UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

Visión crítica a la libertad de testar y su limitación por las legítimas en la sucesión testada

Karla Valeria Ponce Calero

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la obtención del título de Abogada

Quito, 28 de noviembre de 2024

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Karla Valeria Ponce Calero
Código: 00321917
Cédula de identidad: 1721296919
Lugar y Fecha: Quito, 28 de noviembre de 2024

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en http://bit.ly/COPETheses.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on http://bit.ly/COPETheses.

VISIÓN CRÍTICA A LA LIBERTAD DE TESTAR Y SU LIMITACIÓN POR LAS LEGÍTIMAS EN LA SUCESIÓN TESTADA[1]

CRITICAL VIEW OF THE FREEDOM OF TESTATION AND ITS LIMITATION BY FORCED HEIRSHIP IN THE TESTATED SUCCESION

Karla Valeria Ponce Calero[2]
karlaponce1403@gmail.com

RESUMEN

Esta investigación aborda las limitaciones jurídicas impuestas por las legítimas a la autonomía de la voluntad en la sucesión testada dentro del sistema de derecho civil ecuatoriano. Se justifica en la necesidad de adaptar la normativa sucesoria a los cambios sociales y familiares contemporáneos. Los objetivos incluyen analizar la relación entre las legítimas y la autonomía de la voluntad, estudiar la libertad de testar y sus implicaciones, comparar sistemas civilistas y de *common law*, y evaluar la viabilidad de un modelo más flexible. La metodología empleada es cualitativa, con un enfoque documental que abarca análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal, además de un estudio comparativo con sistemas anglosajones. Los resultados destacan que una mayor flexibilidad en las legítimas mejoraría la equidad y eficiencia del sistema sucesorio. Se concluye que reformar el Código Civil es viable para equilibrar la autonomía del testador y la protección de los herederos vulnerables.

PALABRAS CLAVE

Asignaciones forzosas, testamento, sucesión testada, libertad de testar, derecho sucesorio.

ABSTRACT

This research examines the legal limitations imposed by forced heirship on the autonomy of will in testate succession within the Ecuadorian civil law system. It emphasizes the need to adapt succession laws to contemporary social and family dynamics. Objectives include analyzing the relationship between forced heirship and autonomy of will, examining the scope and implications of limiting freedom of testation, comparing civil law and common law systems, and evaluating the feasibility of a more flexible legal model. A qualitative methodology is used, focusing on normative, jurisprudential, and doctrinal analysis, along with a comparative study of Anglo-Saxon systems. Results suggest that increased flexibility in forced heirship could enhance the fairness and efficiency of the succession system. Reforming the Civil Code is deemed viable to balance testators' autonomy with the protection of vulnerable heirs.

KEY WORDS

Forced heirship, will, testate succession, freedom of will, inheritance law.

---

[1] Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Luis Parraguez.

[2] © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Fecha de lectura: 28 de noviembre de 2024

Fecha de publicación: 28 de noviembre de 2024

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. - 2. ESTADO DEL ARTE. – 3. MARCO TEÓRICO. – 4. MARCO NORMATIVO – 5. SOBRE LA SUCESIÓN TESTADA Y LAS LEGÍTIMAS – 6. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DEFENSA DE LA LEGÍTIMA. – 7. FUNDAMENTOS DE CADA POSTURA – 8. DERECHO COMPARADO. – 9. DISCUSIÓN. – 10. CONCLUSIONES

1. Introducción

El derecho sucesorio en Ecuador establece restricciones significativas a la libertad de disposición testamentaria, fundamentadas en la protección de los legitimarios a través de las legítimas. Sin embargo, esta regulación ha sido objeto de debate por su capacidad limitada para reflejar las necesidades y dinámicas familiares actuales. La rigidez del sistema actual se contrasta con modelos más flexibles, como el estadounidense, donde se prioriza la autonomía individual del testador.

Este trabajo tiene como objetivo analizar críticamente la restricción de la libertad de testar en el sistema ecuatoriano y proponer reformas que equilibren la protección familiar con la autonomía del causante. La investigación se sustenta en un enfoque cualitativo, utilizando análisis comparativo entre sistemas legales, revisando doctrina y jurisprudencia relevantes.

La estructura del ensayo se compone de varios capítulos. El primero introduce el marco teórico, detallando conceptos clave como autonomía de la voluntad y asignaciones forzosas. Los capítulos posteriores exploran las bases normativas del sistema ecuatoriano y comparan su regulación con sistemas más flexibles como el anglosajón. Finalmente, se presenta una propuesta de reforma al Código Civil que busca optimizar la regulación de las legítimas.

Este estudio se compromete con los principios éticos de confidencialidad y respeto hacia las fuentes analizadas. Con ello, se espera contribuir al debate académico y legislativo en favor de un derecho sucesorio más justo y adaptado a la sociedad ecuatoriana contemporánea.

2. Estado del Arte

Esta polémica sobre las legítimas que se habló en el anterior apartado no es reciente, pues siempre ha sido cuestionada, debatida y sobre la que más ha habido discordia[3]. Acerca de esto, como se ha referido, existen dos grandes sistemas de Derecho sucesorio: la libertad de testar absoluta y la libertad de testar restringida[4]. Para efectos de este trabajo, se concentrará exclusivamente en la primera postura que, como se había mencionado antes, sostiene que se sobrepone el interés individual del causante por sobre el interés familiar, con pocas limitaciones.

