez la excusa, entren a servir el cargo” (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*)

Constituye agravio a la memoria del testador que deje una herencia o un legado, y confiera un cargo al beneficiario, que el asignatario se niegue, sin razón, a servir como curador, albacea o partidor. Si el nombrado dispusiere de excusa suficiente no incurrirá en esta causal de indignidad. Ahora bien, si el designado fuere a la vez heredero abintestato del causante, la negativa injustificada a atender el nombramiento en nada afectará su derecho a recibir abintestato cuando por ley le corresponda. El ejercicio de los cargos antes mencionados por el testador puede causar graves perjuicios al asignatario, o éste puede no hallarse en óptimas condiciones de prestarlo por causa de alguna enfermedad, es natural que la excusa ha de ser aceptada y no incurrirá en indignidad. . . (Ramírez 38)

A mi criterio considero que esta causal de indignidad está bien fundamentada, aclarando que las últimas no son tan graves como para declarar indigno a quien no cumpla con ciertos requisitos; pienso más bien que existen otras razones que serían mucho más fuertes para calificar a una persona como indigna para suceder por causa de muerte, y a pesar de ello no se encuentran reguladas en la ley, por lo que las introduciré después. En cuanto a esta causal las excepciones son también coherentes ya que si por algún motivo fundamentado como es el caso de enfermedad, el heredero, legatario o albacea no pudiesen cumplir con lo encomendado por el testador la excusa, debidamente comprobada, debe ser aceptada, con lo que quedaría descartada la indignidad.

Art. 1014.- ‘‘Finalmente, es indigno de suceder el que, a sabiendas de la incapacidad, haya prometido al difunto hacer pasar sus bienes o parte de ellos, bajo cualquiera forma, a una persona incapaz’’. (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*)

Esta indignidad no podrá alegarse contra ninguna persona de las que, por temor reverencial, hubieren podido ser inducidas a hacer la promesa al difunto, a menos que haya procedido a la ejecución de la promesa.

‘‘La ley sanciona a quien deliberadamente promete violar esta disposición, actuando como testafierro; pero halla excusable la promesa no seguida de ejecución, formulada por quien sufre coacción moral derivada de la sumisión y el respeto.’’ (Ramírez 38)

El maestro Guillermo Bossano señala que esta causal de indignidad es absurda, con sólo leerla detenidamente se llega a esta conclusión; ni el espíritu ni la forma en la que está concebida la disposición reúnen los elementos sustantivos y lógicos de una genuina indignidad. Se tendría que plantear ciertos interrogantes: ¿Cabe prometer a un difunto? Y si así fuera ¿Quién sería capaz de demostrar tal cosa? Tal vez el propio difunto. . . (Bossano. *Manual de Derecho Sucesorio*, 92)

Considero que esta crítica siempre fue exagerada y puntillosa. Se entiende que no se está refiriendo al fallecido, sino a sus actos en vida, como persona, y que ahora está muerto. El diccionario de Cabanellas define así al difunto: Dícese de la persona muerta, es decir, nos remite a la persona porque si se estaría refiriéndose al muerto, no habría empleado el término persona; caso contrario, al entender en el sentido restringido de muerto, ya sería cadáver y por tanto mal pudo el legislador emplear el término persona.

En lo que atañe a todas las causales de indignidad establecidas en las disposiciones de nuestro Código Civil, me sumo al criterio de Bossano pues considero que el legislador comete errores enormes al determinar como causas de indignidad algunas que no lo son, ni que deberían ser tomadas como tales, ya que muchas de ellas no contienen los elementos necesarios para serlo.

Por otro lado prescinde el considerar otras posibles causas que necesariamente deberían ser reguladas y por lo tanto formar parte del ordenamiento jurídico, pues tienen que ver con el rompimiento de principios éticos y morales que deben regular la relación armónica entre causante y sucesor.

Para todas las indignidades que se mencionan antes, debe tenerse presente la disposición contenida en el **Art. 1016**: ‘La indignidad no surte efecto alguno, si no es declarada en juicio, a instancia de cualquiera de los interesados en la exclusión del heredero o legatario indigno. Declarada judicialmente, está obligado el indigno a la restitución de la herencia o legado, con sus accesiones y frutos.’ (Corporación de Estudios y publicaciones. *Código Civil*, art. 1016)

En suma, pienso que algunas causas de indignidad tendrían que ser eliminadas por ser demasiado exageradas, es decir no debería un heredero ser considerado indigno por algo tan pasajero y sin trascendencia.

5.3. Nueva causal de indignidad.

Como lo anuncié antes, juzgo necesario introducir otra causal de indignidad que la considero de vital importancia y por lo tanto deberían formar parte de nuestra legislación, recalcando que sería una especie de excepción a la regla general de que la incapacidad es tanto para herederos como para terceras personas y además de que es tanto para sucesión testada como intestada. La propuesta es la siguiente:

Art...Indignidad por haber acusado al testador de delito. . El que haya denunciado o acusado al testador de de injuria calumniosa y haya sido desestimada y declarada maliciosa. Esta causal de indignidad únicamente se aplicará en la sucesión testamentaria en la que se haya dispuesto parte o integridad de la cuarta de libre disposición a favor a una persona no comprendida dentro de los grados de afinidad y parentesco que señala la ley penal como impedidos de denuncia.

Como se conoce dentro del área penal, para denunciar un delito cometido por otra persona debe tener plena seguridad y contar con pruebas contundentes, puesto que no se puede obrar con ligereza; y, en caso de que se pruebe lo contrario es decir que no se cometió el delito, el denunciante tendrá que responder por sus actos, situación que se torna más grave si el ofendido es una persona cercana. Si la denuncia es declarada maliciosa y temeraria, se debe pagar las indemnizaciones correspondientes, sin dejar de lado la posibilidad de que el denunciado injustamente pueda entablar una querrela por injurias calumniosas, lo que de acuerdo a nuestro Código de Procedimiento Penal es un delito de acción privada, es decir corresponde al ofendido plantear la querrela.

Para aclarar el tema de la responsabilidad por denuncia maliciosa, me remito al artículo pertinente del Código de Procedimiento Penal:

Art 413. Denuncia maliciosa o temeraria: Cuando el denunciante, o acusador particular hayan provocado el proceso por medio de una denuncia o acusación particular maliciosa o temeraria la Jueza o Juez de Garantías Penales o el Tribunal de Garantías Penales debe imponerle el pago total o parcial de las costas procesales, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales a que hubieren lugar. (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código de Procedimiento Penal*)

Al plantear la incorporación de esta causal una de las penas civiles de quien denunció maliciosamente es el considerarlo indigno para suceder al causante. Se debe tener presente, como es lógico, que para que se dé origen a esta indignidad el testador, en vida, debió ser denunciado maliciosamente y él, de manera personal, haya entablado, de ser el caso, la querrela por injuria calumniosa.

Para clarificar aún más el tema en cuestión es necesario tener presente lo que se entiende por injuria calumniosa, de conformidad con Código Penal.

Art. 489.- “**La injuria es:** Calumniosa, cuando consiste en la falsa imputación de un delito; y, no calumniosa, cuando consiste en toda otra expresión proferida en descrédito, deshonor o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto.” (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Penal*)

Art. 491.- “El reo de injuria calumniosa será reprimido con prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinte y cinco dólares de los Estados Unidos de América, cuando las imputaciones hubieren sido hechas:

En reuniones o lugares públicos;

En presencia de diez o más individuos;

Por medio de escritos, impresos o no, imágenes o emblemas fijados, distribuidos o vendidos, puestos en venta, o expuestos a las miradas del público; o,

Por medio de escritos no publicados, pero dirigidos o comunicados a otras personas, contándose entre éstos las cartas”. (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Penal*)

Queda así entonces determinado que la injuria es calumniosa cuando se da paso a la falsa imputación de un delito, es decir es la propia ley penal la que da la posibilidad al testador de implantar la acción penal privada por injuria calumniosa en contra de quien lo denunció maliciosamente, y ésta sería la sanción penal, pero de ser el caso en que el testador ha dispuesto la cuarta de libre disposición a favor de quien le denunció, la sanción civil para él será el hecho de considerársele indigno de sucederlo y por lo tanto de recibir parte del patrimonio.

Es importante dejar sentado el hecho de la concordancia que existe con el Código de Procedimiento Penal; en consecuencia esta causa de indignidad no podrá alegarse contra el heredero o legatario que fuere cónyuge, ascendiente, descendiente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, lo que también resulta lógico por la prohibición que señala el mismo Código en su artículo **45**: No se admitirá denuncia de ascendientes contra descendientes o viceversa, ni de un cónyuge contra el otro, ni de hermano contra hermano, salvo las siguientes excepciones. . .

Entonces al ser la Ley Penal la que impide a un pariente denunciar a otro, obviamente no se dará en este caso la indignidad porque simplemente la denuncia entre parientes no se permite y así no se puede aplicar a ellos, como tampoco las excepciones establecidas.

Para evitar confusiones la disposición debe señalar expresamente y como un caso de excepción que únicamente esta causal se aplicará en la sucesión testamentaria, en la que en la cuarta de libre disposición se puede dejar a cualquier persona.

5.3.1. Propuesta de reforma al numeral 1 del artículo 1010 del Código Civil.

Considero que esta causal merece una ampliación (consta con negrita):

Art. 1010.- Son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios, y no tendrán derecho a alimentos:

1o.- El que ha cometido el delito de homicidio en la persona del difunto, o ha intervenido en este delito por obra o consejo, o la dejó perecer pudiendo salvarla; **esta causal de indignidad no desaparecerá por indulto. Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima, legado o donación.**

Conocemos que en varios casos por el perdón que en determinadas circunstancias se da a ciertas personas que han cometido un delito, desaparece el delito y con él la pena.

Pues esto se aplicaría sólo cuando haya sentencia acusatoria, pues ya que si por buena conducta le disminuyen la pena no quiere decir que el delito no se ha cometido.

Ampliando el tema expondré lo que se debe entender por indulto de la pena. (Ley Penal).

El indulto es la supresión o disminución de penas, ya por encontrar excesivo el castigo legal, ya ante la personalidad del delincuente y las circunstancias del caso, como por generosidad tradicional o excepcional del Poder Público. Se concede el indulto en el caso de cometimiento de delitos comunes, la decisión del mismo se justificará cuando medien por sobre todo motivos humanitarios. . . (Vaca. *Manual de Derecho Procesal Penal*, 239-240)

Ante estos hechos, si bien la Ley Penal concede por la buena conducta de la persona el perdón o la disminución de la pena, la Ley Civil debe dejar en claro que seguirán existiendo las responsabilidades y por lo tanto la causal de indignidad subsiste. Qué grave y ofensivo sería para la memoria del causante el hecho de que quien le ocasionó la muerte llegue a heredar parte de su patrimonio.

Entonces me parece que si no llega a dictarse sentencia, no hay delito, y sería injusto que por la sola denuncia o acusación que no prosperó se prive de su derecho sucesorio. De darse lo contrario se le debería privar de todos sus derechos sucesorios como son la legítima, el legado o la donación.

5.4. Propuesta de reforma al artículo 1019.

Art. 1019.- “A los herederos se transmiten la herencia o legado de que su antecesor se hizo indigno; pero con el mismo vicio de indignidad de éste, por todo el tiempo que falte para completar los cinco años.”

Es inminente una reforma. Desde todo punto de vista es inconcebible e injusto que la indignidad se extienda a sus descendientes que nada tienen que ver con lo ocurrido y más aún si se considera la circunstancia de que pudieron haber tenido una excelente relación y un vínculo afectivo con el testador. Si bien en la ley se hace referencia al hecho de heredar por representación, en ella se prevé la posibilidad de repudiar la herencia, es decir cuando el asignatario no quiere o no puede y una de las razones sea la indignidad.

En consecuencia, lo que aspiro es implantar una reforma para que, dentro del artículo 1019, se tome en consideración la posibilidad de que la indignidad no se transmita a los herederos del indigno, cuyo texto sería:

Art 1019: La indignidad y los herederos del indigno: La indignidad será considerada personal. Los derechos sucesorios que pierde el heredero indigno no se transmiten a sus descendientes por lo que no heredarán con el vicio de indignidad de su padre. El indigno no tiene derecho al usufructo ni a la administración de los bienes que por esta causa reciban sus descendientes. Como excepción, la indignidad sí se transmite cuando los herederos del indigno hubieren tenido participación en el cometimiento de cualquiera de las causales de indignidad, o teniendo pleno conocimiento del hecho no hicieron nada para evitar su cometimiento siempre que se su participación sea debidamente probada.

Con esta reforma pretendo proteger a la familia toda. El hecho de que uno de sus miembros cometa un error, no quiere decir que el resto sean culpables; la sanción la debe asumir exclusivamente quien la cometió. Con el artículo vigente, nuestra legislación priva a los descendientes del heredero indigno del derecho de representación al que por ley tienen acceso.

El Derecho de Representación es la institución propia del Derecho Sucesorio, la cual se aplica únicamente en la sucesión abintestato, es decir cuando uno de los progenitores no quieren o no pueden suceder (indignidad), la ley llama a sus hijos para que ocupen el lugar de aquellos y hereden de esa manera al antecesor.

Entendida así la representación, en cuanto al artículo materia de análisis, este sería un caso de excepción al Derecho de Representación puesto que señala que la indignidad se transmite a sus descendientes y por lo tanto tampoco pueden heredar a su antecesor. Es por esta razón y por las mencionadas anteriormente que considero que este artículo debe ser sujeto a reforma, pues es inaceptable e injusto que en el caso de que los padres no puedan heredar por indignidad, ésta se transmita a los herederos del indigno.

Sin embargo, debe dejarse muy en claro, que si los herederos del indigno fueron cómplices y conociendo del particular no impidieron el cometimiento de cualquiera de las causales de indignidad, considero que sí se debe transmitir la indignidad, y esto es bastante lógico, porque con el Derecho Sucesorio lo que se busca es que parte del patrimonio del causante se destine a aquellas personas cuyo vínculo de afecto se base en la moral, el respeto, amor y aprecio que se deben los unos a los otros y si esto no se cumple, mal se los puede considerar dignos para recibir el patrimonio en cuestión.

En la última parte del artículo vigente, se señala que el vicio de indignidad se transmite por todo el tiempo que falta para completar los cinco años, ya que una vez cumplido este plazo la indignidad se purga, es decir se perdona. Es ilógico que los descendientes que nada tienen que ver con la indignidad de sus antecesores sean privados tanto tiempo de su derecho a suceder, pues en el lapso citado bien podría ocurrir su fallecimiento, sin llegar a disfrutar de la herencia que, a mi criterio, legítimamente les corresponde.

5.5. Propuesta de reforma: incorporar un nuevo artículo.

Considero la necesidad de incorporar un nuevo artículo sobre este tema, en el que se considere los efectos de la indignidad, ya que estimo que la ley debe ser explícita en estos asuntos tan delicados. Por lo tanto debería decir lo siguiente:

Art. . . En caso de haber recibido los bienes del causante, el indigno quedará obligado a restituir a la masa los bienes hereditarios y a reintegrar los frutos, así como estará obligado a la reparación e indemnización respectiva en caso de que los bienes hubieren sido deteriorados y por lo tanto afectado su valor por dolo o negligencia probados.

Se debe tener presente que las indignidades no se producen tan sólo por el hecho de consumarse el acto, por omisión, ni tampoco por la simple contemplación legal, pues a más de que esté expresamente señalada la indignidad en la ley y que se haya producido el hecho constitutivo, es indispensable la declaración judicial para evitar que se comenten injusticias o impere el capricho o la arbitrariedad. . . (Bossano. *Manual de Derecho Sucesorio*, 93)

Art 1016: ‘‘La indignidad no surte efecto alguno, si no es declarada en juicio, a instancia de cualquiera de los interesados en la exclusi3n del heredero o legatario indigno.

Declarada judicialmente, est3 obligado el indigno a la restituci3n de la herencia o legado, con sus accesiones y frutos.’’ (Corporaci3n de Estudios y Publicaciones. C3digo Civil, art3culo 1016)

‘‘Los efectos de la indignidad se retrotraen al momento mismo de abrirse la sucesi3n, y el indigno debe ser obligado a restituir el bien con sus accesiones y frutos y ser3 condenado a la indemnizaci3n de da1os y perjuicios y responder3 por el deterioro que haya sufrido dicho bien.’’ (Bossano, 93)

Es justo que quien, despu3s de haber recibido los bienes de la masa sucesoria, tenga que devolverlos en las mismas condiciones una vez que ha sido declarado indigno por sentencia judicial, ya que 3stos ser3n destinados a los asignatarios forzosos que cumplan con los requisitos de capacidad y dignidad. El hecho de responder por cualquier tipo de deterioro del bien es l3gico y necesario puesto que tal vez haya llegado a su conocimiento la posibilidad de que se le entable demanda de indignidad y por ello mientras comienza o se la est3 ventilando, el indigno trate de sacarle el mayor provecho del bien y lo deteriore o, puede suceder que a sabiendas lo destruya intencionalmente porque ya no va a ser de 3l sino de otros herederos. Por ello, la ley bien hace en imponer esta obligaci3n, sino se dar3a paso a una serie de abusos de parte de quienes temporalmente tengan en sus manos un determinado bien; es necesario pues obligar al heredero indigno a que tenga mucha cautela en cuidar el bien, pues de no ser as3 tendr3 que, de su propio peculio, restituirlo o pagar su reparaci3n para entregarlo en las mismas condiciones en las que recib3 y as3 conformar la masa hereditaria que ser3 repartida entre los herederos capaces y dignos que tenga el causante.

Veamos pues lo que debemos entender por restitución: “Es devolver una cosa a quien le pertenece; o restablecer o poner una cosa en el estado que tenía antes”. (<http://www.wordreference.com/definicion/restituir>, consulta 15 de Diciembre, 10:43)

También se hace necesario y transcendental el que conste que el bien debe ser devuelto con todos sus frutos, es decir con todo lo que haya producido y lo que esté por producir, porque a quien se considere indigno no puede aprovecharse de lo que produce el bien y dejar por ejemplo tierras infértiles o árboles secos, justamente con la finalidad de perjudicar a los otros herederos.

Cuando los frutos han sido aprovechados, se debería indemnizar por ello a la persona(s) a quienes vayan a pasar los bienes, puesto que de ninguna manera el indigno debe aprovecharse de ellos.

Obviamente, se debe reintegrar los frutos naturales, de conformidad a lo que nuestro Código Civil los considera como tales:

Art. 660.- “Se llaman frutos naturales los que da la naturaleza, ayudada o no de la industria humana”. (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*)

Art. 661.- “Los frutos naturales se llaman pendientes mientras adhieren a la cosa que los produce, como las plantas que están arraigadas al suelo, o los productos de las plantas mientras no han sido separados de ellas.

Frutos naturales percibidos son los que han sido separados de la cosa productiva, como las maderas cortadas, las frutas y granos cosechados, etc.; y se dicen consumidos cuando se han consumido verdaderamente o se han enajenado”. (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*)

Art. 662.- “Los frutos naturales de una cosa pertenecen al dueño de ella; sin perjuicio de los derechos constituidos por las leyes, o por un hecho del hombre, en favor del poseedor de buena fe, del usufructuario, del arrendatario.

Así, los vegetales que la tierra produce espontáneamente o por el cultivo, y las frutas, semillas y demás productos de los vegetales, pertenecen al dueño de la tierra.

Así también, las pieles, lana, astas, leche, cría y demás.” (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*. Artículo 662).

La última disposición transcrita permite dilucidar claramente que los frutos naturales de una cosa pertenecen a su dueño, por lo que el heredero indigno no es dueño de la cosa recibida, y consecuentemente ni de los frutos que produzca, razón por la cual debe restituir a su legítimo dueño.

Es por todo lo analizado en líneas anteriores que considero de trascendental importancia el que exista una disposición expresa que se refiera a los efectos que causa el ser declarado indigno por sentencia judicial.

5.6. Análisis comparativo con la legislación peruana y legislación española que establecen otras causales de indignidad.

Es necesario dejar especificado que las causales que voy a transcribir serán únicamente aquellas que sean distintas a las reguladas en nuestra legislación, pues las iguales ya fueron materia de análisis en este capítulo.

Código Civil Peruano:

Art. 667.- 'Exclusión de la sucesión por indignidad

Son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios:

1.- Los autores y cómplices de homicidio doloso o de su tentativa, cometidos contra la vida del causante, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Esta causal de indignidad no desaparece por el indulto ni por la prescripción de la pena''.
(www.jafbase.fr/DocAmeriques/Perou/codecivil.PDF. Consulta 17 de Diciembre, 12:37)

Dentro de esta causal podemos divisar claramente que para que se origine, el homicidio debe ser doloso, es decir se elimina de una manera tácita la posibilidad de un homicidio culposo, aclaración que la considero vital porque en nuestra legislación al hacer mención al homicidio no hace distinción alguna y da a entender que debería aplicarse a cualquier clase de homicidio, lo que podría llevar a confusiones y causar problemas a la hora de declarar la indignidad de un persona.

Para aclarar aún más este panorama, me remito a la Ley Penal para así poder diferenciar el homicidio simple (doloso) del inintencional (culposo).

Es simple, el homicidio cometido con la intención de dar la muerte. . . (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Penal*, Art. 449)

El homicidio inintencional es aquel en el que se ha causado el mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de atentar contra el otro. . . (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Penal*, Art. 455)

Una vez identificados los conceptos de cada uno de los homicidios, la legislación peruana al mencionar al doloso lo hace muy bien, porque ahí justamente existe la intención de matar o de atentar gravemente contra la vida del causante, es decir hubo conocimiento, consentimiento y voluntad, por lo que es razonable que una de las sanciones civiles sea la de considerar indigno de suceder a quien lo cometió. En cambio, el Culposo es el hecho de que no existe la intención de dar muerte a la persona, sino se la causa por falta del cuidado debido.

Las dos situaciones analizadas son distintas y bien hace la legislación peruana en excluir al homicidio culposo de la sanción civil, evitando así que se le considere indigno, sin dejar de resaltar que para ambas existe la sanción penal.

De igual manera considero que nuestra legislación debería añadir a esta causal el hecho de que el homicidio se haya cometido no solamente en contra del causante, sino de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, puesto que es una manera de proteger aún más a su familia y de honrar su memoria, pues resulta fuera de toda lógica el que sus bienes vayan a manos de quien o quienes causaron la muerte de sus seres más queridos.

Es en la última parte de este artículo en la que se basa mi propuesta de reforma al artículo 1010 numeral 1 de nuestra legislación civil, ya que como lo dije en su momento es necesario que quede especificado que esta causal de indignidad no desaparece por el indulto ni por la prescripción de la pena, para evitar que así se cometan injusticias o indebidas interpretaciones.

2.- “Los que hubieran sido condenados por delito doloso cometido en agravio del causante o de alguna de las personas a las que se refiere el inciso anterior”.
(www.jafbase.fr/DocAmeriques/Perou/codecivil.PDF. Consulta 17 de Diciembre, 13:37)

Considero que esta es una causal completamente diferente a las reguladas en nuestra legislación, pero que tiene una enorme vinculación con la causal anteriormente analizada. Hace bien la legislación peruana en dejar claramente especificado que cualquier tipo de delito doloso cometido contra el causante, ascendientes, descendientes o cónyuge da paso a que se origine la figura de la indignidad, es decir considera no únicamente el delito de homicidio, sino cualquier tipo de delito doloso cometido en contra de estas personas. Esta causal debería ser considerada y tomada en cuenta el momento de introducir reformas en nuestra legislación porque tal como está queda la incógnita: ¿qué pasa cuando una persona comete otro delito distinto al homicidio, en contra del causante?

3.- ``Los que hubieran denunciado calumniosamente al causante por delito al que la ley sanciona con pena privativa de la libertad``.

(www.jafbase.fr/DocAmeriques/Perou/codecivil.PDF. Consulta 17 de Diciembre, 14:00)

Es importante el que quede especificado que el delito al que se acusa al causante debe ser sancionado con pena privativa de la libertad, sin embargo yo considero que todo tipo de delito, así no sea sancionado con esa pena, debe originar la indignidad.

Esta causal se asemeja a mi propuesta de introducir una nueva causa de indignidad y por lo mismo refuerza mi planteamiento, ya que una legislación tan reconocida como es la peruana, si la toma en cuenta es porque realmente lo amerita y lo bueno siempre se debe tomar como referencia.

Código Español:

Art. 756: ``Son incapaces de suceder por causa de indignidad:

1. Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos``.

(es.wikipedia.org/wiki/Código_Civil_de_España. Consulta 18 de Diciembre, 15:00)

Esta es una causal totalmente diferente a las señaladas en nuestra legislación, ya que se refiere a una causal de indignidad que no se aplica a cualquier tipo de persona, sino únicamente a los padres, cuando por algún motivo tengan que heredar a sus hijos. Ésta debe ser considerada como una causal de especial aplicación para los padres y en ella se distingue claramente dos casos: a) Abandono a los hijos, que a mi criterio se debe entender como el abandono en sí mismo, falta de cuidados, incumplimiento de deberes que como padres están obligados a cumplir. b) Prostitución o corrupción a sus hijos, causal que debe ser entendida en su máxima expresión, es decir no dar paso a ningún tipo de justificación, sino simplemente aplicarse de manera imperativa.

4. ‘El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio.

Cesará esta prohibición en los casos en que, según la ley, no hay la obligación de acusar’’. (es.wikipedia.org/wiki/Código_Civil_de_España. Consulta 18 de Diciembre, 16:00)

En esta causal la diferencia que encuentro con nuestra legislación, es la manera de establecer un tiempo máximo en el que se debe presentar la denuncia, transcurrido el cual, su aplicación es inmediata. A mi manera de ver considero que el tiempo que se concede para presentar la denuncia es demasiado corto y se lo debería ampliar prudencialmente, para conseguir pruebas y elementos suficientes; obviamente debería ser menor al tiempo en el que prescriben las penas y la posibilidad de acusar. No obstante, es necesario que expresamente se lo señale para no dejar abierta la disposición como lo hace nuestra legislación que no determina un mínimo ni un máximo.

7. “Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas”. (es.wikipedia.org/wiki/Código_Civil_de_España. Consulta 19 de Diciembre 10:45)

A esta causal la puedo relacionar con la causal de indignidad establecida en el artículo 1012 de nuestra legislación, que habla del hecho de que siendo el causante demente, sordomudo, etc., cuando sus parientes o allegados no han nombrado tutor o curador. Sin embargo considero que la legislación española va mucho más allá al señalar que es indigno de suceder quien no ha prestado las debidas atenciones al antecesor considerado incapaz, lo que a mi criterio es muy importante y debería ser implantado en nuestra legislación porque no se trata tan sólo de dejar al incapaz en manos de terceras personas, sino que los familiares deberían tomarlo a su cargo, preocuparse de su bienestar y velar por todas sus necesidades porque resulta ilógico que quien nada hizo a favor del discapacitado cuando más las necesitaba, sea premiado con la herencia.

Esta causal contemplada en la legislación española juzgo que desde todo punto de vista es positiva porque a la vez que protege al causante discapacitado va más allá, al obligar a los parientes o terceras personas para que lo cuiden si aspiran a heredar porque comúnmente se las deja abandonadas a su suerte y en el mejor de los casos quedan a merced de terceras personas.

5.7. Conclusiones.

Como consecuencia de lo analizado en el presente capítulo, queda en claro que la indignidad para suceder, como medida preventiva, constituye la sanción prevista por el legislador ante una iniquidad cometida contra el causante, fundamentándose en la presunción de que el causante hubiera excluido de su herencia al indigno, de haber conocido, en vida, su conducta reprochable. La ley da importancia a esta figura que aplica la indignidad tanto en herencias testadas como en intestadas, por lo que la indignidad puede alcanzar a toda clase de herederos, regulación que se ciñe estrictamente a los principios de justicia sin descuidar el aspecto humano y moral.

De otro lado, es preciso enfatizar que la indignidad se puede originar inclusive después del otorgamiento del testamento, siempre que sea anterior a la muerte del causante, con excepción de la disposición relativa a conocer y a no denunciar, dentro de un mes, la muerte violenta del testador, la cual por su propia naturaleza es después del fallecimiento de aquel. . . (González, *Derecho de Sucesiones*, 152)

Asimismo es necesario relieves que las causales de indignidad las considero como hechos ofensivos a la vida, fama y honra del causante, omisión de deberes y actitudes atentatorias a la libertad de manifestación de la voluntad del testador, que bien hace la ley en condenarlas porque es necesario que la gente comprenda que si no les nace hacer el bien, la ley les obliga para que tengan derecho a recibir parte del patrimonio y así comprendan que la herencia es también un premio a su conducta en relación al causante y familia.

Como lo dije en su momento, me ratifico en la importancia trascendental de introducir reformas que conlleven nuevas causales de indignidad, así como eliminar algunas que no tienen razón de ser en los tiempos actuales, considerando además que las épocas, los valores y los sentimientos han sufrido un cambio significativo que hace preciso que la ley no solamente sea justa, sino también equitativa y humana.

CAPITULO VI

EL DESHEREDAMIENTO

6.1. Introducción.

Conocemos que el desheredamiento es un acto jurídico por el cual el testador priva a sus legitimarios de las asignaciones forzosas, por causas justas, taxativamente contempladas en la ley. El desheredamiento tiene un fondo de razón y equilibrio social, por cuanto todo derecho debe nacer de una obligación natural que se impone a todo legitimario, en relación con su antecesor, es la de respeto y consideración. . . (Morales. *Apuntes de Derecho Civil Sucesiones*)

El desheredamiento es una pena, pero pena reservada al testador, porque a él compete aplicarla privativamente contra su legitimario a quien debe en virtud de la ley una legítima; apoyado en los hechos que constituyen causa de desheredamiento, el testador impone a su arbitrio la pena de desheredamiento a su legitimario. No se deshereda sino al legitimario responsable, porque el extraño no tiene derecho forzoso a la herencia y por lo mismo no se requiere motivo para no dejarle nada. Como la pena de desheredamiento debe consagrarse en testamento, necesariamente la sucesión ha de ser testada, o excepcionalmente mixta, si el testamento se limita a formular la pena para dejar a la ley la distribución de los bienes. Por medio de esta figura, el testador priva a su legitimario de todo o parte de su legítima, porque la graduación de la pena es posible y le compete de igual manera al testador. . . (Ramírez. *Sucesiones- Segunda Edición*, 160)

No se debe olvidar que generalmente entre causante y causahabiente debe existir por lo menos un lazo ético que conlleve a una trato normal y cordial, libre de todo obstáculo y así la relación personal se forje de manera positiva, es decir que entre padres e hijos, o entre éstos y aquellos se mantenga una unión, basada en los sagrados ligámenes de sangre, comprensión, respeto, amor.

Cuando estos vínculos se menoscaban y sufren rompimientos por hechos o descuidos conscientes de los progenitores así como de los hijos, el legislador permite al causante castigar esa falta, impidiéndole acceder al derecho de gozar de las asignaciones forzosas impuestas por ley. Al fin y al cabo el objetivo primordial es imponer un castigo a quienes han vulnerado y quebrantado ese vínculo sangrado y respetable, como lo es el de la sangre.

“Los desheredamientos están estrechamente vinculados con las legítimas, cuyo respeto y asignación, obligan al testador, de tal manera que los legitimarios quedan protegidos contra posibles arbitrariedades y exclusiones. Pero, en cambio, el testador puede privar de sus legítimas con causa legal, a los legitimarios indignos de suceder por su conducta impropia y justamente punible.” (Carrión. *Compendio de Derecho Sucesorio*, 128)

Ante lo expuesto, se hace indispensable conocer los requisitos que deben concurrir para que surta efecto el desheredamiento y que son:

Que exista testamento. Que la persona que va a ser afectada por el desheredamiento sea legitimario del testador, es decir hijos o padres. Que el testador expresamente desherede mediante la respectiva cláusula testamentaria. Que el acto u omisión en que esté incurso el legitimario estén tipificados en la ley. Que el testador invoque la causa legal en que funda el desheredamiento, y que la causa en la que ha incurrido el legitimario sea judicialmente comprobada. . . (Bossano. *Manual de Derecho Sucesorio*. 73)

En este capítulo es imperativo hacer alusión a la necesidad de establecer causas propias para desheredar al cónyuge o conviviente sobreviviente, ya que para tener concordancia con el capítulo tres, en cuanto propongo que el cónyuge o conviviente sean asignatarios forzoso, es preciso implementar causas de desheredamiento, cuando el vínculo de amor, afecto, cariño y respeto entre ellos se ha quebrantado, de tal manera que se ha incurrido en una de las causas, a las que me referiré en el subcapítulo pertinente.

6.2. Causas de desheredamiento establecidas en el Código Civil.

Art. 1231.- El descendiente no puede ser desheredado sino por alguna de las causas siguientes:

- 1a.- Por haber cometido injuria grave contra el testador, en su persona, honor o bienes, o en la persona, honor o bienes de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes;

Similar esta causa a la de la indignidad, sin embargo ésta resulta más severa por la razón obvia del parentesco que liga al legitimario con el ofendido; la causa de indignidad que puede derivársele a un extraño exige el atentado grave contra la vida, a tiempo que para el legitimario la configura la injuria grave que no necesariamente compromete o amenaza la vida.´´ (Ramírez. *Sucesiones- Segunda Edición*, 162)

Dentro de esta causa puedo dilucidar claramente que, las de desheredamiento, son mucho más exigentes, y con justa razón, puesto que el testador necesita ser correspondido con el cariño y respeto de sus legitimarios o asignatarios forzosos, exigencia que la entiendo plenamente por el hecho de que el desheredamiento va únicamente en contra de los legitimarios del testador (y del cónyuge supérstite o conviviente en unión de hecho), causa que se refiere a injurias graves y por tales debemos entenderlas de la manera como el Código Penal las define en el artículo

490: Las injurias no calumniosas son graves o leves

Son graves:

1. La imputación de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias pueden perjudicar considerablemente la fama, crédito o intereses del agraviado.
2. Las imputaciones que por su naturaleza, ocasión o circunstancia fueren tenidas en el concepto público por afrentosas.
3. Las imputaciones que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendiendo el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor, y
4. Las bofetadas, puntapiés y otros ultrajes de obra. (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Penal*, Artículo 490)

Como se puede apreciar, cualquiera de estas acciones que hubiese cometido el legitimario en contra del testador son causas suficientes para que lo desherede, mediante disposiciones contempladas en el testamento. Esta sanción es de lo más justa y desde todo punto de vista razonable porque un padre jamás puede esperar recibir acciones tan abominables de un hijo; son actos muy bajos, inaceptables e irreprochables, inclusive si se realizara en contra de un extraño, no se diga si se las comete con los progenitores que son personas a las que se les debe respeto, amor y gratitud.

2a.- Por no haberle socorrido en el estado de demencia o desvalimiento, pudiendo...

“Igual a la causa de indignidad, pero sólo se predica del legitimario por ser él quien incurre en agravio por su negligencia. El socorro debido por el legitimario puede brindarse en la medida de la capacidad económica del legitimario, y con ello se enerva una posible causal de desheredamiento de parte de quien, hallándose desposeído de bienes, más tarde pudiere llegar a distribuir un patrimonio por testamento.” (Ramírez. *Sucesiones- Segunda Edición*, 162)

Es lógico comprender la gran diferencia que existe entre la ayuda que deben dar terceras personas, a la ayuda que los descendientes deben prestar a sus padres, pues los primeros pueden hacerlo a cambio de un beneficio económico pero, en los segundos se supone que debe primar el cariño, la obligación afectiva, que son sentimientos naturales, pues sobre todas las cosas está el vínculo de sangre que los une. Además, es una forma de agradecer todo lo que sus padres hicieron por ellos con tanto amor y sacrificio, sin esperar recompensa alguna.

En definitiva, esta causa está muy bien traída, puesto que por un sentido de justicia, mal puede heredar quien no socorrió al causante en tan terrible situación, teniendo posibilidades para hacerlo. Entonces, es bienvenida la sanción del desheredamiento, pues debe ser castigada con toda severidad aquella acción infame que inclusive conduce a romper ese vínculo sagrado que une a padres e hijos y que está por encima de todo.

3a.- Por haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar; y,

Presupone, porque el desheredamiento requiere de un acto testamentario que lo recoja, que el causante logra superar la violencia o el dolo y finalmente dicta su testamento para incluir ahí la pena de desheredamiento. Si el causante fallece intestado, no será fenómeno de desheredamiento, sino de indignidad; el legitimario tendrá derecho a su legítima a menos que, por razón de los hechos fuere declarado indigno. . . (Ramírez. *Sucesiones- Segunda Edición*, 162)

En cuanto a ésta causa, Bossano manifiesta que es contraproducente, por cuanto todo acto testamentario se perfecciona a través de solemnidades y una de las principales constituye la presencia de testigos, quienes moralmente vendrían a ser un impedimento para que se consume tal hecho, y por lo mismo es casi imposible que se produzca. . . (Bossano. *Manual de Derecho Sucesorio-Segunda Parte*, 78).

Considero que otra manera de impedir testar, sería haciendo pasar por Notario a quien no lo es, con el propósito doloso de impedirle un testamento válido, o podría también engañarse a los testigos.

Por ello mi opinión es radicalmente contraria a la del maestro Guillermo Bossano, ya que considero que esta causa tiene plena razón de existir puesto que puede darse el caso de que sean los propios testigos, los cómplices de algún legitimario. Entonces, de no entenderse así, se podría dar paso a arbitrariedades y problemas de difícil solución, puesto que dentro de la vida real todo es factible que suceda y no se puede arriesgar, suponiendo que los testigos sean personas honorables en todos los casos, ya que es muy común este tipo de acciones bajas que inducen a que algún legitimario, antes de redactar el testamento, le haya amenazado atemorizándolo con cualquier represalia. Entonces, la norma no debe ser tan cerrada, sino darse con más amplitud, anulando toda posibilidad de mala interpretación; es preciso tener presente que quienes viven en la época actual ponen en un segundo plano el respeto, cariño y consideración que merecen sus progenitores, pues por lo general en ellos prima el egoísmo y su propio bienestar, sin tomar en cuenta las consecuencias negativas que con su proceder están generando.

4a.- Por haber cometido un delito a que se haya aplicado alguna de las penas designadas en el numeral 4o. del Art. 311, o por haberse abandonado a los vicios o ejercido granjerías infames; a menos que se pruebe que el testador no cuidó de la educación del desheredado.

Para una mejor explicación, es necesario remitirnos al texto del artículo 311 que señala lo siguiente:

Art. 311.- La emancipación judicial se efectuará por sentencia del juez, si ambos padres incurrieren en uno o más de los siguientes casos:

4o.- Se efectúa asimismo, la emancipación judicial por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que los declare culpados de un delito a que se aplique la pena de cuatro años de reclusión, u otra de igual o mayor gravedad.

Frente a los hechos contemplados, que lógicamente no podrán esgrimirse contra el ascendiente del causante, la ley autoriza al testador para desheredar a su descendiente; tratándose del primero, bastará como prueba la respectiva sentencia penal ejecutoriada; en cuanto a los otros, el testador necesariamente debe indicar el género de vida que ha llevado su legitimario, y los tratos deshonestos por él realizados, so pena de que contra su sanción testamentaria prospere la acción de reforma del testamento. . . (Ramírez. *Sucesiones- Segunda Edición*, 162)

Considero que esta causa debe ser aclarada o eliminada en su primera parte, como lo plantearé en el siguiente subcapítulo, puesto que tendría su razón de ser si el delito que ha cometido y por el cual se le aplica la pena de cuatro años de reclusión, hubiese sido cometido en contra del testador atentando su vida, bienes u honra, o contra sus ascendientes, cónyuge o conviviente y descendientes; en tal caso, estaría de acuerdo, pero desgraciadamente la norma no lo especifica así sino, de manera general, establece la posibilidad de que el legitimario (padres) hayan cometido cualquier delito, en contra de cualquier persona y esta circunstancia cabalmente es la que me lleva a discrepar, pues el castigo para los padres es suficiente con la emancipación para que sea ésta una causal de desheredamiento, discrepancia que la analizaré posteriormente, basándome en argumentos personales.

“Los ascendientes podrán ser desheredados por cualquiera de las tres primeras causas.”

A mi manera de apreciar creo que las causas de desheredamiento de los descendientes, señaladas en el artículo pertinente, son justas y que el legislador ha obrado acertadamente al plasmarlas de esta manera, pero deberían figurar otras más que las daré a conocer en líneas posteriores. En cuanto a la cuarta causal, el maestro Bossano relievra que es muy mal traída, pues no entiende por qué razón se reincide en invocar esa concordancia en diferentes pasajes de nuestro Código, criterio al que me sumo en su totalidad, por existir una total ausencia de lógica, pues se trata de desheredación a los descendientes y la sanción se refiere a los padres condenados a una de las penas establecidas.

En cuanto a la crítica que realiza Bossano, en lo referente a la causa cuarta, estoy totalmente de acuerdo, ya que el enunciado del artículo 1231 señala que son causas de desheredamiento para los “descendientes,” sin embargo en esta causa específica, al remitirnos al artículo 311, podemos dilucidar que se refiere únicamente a los ascendientes (padres) y es más, en la última parte del artículo 1231, señala que las tres primeras causas se pueden aplicar para los ascendientes y es totalmente inentendible como justamente en la cuarta causa, que va dirigida para ellos, no la hace mención; según esta última parte, no es aplicable para los ascendientes, se presume entonces que habla de la segunda parte de la cuarta causa, pero lamentablemente está compuesta de dos causas que se prestan a diversas interpretaciones y para aclarar el panorama se debería especificar que se refiere a la última parte de la cuarta causa.

6.3. Propuesta de reforma a la primera parte del numeral 4to del Art. 1231 del Código Civil.

4a.- Por haber cometido un delito a que se haya aplicado alguna de las penas designadas en el numeral 4o. del Art. 311, o por haberse abandonado a los vicios o ejercido granjerías infames o por llevar el descendiente una vida deshonrosa o inmoral; a menos que se pruebe que el testador no cuidó de la educación del desheredado.

El planteamiento de esta reforma se basa en un análisis vinculado con la actual Constitución de la República, por lo que el numeral cuarto no tendría razón de ser puesto que es inconstitucional al contradecir sus normas y por lo tanto debería ser eliminado del Código Civil. La norma que se contradice con esta disposición del Código Civil es la del artículo 11 numeral 2 de la Carta Magna que señala lo siguiente:

Art. 11: El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

2.- Todas las personas son iguales, y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, **pasado judicial**. . . que tenga por objeto menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad . . .
(*Constitución de la República* 2008, Art 11)

En conclusión, para la reforma que planteo, lo que me interesa es resaltar es que todas las personas somos iguales y por lo tanto nadie podrá ser discriminado por pasado judicial.

La causa de desheredamiento que impone la disposición del Código Civil claramente es uno de estos casos, ya que a los padres se les está discriminando por su pasado judicial, es decir por haber cometido un delito al que se le impone la pena de cuatro años de reclusión. No conforme con la pena impuesta por la Ley Penal, el legislador ha optado por imponerle una civil, que es dar paso a la posibilidad de desheredamiento, lo que tal vez con la Constitución del 98 y anteriores, en que no se mencionaba nada al respecto, tenía aplicación, pero con la Constitución actual no tiene cabida porque expresamente señala la prohibición de discriminar por pasado judicial.

Para comprender mejor mi propuesta es necesario dar a conocer lo que, a mi manera de ver, es el pasado judicial, no tomando en cuenta únicamente a las personas que han salido en libertad, tras cumplir la condena, sino también a aquellas que, estando cumpliendo la pena, son discriminadas y se ven privadas de gozar de ciertos derechos. Juzgo que una vez cumplida la pena, que ya es suficiente sanción, deben acceder a lo que su antecesor les ha dejado por testamento, y no ser una causal de desheredamiento.

El artículo de la Constitución al cual invoco es de vital importancia; basta ver su título que consagra los principios de aplicación de los derechos. Tenemos entendido que ninguna norma está sobre la Carta Magna que es la que protege de manera significativa a todas las personas, no admitiendo discriminación alguna, lo que le da sentido para que los individuos gocen de todos sus derechos. Es obvio y lógico que quien comete un delito de esta naturaleza debe ser castigado, por lo que considero que basta y sobra la sanción penal. Discrepo en el hecho de que aparte de sancionarles con la privación de libertad y la emancipación judicial (entendida la última no como causal, sino que sin técnica legislativa nos remiten a unas causales de la emancipación) se les castigue con una causa de desheredamiento.

Para comprender a cabalidad este tema es necesario hacer alusión a lo que se entiende por emancipación judicial y para ello me remito al texto de nuestro Código Civil que señala lo siguiente:

Art. 308. “La emancipación es un hecho que pone fin a la patria potestad. Puede ser voluntaria, legal o judicial.” (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*, artículo 308)

La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones o deberes que la ley reconoce a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos (o cuando se requiere, a terceras personas) mientras éstos son menores de edad o están incapacitados, con el objetivo de permitir el cumplimiento a aquellos de los deberes que tienen de sostenimiento y educación de tales hijos. La reducción del poder de los padres viene

establecida por las legislaciones, pues la función de la patria potestad tiene como límite el interés superior de los hijos y su beneficio, quedando en manos de los poderes públicos la posibilidad de que, velando por los intereses del menor, priven de la patria potestad a los progenitores. Y ello siempre, por supuesto, a través de procedimientos judiciales.

(juicios ordinarios civiles). (http://es.wikipedia.org/wiki/Patria_potestad, Consulta 17 de Diciembre, 10:51)

Como se observa, la emancipación judicial en contra de los padres que hayan cometido un delito, sancionado con cuatro años de reclusión u otra de igual o mayor gravedad, siempre que exista sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, los padres pierden la patria potestad de sus hijos, es decir ya no seguirán bajo su cuidado, lo que tiene razón de ser porque ¿cómo un padre que se encuentra en prisión puede cumplir sus obligaciones y satisfacer a cabalidad las necesidades de su hijo?. Es por ello que, aplicando el principio reconocido constitucionalmente del interés superior del niño, la ley bien hace en privarles a los padres de su cuidado y nombrar a una persona que si esté en capacidad de velar por ellos y sustituya a los padres de la manera más eficaz.

La sanción es lógica y razonable, pero considero que es suficiente la condena penal y civil que se les impone. El hecho de que el cometimiento de un delito dé paso a una causal de desheredamiento, a mi manera de ver, es inaceptable y por sobre todo inaplicable en los actuales tiempos en que se encuentran en vigencia principios constitucionales tan importantes como lo es el de la igualdad de todas las personas y la no discriminación por pasado judicial.

Más aún si tomamos en cuenta que la Constitución es la norma fundamental que rige en un Estado soberano, en ella se asientan los derechos y libertades que un estado determinado le garantiza a su pueblo. La Constitución es la norma madre dentro de un ordenamiento jurídico, ya que siempre será ésta la que estará por encima del resto de la normativa vigente. Entonces, siempre será necesario tener presente que la Constitución de un país debe ser el patrón jurídico a seguir y por lo tanto debe ser respetada y observada por todos. . .

(<http://www.definicionabc.com/general/constitucion.php>, Consulta 17 de Diciembre, 12:08)

Por lo expresado antes y siendo la Constitución la norma suprema porque en ella se encuentran nuestros más fundamentales derechos, debe ser aplicada con rigurosidad, razón por la cual cualquier normativa que la contradiga debe ser eliminada del ordenamiento jurídico, pues la falta de observancia y respeto a las normas constitucionales es lo que provoca caos y desorden dentro de un Estado, añadiendo algo más, que la Constitución debe ser aplicada no solamente en este caso sino en general, más aún en esta época en que ha surgido un útil y nuevo instrumento, como es el Neo Constitucionalismo.

El Neoconstitucionalismo pretende perfeccionar al Estado de Derecho, sometiendo todo poder (legislador y ejecutivo, incluidos) al Derecho y apelando a la constitucionalidad y no a la legalidad; vale decir, que coloca a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social- global. Estamos, pues, ante el advenimiento y entronización del (aunque no consolidado, ni totalmente desarrollado): “Paradigma del Estado Constitucional.

El Neo Constitucionalismo como proceso de constitucionalización (que limita a los poderes estatales y/o protege los derechos fundamentales) del sistema o vida jurídico (a) de un Estado: 1) Según Antonio Baldassarre, “Coloca a la Constitución como nuevo orden de valores”, y 2) Según Víctor Bazán, “Como la respuesta ante la tensión entre democracia y el constitucionalismo...”; deja atrás su función formal y hasta cierto punto cuasi expectante; para “transformarse” en parte más activa y protagónica del mismo y orientar de una manera mucho más justa la convivencia ciudadana de nuestros días.

(<http://www.conocimientosweb.net/portal/article1169.html>, Consulta 17 de Diciembre, 12:18)

Siendo así, esta tesis perfecciona y fortalece aún más mi propuesta de eliminar del ordenamiento jurídico la primera parte de la cuarta causal de desheredamiento.

En cuanto a la segunda parte de la cuarta causa del artículo 1231 que señala lo siguiente: “o por haberse abandonado a los vicios o ejercido granjerías infames, a menos que se pruebe que el testador no cuidó de la educación del desheredado”, estimo que esta parte se la debe mantener intacta, ya que es un acierto el que se pueda desheredar al descendiente que se ha abandonado a los vicios, pues el patrimonio del testador sería mal gastado y no serviría para mejorar la calidad de su vida, sino por el contrario, la empeoraría, sumiéndole más aún en vicios tan detestables como son el alcoholismo, los juegos, las drogas, etc.

“El abandono a los vicios y el ejercicio de granjerías infames es una expresión genérica que comprende actividades deshonestas o deshonorosas, que contradicen la moral y las buenas costumbres. Pero, es necesario, además, que se justifique que el testador, no cuidó de la educación del desheredado, pues, en caso contrario, podría admitirse que se está aprovechando de su propia culpa”. (Coello, *Sucesión Por Causa De Muerte*, 296)

Se debe tener presente que es necesario entender por granjerías infames: a los beneficios o ganancias obtenidas por negocios deshonorosos, inmorales que perjudican al testador y o a la familia.

Del concepto enunciado se deduce que el obtener ganancias de negocios deshonorosos es un comportamiento bajo y ruin, por lo que estoy plenamente de acuerdo en que sea una causa de desheredamiento, al igual que tiene su razón de ser la excepción de que si el testador no cuidó de la educación del desheredado, mal puede aplicarse esta causa porque es obvio que la primera y primordial obligación que tienen los padres es cuidar de sus hijos e inculcarles verdaderos valores para que sean hombres de bien y si ellos no la han cumplido y los hijos se han desviado del camino correcto, abandonándose al libertinaje y sumiéndose en vicios, sin que sus progenitores o ascendientes ni siquiera se hayan enterado, no es culpa de los hijos y mal pueden pagar por los errores de sus padres. Esta causa debe ser probada por quien ha sido afectado por el desheredamiento.

En cuanto a la última parte del artículo, en lo que se refiere a llevar un vida deshonrosa o inmoral, considero que lo que siempre buscan los padres es que sus hijos transiten por la senda correcta, sean hombres honrados, trabajadores y dignos del respeto y consideración de los demás, para lo que, desde la infancia, sin escatimar sacrificios y desvelos, les inculcan bases morales y éticas, basadas siempre en su amor verdadero y desinteresado. Por ello considero que debe ser causa de desheredamiento el que los descendientes lleven una vida deshonrosa o inmoral, con lo que se sentaría un precedente, evitando situaciones vergonzosas que empañen la honra familiar y, de alguna manera, serviría para cambiarlos de actitud, al menos por interés.

A continuación clarificaré el significado de algunos términos que son necesarios para implementar esta causa:

Conducta o vida deshonrosa es aquel modo de proceder de una persona de manera incorrecta, indecente e inmoral y que está en directa oposición al orden público, la moral y las buenas costumbres. Es la realización de hechos carentes de honestidad que atentan contra la estimación y respeto mutuo que debe existir, es decir actitudes impropias o escandalosas que originen el rechazo de terceras personas. Como ejemplos de conductas deshonrosas, tenemos el juego habitual; la vagancia u ociosidad; la ebriedad habitual o consuetudinaria; las conductas sexuales aberrantes, como la práctica del bestialismo, la necrofilia; el verse envuelto en riñas constantes con terceros; el exhibicionismo o nudismo público; dedicarse al tráfico ilícito de drogas, a la prostitución, al rufianismo, a la trata de blancas, entre otros. (<http://www.monografias.com/trabajos54/causales-divorcio/causales-divorcio.shtml>. Consulta 18 de Diciembre, 19:45)

Una vez conocido este concepto y para su aplicación, en el aspecto netamente legal, se juzga pertinente la presencia de un elemento objetivo: el comportamiento deshonesto e inmoral; y, otro elemento subjetivo: el carácter intencional o negligente de dichos actos. Se requiere además que el descendiente incurra en conducta deshonrosa, que afecte la personalidad y la moral de los ascendientes, constituyéndose en vergüenza para los progenitores y que dicha conducta no sea esporádica, ni única, es decir que sea habitual y permanente. Esta causal puede ser probada por cualquiera de los medios permitidos por la ley. Debería ser facultativa, ya que el Juez puede apreciar su actuación tomando en cuenta la educación, las costumbres y la conducta de la persona. La conducta deshonrosa, que tiene un descendiente, como comportamiento habitual de su vida, produce perturbaciones en las relaciones normales que debe mantener con su familia y que hace insoportable la continuación de la vida común, puesto que el comportamiento inmoral afecta profundamente los deberes para con los ascendientes como la vida en común, la asistencia, el amparo a la familia constituida legítimamente, ya que cualquier proceder contrario a los deberes familiares es incompatible con la paz en la familia. . .

(<http://www.monografias.com/trabajos54/causales-divorcio/causales-divorcio.shtml>. Consulta 19 de Diciembre, 10:00)

“A la moral se la define como aquella ciencia que enseña las reglas que deben seguirse para hacer el bien y evitar el mal. Así hablamos de actos nobles, heroicos, desinteresados, los que están en la esfera del concepto de "Bien". Pero hablamos de actos infames, egoístas, los que están en la esfera del concepto de "Mal". En el primer caso, hablamos de actos morales positivos; en el segundo, de actos morales negativos.” (http://esepulveda.cl.tripod.com/concepto_de_moral.htm, Consulta 19 de Diciembre 11:10)

Los actos inmorales son una verdadera deshonra para la familia y más aún para los padres que se esmeraron en enseñar e inculcar en sus hijos verdaderos principios y valores, en el empeño de que sean hombres de bien y útiles a la sociedad. Si esto no ocurre y la inmoralidad campea, bien puede ser entonces una causal de desheredamiento.

6.4. El desheredamiento y la necesidad de fijar causas propias para los distintos grados de parentesco.

Considero que hace falta incorporar causas de desheredamiento independientes e individuales para los distintos grados de parentesco y así poder diferenciarlas claramente y no caer en el error en el que el legislador incurrió al establecer causas de desheredamiento tan solo para los descendientes, como si fuera algo específico, y sin embargo lo aplica también para los ascendientes en la cuarta causa de desheredamiento.

Para evitar conflictos y malos entendidos que puedan surgir por esta falta de diferenciación, las causas de desheredamiento deben ser ampliadas y especificadas correctamente tanto para ascendientes, descendientes y cónyuge o conviviente, pese a que tengan semejanza en cuanto al parentesco existente con el causante, así como a los lazos de afecto, amor y respeto. Es preciso pues que a la hora de hablar de causas de desheredamiento se lo haga de manera individualizada o personal, ya que existen diferentes circunstancias por las cuales cada una de ellas pueda incurrir en causa de

desheredamiento, basándose en los diferentes deberes y obligaciones que tiene cada uno, atendiendo a su grado de parentesco con el causante, pues no es lo mismo hablar de obligaciones del cónyuge o conviviente, de los padres o de los hijos.

Para plantear esta reforma me fundamenté en la legislación peruana, en la que encontré similitud con mi forma de pensar y acorde al tiempo en que vivimos, encaminada siempre a clarificar y mejorar las normas existentes.

De otra parte, si bien uno de los requisitos para el desheredamiento es que la persona afectada sea legitimario, es decir hijos o padres, considero que así como en el capítulo tercero propuse reformar el hecho de que el cónyuge o conviviente sean considerados como asignatario forzoso sin el requisito de carecer de lo necesario para su congrua sustentación, de igual manera juzgo que el cónyuge o conviviente deben ser desheredados cuando a falta de hijos y padres les toque heredar y no se lo merezcan por no cumplir con sus obligaciones que como tal le corresponden, acción con la cual se llegaría a tener plena concordancia con la reforma sugerida en el capítulo tres.

A continuación haré alusión a las causas que deberían ser consideradas como propias y únicamente aplicables a los descendientes (aparte de las causas consideradas en el artículo 1231 del Código Civil y con excepción de la cuarta causa). En mi opinión, serían las siguientes:

5. Haber maltratado u ofendido de palabra y de obra al testador.

Partiendo del hecho que no solo los golpes físicos ofenden, sino las palabras también, los hijos deben tener mucha cautela y evitar causar heridas profundas en el corazón de sus progenitores. No es posible admitir que existan hijos que desprecien a sus padres, los maltraten con acciones o palabras. Es imperioso pues que exista un profundo sentimiento de respeto, consideración y gratitud al ser que le dio la vida, le prodigó amor y cuidados y puso todo su empeño y esfuerzo para convertirlo en un hombre de bien.

Obviamente esta causa no debería abarcar las simples discusiones, sino solamente aquellas que dan paso al irrespeto y siendo constantes pasan a ser costumbre, agravándose aún más cuando no existe arrepentimiento.

Si consideramos que los padres, llevados por su inmenso amor y un corazón generoso, siempre tratarán de justificar estas malas acciones y no serían capaces de desheredar a un hijo, la justicia siempre será necesaria, por lo que la ley les da alternativas para desheredarlo total o parcialmente, medida que a mi criterio no debería ser extrema, sugiriendo que el desheredamiento se lo aplique de manera parcial para que no reciba lo mismo que los otros hijos que han observado conducta diferente y se han convertido en el amparo, apoyo y protección de sus padres. En estos casos qué real resulta aquella frase que dice: "Para recibir, hay que dar".

En tal caso el testador limitará expresamente, por medio del testamento, los efectos del desheredamiento y así podrá disponer libremente lo que fija para cada uno de sus hijos, advirtiéndole que para su cumplimiento es indispensable la manifestación expresa de su voluntad.

Serían causas de desheredamiento aplicables a los **ascendientes** las siguientes:

1. Querer minimizar la obligación de prestar alimentos a sus descendientes, sin causa que lo justifique.

Es frecuente que padres divorciados, cuyos hijos quedan a cargo de uno de ellos (menores de 21 años), el padre o la madre que no los tiene a su cuidado los desatienden, llegando al extremo de negarles el sustento, pese a que por ley deben hacerlo y cuando se ven obligados a cumplir, buscan la manera de que la pensión fijada sea la más baja posible.

Es lamentable que existan esta clase de individuos, que no nacieron para ser progenitores, porque quienes se precian de ello no deberían esperar que la ley (demanda) les haga cumplir esta obligación ética y moral; lo natural sería que les nazca del corazón, sin mediar presión alguna, porque quien más que ellos conocen a cabalidad los gastos que conlleva su sustento, pero desgraciadamente la realidad es otra, muchos padres se quejan de dar pensiones alimenticias ínfimas que ni siquiera cubren los gastos más elementales, negándoles así la posibilidad de tener una vida digna y lo peor de todo, qué doloroso debe ser para un hijo el saber que su padre o madre se preocupan de él tan solo por obligación y sentirse negados del afecto, protección y cuidados a que por ley natural son merecedores. Ante esto, surge la pregunta: ¿Qué significa para ellos el vínculo sagrado de la sangre?. El panorama se agrava aún más cuando se crean en los hijos resentimientos, que llevan al odio y a la venganza. Si esta es la amarga realidad, bien vale que la ley la regule e inserte la causal que sugiero y en un acto de equidad se sancione con el desheredamiento a aquellos padres que teniendo posibilidad, descuiden del bienestar de sus hijos.

2. Llevar a la mendicidad al descendiente y así evitarse trabajar.

Muchos niños pierden la oportunidad de instruirse, así como disfrutar de su infancia, sus amigos y juegos propios de su edad y todo porque sus ascendientes son personas irresponsables que rehúyen el trabajo y de manera inconsciente procrean muchos hijos, a sabiendas de que su situación económica no les permite afrontar los gastos, la atención, etc. que conlleva la crianza de un hijo. No es nada sorprendente el toparse con hogares en que a los niños se les ha delegado funciones de los padres, como son los casos en que el hermano mayor se haga cargo de los más pequeños o se les obligue a trabajar o mendigar, llegando al extremo de que asumen la responsabilidad de mantener el hogar, sin medir las consecuencias que ello acarrea, mientras sus progenitores se dedican al ocio o se ven sumidos en vicios tan degradantes como el alcoholismo y la drogadicción, a lo que se une el castigo y el maltrato cuando no han satisfecho sus expectativas o peor aún, sin motivo alguno.

Acciones de abuso como éstas son inaceptables e imperdonables y que, con el transcurrir del tiempo, van dejando heridas profundas en los descendientes al darse cuenta del abuso sufrido, la injusticia reinante, al impedirles disfrutar de épocas tan significativas, como son la de la infancia y juventud y llegar al colmo de frustrar y truncar sus sueños, lo que va creando resentimientos que si no pueden ser superados los llevarán al rencor y al odio. La causa de desheredamiento propuesta para los ascendientes bien vale en estos casos, pues nada tan negativo y reprochable como el hecho de desvincularse de toda responsabilidad.

Cabe aclararse que esta causa no se aplicaría en casos extremos de pobreza, en los que todos los miembros de la familia se ven obligados a trabajar para poder subsistir, ni cuando los ascendientes sean discapacitados, gravemente enfermos o de avanzada edad. Considero también que con esta causa de desheredamiento, además de imponer justicia, es un medio de protección a niños y adolescentes, así como evita el abuso y salvaguarda los derechos de uno de los grupos de atención prioritaria, como constitucionalmente, se lo considera en los actuales tiempos.

3. Por haber cometido cualquier tipo de maltrato físico o psicológico, el que deberá ser debidamente justificado por un profesional.

Sabemos que el niño se halla debidamente protegido por varias leyes, cuando de maltrato se trata, así existe la Ley de Protección contra la Violencia de la Mujer y la Familia, el Código de la Niñez y Adolescencia y no estaría por demás que dentro del Código Civil también exista algún tipo de sanción para los padres que maltratan a sus hijos y qué mejor que una causa de desheredamiento para impedirles que reciban el patrimonio de sus descendientes.

El hecho de que un hijo sea maltratado física y psicológicamente es inaceptable por el impacto que produce y pese al paso del tiempo, esta situación que los perturba y humilla, va contra su dignidad, dejando huellas difíciles de borrar y no resulta lógico que quien jamás brindó cariño y afecto y por el contrario, convirtió a sus hijos en víctimas con gritos, insultos y golpes, sea premiado con la herencia. La prueba necesaria para aplicar esta sanción es sencilla, mediante un certificado emitido por un profesional, para quien resultará fácil darse cuenta de la situación vivida, ya que los maltratos físicos dejan marcas visibles y los psicológicos afectan, de alguna manera, a la personalidad del agredido.

Es necesario conocer más a fondo algunos conceptos para darnos cuenta cabal de lo que significan los maltratos:

Al Maltrato Físico se lo define como: “Cualquier lesión física infringida al niño/a (hematomas, quemaduras, fracturas, u otras lesiones) mediante pinchazos, mordeduras, golpes, tirones de pelo, torceduras, quemaduras, puntapiés u otros medios con que se lastime el niño. En el maltrato infantil es necesario recalcar el carácter intencional, nunca accidental, del daño o de los actos de omisión llevados a cabo por los responsables del cuidado del niño/a, con el propósito de lastimarlo o injurarlo. Aunque el padre o adulto a cargo puede no tener la intención de lastimar al niño, también se interpreta como maltrato a la aparición de cualquier lesión física arriba señalada que se produzca por el empleo de algún tipo de castigo inapropiado para la edad del niño/a. Las estadísticas acerca del maltrato físico de los niños son alarmantes. Se estima que cientos de miles de niños han recibido abuso y maltrato a manos de sus padres o parientes. Miles mueren. Los que sobreviven al abuso, quedan marcados por el trauma emocional, que perdura mucho después de que los moretones físicos hayan desaparecido.” (<http://www.psicopedagogia.com/tipos-maltrato>. Consulta 19 Diciembre 15:36)

Al Maltrato Psicológico se lo concibe como: “Una de las formas más sutiles pero también más extendidas de maltrato infantil. Son niños/as habitualmente ridiculizados, insultados, regañados o menospreciados. Se los somete en forma permanente a presenciar actos de dolencia física o verbal hacia otros miembros de la familia. Se les permite o tolera el uso de drogas o el abuso de alcohol. Si bien la ley no define el maltrato psíquico, se entiende como tal a toda aquella acción que produce un daño mental o emocional en el niño, causándole perturbaciones de magnitud suficiente para afectar la dignidad, alterar su bienestar o incluso perjudicar su salud.

Actos de privación de la libertad como encerrar a un hijo o atarlo a una cama, no solo pueden generar daño físico, sino seguramente afecciones psicológicas severas. Lo mismo ocurre cuando se amenaza o intimida permanentemente al niño, alterando su salud psíquica. (<http://www.psicopedagogia.com/tipos-maltrato>. Consulta 21 Diciembre 16:36)

En lo que se refiere cónyuge sobreviviente, para aplicar las causas de desheredamiento, es necesario recalcar que para poder introducirlas hay que reformar otro artículo del Código Civil, el 1230 que establece lo siguiente: [Definición]: Desheredamiento es una disposición testamentaria en el que se ordena que un legitimario sea privado de todo o parte de su legítima. . . (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*. Artículo 1230)

Debería reformarse así: Art 1230: [Definición]: Desheredamiento es una disposición testamentaria en el que se ordena que un legitimario sea privado de todo o parte de su legítima, así como el cónyuge o conviviente) sobreviviente, de ser el caso, puede ser privado de todo o de parte de la porción connubial.

Por lo tanto, los requisitos para que tenga efecto el desheredamiento, serían los siguientes:

Que exista testamento. Que la persona que va a ser afectada por el desheredamiento sea legitimario del testador, es decir hijos o padres, **o a falta de ellos, el cónyuge o conviviente sobreviviente**. Que el testador expresamente desherede mediante la respectiva cláusula testamentaria. Que el acto u omisión en que esté incurso el legitimario o cónyuge supérstite, estén tipificados en la ley. Que el testador invoque la causal legal en que funda el desheredamiento, y que la causal en la que ha incurrido el legitimario **o cónyuge o conviviente supérstite** sea judicialmente comprobada. . . (Bossano. *Manual de Derecho Sucesorio-Segunda Parte*, 73)

Considero pertinente que las causas de desheredación para el cónyuge o conviviente deberían ser semejantes a las causales establecidas para dar paso al divorcio causal, claro está y como es lógico que no deben estar divorciados o separados para que tenga la calidad de "cónyuge o conviviente sobreviviente".

Son causas de desheredación aplicables al **cónyuge o conviviente sobreviviente** las siguientes:

1.- La violencia, física o psicológica, en la persona del cónyuge o **conviviente**.

En toda relación familiar siempre debe existir amor, respeto y consideración entre sus miembros y más aún entre personas que unen sus vidas para formar un hogar común. El hecho de que uno de ellos soporte maltratos, de cualquier naturaleza, no debería quedar en la nada y si bien algunos no llegan a divorciarse, aduciendo causas como la que los hijos se convertirían en víctimas inocentes, es justo que merezcan ser castigados, por disposición testamentaria (desheredamiento).

La conveniencia de regular jurídicamente la violencia familiar se basa en la necesidad de encontrar mecanismos para proteger los derechos fundamentales de los integrantes del grupo familiar frente a los cotidianos maltratos, insultos, humillaciones y agresiones sexuales que se producen en el ámbito de las relaciones familiares. Si bien es cierto que las manifestaciones de violencia familiar no se producen exclusivamente contra las mujeres, sin embargo son éstas a lo largo de su ciclo vital- las afectadas con mayor frecuencia. De este modo, la casa constituye un espacio de alto riesgo para la integridad de mujeres y niños, derivándose de ahí precisamente la denominación de violencia doméstica o familiar.

Resulta evidente, sin embargo, que el agente de la violencia no se limita siempre a dichos espacios; encontramos casos de agresiones en las calles, los centros de estudio y/o trabajo y en general los espacios frecuentados por las víctimas. (<http://www.monografias.com/trabajos13/mviolfam/mviolfam.shtml>, Consulta 22 de Diciembre 14:32)

Es por ello que considero que un cónyuge o **conviviente** que maltrata al otro no es digno de sucederle, ya que no solamente se afecta a una de las partes agredidas, sino las verdaderas víctimas pueden ser los hijos.

2.- El atentado contra la vida del cónyuge o **conviviente**.

Clarifiquemos el asunto y veamos lo que es el atentado:

Es la agresión contra la vida o la integridad física o moral de alguien. La definición es muy genérica, y es obvio que pueden ser cualesquiera las circunstancias de un atentado. Es decir, un atentado contra alguien se puede cometer de muchas maneras. Puede ser, por ejemplo, con los puños, independientemente de que el agresor sea boxeador o no; con armas regulares, como las blancas o las de fuego; con armas convencionales o impropias, como un palo, un garrote, un látigo, una cabilla, un tubo, una piedra, etc.

El atentado puede ser también mediante un acto de terrorismo, bien sea contra una sola persona o contra varias. Las consecuencias de un atentado no siempre son fatales. Más aún, no necesariamente el propósito del atentado es matar al agredido. De modo que, aun en el caso de que la víctima de un atentado resulte muerta, no puede identificarse la idea del atentado con la del homicidio. Este sería la consecuencia de aquel, el procedimiento de que el homicida se habría valido para cometer el delito. Y hasta podría darse el caso de que la muerte de la víctima no fuese intencional, sino accidental o involuntaria, cuando el propósito del atentado hubiese sido producirle un daño al agredido, pero no causar su muerte. (<http://webarticulista.net.free.fr/atentado.html>. Consulta 23 de Diciembre 17:00)

Simplemente, al enunciar tal causa, este hecho debe ser motivo suficiente de divorcio porque quien se arriesga a seguir viviendo con una persona que fue capaz de atentar contra su vida, sin embargo se conoce que en la vida real estos casos se dan; existen mujeres y/u hombres que soportan eso y más porque llevados de la obsesión se aferran a la otra persona y no quieren separarse de ella por nada del mundo, poniendo de pretexto los hijos, sin darse cuenta que precisamente ellos son los que pagan la culpa de sus padres y es inhumano someterlos a vivir en un ambiente así. Entonces, es legítimo el incorporar esta causa, pues actitudes como ésta, son dignas de la sanción del desheredamiento.

Dentro de esta causal será preciso que exista sentencia previa, en el ámbito penal, en la que se compruebe y por lo tanto se le acuse de atentar contra la vida de su cónyuge o conviviente porque mal se puede proceder a desheredarlo con simples suposiciones, denuncias o acusaciones, que no comprueban la culpabilidad o inocencia del acusado. Entonces, si se cuenta con la sentencia acusatoria en la que se le culpa de atentar contra la vida de su cónyuge o conviviente, fácilmente se podrá demostrar esta causal en la demanda de desheredamiento (vía civil).

3.- La injuria cometida contra el honor del cónyuge o conviviente, siempre que en el testamento o en la etapa de juicio (de ser el caso), el testador especifique claramente las palabras utilizadas, especificando el día y la hora en que fueron proferidas.

Esencialmente la injuria es un agravio, ultraje de obra o de palabra, que lesiona la dignidad de persona diferente al que la hace. La injuria es, pues, en síntesis, todo acto que, dirigido a una persona, perjudica su reputación o atenta contra su propia estima y que es conocida por terceros, es decir: un acto lesivo de derechos y con publicidad en un determinado ámbito social. Formalmente, puede consistir en la atribución de unos hechos, en la expresión de palabras soeces, en la ejecución de acciones de menosprecio, en una comparación denigrante, en la burla injustificada, en formular juicios de minusvaloración sobre otro.

Con esta formulación tan amplia se puede manifestar que los actos injuriosos son, básicamente, heterogéneos, circunstanciales y de definición cuasi-subjetiva. Además, la injuria consistente en atribuir la comisión de unos hechos a otra persona, será grave cuando se hayan llevado a cabo sabiendo que tales hechos sean inciertos, lo que añade al concepto de injuria el confuso criterio de la veracidad. (<http://es.wikipedia.org/wiki/Injuria>, Consulta 23 de Diciembre, 19:00)

Si observamos nuestro alrededor, no es raro toparse con parejas en que uno de ellos excesivamente celoso y llevados por la pasión se desfoga con injurias que precisamente van en contra del honor y la dignidad de la otra persona, inclusive llegan al extremo de proferirlas en presencia de otras personas, haciendo pública la deshonra. Para que sea causa de desheredamiento tales insultos deben ser permanentes y cada vez más ofensivos y hagan imposible convivir en paz y tranquilidad.

La manera de probar judicialmente esta causal sería por medio de testigos; otra prueba fehaciente, una confesión judicial al desheredado (siempre que no conlleve responsabilidad penal), en vida del testador o luego de la muerte del causante, los testigos claramente podrían especificar el día y la hora en que profirió las injurias, así como las palabras utilizadas. En determinadas ocasiones no será necesaria la prueba, como cuando en este caso, el cónyuge o conviviente no reclame dentro de cuatro años, como lo señala el artículo 1232 del Código Civil que dice:

“No valdrá ninguna de las causas de desheredamiento mencionadas en el artículo anterior, si no se expresa en el testamento específicamente, y si además no se hubiese probado judicialmente en vida del testador, o las personas a quienes interesare el desheredamiento no lo probaren después de su muerte. Sin embargo, no será necesaria la prueba cuando el desheredado no reclamare su legítima dentro de los cuatro años subsiguiente a la apertura de la sucesión.....” (Corporación de Estudios y Publicaciones, *Código Civil*)

4. No prestar el socorro debido cuando se encuentre en estado de demencia o desvalimiento, pudiéndolo.

Para clarificar el tema, veamos el significado de algunos términos empleados:

“Demencia (del latín de-"alejado" + mens (genitivo mentis)-"mente") es la pérdida progresiva de las funciones cognitivas, debido a daños o desórdenes cerebrales más allá de los atribuibles al envejecimiento normal. Es la perturbación de la razón; deterioro de la memoria y otras capacidades mentales como hablar, resolver problemas, orientarse, etc.”. (es.wikipedia.org/wiki/Demencia, Consulta 26 de Diciembre 15:00)

“El desvalimiento es la situación de la persona que no recibe ayuda o protección y que la necesita”. ([Http: //es.thefreedictionary.com/desvalimiento](http://es.thefreedictionary.com/desvalimiento), Consulta 25 de Septiembre 09:30)

Una de las finalidades del matrimonio y de la unión de hecho de conformidad con los artículos 81 y 222 del Código Civil es el auxilio mutuo que se deben los cónyuges y convivientes; el no prestarle socorro cuando lo necesitaba, es incumplir con esta obligación y desatender sus deberes como pareja, y más aún, si tuvo facilidades para hacerlo, lo que le convierte en una actitud del todo reprochable. Cuando dos personas contraen matrimonio o se unen, lo hacen para estar juntas en los momentos buenos y malos y esto es prueba del amor existente entre ambos; el abandonar a su pareja cuando más necesita de su apoyo, ayuda y cuidados es inhumano. Se debe pues implementar esta causa para dar paso al desheredamiento del cónyuge o conviviente sobreviviente que no cumplió con esta obligación moral que contrajo voluntariamente, en el momento de su matrimonio o de su unión de hecho.

6.5. Propuesta de reforma.

Dentro del tema del desheredamiento considero que es preciso introducir un nuevo artículo que evite el perjudicar a los hijos incapaces y se defiendan sus derechos, tomando en cuenta la situación muy especial en la que viven, aspiración que nuevamente se basa en la legislación peruana, que en temas como éste la considero superior y digna de tomársela en cuenta. Con miras a mejorar nuestro Código Civil, propongo lo siguiente:

Art... Personas que por su calidad no pueden ser desheredadas: No podrán ser desheredados los incapaces menores de edad, ni los mayores, que por cualquier causa, se encuentren privados de discernimiento.

Es necesario hacer alusión a lo que debemos entender por incapacidad y su clasificación:

Incapacidad es: “La falta de capacidad civil originada por causas que restringen o modifican la facultad de obrar. Sólo puede ser declarada por sentencia judicial y en virtud de las causas establecidas por Ley. Una de sus consecuencias es que los incapaces no pueden prestar consentimiento para contratar, siendo éste, uno de los requisitos esenciales para la realización de contratos.”

(http://www.derecho.com/c/Incapacidad_Legal, Consulta 26 de Diciembre 10:30)

La incapacidad viene a ser lo contrario de la capacidad, es decir la falta de aptitud de una persona para adquirir derechos y contraer obligaciones y poderlos ejercer por sí misma, sin el ministerio de otra persona. La incapacidad puede ser absoluta, relativa y accidental.

Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución (Incapacidad Absoluta: implica falta de consentimiento, ya que tiene por causa la imposibilidad de consentir)

Son relativamente incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos aspectos determinados por las leyes (Incapacidad relativa: es también llamada civil o legal, porque es establecida por la ley para proteger a determinadas personas).

Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos. Incapacidad accidental o especial también es incapacidad absoluta, se trata de personas capaces de ejecutar toda clase de actos o contratos a excepción de los que les prohíbe la ley, como a los tutores o curadores quienes no pueden enajenar ni gravar con hipotecas o servidumbre los bienes del pupilo sin la autorización judicial. O como la prohibición de celebrar contratos de venta entre cónyuges bajo pena de nulidad. (http://html/codigo-civil_1.htm, Consulta 27 de Diciembre 11:06)

Amplíemos aún más la clasificación de la Incapacidad:

Incapacidad de hecho: La ley priva a las personas físicas de la facultad de obrar por sí mismas, declarándolas incapaces, fundada en la falta o insuficiencia de su desarrollo mental (caso de las personas por nacer, los menores y los dementes) o la imposibilidad de poder manifestar su voluntad (caso de los sordomudos que no pueden darse a entender por ningún método), considerando que el elemento volutivo (voluntad) es básico en la formación de todo acto jurídico. En resumen, la incapacidad de hecho impide a determinadas personas ejercer por sí mismas sus derechos y contraer obligaciones.

La incapacidad de hecho puede ser: Absoluta: Son las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito. Relativa: Son los menores adultos.

Incapacidad de derecho: La ley prohíbe a determinadas personas a realizar ciertos actos en razón, de incompatibilidad de orden moral o jurídico.). Esta incapacidad es siempre relativa.

<http://www.monografias.com/trabajos/emancipa/emancipa.shtml>, Consulta 27 de Diciembre, 10:55)

Las personas incapaces no podrían incurrir en una de las causas de desheredamiento, pues ante todo deberá considerarse el hecho de que no tienen capacidad de discernimiento y sus actuaciones son inconscientes; entonces, ¿cómo se puede desheredar a un hijo incapaz, que no es responsable de sus actos?. Al no darse paso a esta disposición que deseo introducir, se dejaría abierta la posibilidad de cometer arbitrariedades e injusticias, ya que padres que no quieran dejar herencia a su hijo incapaz, pueden inclusive falsear la verdad, acusándole de actos que incurran en una causa de desheredamiento, y lo tremendo del caso es que tal hijo es incapaz de defender sus derechos.

Este artículo al hablar de incapaces menores de edad, hace alusión justamente a los impúberes (varón que no cumple 14 y mujer que no cumple 12 años); es decir, en ese momento son considerados por la ley como incapaces absolutos, por la insuficiencia de su desarrollo intelectual, así como por la imposibilidad de discernimiento y de manifestar su voluntad, razón más que suficiente para que no pueda ser desheredado.

Considero que la última parte del artículo sugerido es de esencial importancia, ya que una persona no puede ser desheredada, por más que sea mayor de edad, si por cualquier motivo está privada de discernimiento, como es el caso de los dementes y de los sordomudos, los cuales de conformidad con la ley son considerados como incapaces absolutos. Por tanto sería irracional inmiscuirlos en una supuesta causa de desheredamiento y la injusticia se volvería aún mayor al hablar de padres contra hijos que tratan de perjudicarlos aprovechando de su estado, cuando lo que más necesitan es ser protegidos.

6.6. Propuesta de reforma al artículo 1233.

Art. 1233: Efectos: “Los efectos del desheredamiento, si el testador no los limitare expresamente, se extienden no sólo a las legítimas, sino a todas las asignaciones por causa de muerte y a todas las donaciones que le haya hecho el testador.

Pero no se extienden a los alimentos necesarios, excepto en los caso de injuria calumniosa.” (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*. Artículo 1233)

El artículo en estudio hace referencia a los efectos de la desheredación. Mi proposición es que se amplíe, con el fin de precautelar los derechos del menor, así como del alimentario en general y, sin establecer ninguna clase de excepción, diga:

Art 1233: Efectos de desheredación: Los efectos de la desheredación se refieren no solamente a la legítima, sino se extienden a los legados y donaciones otorgados al heredero, salvo que el testador expresamente diga lo contrario y establezca límites. Por ningún motivo se extenderán a los alimentos debidos por ley.

Elimino la última parte que se refiere a la excepción (injuria calumniosa) porque puede darse el caso que el alimentante, al saber de la existencia de esta norma, provoque al hijo o alimentario de tal manera que por un ataque de cólera le injurie y así fácilmente puede deslindarse de cualquier tipo de obligación existente.

El artículo 351 del Código Civil señala que los alimentos pueden ser congruos o necesarios. Congruos son los que habilitan al alimentario para subsistir modestamente de un modo acorde a su posición social. Necesarios, los que le dan lo que basta para sustentar la vida. . . (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*, Artículo 351)

Obviamente en cuanto a ésta reforma me baso en los alimentos prestados por los padres a sus legitimarios (hijos) o viceversa.

Esta reforma la considero necesaria pues como sabemos el derecho de alimentos es aquel que permite subsistir al menor o alimentario y no debe tener ningún tipo de excepciones ya que como la ley mismo lo dice son los necesarios para permitir vivir al alimentario de una manera al menos modesta, y además para sustentar la vida. La disposición actual inclusive comete un error al hacer extensivo el desheredamiento, en caso de injuria calumniosa, solo a los alimentos necesarios (los que permiten sustentar la vida) y, ¿qué sucede con los congruos (los que permiten tener una vida acorde a su posición social) que no sufren ningún tipo de excepción a pesar de que los necesarios son los más importantes? Si se habla del principio del interés superior del niño, inclusive reconocido constitucionalmente, ¿cómo se permite que una disposición así siga todavía vigente? Lo lógico es que la última parte de la disposición sea eliminada del ordenamiento jurídico; la sanción de desheredarlo, si ha incurrido en alguna de las causas, es ya suficiente, pero jamás se lo debe hacer extensiva al derecho de alimentos, ni a los congruos y menos aún a los necesarios porque va en contra de todos los principios de protección al niño y adolescente (en caso de alimentos para el menor), quienes quedarían abandonados a su suerte.

El causante puede privar a su heredero de parte de su legítima y no de su totalidad, ni de las mejoras, ni de la cuota de libre disposición, pero para que ello surta efecto se necesita de manera imprescindible la declaración expresa de su voluntad. Si dice desheredo a mi hijo, se entenderá entonces que el desheredamiento se aplicará en su totalidad sin excepción alguna, pero si dice desheredo a mi hijo en cuanto a lo que le corresponde a mejoras, entonces el desheredamiento surtirá efecto tan sólo en las mejoras y tendrá pleno acceso a lo que le corresponde por ley; es decir por tener la calidad de hijo, es por ello necesario que se exprese con claridad el alcance que va a tener el desheredamiento para así poder evitar problemas o malos entendidos.

Como señala el maestro Bossano, en torno al desheredamiento, pueden surgir ciertos problemas, que a manera de interrogantes, podrían proponerse así: 1. ¿El desheredado pierde su derecho relativo a alimentos?. El ordenamiento jurídico proclamó en principio que el desheredado no pierde su derecho a alimentos necesarios, salvo el caso de injuria atroz. Como los alimentos encarnan de por sí un sentido vital, privar de ellos a una persona es anticiparse a la partida de defunción, atentar contra su existencia misma. Se ha usado de una medida dura en el evento de que el alimentario incurriera en un ultraje cruel, inhumano, desmesurado de obra o de palabra contra quien siendo también el testador, tiene que asignarle obligatoriamente la mitad de las legítimas; pero que, por haber faltado a sus deberes, será sancionado con el desheredamiento, razonamiento con el que estoy plenamente de acuerdo y que lo expuse en líneas anteriores. 2. ¿Puede revocarse el desheredamiento?. En cuanto a esta segunda inquietud, se la hará alusión en el siguiente subcapítulo... (Bossano, 83)

En suma, según nuestra ley, se sanciona con el desheredamiento cuando incurriere en ofensas graves y además se le priva de los alimentos, con lo que no estoy de acuerdo porque se le impone doble sanción. Considero que si se le priva del derecho de alimentos, únicamente si comete la primera causal del artículo 1231, debería encontrarse especificada esta sanción porque a primera vista no se aclara que tiene aplicación únicamente para quien cometa injuria grave en contra de sus ascendientes.

De reformarse este artículo, de igual manera debería modificarse el 352 del Código Civil que hace alusión también al hecho de que no se debe prestar alimentos a la persona que cometa injuria calumniosa en contra del alimentante. Su texto dice:

Art. 352.- “Se deben alimentos congruos a las personas designadas en los cuatro primeros numerales y en el último del Art. 349, menos en los casos en que la ley los limite expresamente a lo necesario para la subsistencia, y generalmente en los casos en que el alimentario se haya hecho culpado de injuria no calumniosa grave contra la persona que le debía alimentos.

En caso de injuria calumniosa cesará enteramente la obligación de prestar alimentos.” (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*. Artículo 352) Consecuente con ello, se debería eliminar el último inciso, ya que es contrario a la propia institución de los alimentos. Es obvio que hay que respetar al alimentante, como también lo es el hecho de que ya existe una sanción suficiente como la del desheredamiento, que sería la mejor manera de castigar al alimentario que ha incurrido en injuria calumniosa.

6.7. Propuesta de reforma al artículo 1234.

Art. 1234: Revocatoria: “El desheredamiento podrá revocarse, como las otras disposiciones testamentarias, y la revocación podrá ser total o parcial. Pero no se entenderá revocado tácitamente por haber intervenido reconciliación; ni el desheredado será admitido a probar que hubo intención de revocarlo.” (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*. Artículo 1234)

Para Ramón Meza Barros la revocación es el único medio de hacer inválido un testamento otorgado válidamente, es decir, que cumple los requisitos formales que la ley prescribe, la revocabilidad es la vigorosa garantía de la libertad de testar. . . (Bossano, 88)

Dando respuesta a la segunda inquietud señalada por Bossano, en el anterior subcapítulo, sostiene que es de esencia de las disposiciones testamentarias su revocabilidad, siendo el desheredamiento un acto jurídico que se concreta mediante una disposición testamentaria, está comprendida dentro de la posibilidad de revocarse. Y esto es lógico y justo puesto que la situación de la familia, del patrimonio y de los sentimientos está sujeta a todos los cambios y modificaciones; es por ello que se ha previsto expresamente la institución de la revocación. . . (83-84)

A este artículo, que habla de la revocatoria del desheredamiento, considero oportuno reformarlo en el sentido que de existir reconciliación posterior, siempre que sea conocida por todos, deje sin efecto la desheredación. Con el cambio propuesto, diría así:

Art. 1234: Revocatoria: El desheredamiento podrá revocarse, de manera parcial o total. La reconciliación posterior del ofensor y del ofendido deja sin efecto la desheredación ya hecha, por lo tanto opera la revocación tácita.

La revocación total es cuando el testador deja sin efecto o modifica plenamente las disposiciones contenidas en un testamento otorgado con anterioridad. Es parcial en el evento de que únicamente anule algunas disposiciones, pero no todas, quedando vigentes las demás. La revocación tácita se da en el evento de que sin dejar constancia de la revocación, de hecho se reforman las disposiciones. . .(Bossano, 90)

En cuanto a mi proposición de reforma relativa al hecho de que de existir reconciliación posterior del ofensor y del ofendido deja sin efecto la desheredación, se aplicará exclusivamente en casos extremos, es decir cuando el testador se encuentre en grave estado de salud y no tenga ánimos ni fuerzas para otorgar un nuevo testamento; es más, existen épocas en las que inclusive se le puede ir de las manos y ni se acuerde de aquello, puesto que de lo contrario, es decir de tener las posibilidades, es obvio que otorgaría otro testamento, revocando el desheredamiento para que de esa manera queden las cosas claras y se eviten problemas familiares.

Para nadie es desconocido que las relaciones familiares son del todo cambiantes, en cuanto a sentimientos, rencores y afectos, pudiendo variar de un momento a otro y es así como podemos observar que dos parientes que ni siquiera se saludaban, sorpresivamente, se reconcilian, haciéndose cierta aquella frase de que el tiempo cura las heridas; y si esto ocurre entre parientes, qué se puede esperar entre padres e hijos en quienes el lazo que los une es mucho más fuerte, razón suficiente para que el testador pueda reformar sus disposiciones cuando le es posible y no se presenten situaciones extremas que le impidan revocar. Es por ello que la revocación tácita debe existir, siempre que familiares y amigos hubiesen sido testigos de una reconciliación posterior al desheredamiento, interpretando así que ante tal situación la voluntad del testador habría cambiado, caso que podría darse por ejemplo cuando habiendo de por medio la reconciliación, el testador quiera revocar sus disposiciones pero, por un hecho inesperado, como puede ser una muerte súbita, se ve impedido de hacerlo; situaciones poco probables, pero que pueden ocurrir. De esta manera se protege la probable manifestación de voluntad del testador, honrando inclusive su memoria y respetando su última voluntad. Probar le corresponderá al interesado (posible desheredado).

6.8. Análisis comparativo con la legislación peruana y uruguaya.

Legislación peruana:

Como observaremos a continuación, el Código Civil Peruano hace referencia a causas de desheredamiento para los descendientes, ascendientes y cónyuge, de manera individualizada, circunstancia con la que estoy plenamente de acuerdo y me incentivó a introducir una serie de reformas a nuestro Código Civil. Para evitar caer en repeticiones, analizaré únicamente las causas nuevas y las que no son iguales o similares a nuestro Código Civil porque las otras ya fueron estudiadas en el momento oportuno, en los subcapítulos pertinentes.

Artículo 744: Causales de desheredación de descendientes

Son causales de desheredación de los descendientes:

2.- Haberle negado sin motivo justificado los alimentos o haber abandonado al ascendiente encontrándose éste gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo.

En nuestra legislación no existe causales de desheredamiento, en lo que se refiere a los alimentos; en cambio en la peruana las hay, con lo que concuerdo plenamente porque debe existir reciprocidad en la ley y quien presta ayuda a sus progenitores, es justo que sea recompensado con la herencia y quien no lo hizo sea penado con el desheredamiento.

En cuanto a la segunda parte de la causal que dice por haber abandonado al ascendiente encontrándose éste gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo, a mi manera de pensar configuraría la causal 2ª. del art. 1231 “no haberle socorrido en el estado de demencia o desvalimiento, pudiéndolo.

Siendo así, la obligación de dar alimentos es mucho más amplia de lo que tradicionalmente se piensa; es decir, que no sólo el cónyuge y los hijos son titulares de este derecho, sino que también las personas en su calidad de padres, abuelos y hermanos, por ejemplo. La procedencia de la pensión de alimentos, es la necesidad del alimentario. Así, procederá la demanda de alimentos sólo cuando los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social.

(<http://www.dudalegal.cl/derecho-alimentos.html>, Consulta 28 Diciembre, 10:40)

Por lo enunciado, ascendiente que no disponga de los medios suficientes para sustentarse deberá ser asistido por sus descendientes y de no existir un justificativo válido, su incumplimiento será sujeto a sanción. Esta causal va mucho más allá pues abarca también el abandono al ascendiente en estado de desvalimiento o de enfermedad, justamente cuando más lo necesita y poniendo de relieve el vínculo afectivo que se supone debe existir entre parientes. Se trata pues de una causal de desheredamiento justa, humana y perfectamente aplicable.

Artículo 745: Causales de desheredación de ascendientes

Son causales de desheredación de los ascendientes:

2.- Haber incurrido el ascendiente en alguna de las causas por las que se pierde la patria potestad o haber sido privado de ella.

Artículo 462.- Pérdida de la patria potestad

“La patria potestad se pierde por condena a pena que la produzca o por abandonar al hijo durante seis meses continuos o cuando la duración sumada del abandono exceda de este plazo.” (<http://www.jafbase.fr/DocAmeriques/Perou/codecivil.PDF>. Consulta 29 Diciembre, 12:05)

Artículo 463.- Privación de la patria potestad

“Los padres pueden ser privados de la patria potestad:

- 1.- Por dar órdenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos.
- 2.- Por tratarlos con dureza excesiva.
- 3.- Por negarse a prestarles alimentos.”

(<http://www.jafbase.fr/DocAmeriques/Perou/codecivil.PDF>. Consulta 29 Diciembre, 12:13)

A mi manera de ver, dentro de nuestra legislación no cabe esta causa por ser contradictoria a mi propuesta de eliminar la primera parte de la cuarta causal del artículo 1231 de nuestro Código Civil pues la emancipación judicial es una de las formas de perder la patria potestad. Sin embargo, es correcta y perfectamente aplicable en la legislación peruana, ya que como se desprende de los artículos transcritos, esta causa de desheredamiento para los ascendientes es cuando han incurrido en uno de los motivos por los que se pierde o se priva de la patria potestad. Consecuentemente es una causa fundamentada y bien traída pues si los padres pierden o son privados de la patria potestad es porque no han cumplido con sus obligaciones que como padres les corresponden para la subsistencia y el buen desarrollo tanto físico como psicológico de sus hijos.

Artículo 746: Causales de desheredación del cónyuge

En el Código Civil Peruano se establece que son tanto causales para divorcio, así como para el desheredamiento, las señaladas en el artículo 333 del numeral 1 al 6.

Artículo 333: Causales

“Son causas de separación de cuerpos:

- 1.- El adulterio.
- 2.- La violencia, física o psicológica, que el Juez apreciará según las circunstancias.
- 3.- El atentado contra la vida del cónyuge.
- 4.- La injuria grave.
- 5.- El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.”
- 6.- La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común”.

(<http://www.jafbase.fr/DocAmeriques/Perou/codecivil.PDF>. Consulta 30

Diciembre, 12:20)

Me referiré exclusivamente a los numerales 5 y 6 que en el presente estudio aún no han sido analizados.

5.- El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.”

El abandono voluntario e injustificado por más de dos años del hogar conyugal da paso tanto para la posibilidad de un divorcio, así como para desheredar al cónyuge que abandonó el hogar conyugal. Es decir, de conformidad a la legislación peruana, se establecen dos sanciones para aquel que abandonó el hogar: el divorcio y/o el desheredamiento. La posibilidad de desheredar al cónyuge por haber abandonado el hogar, lo que conlleva la desatención de sus obligaciones tanto para con su cónyuge como para sus hijos. Esta circunstancia deberá estar debidamente probada, estableciéndose el hecho por el cual se produjo el abandono, pues si fuere por su trabajo u otras circunstancias que admitan justificación, no podría surtir efecto. Al analizar las diferencias existentes entre los dos códigos encontramos que en nuestro código el abandono debe ser necesariamente ininterrumpido, mientras que en el peruano, se señala que pueden sumarse los periodos de abandono hasta que excedan de los dos años.

Esta causa abre dos posibilidades: en caso de no darse paso al divorcio, perfectamente se puede sancionar al cónyuge con el desheredamiento al no cumplir con las finalidades intrínsecas del matrimonio como es la de vivir juntos y auxiliarse mutuamente, ya que si cada vez abandona el hogar muy difícilmente puede existir la ayuda recíproca que se deben los cónyuges. Este incumplimiento que también va contra los principios morales es causa suficiente para el desheredamiento, según la legislación peruana y con lo que estoy de acuerdo.

6.- La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común''.
(<http://www.jafbase.fr/DocAmeriques/Perou/codecivil.PDF>. Consulta 30 Diciembre, 15:00)

Dentro de la vida matrimonial esta conducta, desde todo punto de vista, es deplorable pues hace imposible una convivencia con tranquilidad y paz, haciendo que la situación en el hogar se vuelve insostenible. Obviamente este tipo de proceder de uno de los cónyuges no debe ser ocasional, sino constante, es decir que se haya vuelto una forma de vida habitual.

Consideremos algunas situaciones que son de lo más comunes: la ebriedad, la intimidad amorosa con persona distinta al cónyuge, el ejercicio de violencia física o psicológica sobre sus hijos, el descuido del hogar, las salidas injustificadas sin autorización del otro cónyuge, despilfarro de bienes, etc.

Estas conductas censurables alteran la paz familiar y rompen la armonía en la pareja, afectando no solamente a ellos sino a los hijos porque la vida de hogar se torna inaguantable, razón más que suficiente para que sea una causal de divorcio y porque no, también de desheredamiento, ya que no es razonable que una persona que solo causó malos ratos, angustias y preocupaciones herede el patrimonio del cónyuge, pues acciones como éstas no se las puede gratificar.

Artículo 749: Efectos de desheredación

''Los efectos de la desheredación se refieren a la legítima y no se extienden a las donaciones y legados otorgados al heredero, que el causante puede revocar, ni a los alimentos debidos por ley, ni a otros derechos que corresponden al heredero con motivo de la muerte del testador.''

(<http://www.jafbase.fr/DocAmeriques/Perou/codecivil.PDF>. Consulta 30 Diciembre, 16:13)

Como se ve, la legislación peruana no hace extensiones de ninguna naturaleza como lo hace la nuestra y mantiene todos los derechos, inclusive aquellos que puedan surgir con la muerte del testador, los que determina deben ser respetados, sin ningún tipo de excepción, inclusive no los hace efectivos ni en contra de las donaciones y legados otorgados al heredero a no ser que el testador las revoque, con lo que la desheredación en sí no causa ningún tipo de efectos sobre los derechos conferidos al heredero.

A mi criterio es un artículo que tiene su razón de ser y me ha servido como referencia para mi proposición de reforma, claro está que el derecho de alimentos debe ser tomado de una manera individualizada y totalmente aparte, ya que se puede desheredar pero no dejar de pasar los alimentos y esto lo ha entendido claramente esta legislación.

En cuanto al hecho de no producir efectos en legados o donaciones, me parece también correcto, pero si el causante desea lo contrario, al manifestar su voluntad de desheredar a su hijo, padre o cónyuge (por causas justas, taxativamente contempladas en la ley), debe hacer constar que sí surte efecto en las donaciones y legados.

Artículo 750: Acción contradictoria de la desheredación

“El derecho de contradecir la desheredación corresponde al desheredado o a sus sucesores y se extingue a los dos años, contados desde la muerte del testador o desde que el desheredado tiene conocimiento del contenido del testamento.”
(<http://www.jafbase.fr/DocAmeriques/Perou/codecivil.PDF>. Consulta 30 Diciembre, 16:43)

Como podemos ver claramente la legislación peruana es mucho más amplia que la nuestra, en lo que se refiere a la institución del desheredamiento, pues trata de regular aún los problemas que puedan suscitarse en lo venidero. He aquí un artículo que habla acerca de la posibilidad de que el desheredado o sus sucesores puedan contradecir el desheredamiento por medio de pruebas valederas e idóneas, acción que se extingue en dos años, el que de acuerdo a la disposición es contado desde la muerte del testador o desde que el desheredado tuvo conocimiento. Considero que el permitir que el desheredado se defienda mediante esta acción es del todo justo y necesario dentro de la legislación peruana, ya que no contempla como uno de los requisitos para el desheredamiento el que la causal sea probada judicialmente en vida del testador; en consecuencia, de no existir esta acción, se daría paso a un sin número de arbitrariedades e injusticias que quedarían en la impunidad y el testador podría desheredar a quien quisiera, sin justificación alguna, por no existir el derecho de defensa.

Esta acción se asemeja a nuestra legislación por el hecho de que se necesita probar judicialmente, pero se debería ampliar la norma señalando expresamente que al desheredado se le permitirá la defensa siempre que presente pruebas contundentes y será el juez quien deba resolver esta controversia, para que de esa manera no se vulnere el legítimo derecho de defensa que tienen todas las partes, dentro de un proceso.

Artículo 751: Acción justificatoria de la desheredación

“El que deshereda puede interponer demanda contra el desheredado para justificar su decisión. La demanda se tramita como proceso abreviado. La sentencia que se pronuncie impide contradecir la desheredación.”

(<http://www.jafbase.fr/DocAmeriques/Perou/codecivil.PDF>. Consulta 30 Diciembre, 17:22)

Como se observa el artículo citado señala que el que deshereda "puede" interponer demanda contra el desheredado para justificar su decisión, con lo que queda en claro que no es necesario demostrar judicialmente la causa de desheredamiento. Además indica que una vez que se dicta sentencia se impide la contradicción de la desheredación. Como es lógico, dentro de un proceso, el desheredado tendrá la posibilidad de demostrar que no ha incurrido en la causa de desheredamiento, no pudiéndolo hacer una vez que se emita la sentencia, ya que tuvo oportunidad de defenderse en su momento.

Como se observa, en los dos últimos artículos (750 y 751), la legislación peruana regula el desheredamiento de una manera diferente a la nuestra, pero con los mismos resultados y objetivos, ya que si bien en la nuestra el requisito es probar judicialmente el desheredamiento, en la peruana la acción es facultativa, razón por la que le conviene al que deshereda interponer la demanda para que una vez probada la causa no se dé paso a contradicción.

Legislación Uruguaya:

Art. 899: Todas las causas de indignidad para suceder, lo son también respectivamente de desheredación.

Dentro de esta legislación se aprecia que un heredero que incurra en cualquiera de las causas de indignidad, puede ser desheredado. Como se conoce la indignidad de suceder se aplica a toda clase de sucesor, no solamente a los herederos forzosos como lo hace el desheredamiento. Yo creo que este artículo tiene su fundamento porque tal como está concebido tiende a proteger aún más las relaciones de familia, ya que si un heredero forzoso incurre en una de las causas de indignidad a más de ser considerado indigno, el testador lo puede desheredar. La existencia de esta disposición está debidamente fundamentada, pues no impone límites en cuanto al desheredamiento, es decir tiene aplicación general ya que contempla no solo a padres e hijos sino también al resto de ascendientes y descendientes, a quienes se los puede desheredar hasta el infinito. Y esto se desprende del artículo 897 numeral cuarto que dice: "Para que valga la desheredación se requiere: 4°. Si el desheredado es un hijo o

descendiente, se requiere, además, que haya cumplido dieciocho años.” y del artículo 900, último inciso, que dice: Son además justas causas de desheredación de los hijos y descendientes. . . Las disposiciones de este artículo se aplican también a los **otros ascendientes legítimos**.

<http://www0.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/estudioslegislativos/CodigoCivil2010-02.pdf>. Consulta 30 de Diciembre, 18:00)

Art 900: Son además justas causas de desheredación de los hijos y descendientes:

- 1°. Haber maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra al padre o ascendiente que le deshereda.
- 2°. Haberle negado los alimentos, sin motivo legítimo.
- 3°. DEROGADO
- 4°. Haber sido declarado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, culpable de un delito y condenado como tal a la pena de cinco años de penitenciaría o a otra pena de mayor gravedad.

Como se puede observar estas causales son similares a las de nuestra legislación y a la de la peruana, es por ello que no considero necesario el analizarlas y las he transcrito únicamente para resaltar el hecho de que la legislación uruguaya al igual que la peruana establecen causas individuales para los ascendientes y descendientes, lo que a mi criterio tienen razón de ser.

Art 901: El padre y la madre pueden ser desheredados por sus hijos:

- 1°. Cuando han perdido la patria potestad, con arreglo a este Código.
- 2°. Cuando les negaren los alimentos, sin motivo legítimo.
- 3°. Cuando el padre atentó contra la vida de la madre o ésta contra la de aquél y no hubo reconciliación entre los mismos.

Las disposiciones de este artículo se aplican también a los **otros ascendientes legítimos**.

(<http://www0.parlamento.gub.uy/codigos/codigocivil/2002/L3t4c5.htm>,
Consulta 3 Enero, 15:30)

Esta última causal es nueva y opino que surge ante la imperiosa necesidad de proteger la paz familiar, ya que las actitudes violentas de los cónyuges no solo producen efectos negativos entre ellos sino lastiman profundamente a sus hijos, pues inclusive se llega al extremo de que uno de los padres atentó contra la vida del otro, actuaciones como ésta dejan secuelas difíciles de olvidar. La verdadera paz, seguridad, tranquilidad y bienestar que se puede brindar a los hijos se la consigue manteniendo una buena relación, pues si uno de ellos la quebranta el panorama se enturbia y se vuelve insoportable la situación en el hogar.

Como opinión personal pienso que si bien la paz es fundamental en un hogar, no se debería ir al extremo de que los hijos deshereden a uno de sus padres. Si bien el atentar contra la vida es algo inconcebible e imperdonable, la calidad de hijos bien podría llevarlos a perdonar, pese a que no exista reconciliación entre sus progenitores pues se debería respetar la decisión tomada. Al respecto mi criterio, la sanción de desheredamiento no debería ser tomada por los hijos sino más bien por el cónyuge afectado.

A pesar de todo lo expuesto esta causal debería aplicarse en muy pocas

ocasiones y en casos extraordinarios y requiere ser profundamente meditada, sobre todo para impedir que uno de los padres influya en el hijo para de esa manera quedarse con todo el patrimonio, lo que tampoco me parece justo.

Art: 903.“ Los efectos de la desheredación no se extienden a los alimentos necesarios y debidos por la ley.”

(<http://www0.parlamento.gub.uy/codigos/codigocivil/2002/L3t4c5.htm>, Consulta 3 Enero, 21:39)

Con este artículo se refuerza mi interés de proponer la reforma a nuestra legislación, ya que la uruguaya al igual que la peruana, establecen que los efectos de la desheredación no se extienden a los alimentos necesarios, sin excepción alguna, aspecto que desde todo punto de vista es lógico y que se debería tener muy en cuenta en caso de implementarse la reforma en cuestión.

6.9. Conclusiones.

Como conclusión del presente capítulo me remito a la posibilidad de implementar las reformas propuestas. Si bien para varios doctrinarios el desheredamiento se aplica tan solo para padres e hijos, considero que bien podría hacerse extensivo al cónyuge o **conviviente** supérstite. En consecuencia, es importante el implementar en nuestra legislación causas propias para cada uno de los asignatarios que podrían ser desheredados.

De otro lado y luego del análisis de las legislaciones peruana y uruguaya se debe considerar muy en serio el cómo estas legislaciones regulan la institución del desheredamiento, pues lo hacen de una manera mucho más amplia y clara, abarcando todos y cada uno de los problemas que pudieren presentarse, lo que nuestra legislación lamentablemente no lo hace pues dedica únicamente cinco artículos, los que en su mayor parte no son claros ni pertinentes. Es por ello mi afán de implementar las reformas propuestas, las que concuerdan perfectamente con nuestra Constitución de la República, eliminando así ciertas contradicciones y llegando a

conseguir un objetivo fundamental, cual es que la normativa vigente en nuestro país vaya de la mano con la Carta Magna.

Como es obvio, las obligaciones que los distintos grados de parentesco tienen con el testador son de diversa índole, de ahí mi afán constante de incorporar reformas concordantes entre sí, como la posibilidad de que al cónyuge o **conviviente** supérstite se los considere como herederos forzosos, siempre y cuando no incurran en causas que los puedan llevar al desheredamiento.

En definitiva, el tema del desheredamiento es algo muy delicado puesto que se aplica como una especie de sanción a los parientes más cercanos del testador que no supieron observar un comportamiento correcto, como lo exige la moral y la ética.

CAPÍTULO VII

PROPUESTA DE REFORMAS A VARIOS TEMAS ACERCA DE LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

7.1. Introducción.

En este capítulo haré un estudio sintetizado sobre tres aspectos del Derecho Sucesorio que, a mi manera de ver, revisten gran importancia dentro de la materia en cuestión y que requieren ciertas modificaciones para que vayan acorde con las necesidades de la época, siempre con la finalidad de que las leyes sean más justas. Se refieren a: Asignaciones Testamentarias, Testamentos Privilegiados y Beneficio de Inventario.

En cuanto a las Asignaciones Testamentarias el testador cumple su voluntad de disponer de sus bienes para que tenga efecto después de su muerte. Cuando la voluntad se halla debidamente determinada y no se opone a disposiciones legales de orden público, la voluntad del testador prevalece sobre la Ley; de allí que, todo testamento debe poseer el señalamiento de la persona y del bien asignado. En lo que atañe al asignatario, necesariamente debe ser una persona cierta y determinada, natural o jurídica, con absoluta identificación, pues si no existe la certeza y determinación, no tiene existencia la llamada asignación testamentaria. Considero que tanto las asignaciones condicionales como las modales tienen que ser objeto de profundo estudio para reformar algunos artículos, eliminar otros e introducir nuevos, cuidando siempre de que guarden la debida armonía con la época en que vivimos.

En lo referente a los Testamentos Privilegiados conocemos que su nombre proviene del hecho de que, en determinadas circunstancias de la vida, no se puede cumplir con todos los requisitos formales exigidos por la ley. Es imprescindible entonces considerar no solamente las situaciones señaladas en el Código, sino otras que pueden presentarse y deberían pasar a formar parte de él.

Considero que el Beneficio de Inventario es una institución justa y lógica, ya que los asignatarios al aceptar la herencia y acogerse a dicho beneficio, lo hacen por su propia seguridad para mantener intacto su patrimonio, puesto que de existir más pasivo que activo en una herencia, los asignatarios tendrían la obligación de responder por las deudas hereditarias o testamentarias hasta el monto de la herencia que reciben, evitando así el que su patrimonio se vea afectado. Pese a ello, es preciso introducir algunos cambios que mejoren dicha institución.

7.2. Asignaciones condicionales y modales: Conceptos.

“Cuando el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un testamento no son puras y simples, sino que están afectadas por cláusulas restrictivas, quiere decir, que están sometidas a una modalidad. Las asignaciones testamentarias pueden entonces someterse a una de estas tres modalidades: A condición, a plazo, a modo propiamente tal, o modo específico”.

(http://www.uniderecho.com/leer_tarea_Derecho-Civil_11_547.html, consulta 23 de Febrero, 10:54)

Las asignaciones se clasifican así:

- **Puras o simples.**- “Son aquellas que no están sujetas a ninguna restricción, ya que si bien la voluntad del testador realizada en forma normal, es el de favorecer a una persona con cierta asignación, lo hace limpiamente, con los menores problemas y limitaciones, ejemplo; dejo todos mis bienes a XB; instituyo heredero universal a ni hija XY; todo lo cual, responde a una conciencia limpia e ideal por parte del testador”.

(http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=6077, consulta 23 de Febrero, 10:54)

- **Sujetas a modalidad.**- ``Nuestra legislación aún mantiene preceptos caducos, que generan graves dificultades y que dan origen a esta clase de asignaciones. Las mismas que en sí, mantienen restricciones y limitaciones, entre ellas nuestro código contempla tres clases: **a)** Condicionales; **b)** A día y a plazo; y, **c)** Asignaciones propiamente modales``.

(http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=6077, consulta 23 de Febrero, 10:58)

1) Las Condicionales, son aquellas que están subordinadas al cumplimiento o incumplimiento de una condición, que no es otra cosa que un hecho futuro e incierto del que dependen el nacimiento o extinción de un derecho. La condición es de dos clases: Suspensiva y Resolutoria. La primera, aquella en la cual mientras no se efectúe el hecho impuesto no nace el derecho, por lo que, lo único que existirá es una mera expectativa; por ejemplo dejo todos mis bienes a J si se gradúa de abogado, J puede ser estudiante de derecho y está cursando los últimos años de la carrera, pero mientras no se gradúe no adquiere el derecho de heredar y si fallece antes de graduarse, nada adquirió, por lo tanto no puede transferir ni transmitir porque nunca se generó el derecho. La segunda, es aquella que, por las circunstancias de realizarse o consumarse el hecho contrario al impuesto por el testador, se extingue el derecho al que tenía lugar el favorecido; por ejemplo dejo mi casa a B si no contrae matrimonio con P.

Jurídicamente consideradas las condiciones, se hallan sujetas a dos requisitos *sinequanon*: Futuridad e Incertidumbre. El primero, aquel en que toda condición se deberá cumplir después de ser impuesta; y, el segundo es aquel que no se sabe si se irá a cumplir o no ya que, de ser un hecho fatal, forzosamente se producirá ya que se escapa al espíritu de la condición; por lo que, estamos en el ámbito del plazo, es decir, del día cierto y determinado.

En el caso de que el testador realice una asignación en estos términos: Dejo US \$ 5.000,00 a BD siempre y cuando vaya a estudiar a México, se está sometiendo al beneficiario al cumplimiento de algo futuro e incierto, que puede ocurrir o no, ya que se somete a factores ajenos a la voluntad y control de las personas.

Nuestra Ley ha admitido las asignaciones de tiempo pasado y tiempo presente, que se regirán conforme a las reglas siguientes y expresadas en el art. 1099. Además, dentro de las asignaciones condicionales, se dan dos clases: Ineficaces y Válidas. Dentro de las Ineficaces, se presentan tres categorías conforme lo establece la doctrina y nuestro código, así: 1.- No surte efecto la condición que se imponga a los asignatarios de no impugnar el testamento. 2.- La condición impuesta al heredero o legatario de no contraer matrimonio, se la tendrá por no escrita, ya que atenta y va en contra de las leyes de la Ética, Social y, aún a los universales principios biológicos que dicen relación a la persona; pero la asignación es válida como si fuera de aquellas puras y simples. 3.- La condición de mantenerse en estado de viudez, es igualmente ineficaz por las mismas razones anotadas en el primer caso. Como excepciones a los casos anteriormente citados, tenemos las siguientes condiciones como válidas: 1.- Valen las asignaciones condicionales en que se prohíbe el matrimonio antes de la mayoría de edad; 2.- Es válida la condición de casarse con una persona determinada o de no casarse con ella; 3.- La condición de mantenerse en estado de viudez siempre y cuando el asignatario tenga uno o más hijos del matrimonio anterior al tiempo de diferírsele la asignación; 4.- La asignación sujeta a la condición de abrazar determinado estado o profesión no prohibidos por la Ley, aún cuando sea incompatible con el estado de matrimonio.

(http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=6077, consulta 23 de Febrero, 11:14)

2) A día y a plazo.- Estas se refieren a un hecho futuro pero cierto, por lo que, si existe incertidumbre necesariamente habrá condición, y si hay certidumbre habrá plazo. El plazo no es sino, el período de tiempo que va hasta la realización de un hecho fatal; por lo que, es un hecho futuro pero cierto y positivo, que necesariamente se va a realizar, es sin duda lo específico y concreto. A día, es más general que el plazo, por cuanto éste es una clase de aquel. El plazo es lo específico, lo concreto, y el día constituye lo genérico, lo abstracto. Establecida la diferencia de estas asignaciones, anunciamos las siguientes clases: a) Día cierto y determinado, es aquel que fatalmente va a llegar y sabemos cuándo; b) Día cierto e indeterminado, constituye aquel que necesariamente ha de llegar, pero no se sabe cuándo; c) Día incierto y determinado, aquel que no se sabe si llegará o no llegará; d) Día incierto e indeterminado, aquel que no sabemos si llegará o no y cuándo llegará.

(http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=6077, Consulta 23 de febrero, 11:20)

2) Asignaciones propiamente modales.- Vienen a ser aquellas en que el testador impone al sucesor algún gravamen, o el cumplimiento de una obligación después de su fallecimiento, pues el asignatario adquiere el derecho de dominio del bien materia de la herencia o legado con sólo dar cumplimiento a la obligación impuesta por voluntad del testador, y que puede ser algún deber, alguna responsabilidad o alguna limitación al derecho de dominio. De lo enunciado, se deduce que el modo constituye un gravamen impuesto por el causante al asignatario, para que dé cumplimiento después de su muerte.

Nuestro código en su art. 1117 no define concretamente lo que es el modo, limitándose a establecer que el modo constituye una obligación para el asignatario impuesta por el testador, y que se podría considerar a dicha obligación como de aquellas accesorias, siendo lo principal la asignación. Respecto a estas asignaciones modales y, a diferencia de otras asignaciones, en que quien recoge un bien sujeto a una obligación, deberá rendir caución para ello, y así responder por el incumplimiento de lo que se le ha impuesto, la Ley ha favorecido al asignatario modal, el cual no está obligado a rendir caución alguna.

(http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=6077, Consulta 23 de febrero, 11:20)

7.3. Propuesta de reforma a las asignaciones condicionales y modales.

Asignaciones condicionales: Considero de vital importancia que algunas de las normas que se refieren a esta institución deben ser objeto de ciertas reformas, puesto que hay muchos conceptos y casos caducos que tal vez se aplicaban en épocas pasadas y menos humanas y que, en la gran mayoría de casos, generan serios inconvenientes, ya que la herencia dejada por el causante a una persona resulta de beneficio para un futuro, siempre y cuando se cumplan las condiciones impuestas que incluso pueden ser contrarias a las inclinaciones, pensamientos y sentimientos del asignatario que ve forzado a cumplirlas si quiere heredar; es decir se obtiene un beneficio a cambio de prestaciones y molestias que el testador les ha impuesto. Juzgo que la voluntad del testador debe ser siempre pura y simple y no sujeta a restricción alguna, pero pensar en ello significaría eliminar las asignaciones, lo cual sería casi imposible, situación ante la cual mi aspiración radica tan solo en el hecho de implementar que las condiciones sean un tanto más humanas y menos dificultosas, ya que en ciertos casos dependen de tan complejos factores que se hace imposible cumplirlas por más voluntad que se tenga, como es el caso de viajar. ¿Qué pasa si el asignatario no tiene dinero?, ¿qué sucede si el asignatario por viajar pierde su trabajo como medio de subsistencia?. Ante éstos y otros cuestionamientos que exigen una respuesta justa y clara, es preciso reformas.

Art 1103: [Condición de permanecer en estado de viudez]: Se tendrá, asimismo por no puesta la condición de permanecer en estado de viudez, a menos que el asignatario tenga uno o más hijos del anterior matrimonio, al tiempo de diferírsele la asignación.

Tal condición se tendría que entenderse como no escrita pues la viuda, tenga o no hijos del primer matrimonio, debe gozar de libertad plena para tomar esta clase de decisión y todo aquello que atente contra su libertad debería ser rechazado. Caso de no eliminarse esta disposición entraríamos a un plano inhumano y reprochable, pues a una persona joven o de edad no se la puede impedir rehacer su vida luego de haber perdido a su cónyuge. ¿No es cierto acaso el hecho de que los hijos cuando crecen se independizan y forman su propia familia? ¿No resulta una actitud egoísta el que los viudos no puedan volver a enamorarse y como corolario de ello casarse, para estar acompañados el resto de sus días?. Con esta condición ¿no se atenta y se va contra las leyes éticas y sociales y, aún contra los universales principios biológicos?. La limitación es ilógica, ya que sin justificación alguna se impide contraer matrimonio antes de que transcurran quince años. Mis razonamientos creo que tienen suficientes fundamentos; a esto añádase la circunstancia de que va también en contra de los derechos esenciales de las personas señalados en la Constitución que en su artículo 66 numeral 9 de la Carta Magna, dice: “Se reconoce y garantizará a las personas: 9: El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre sus sexualidad y su vida y orientación sexual”.... (*Constitución de la República*) y esto con relación al artículo 11 numeral cuarto de la misma Constitución que señala: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 4: Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos y de las garantía constitucionales.” (*Constitución de la República*)

Art 1105: [Otras condiciones relativas al estado o profesión]: La condición de casarse o no casarse con una persona determinada, y la de abrazar un estado o profesión cualquiera permitida por las leyes, aunque sea incompatible con el estado de matrimonio, valdrán.

Este artículo a mi manera de ver, debe ser eliminado del ordenamiento jurídico, ya que atenta contra la libertad y los sentimientos de las personas. ¿Cómo puede exigirse o prohibirse de que contraiga matrimonio, o no, con X persona?; cada quien es dueño de su propia vida y de las decisiones que tome. ¿Cabe irse contra sus sentimientos y promover un matrimonio forzado en el que no siendo el amor el que los une, puede ir derecho al fracaso? ¿Se da primacía entonces al aspecto material?.

De igual manera, es absurdo el hecho de que el testador obligue a su heredero a seguir determinada carrera, coartándole en sus anhelos porque ante todo y sobre todo debe primar la vocación porque solo cuando se ama lo que se hace es seguro camino hacia el éxito profesional; de lo contrario, se convertiría en una persona frustrada a la que le impidieron tomar sus propias decisiones y el acertar o equivocarse, es asunto personal y se supone estará listo a afrontar sus consecuencias, pero fue decisión suya y no impuesta por una tercera persona que no tiene derecho a privarle de su libertad.

De otro lado, cuando se expresa “un estado cualquiera”, considero que hay contradicción con la norma que no acepta el condicionamiento de no casarse. Con el artículo materia de análisis, si el testador dispone que sea soltero, tendrá que mantenerse así por más de 15 años para poder heredar, lo cual no es humano ni justo, pues se le está privando nuevamente de su libertad de decisión y peor aún, por tiempo tan extenso.

Situación similar sucede al obligarle al asignatario cumplir con lo que la norma señala en su última parte: “aunque sea incompatible con el estado de matrimonio, valdrán”; un caso típico de ello sería el imponerle que se haga sacerdote, con lo que tácitamente se le estaría impidiendo que contraiga matrimonio, con las trágicas consecuencias que ello implica y que se mencionaron antes. Además, considero que de igual manera que el artículo anterior, éste va en contra de los derechos fundamentales de las personas señalados en la Carta Magna en su artículo 66 numeral 17: “Se reconoce y garantizará a las personas: 17: El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley.” (*Constitución de la República*)

En vista de que nada se dice acerca del tiempo en el que debe cumplirse las condiciones suspensivas, se hace forzoso introducir una nueva disposición, en la que se establezca límite de tiempo, tomándose en cuenta las diversas circunstancias que puedan presentarse. Por ejemplo, si el testador deja sus bienes a X persona, obligándole a que se gradúe de abogado, pero si pierde años por insuficiencia de notas o cambio de universidad y el tiempo de estudios se alarga mucho y en ciertos casos no llega a graduarse, es ilógico que la herencia permanezca inactiva y abandonada, sin que se pueda acceder a ella. En consecuencia se debería introducir un artículo que diga lo siguiente:

Art...[Plazo para que se cumplan las condiciones suspensivas]: El plazo para que se cumplan las condiciones suspensivas impuestas por el testador a su asignatario tendrán que ser expresadas claramente en el testamento, estableciéndose un tiempo límite, de acuerdo a cada caso en particular, el que no irá más allá de diez años.

En cuanto a la condición suspensiva, estudiosos del derecho han cuestionado: ¿Qué sucede si la condición impuesta se cumple después de la muerte del asignatario?. ¿Qué derechos tendrían sus herederos?. De la manera como la ley lo concibe, se entiende que ninguno, puesto que nunca cuajó la condición.

Consecuente con lo anterior, debe existir una disposición que permita a los herederos del asignatario condicional sucederle por el derecho de transmisión, pues puede darse el caso de que una cláusula testamentaria diga: Dejo mi casa a X, si publica un libro sobre Derecho Penal y éste fallece cuando se han entregado los originales a la editorial y la publicación aparece al poco tiempo del deceso de X. Según la ley vigente, sus herederos no adquieren derecho alguno, ya que la asignación era condicional y X tenía que existir al tiempo de consumarse el hecho, pero como murió antes, se extinguió su expectativa y nada transmitió a sus herederos.

Al respecto, mi opinión es que: Los herederos del asignatario condicional le deben suceder por derecho de transmisión, basándome en lo que el mismo derecho dice: "alude al supuesto en que el llamado a una herencia muere sin haber hecho uso de la facultad de opción que le corresponde para aceptar o repudiar la sucesión de su causante, hecho que provoca que sus herederos se subroguen en la titularidad de ese *ius optionis* y adquieran la herencia del primer causante".

(http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_de_transmisi%C3%B3n, consulta 27 de febrero, 12:30)

Por lo expuesto y para evitar controversias, es indispensable la introducción de un nuevo artículo, cuyo texto sería:

Art... [Situación de los herederos del asignatario condicional]: En el evento de que el asignatario condicional fallezca y la condición se cumpla luego de su muerte, los herederos tendrán pleno acceso a lo que a éste le correspondía y lo sucederán por el derecho de transmisión.

Otro artículo que hace falta porque nada se dice: ¿A manos de quién quedan los bienes dejados por el testador, mientras se cumpla la condición?. Es indispensable que el testador la nombre expresa y obligatoriamente en el testamento, añadiendo la obligación que tiene de reponer dichos bienes en caso de daño o pérdida de su valor, por no haberlos cuidado debidamente. Su texto sería:

Art... Los bienes materia de herencia, mientras pende la condición suspensiva, se encontrarán a cargo del albacea señalado por el testador; en caso de deterioro del bien por falta de cuidado, responderá por los daños causados y restituirá el bien dejándolo en las mismas condiciones en las que se encontraba al momento de fallecer el testador, so pena de sanción.

Asignaciones modales: Son aquellas en las que se impone un gravamen al asignatario, el que adquiere el derecho al momento de abrirse la sucesión y en base a ella deberá cumplir con la obligación que se le ha impuesto. Por ser esta una manifestación de voluntad del testador considero debe ser más formal, lo que se conseguiría implementando algunos artículos, aparte de los existentes, para que dichas asignaciones lleguen a cumplirse y no queden únicamente al arbitrio de la conciencia del asignatario. Si es verdad que en épocas pasadas, cuando los valores y principios estaban por sobre todo, se podía tener seguridad en la actuación de las personas; ahora no es posible porque ¿cómo se puede confiar en aquellos individuos que no tienen conciencia y en los que los principios morales poco importan?. Nace entonces mi inquietud por insertar ciertas disposiciones y modificar algunas existentes, única forma de proteger a cabalidad la manifestación última de la voluntad del testador porque muchas veces solo ante una sanción se obra correctamente, por lo que se hace preciso reformar el artículo 1118 del Código Civil que dice:

“ En las asignaciones modales se llama cláusula resolutoria la que impone la obligación de restituir la cosa y los frutos, sino se cumple el modo. No se entenderá que envuelven cláusula resolutoria cuando el testador no la expresa”. (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*)

A mi manera de pensar, todas las asignaciones modales deben llevar obligatoriamente la cláusula resolutoria, de manera que imperativamente se tenga que cumplir con el gravamen impuesto y de no ser así, se deberá restituir el bien materia de la herencia o legado, imposición que como expresé antes es la única manera de que se cumpla la voluntad del testador porque ante la inminencia de perder el bien tendrán que acatar lo dispuesto. La reforma, debería contemplar lo siguiente:

Art 1118: En las asignaciones modales se llama cláusula resolutoria la que impone la obligación de restituir la cosa y los frutos, sino se cumple el modo. **Todo testador al imponer asignaciones modales obligatoriamente deberá sentar la cláusula resolutoria en su testamento, so pena de que no surta efecto.**

Debería asimismo reformarse el Art 1120: “Si el modo es un beneficio del asignatario exclusivamente, no impone obligación alguna, salvo que lleve cláusula resolutoria”. (Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*)

Considero que si el modo es en beneficio exclusivo del asignatario también tendrá que cumplirse porque esa fue la voluntad del testador y al igual que todas las asignaciones modales debe existir cláusula resolutoria. Puede suceder que el testador diga: Dejo todos mis bienes a B, quien destinará parte de lo heredado a viajar al exterior, con el objeto de atender su salud. Es pues expresa voluntad del testador, quien está velando por la salud del asignatario y su deseo es que busque cura a su enfermedad. El caso es claro y la ley tiene obligación de imponer que se cumpla lo testado mediante una cláusula resolutoria, que diría así:

Art 1120: Si el modo es un beneficio del asignatario exclusivamente, **el testador, de manera obligatoria, debe dejar sentada la cláusula resolutoria.**

Considero necesaria también la introducción de un artículo que contemple la posibilidad de que siempre exista un albacea o ejecutor testamentario que vele por el cumplimiento del gravamen o condición impuesta, ya que de no ser así fácilmente el heredero podría disfrazar el cumplimiento, poniéndose de acuerdo o negociando de alguna manera con el beneficiario, ni se diga cuando el beneficiario es el propio asignatario, caso en el que nada se podría hacer pues el cumplir o no, depende exclusivamente de su voluntad.

El albacea como señala Guillermo Bossano es la persona nombrada por acto testamentario para que ejecute sus disposiciones y es el encargado de llevar a la práctica las órdenes impartidas por el testador, como fiel reflejo de su última y definitiva voluntad. En apego a lo expresado, el artículo sería el siguiente:

Art... [Albacea de las asignaciones modales]: El testador, de manera obligatoria, deberá nombrar en su testamento un albacea, quien velará porque se dé cumplimiento cabal al gravamen impuesto al asignatario, como fiel reflejo de su última y definitiva voluntad.

Quedando establecida esta reforma se consigue reforzar el artículo anterior, ya que si existe aparte de la cláusula resolutoria un albacea, el asignatario queda obligado a cumplir con el gravamen, caso contrario no heredará.

Otro artículo que considero necesario que se inserte es uno que imponga límites al gravamen impuesto por el testador, puesto que la ley nada dice al respecto y puede darse el caso de que el gravamen sea casi toda la herencia y peor aún, mayor a ella, situación ésta que llevaría a que el asignatario no cumpla con la voluntad del testador por no convenir de manera alguna a sus intereses. En consecuencia, considero que el valor máximo del gravamen impuesto debería ser la mitad de la herencia, considerando su monto. El nuevo artículo diría lo siguiente:

Art...[Monto máximo del gravamen en las asignaciones modales]: En las asignaciones modales, el valor máximo del gravamen que el testador pudiere imponer al heredero o legatario no puede ser mayor a la mitad del monto general de la herencia que reciba.

7.4. De los testamentos privilegiados: Generalidades.

Se encuentran regulados en nuestro Código Civil desde el artículo 1068 hasta el 1083 y trata sobre los testamentos privilegiados o menos solemnes y dentro de éstos: el militar y el marítimo. Al respecto el doctor Guillermo Bossano, distinguido profesor y tratadista dice: “Si se conserva el nombre de privilegiados para los testamentos militares y marítimos, no debe interpretarse, en modo alguno, como que están dedicados a personas que ejercen actividades inherentes a tales profesiones, y que son consideradas privilegiadas, sino más bien se refiere al hecho de que en determinadas circunstancias, las personas sometidas a ellas, pueden otorgar su testamento sin ceñirse a cánones comunes y preestablecidos que, por fuerza de los acontecimientos, resultarían difícilmente practicadas tales formalidades o cumplidos todos los requisitos ordinarios”.

(www.derechoecuador.com/index.php, consulta 23 de febrero, 12:00)

El testamento militar: Para testar militarmente es preciso hallarse en una expedición de guerra, que esté actualmente en marcha, o campaña contra el enemigo o en la guarnición de una plaza actualmente sitiada. En consecuencia, en tiempo de guerra, el testamento de los militares y de los demás individuos empleados en un cuerpo de tropas del territorio o de la república y asimismo el de los voluntarios, rehenes y prisioneros que pertenezcan a dicho cuerpo y el de las personas que van acompañando y sirviendo a cualesquiera de los anteriores, puede ser recibido por un capitán, por un oficial de grado superior al de capitán o por un intendente del ejército, comisario o auditor de guerra. Si el que desea testar se encuentra enfermo o herido, puede ser recibido su testamento por el capellán, médico o cirujano que le asista, y si se halla en un destacamento, por el oficial que lo mande, aunque sea de grado inferior al de capitán.

El testamento será firmado por el testador, si sabe y puede firmar. Si el testador no supiere o no pudiese firmar, se expresará así en el testamento.

Será firmado igualmente por el funcionario que lo recibió y por los testigos. Si el testador fallece antes de expirar los noventa días subsiguientes a aquel en que hubieren cesado con respecto a él las circunstancias que lo habilitan para testar militarmente, vale su testamento como si hubiera sido otorgado en la forma ordinaria, pero si el testador sobrevive a este plazo, caducará el testamento.

Para que valga el testamento militar es necesario que lleve al pie el visto bueno del jefe superior de la expedición o del comandante de la plaza, si no ha sido otorgado ante el mismo jefe o comandante, que vaya rubricado al principio de cada página por dicho jefe o comandante y que la firma de éste sea abonada por la autoridad correspondiente adscrita al organismo de defensa respectivo.

http://www.uniderecho.com/leer_tarea_Derecho-Civil_11_545.html, consulta 23 de febrero 14:00)

Testamento Marítimo: “Es una forma especial de testar y viene a ser aquel testamento que es otorgado ante quien tiene el mando de un buque o ante el oficial en quien éste delegue la función y en presencia de dos testigos; en caso de buque de guerra, al comandante y, en el caso de buque mercante, al capitán de la nave”. (<http://www.elprisma.com/apuntes/derecho/sucesiones/default2.asp>, consulta 23 de febrero, 15:00)

Formalidades:

- “ Que conste por escrito.
- Que sea firmado por el testador, por la persona ante la cual ha sido otorgado y por los testigos.
- Que se extienda un duplicado con las mismas firmas que el original.
- El testamento será anotado en el diario de bitácora, que es un libro o registro obligatorio que toda nave debe llevar a fin de anotar las incidencias más importantes que ocurran en la nave”

(<http://www.elprisma.com/apuntes/derecho/sucesiones/default2.asp>, consulta 23 de febrero, 15:00).

Caducidad del testamento marítimo: “este testamento caduca a los 3 meses de haberse desembarcado el testador y si el testador fallece antes de que se produzca el vencimiento de este plazo, sus presuntos herederos pedirán al juez su comprobación judicial y protocolización notarial, para que produzca su efectos de ley, si el testador sobrevive el plazo mencionado, el testamento marítimo pierde su valor porque se superaron las circunstancias que dieron el lugar al uso de esta forma especial”.

(<http://www.elprisma.com/apuntes/derecho/sucesiones/default2.asp>, consulta 23 de febrero, 15:00)

7.5. Propuesta de reforma: Introducción de nuevas clases de testamentos privilegiados.

Considero imperioso la incorporación de dos clases más de testamentos privilegiados, puesto que al igual que en los marítimos y militares se pueden presentar ciertas circunstancias que amenacen a la vida de las personas, lo que determina, obviamente el que su testamento puedan otorgar sin ceñirse de manera cabal a los requisitos establecidos por la ley, ya que por fuerza de los sucesos que se pudieren presentar, resultaría casi imposible que se cumplan ciertas formalidades o exigencias que habitualmente debe cumplir quien otorga testamento. Es así que considero que no únicamente los militares o los marinos, en tiempo de guerra, pueden sufrir ciertos peligros y/o enfermedades que amenacen su vida de un momento a otro, pues todas las personas comunes estamos sujetas a una serie de eventualidades. Por ello considero necesario incorporar una nueva reforma que cubra algunas de las posibles contingencias que pudiesen suceder en la vida cotidiana, por lo que es forzoso ampliar así:

Art. 1068.- Son testamentos privilegiados:

1°.- El testamento militar,

2°.- El testamento marítimo,

3°.- El testamento aéreo; y,

4°.- El testamento otorgado en hospitales y en centros de salud en general.

El testamento aéreo: Es aquel que se otorga cuando existe un inminente peligro de muerte, como puede suceder por ejemplo cuando algún pasajero sufra de una enfermedad que, a criterio del médico, no le permita llegar con vida a su destino. A este tipo de testamento tienen derecho los pasajeros (capaces) y la tripulación que se encuentre a cargo de la aeronave, teniéndose muy en claro que ciertas enfermedades no acaban con el que las sufre de un momento a otro, sino que se convierten en una larga agonía. En tal caso si existe el tiempo necesario para poder otorgar testamento, al igual que en el marítimo y militar, las únicas solemnidades que se deberían cumplir serían:

- El testador declarará su expresa voluntad de testar ante testigos mayores de edad que vean, oigan y entiendan; en caso de ser escrito los testigos deberán saber leer y escribir.

- El testamento se otorgará ante el capitán de la aeronave o ante un miembro de la tripulación.

- Si está siendo asistido por un médico, puede otorgarlo ante él, quien tiene la obligación de verificar el sano juicio y voluntad del testador.

- Deberá ser firmado por el testador, por el miembro de la tripulación ante quien se lo otorga y por tres testigos. Si no supiere escribir, el testador lo enunciará así en su testamento.

-Deberá llevar al pie del testamento el visto bueno del capitán superior de la aeronave si es que no se hubiese otorgado ante él, quien lo enviará en el menor tiempo posible al juez del último domicilio del testador para que éste ordene la protocolización en una notaría y el testamento surta efecto al ser considerado como la última manifestación de voluntad que tuvo el causante.

Al igual que los testamentos marítimo y militar, el aéreo una vez que ha sido otorgado con las formalidades y solemnidades exigidas por la ley tiene valor si quien lo otorgó fallece antes de los 90 días posteriores a la desaparición de los eventos que determinaron que el testador se acoja al mismo, pues se conoce que es intención del legislador que una vez superadas este tipo de circunstancias el testamento privilegiado deje de surtir efecto y se otorgue el testamento común con todas las formalidades legales exigidas y por sobre todo sin que existan presiones, nervios, tensiones o alteraciones propias de una enfermedad que perturbaba la mente del enfermo y no le permitía meditar acerca de las decisiones que estaba tomando.

Testamento otorgado en un hospital o en cualquier centro de salud en general:

Es aquel que se otorga dentro de un hospital, clínica o cualquier centro de salud por parte de quien está desahuciado por su médico de cabecera y le puede llegar la muerte de un momento a otro. Obviamente está imposibilitado de salir de los centros médicos en donde está asilado y como por lo general tiene poco tiempo de vida no le es posible cumplir con todos los requisitos y solemnidades que exige la ley. Es imperioso que en tales casos la norma jurídica se haga presente y los regule, por lo que los requisitos a tomarse en cuenta serían:

-Podrá servir de testigo cualquier persona en su sano juicio, mayor de dieciocho años, que vea, oiga y entienda y que no tenga la inhabilidad designada en el numeral 7o. del Art. 1050. Se requerirá, además, para los testamentos privilegiados escritos, que los testigos sepan leer y escribir.

-El testador declarará expresamente que su intención es testar.

-El testamento se otorgará ante el médico de cabecera y a falta de éste, ante el médico de turno.

- Si está siendo atendido por una enfermera, pueden otorgarlo ante ella.

- El médico o enfermera deberán verificar el sano juicio y voluntad del testador.

- El testamento tendrá que ser firmado por el testador si supiere escribir: de no saberlo, se enunciará así en el testamento, por el miembro del centro médico ante quien se otorga y por tres testigos.

- Deberá llevar al pie del testamento el visto bueno del director del hospital, clínica o centro de salud (si es que no se hubiese otorgado ante él), quien lo enviará en el menor tiempo posible al juez del último domicilio del testador para que ordene la protocolización en una notaría y el testamento surta efecto al ser considerado como la última manifestación de voluntad que tuvo el causante.

Una vez que ha sido otorgado el testamento con las formalidades y solemnidades exigidas por la ley tiene valor; si quien lo otorgó no fallece y es dado de alta por el médico, se entiende que se han superado las circunstancias que le llevaron a recurrir al testamento privilegiado y por lo tanto éste deja de surtir efecto. Si es su deseo podrá otorgar un nuevo testamento pero con sujeción a todas las formalidades legales exigidas, lo que le da la oportunidad de meditar su contenido, libre de las presiones, nervios, tensiones y alteraciones propias de una enfermedad que perturbaron su mente.

Por lo expuesto, las normas que a mi manera de ver deberían ser insertadas en nuestro Código Civil, son:

Art....Personas que pueden otorgar testamento aéreo: A este tipo de testamentos tienen derecho todos los pasajeros capaces de intervenir en este acto jurídico que sufran de alguna enfermedad y toda la tripulación que se encuentre a cargo de la aeronave.

Art....Personas que pueden otorgar testamento en un hospital o en cualquier centro de salud en general: A este tipo de testamento tiene derecho quien está desahuciado por su médico de cabecera y le puede llegar la muerte de un momento a otro.

Art... Visto bueno, legalización de firmas y protocolización del testamento aéreo: Deberá llevar al pie el visto bueno del capitán superior de la aeronave, siempre que no se hubiese otorgado ante él y llevará su rúbrica al principio y fin de cada página, siendo su obligación enviarlo en el menor tiempo posible al Ministro de Defensa Nacional, quien procederá como el de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración del Ecuador, el que a su vez, remitirá una copia al juez del último domicilio del testador en el Ecuador, para que sea incorporada en los protocolos de un notario del mismo domicilio.

No conociéndose al testador ningún domicilio en el Ecuador, será remitido el testamento, por el Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, a un Juez de lo Civil de Quito, para su incorporación en los protocolos de una notaría que el mismo juez designe.

Art... Visto bueno, legalización de firmas y protocolización del testamento otorgado en un hospital o en cualquier centro de salud en general: Deberá llevar al pie el visto bueno del director del hospital, clínica o centro de salud en general, si es que no se hubiese otorgado ante él, y será rubricado siempre al principio y fin de cada página por dicho director, el que deberá enviarlo, en el menor tiempo posible, al Ministro de Defensa Nacional, quien procederá como el de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración del Ecuador. Este, a su vez, remitirá una copia al juez del último domicilio del testador en el Ecuador, para que la haga incorporar en los protocolos de un notario del mismo domicilio.

No conociéndose al testador ningún domicilio en el Ecuador, será remitido el testamento, por el Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, a un Juez de lo Civil de Quito, para su incorporación en los protocolos de una notaría que el mismo juez designe.

Art... Testamento aéreo cerrado: Si el que puede otorgar testamento aéreo, prefiere hacerlo cerrado, se observarán los solemnidades prescritas en el artículo 1061, actuando como notario el capitán de la aeronave o su segundo.

Se observará además lo dispuesto en el artículo.... Y para su protocolización se procederá según el mismo artículo.

Art... Testamento cerrado otorgado en un hospital o en cualquier centro de salud en general, cerrado: Si el que puede otorgar testamento en un hospital o en cualquier centro de salud en general, prefiere hacerlo cerrado, se observarán los solemnidades prescritas en el artículo 1061, actuando como notario el director del centro o el médico de turno.

Se observará además lo dispuesto en el artículo.... Y para su protocolización se procederá según el mismo artículo.

Art... Plazos de validez y caducidad del testamento aéreo: si el testador fallece antes de expirar los noventa días subsiguientes a aquel en que hubiere cesado, con respecto a él, la enfermedad que le habilitó para testar en el espacio aéreo, valdrá su testamento como si hubiese sido otorgado de la manera ordinaria. Si el testador sobreviviere a este plazo caducará el testamento y deberá hacerlo de la manera normal.

Art... Plazos de validez y caducidad del testamento otorgado en un hospital o en cualquier centro de salud en general: El testamento otorgado en un hospital o en cualquier centro de salud en general una vez que ha sido otorgado con las formalidades y solemnidades exigidas por la ley tiene valor. Si quien lo otorgó no fallece sino es dado de alta por el médico, se entiende que son superadas las circunstancias que le conllevaron a recurrir al testamento privilegiado por lo tanto éste deja de surtir efecto y se debe otorgar el testamento habitual con todas las formalidades legales exigidas.

7.6. Del beneficio de inventario: Generalidades.

“Es la facultad que tienen los herederos al momento de aceptar la herencia, consistente en no hacerlos responsables de las obligaciones hereditarias y/o testamentarias sino hasta concurrencia del valor total de los bienes heredados.”

(www.actiweb.es/ortuzarjuridico/diccionario_juridicoab.html, consulta, 23 de febrero, 15:30)

Se puede aceptar la herencia simplemente o a beneficio de inventario. La diferencia fundamental es que aceptando la herencia sin beneficio de inventario, el heredero se convierte en responsable de todas las deudas del fallecido, además de con los bienes de la herencia, con los suyos propios. Con el beneficio de inventario el heredero está obligado a pagar las deudas y las demás cargas de la herencia sólo hasta donde alcanzan los bienes de la misma.

Esto quiere decir que conserva, contra los bienes hereditarios, todos los derechos y acciones que tenga contra el difunto, es decir, que no se confunden los bienes particulares del heredero con los que pertenezcan a la herencia. La declaración no produce efecto si no va acompañada de un inventario fiel y exacto de todos los bienes de la herencia, hecho con las formalidades y dentro de los plazos que se establecen en la ley.

(<http://www.todalaley.com/modguia2p21.htm>, consulta 23 de febrero 15:40)

Lo que se consigue a través del beneficio de inventario es limitar la responsabilidad como heredero, en el sentido en que ésta sólo va a afectar y alcanzar hasta donde estén valorados los bienes. Se limita la titularidad de la herencia conforme a los bienes que la componen no confundiendo con los propios del heredero. En el caso de que existan deudas éstas se pagarán primero a los acreedores según el orden en que consten las deudas y después se repartirán a los herederos.

El derecho de inventario se pierde cuando aún a sabiendas se deja de incluir en el inventario alguno de los bienes de la misma o si antes de completar el pago de las deudas, los herederos venden alguna propiedad sin autorización judicial.

(<http://www.webjuridico.net/he/he0029.htm>, consulta 23 de febrero, 15:50)

7.7. Propuesta de reforma: Establecer por regla general que toda sucesión se acepte y se presuma su aceptación con beneficio de inventario.

Considero necesario el que se reformen algunas de las disposiciones existentes, ya que es del todo razonable que las herencias sean aceptadas con beneficio de inventario, puesto que a ningún heredero le agradaría sacar de su propio peculio para pagar las deudas hereditarias o testamentarias única manera de impedir que se confundan los patrimonios heredados con los propios. Además, no solamente deben gozar de este beneficio el Estado, corporaciones y establecimientos públicos, personas que no pueden tomar decisiones sin el ministerio de otras y los herederos fiduciarios, sino todas las personas en general, pues juzgo que la ley no debe hacer diferenciación alguna, tal como lo establece la Carta Magna y así todos, por igual, puedan gozar del beneficio de inventario. Por otro lado, al incorporar un nuevo artículo sentaré también de que aquellas personas que no quieran aceptar la herencia con beneficio de inventario deberán hacerlo expresamente, de manera que no exista ningún tipo de obligación para los beneficiarios. Entonces el artículo diría así:

Art... Toda herencia se presumirá ser aceptada con beneficio de inventario, salvo voluntad expresa de lo contrario por parte del o los herederos.

En vista de que varias disposiciones se verían afectadas con la introducción de esta reforma y tomando en cuenta que deben guardar concordancia entre ellas, se hace preciso reformar las disposiciones existentes, lo que hago constar a continuación, con negrita:

Art 1252: Aceptación de sólo una de varias asignaciones: Se puede aceptar una asignación y repudiar otra; pero no se podrá repudiar la asignación gravada y aceptar las otras. **La aceptación de una de las asignaciones se presumirá con beneficio de inventario, salvo voluntad expresa de lo contrario, por parte del asignatario...**

Art 1253: Si un asignatario vende, dona o transfiere de cualquier modo a otra persona el objeto que se le ha deferido, o el derecho de suceder en él, se entiende que por el mismo hecho acepta **con beneficio de inventario, salvo voluntad expresa de lo contrario, por parte del asignatario.**

Art 1255: Todo asignatario estará obligado, en virtud de demanda de cualquiera persona interesada en ello, a declarar si acepta **con beneficio de inventario, salvo voluntad de lo contrario** o si repudia; y hará esta declaración dentro de los cuarenta días subsiguientes al de la demanda. En caso de ausencia del asignatario, o de estar situados los bienes en distintas provincias, o de otro grave motivo, podrá el juez prorrogar este plazo; pero nunca por más de un año...

Si el asignatario ausente no compareciere por sí o por legítimo representante en tiempo oportuno, se le nombrará curador de bienes que le represente, y acepte por él con beneficio de inventario...

Art. 1257.- La aceptación **con beneficio de inventario, salvo voluntad expresa de lo contrario**, una vez hecha con los requisitos legales, no podrá rescindirse sino en el caso de haber sido obtenida por fuerza o dolo, y en el de lesión grave, a virtud de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticia al tiempo de aceptarla...

Art. 1262.- Los efectos de la aceptación **con beneficio de inventario, salvo voluntad expresa de lo contrario**, o repudiación de una herencia se retrotraen al momento en que ésta haya sido deferida.

Art. 1264.- La aceptación de una **herencia por regla general es con beneficio de inventario, salvo voluntad expresa de lo contrario, por parte del asignatario**, puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se toma el título de heredero; y es tácita cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar, y que no hubiera tenido derecho de ejecutar, sino en su calidad de heredero.

Art. 1268.- El que hace acto de heredero **se presume que acepta la herencia con beneficio de inventario**; sucede en todas las obligaciones transmisibles del difunto, **y responde por ellas hasta el valor de su cuota hereditaria**. Habiendo precedido inventario solemne, gozará del beneficio de inventario.

Art. 1269.- El que, a instancia de un acreedor hereditario o testamentario, ha sido judicialmente declarado heredero, o condenado como tal, se entenderá serlo respecto de los demás acreedores, sin necesidad de nuevo juicio.

La misma regla se aplica a la declaración judicial de **haber aceptado con beneficio de inventario o de no aceptarlo por voluntad expresa**.

Art. 1271.- Si de muchos coherederos unos aceptan la herencia **se entiende que es con beneficio de inventario** y si **otros no la aceptan con beneficio de inventario**, se **entiende que todos** estarán obligados a aceptar con beneficio de inventario.

Art. 1272.- El testador no podrá prohibir al heredero el **no** aceptar con beneficio de inventario, **ya que toda asignación de ser aceptada es con beneficio de inventario, salvo manifestación expresa de lo contrario, por parte de los herederos**.

Art. 1273.- **Se prohíbe que** las herencias del Estado y de todas las corporaciones y establecimientos públicos **renuncien al beneficio de inventario, así lo manifiesten expresamente, ya que obligatoriamente tendrán que aceptar con beneficio de inventario**.

De la misma manera **se procederá en** las herencias que recaigan en personas que no pueden aceptar o repudiar sino por ministerio o con autorización de otras.

No cumpliéndose con lo dispuesto en este artículo, las personas naturales o jurídicas representadas, no estarán obligadas por las deudas y cargas de la sucesión sino hasta donde alcance lo que existiere de la herencia al tiempo de la demanda, o se probare haberse empleado efectivamente en beneficio de ellas.

Art. 1274.- De la misma manera, los herederos fiduciarios están obligados a aceptar con beneficio de inventario.

Art. 1275.- Todo heredero conserva **la facultad de manifestar expresamente su negativa de** aceptar con beneficio de inventario mientras, no haya hecho acto de heredero.

Con las reformas incorporadas las fases de la sucesión serían: la apertura de la sucesión, la delación y la aceptación de la asignación con beneficio de inventario, salvo voluntad expresa de lo contrario.

La apertura de la sucesión: “Es la aptitud jurídica en la que se hallan los bienes del causante, para ir a radicarse en sus herederos o legatarios”. (Bossano. *Manual de Derecho Sucesorio*, 56)

La delación: Es el actual llamamiento que hace la ley a los asignatarios para aceptar la herencia con beneficio de inventario o repudiarla.

La aceptación: Es la última fase en la que el patrimonio del causante pasa a sus sucesores; si no existe voluntad contraria, se entiende que ha sido aceptada con beneficio de inventario.

7.8. Conclusiones.

Luego de un breve análisis de estas importantes instituciones del Derecho Sucesorio se hace inminente el implementar los cambios propuestos, pues todos y cada uno de los temas como las Asignaciones Modales y Condicionales, los Testamentos Privilegiados y el Beneficio de Inventario conllevan normas un tanto caducas que no dan respuesta a los actuales casos que se presentan cotidianamente.

Si las asignaciones testamentarias, en general, expresan la pura y clara voluntad del causante, son una manera de imponer a los asignatarios determinadas condiciones y obligaciones que necesariamente deben cumplirse si quieren heredar. Ante esta situación he encontrado que muchas normas que regulan esta institución deben ser más humanas y más seguras pues si la intención del legislador fue proteger a cabalidad la voluntad del testador, es preciso que las condiciones o gravámenes impuestos sean acordes con la ley y la época actual.

En lo que se refiere a las clases de Testamentos Privilegiados que, de acuerdo a estudiosos, los llaman así porque se los otorga en especiales circunstancias de la vida y sin todos los requisitos formales exigidos por la ley, es de vital importancia reconocer que hoy en día existen una serie de posibles acontecimientos que deben ser considerados y regulados por la ley, razón por la cual me permití implementar otras clases de testamentos privilegiados, pues las personas no somos dueñas de nuestra vida y de un momento a otro podemos sufrir de alguna enfermedad, siendo de justicia el que se les dé todas las facilidades para testar, evitando de esta manera una serie de problemas que se suscitan al no existir testamento.

En cuanto al Beneficio de Inventario, institución que aún no es conocida a cabalidad por todas las personas y que por ello se presta a que los asignatarios vean a la herencia como un problema antes que como una ayuda cayendo, por ignorancia, en el error de creer que las deudas hereditarias y testamentarias deben ser pagadas con su propio patrimonio, es mi afán de que el asunto quede claro, incorporando el hecho de

que toda herencia de por sí sea aceptada con beneficio de inventario, salvo voluntad expresa de lo contrario, por parte de los beneficiarios, con lo que se estaría precautelando íntegramente su patrimonio y liberándoles de posibles problemas y preocupaciones.

Finalmente y, aunque sea redundante, consigno una vez más mi opinión de que la ley debe ir a la par de los avances tecnológicos y humanos, evitando así que se cause perjuicio tanto a las personas como a su patrimonio. Es imperioso que las instituciones no solo se modernicen sino, que inclusive, se adelanten a los futuros problemas que puedan surgir dentro del complejo mundo del Derecho Sucesorio.

CAPÍTULO VIII

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

8.1. Conclusiones.

-Todos, en alguna oportunidad hemos sido testigos de los conflictos que en ocasiones, surgen respecto al patrimonio y la sucesión en su sentido amplio por actos jurídicos *inter vivos* (entre vivos) o *mortis causa* (por causa de muerte). Tratándose la sucesión por causa de muerte, el Derecho Sucesorio, exige actualización eficaz y continua para dar respuestas concretas al torrente de planteamientos que se presentan en el diario vivir. Alcanzar un Derecho Sucesorio perfecto, capaz de regular plenamente las relaciones entre las personas es un tanto difícil y complejo, pues los sentimientos, las formas de pensar y vivir, con el transcurso del tiempo son muy cambiantes, pero cabalmente ante esta situación, es preciso que quienes gobiernan y son gobernados, legisladores y jueces, acudiendo a todos los medios y mecanismos posibles, se preocupen por mejorar y actualizar normas y, a través de la Función Legislativa y Judicial. Introducir reformas, jurisprudencia, aclarar dudas o derogar aquellas leyes que no están en concordancia con la Constitución de la República en unos casos y, en otros, porque van contra los principios de justicia y equidad, violando así los derechos fundamentales a los que deberían tener acceso cualquier persona, sin discriminación alguna.

-Si el Derecho Sucesorio es una institución de vital importancia que regula las relaciones entre parientes, es indispensable darle el tratamiento que se merece y así no llevarnos la gran decepción de que cuando acudimos en busca de respuestas cabales a nuestras inquietudes, en la mayoría de los casos, nos topamos con disposiciones ambiguas, injustas y no acordes con la época en que se vive, que en lugar de ayudar a resolver los problemas, los complican.

-De otro lado, la injusticia reinante no solamente se presenta en las relaciones entre personas, sino también en las relaciones de las personas con el Estado, situación que se torna aún más injusta y no podemos quedarnos cruzados de brazos ante el posible acaparamiento de gran parte de nuestros bienes por el Estado; cierto que requiere de ingresos, y bien los puede conseguir con la recaudación de los múltiples impuestos a los que está sometido el pueblo ecuatoriano y así satisfacer sus necesidades, pues hoy en día no podemos evadir la triste realidad de constatar como en reiteradas ocasiones el patrimonio hereditario es absorbido por el Estado a través de los cuantiosos impuestos a la herencia. El hecho de que estos impuestos sean tan altos, es causa suficiente para que el Estado ya no se beneficie del patrimonio sucesorio junto con los sobrinos y, cuando sea del caso, es decir cuando exista la sucesión abintestato sin herederos, debería analizar, priorizar y repartir equitativamente lo recaudado y no destinarlo exclusivamente al Ministerio de Defensa Nacional; esos tiempos en que realmente era necesario ya pasaron, hoy vivimos otras épocas y es imperioso el que se satisfagan las necesidades de una población que anhela cambios positivos y si así lo hace, podría justificarse la participación del Estado en el patrimonio hereditario.

-Tras un análisis serio y minucioso del tema tratado, considero que nuestra legislación debería ser más justa, implementando reformas trascendentales, como en el caso en que el cónyuge supérstite tenga acceso al derecho de recibir la porción conyugal tan sólo cuando “es pobre”, lo que a mi manera de juzgar es inconcebible e inaceptable. En los tiempos en que vivimos un sin número de familias han quebrantado sus relaciones afectivas por temas hereditarios y los enfrentamientos se han dado no solo con los hermanos sino aún con los padres, fruto de una sociedad en que los valores y sentimientos han dejado de tener la importancia que tenían antes y lo único que les interesa es lo material y económico, afrontando inclusive a seres tan importantes en sus vidas como son los padres para los que se debería guardar por siempre respeto, afecto y gratitud.

Es increíble pero cierto que algunos hijos, llevados por su desmedida ambición y egoísmo, no se preocupen de la situación económica y anímica en que puedan quedar uno de sus progenitores, ni se den cuenta de su avanzada edad y los problemas que conlleva, y cuando no existe testamento se basen únicamente en la ley para arrancarle lo que por justicia, moral y ética le corresponde.

Ante esta realidad que cada vez se va agudizando más y más, no es posible concebir que el legislador, hasta ahora, no se haya preocupado por regularla, eliminando la limitación existente (pobreza), pues el simple hecho de haber atendido a su marido o mujer y compartido los buenos y malos momentos en su vida matrimonial, son suficientes motivos para que, en un acto de justicia reciba parte del patrimonio.

-En muchas de las normas del Libro Tercero del Código Civil el legislador busca una protección total al testador al impedir a ciertas personas suceder al causante sea por incapacidad como norma de protección social, por indignidad como medida preventiva, o por desheredamiento como una especie de sanción a los parientes más cercanos del testador, protección que lógicamente varía de acuerdo a los distintos grados de parentesco que existan, por lo que requieren tratamiento particular y a ello se enfoca mi afán de reformas.

-Si la intención del legislador es proteger al causante de hechos ofensivos a la vida, fama, honra, u omisión de deberes que implique un tipo de ingratitud y se manifieste en hechos atentatorios a la voluntad del testador, se hace imprescindible acudir a la lógica y a la realidad para establecer puntualmente y con claridad sus alcances, teniendo siempre presente que con el pasar de las épocas los valores y los sentimientos de las personas cambian y lamentablemente se van deteriorando, lo que da origen a que surjan ciertos casos que tal vez en tiempos pasados era imposible imaginar que puedan suceder pero que en la actualidad son frecuentes y casi se los va viendo como normales, situación que no es posible dejarla pasar y que por el contrario se debería tomarla muy en cuenta no solo para sancionar tales actitudes, sino para prevenirlas.

-Una gran dificultad que encontré al presentar y desarrollar el tema en cuestión fue que si bien hallé amplia bibliografía me topé con el inconveniente de que determinados autores no refutan las concepciones que actualmente se hallan reguladas en nuestra ley y optan por el camino más fácil, cuál, el del conformismo, que no conduce a nada positivo, por lo que me siento pesimista pensando que mis criterios queden en el vacío y no tenga acogida mi afán de proponer reformas en el Libro Tercero del Código Civil ecuatoriano en lo que se refiere a la sucesión por causa de muerte, pese a que todas y cada una de mis propuestas de reforma tienen su justificación y razonamiento, en el empeño de conseguir una justicia acorde con la realidad que se vive a diario y en la que somos testigos de las grandes y terribles dificultades por las que tienen que atravesar las familias a la hora de hablar de herencia. Es pues necesario que el Derecho Sucesorio abra los ojos frente a esta penosa realidad que solicita a gritos un cambio en sus disposiciones para evitar los tremendos conflictos que surgen en la mayoría de los casos, cuando no existe testamento.

-Quizá sea un sueño que se haga realidad: el que el trabajo en el que puse tanto empeño, sirva como aporte a estudios y reformas futuras, pues en su desarrollo siempre he tenido presente que el Derecho debe transformarse continuamente, en el empeño de buscar una realidad quizá utópica para algunos, pero ambiciosa en su proyección, en donde las reformas planteadas vayan de la mano con el aspecto humano que siempre debe ser considerado dentro de la justicia y la legalidad. Quizá algún día el sinónimo de abogado y de todos quienes están involucrados con el Derecho, sea "Justicia".

-Considero que con el desarrollo de mi tesis he prestado mi modesta colaboración para el desarrollo y el avance del Derecho, puesto que es inminente la necesidad de ir modificándolo y cambiando para que así vaya acorde con las necesidades y los problemas que se presenten, única manera de que los ciudadanos nos sintamos seguros y confiados de que las leyes que nos regulan son apegadas a la legalidad y a la equidad porque la esencia y finalidad del derecho es alcanzar la Justicia, con lo cual el criterio de Aristóteles se vería plenamente realizado, cuando afirma: “ La Justicia como igualdad proporcional, es dar a cada uno lo que es suyo o lo que le corresponde”, quedando así muy en claro que lo que le toca a cada ciudadano tiene que estar en proporción con su contribución a la sociedad, a sus méritos y necesidades personales, criterio con el que estoy plenamente acuerdo y que al ser llevado a la práctica lograría la tan anhelada armonía entre los miembros de una sociedad, ya que ese conjunto amplio de normas y principios perfectamente regulados se constituirían en una especie de marco que guíe las relaciones entre los seres humanos.

-He ahí los principios en los que fundamenté mi exposición, implementando siempre nuevas normas con planteamientos en los que se busca ir más allá de una simple ley o disposición, y llegar a la equidad y la rectitud, al tiempo que he tratado de eliminar aquellas normas que en lugar de ayudar a solucionar problemas se prestan a confusión y mi alcance es de que en unos casos debe existir un poco más de condescendencia y, en otras, mayor rigor pues si no están debidamente reguladas en un momento dado desviar el cumplimiento estricto de la justicia, lo que me lleva a la conclusión de que el Derecho no puede permanecer inerte, requiere un estudio y una lucha permanentes pues por sobre todo deberá primar la idea de justicia, tomando siempre en cuenta que todas y cada una de las reformas planteadas van de la mano con nuestra Constitución.

-Con los razonamientos que preceden es preciso entonces se tome en cuenta mi propuesta de eliminar, al menos del Libro Tercero del Código Civil, algunas normas injustas que no tienen armonía con la realidad y con la Norma Suprema a la cual todos estamos obligados a sujetarnos, respetarla y cumplirla. Es hora ya de olvidarnos de la pura y simple legalidad que en determinadas ocasiones no toma en cuenta el aspecto humano. De ahí y como futura abogada surge mi preocupación por tales concepciones caducas que aún nos rigen y ante esta realidad es inconcebible la pasividad existente, por lo que un profesional del derecho no es posible que se quede de brazos cruzados y siga mirando indiferente las injusticias que se cometen bajo la excusa de respetar la ley.

-Al finalizar mi estudio, se hace preciso deje constancia de la inminente necesidad de que el Libro Tercero del Código Civil (Sucesión por causa de Muerte), sea objeto de algunas reformas que he planteado en cada uno de los capítulos tratados y que se basan en mis razonamientos, en información tomada de la internet, en el contenido de otras legislaciones y criterios de autores nacionales y extranjeros, siempre en el anhelo de conseguir disposiciones más objetivas que vayan en concordancia con la Constitución actual y redunden en beneficio del pueblo todo que clama por justicia y equidad.

En suma: “La justicia no es dar o repartir cosas a la humanidad, sino el saber decidir a quién le pertenece esa cosa por derecho. La Justicia es ética, equidad y honestidad. Es la voluntad constante de dar a cada uno lo que es suyo. Es aquel referente de rectitud que gobierna la conducta y nos constriñe a respetar los derechos de los demás.” (<http://es.wikipedia.org/wiki/Justicia>, Consulta 1 Febrero, 13:14)

8.2. Recomendaciones.

-Considerando a la familia como el núcleo esencial de la sociedad, es preciso valorarla y protegerla, evitando a cualquier costo el que surjan problemas que rompan el sagrado vínculo de la sangre, del amor, gratitud y respeto. Qué impresión tan profunda me ha causado el conocer la frecuencia con que vínculos tan sagrados se vean quebrantados y rotos por temas hereditarios, de manera principal cuando no existe testamento. Por ello mi llamado a que toda persona, por conciencia, en el momento oportuno y cuando goce de lucidez mental, disponga de sus bienes a favor de sus asignatarios, evitando así el que nadie intervenga en sus decisiones que se supone serán basadas en la justicia y la equidad, pues el interés primordial de los padres es consolidar un hogar en el que la paz y las relaciones armónicas sean su eje. Entonces, bien vale aplicar para estos casos el conocido refrán de que “es mejor prevenir que lamentar”, y qué mejor que evitar así problemas y pleitos que conducen a rupturas familiares, a veces definitivas. Es preciso pues que el testador cumpla y respete a cabalidad todas las formalidades que la ley impone, única manera de que se cumpla su voluntad final.

Es sorprendente como el interés por el dinero está por encima de todo y de todos, sin límite alguno. Es inconcebible pero real que existan personas que a lo largo de sus vidas esperen la muerte de sus seres cercanos para recibir su patrimonio y mientras vive el causante simplemente se dedican a adularle con una actitud hipócrita que les hace pensar sólo en las expectativas de ser considerados y tomados en cuenta para heredar. De estos seres repulsivos hay que cuidarse, por lo que es imperiosa la necesidad de otorgar testamento, cortando así sus ambiciones desmedidas que pueden causar tanto daño a los que, por confiados y a veces ingenuos, resultan ser los perjudicados, tanto en lo económico como en el ámbito familiar, quitándoles la paz y tranquilidad, tan necesarias para la salud tanto física como espiritual. Es imprescindible entonces tener siempre presente que no todas las personas tienen los mismos sentimientos y quien posee algo debe ser muy cauteloso, pues al hipócrita le es muy fácil engañar y qué doloroso resulta a la familia constatar que todas sus

actitudes fueron fingidas y tras la muerte del causante se quitan la máscara, sacan las garras, se demuestran como lo que son y sin escrúpulo alguno quieren apropiarse hasta de lo que no tienen derecho. Qué daño tan irremediable se produce al no testar, inclusive este acto se lo debería tomar como una obligación de conciencia, única manera de proteger a la familia toda, pues si bien con el testamento a veces hay inconformidades que llevan al rompimiento familiar, sin embargo se evitan juicios y peleas interminables que impiden que los herederos puedan disfrutar de su herencia.

Pienso que la gente que vivió en épocas pasadas todavía cree que los valores que existían antes se conservan aún y confían plenamente en sus parientes, pensando que el cariño, el amor, el respeto, la consideración y la solidaridad siguen latentes en el seno familiar, razón por la cual no dan al testamento la verdadera importancia que tiene y lo relegan a un segundo plano.

-El hecho de que la Función Legislativa, a través de la Asamblea Nacional sea la encargada de crear y reformar leyes, le convierte en un ente que debería poner más empeño en sus actuaciones y por lo tanto ser más estudiosa, sensible y consciente para poder así cumplir a cabalidad con sus deberes consagrados en la Constitución y que les impuso el pueblo que los eligió. No se puede concebir que exista una Asamblea que se dedique única y exclusivamente a crear más y más leyes que en muchos de los casos nos llevan a la confusión y al caos. Me pregunto: ¿De qué sirve tener tantas leyes si no son acordes a la Norma Suprema?. ¿No será mejor reformar las existentes, derogar las que no tienen sentido y codificarlas debidamente? ¿O que los jueces vayan creando normativa jurisprudencial? El mayor logro se habrá conseguido cuando la ley sea bien concebida, con justicia y claridad, permitiendo a los jueces su aplicación cabal y evitando así las frecuentes consultas a la Corte Constitucional en el sentido de que si una determinada norma es o no contradictoria a la Constitución y si puede o no ser aplicada, situación inconcebible que inclusive va en contra del principio de celeridad.

De otro lado, no se puede dejar en el olvido el hecho de que contamos con una nueva Constitución y que el haberla cambiado significa también modificación en las leyes secundarias, caso contrario será inevitable el toparnos con un laberinto sin salida que va en contra de la ley si la consideramos que es el camino que se sigue para encontrar la justicia; y así, si tiene que reformarse una ley cien veces, se tendrá que hacerlo porque para eso está el derecho que siempre deberá ir acorde con la época y las necesidades de un pueblo que siempre clama justicia.

-Es pertinente que luego del análisis comparativo realizado entre nuestra legislación y la peruana, española y uruguaya se deba tener muy en cuenta la manera como estas legislaciones regulan las instituciones del Derecho Sucesorio, pues lo hacen de una manera mucho más amplia y clara, abarcando todos y cada uno de los problemas presentes y los que pudieran surgir en cuanto a los diversos temas, lo que lamentablemente nuestra legislación no los contempla en determinados casos. Es por ello que una recomendación muy importante es que al momento de implementar cualquier tipo de reforma al Libro Tercero de nuestro Código Civil se tenga como referencia la regulación de otros países, por supuesto sin convertirnos en simples copiadores sino asimilando lo sustancial y valioso de sus contenidos para así mejorar y perfeccionar nuestras normas y de esa manera poder contar con disposiciones que cumplan a cabalidad su finalidad y resuelvan los problemas de los ciudadanos, dentro de un marco de justicia y equidad.

-Es de gran valía el que tomemos en cuenta el artículo 134, numeral cinco de la Carta Magna que dice: “La iniciativa de presentar proyectos de ley corresponde: A las ciudadanas y los ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos y a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de por lo menos el cero punto veinticinco por ciento de las ciudadanas y ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional.” (*Constitución de la República*, artículo 134)

Esta es una oportunidad que nos da la Constitución y que debemos aprovecharla al máximo. No podemos seguir con una actitud pasiva frente a la responsabilidad que nos impone la razón y la conciencia. El quedarnos de brazos cruzados frente a problemas que se incrementan y agudizan día a día, es un acto de irresponsabilidad y cobardía que no tiene justificación pues ya pasaron las épocas en las que el pueblo no tenía voz ni voto y si la Función Legislativa no se preocupa de introducir y reformar normas, somos los ciudadanos los que podemos y debemos hacerlo. Es necesario que el pueblo alce su voz, pues si no hay quejas o peticiones, se sobreentiende que todo marcha bien y la injusticia campea con sus trágicas consecuencias. Ante esta situación, deberíamos hacernos algunos cuestionamientos: ¿Qué hacemos por mejorar la situación en que vivimos? ¿Es justo que se desperdicie la oportunidad que se nos da?. Meditemos sobre ello y quizá nuestra propia conciencia nos dé la respuesta acertada.

-Todos quienes ejercen y ejerceremos la prestigiosa profesión de abogados deberíamos hacer nuestros cada uno de los pasos que nos sugiere el Decálogo del Abogado y que nos servirán como una especie de brújula que nos guíe para transitar por el camino correcto que nuestra carrera nos impone. Si obramos así habremos conseguido el mayor tesoro puesto que no hay nada más valioso que un conjunto de directrices que llegan al corazón y que nos hacen pensar y meditar en cada paso que debemos dar. Como compendio de ello me permito transcribir una parte del Decálogo mencionado: “Lucha: tu deber es luchar por el Derecho, pero el día en que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la Justicia.” Nada más cierta que esta frase que jamás debe apartarse del pensamiento de un abogado, pues nadie más que él está obligado a reaccionar frente a las injusticias y para obtener el fin anhelado es preciso que el derecho sea cada vez más humano y justo.

-No podría dejar de considerar también la importancia y respeto que merece esta profesión, que bien vale traer a la memoria otro de los mandatos del Decálogo del Abogado que dice: "ama tu profesión" trata de considerar la abogacía de tal manera que el día en que tu hijo te pida un consejo sobre su destino, consideres un honor proponerle que se haga un abogado." Qué enseñanza tan decidora; normas como ésta nos deja mucho que meditar...

-Una última recomendación, quizá fruto de la inmensa gratitud y afecto que guardo y guardaré para la Universidad del Azuay es que las valiosas y prácticas enseñanzas recibidas sean el cimiento sobre el que se edifique nuestra profesión y que el hecho de recibir un título, valioso por cierto, no sea el fin de nuestra labor sino que, por el contrario, se inicie un nuevo camino de constante estudio, preparación y perfeccionamiento, para orgullo personal y el de nuestra Institución a la que tanto debemos.

Todas las recomendaciones dadas son fruto de la investigación, de las experiencias vividas y del anhelo de que, en nuestro País, reine la justicia y la equidad que siempre traen consigo la paz y armonía ciudadanas.

Referencias Bibliográficas.

- BOSSANO. Guillermo. Manual de Derecho Sucesorio. Primera Parte. Quito-Ecuador. Editorial Universitaria. [s.a.].
- BOSSANO. Guillermo. Manual de Derecho Sucesorio. Segunda parte. Quito-Ecuador. Editorial Universitaria. [s.a.].
- CARRIÓN EGUIGUREN. Eduardo. Compendio de Derecho Sucesorio. Ediciones de la Pontífice Universidad Católica del Ecuador. Quito-Ecuador. 2000.
- CASTÁN. José. Derecho Civil Español Común y Foral.... FALTA
- CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. Código Civil Ecuatoriano. 2010.
- Constitución de la República 2008
- CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. Código de la Niñez y Adolescencia.
- CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. Código Penal. 2009.
- DE PINA. Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1987.
- GONZÁLEZ TEJERA. Efraín. Derecho de Sucesiones: La Sucesión Intestada. Editorial UPR. 2001.
- MORALES ALVAREZ. Jorge. Apuntes de Derecho Civil Sucesiones. Pontífice Universidad Católica del Ecuador con sede en Cuenca. Cuenca-Ecuador. [s.a.]
- RAMIREZ FUERTES. Roberto. Sucesiones. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogota-Colombia. [200-].
- VACA ANDRADE. Manual de Derecho Procesal Penal.

<http://es.scribd.com/doc/2883989/LOS-MODOS-DE-ADQUIRIR-EL-DOMINIO#archive>

-

[\">http://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Bienes_conyugales&action=edit&redlink=1" \](http://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Bienes_conyugales&action=edit&redlink=1)

<http://www.monografias.com/trabajos5/fami/fami.shtml>")

<http://www.dudalegal.cl/sucesion-intestada.html>

<http://www.jafbase.fr/DocAmeriques/Perou/codecivil.PDF>

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-03.pdf>

es.wikipedia.org/wiki/Usufructo

http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_de_habitaci%C3%B3n

[http://www.agtvm.com/Dchos._Usufructo,_uso_y_habitaci%F3n._Libro_V_CCC1.pdf,](http://www.agtvm.com/Dchos._Usufructo,_uso_y_habitaci%F3n._Libro_V_CCC1.pdf)

<http://www.mitecnologico.com/Main/LosViciosDelConsentimiento>

<http://www.derechoecuador.com/index.php>

<http://www.brevamullorabogados.com/hercapacisuced.html>

<http://es.wikipedia.org/wiki/Notario>

<http://www.ucm.es/info/civil/jgstorch/leyes/ccivil.htm>.

<http://glosariojuridico.blogspot.com/2008/11/i.html>.

<http://www.wordreference.com/definicion/restituir>

http://es.wikipedia.org/wiki/Patria_potestad

<http://www.definicionabc.com/general/constitucion.php>

<http://www.conocimientosweb.net/portal/article1169.html>

<http://www.wordreference.com/definicion/granjerias%20infames>

-<http://es.wikipedia.org/wiki/Stress>

-<http://es.wikipedia.org/wiki/Ambici%C3%B3n>,

-<http://es.wikipedia.org/wiki/Envidia>.

-<http://www.monografias.com/trabajos54/causales-divorcio/causales-divorcio.shtml>

-http://esepulveda.cl.tripod.com/concepto_de_moral.htm

-<http://www.psicopedagogia.com/tipos-maltrato>

-<http://www.monografias.com/trabajos54/causales-divorcio/causales-divorcio.shtml>.

-<http://www.monografias.com/trabajos13/mviolfam/mviolfam.shtml>

-<http://webarticulista.net.free.fr/atentado.html>.

-<http://es.wikipedia.org/wiki/Injuria>,

-es.wikipedia.org/wiki/Demencia

-http://www.derecho.com/c/Incapacidad_Legal,

-http://html./codigo-civil_1.htm

-<http://www.monografias.com/trabajos/emancipa/emancipa.shtml>

-<http://www.dudalegal.cl/derecho-alimentos.html>,

-

<http://www0.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/estudioslegislativos/CodigoCivil2010-02.pdf>.

-<http://es.wikipedia.org/wiki/Justicia>

-<https://www.u-cursos.cl/derecho/2009/1/D122C0618/1/.../221727>.

-www.monografias.com

-Diccionario de Sinónimos de la Real Academia Española:
(www.wordreference.com/sinonimos/RAE)