Uno de los debates más grandes que se da en torno a esta materia es si las nuevas formas de familia se ajustan a las normas de las legítimas. Es decir, si actualmente las disposiciones sobre las legítimas reflejan la diversidad familiar actual o están desactualizadas[5]. Esto se vio evidenciado en España mediante la Orden de 4 de febrero de 2019, en donde se ordenaba la elaboración de un informe para realizar reformas en su ley, pues indican que varios países de Europa durante el siglo XXI han tenido varias reformas en el derecho sucesorio. Estas reformas responden a los cambios sociales y en las relaciones familiares.

Adicionalmente, existe otro debate en el que se discute si al tenor de esta libertad absoluta se estaría yendo en contra de la unidad familiar, cuestión que sostienen varios autores no es correcto. El querer restringir la libertad de testar es limitar la libertad que tiene una persona por miedo a que esta persona abuse de esta libertad, sin embargo, al limitar esta libertad se incurre en una injusticia por querer evitar otra[6]. En las legislaciones que se rigen por la libertad de testar absoluta es claro que sus normas parten de que las personas son buenos padres y cónyuges, y que, por lo tanto, van a distribuir de la mejor forma[7]. Dentro de

---

[3] Ministerio de Justicia de España, *Orden de 4 de febrero de 2019, por la que se encomienda a la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación el estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y libertad de testar*, BOE núm. 31, 5 de febrero de 2019.

[4] Valentina Suau, *La libertad de testar y sus límites: hacia una reforma de las asignaciones forzosas* (tesis de grado, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2015): 7.

[5] Francisco Lledó, Ma Pilar Ferrer y José Torres, *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista* (España: Dykinson, 2015), 649.

[6] Francisco Giner de los Ríos, *Resumen de filosofía del derecho Vol. II* (Madrid: Espasa-Calpe, 1926), 89.

[7] Rafael Verdera, *Discurso de ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, Publicaciones de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Cuaderno núm. 94 (22 de octubre de 2021): 31.

este debate lo que se busca es que las normas que regulen la libertad de testar no sean sancionadoras, pues "el excepcional mal uso no puede afectar al normal buen uso, en el cual ha de inspirarse la norma común"[8].

Asimismo, existe la discusión sobre si el testador es más generoso que el legislador[9], pero que, al mismo tiempo, es el más adecuado para organizar de manera equitativa la sucesión, pues es el causante quien conoce los problemas y las necesidades de su familia. De esta discusión se sostiene que la herencia del causante tiene la misma intención que el patrimonio en vida de este. Es decir, se trata de una derivación del derecho de propiedad y, por lo tanto, no se puede ignorar la facultad de disponer del mismo, como lo expresa el autor Víctor Magariños, "ninguna razón o fundamento existe para que se impida disponer libremente de sus bienes por actos mortis causa y se admita sin reservas su disposición por actos inter vivos"[10].

Igualmente, se presenta la discusión de que en realidad la herencia está relacionada más al reconocimiento de la propiedad privada, y no como un instrumento para proteger a la familia[11]. Esto sostienen autores como Aurelio Delgado[12], que expresan que al ser la herencia una garantía de la propiedad privada, el argumento que protege a la familia no es válido. Las legítimas no atienden las necesidades para la conservación de patrimonios unidos (como lo son las empresas) o discapacidades dentro de la familia. Como resultado de que la herencia esté relacionada con la propiedad privada y realmente no atienda a la familia, los procesos sucesorios son largos y complejos. Asimismo, en caso de que el causante desherede a un legitimario, este recurso es difícil y doloroso, e implica un juicio moral que el causante no tiene por qué tolerar[13].

En definitiva, es claro que el sistema de libertad de testar absoluta comprende la nueva realidad de las familias, considerando sus necesidades que varían de caso a caso. El imponer las legítimas como restricción genera una injusticia contra el causante, pues la razón detrás de esta restricción es el miedo a que este abuse de esa libertad, cuestión que no puede

---

[8] Juan Vallet de Goytisolo, "Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar", *Anuario de derecho civil* (1996), 18.
[9] Verdera, *Discurso de ingreso*, 32
[10] Victorio Magariños, *Libertad para ordenar la sucesión: Libertad de testar* (España: Dykinson, 2022), 378.
[11] Lledó et al., *El patrimonio sucesorio*, 655.
[12] Aurelio Barrio, *El largo camino hacia la libertad de testar de la legítima al Derecho sucesorio de alimentos* (Madrid: Dykinson, 2012), 511.
[13] Magariños, *Libertad para ordenar la sucesión,* 18.

estar más lejos de la realidad actual. Puesto que, como se explicó, la libertad de testar está derivado del derecho de propiedad y, por lo tanto, con su libre disposición; como también, el hecho de que sea tan restringido y normado ocasiona procesos largos, complejos y dolorosos para las familias.

3. Marco Teórico

Uno de los principios más importantes del Derecho Civil y uno de los pilares fundamentales en las interacciones jurídicas entre particulares es el principio de autonomía de la voluntad. Este principio se manifiesta a través de actos o negocios jurídicos que permiten la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, y determinación del contenido de un negocio jurídico[14]. Es esencia, el principio de la autonomía de la voluntad busca que las personas puedan establecer libremente las reglas a las que se quieren regir en sus relaciones jurídicas, esto adaptándose a los cambios en la sociedad[15].

Es importante recalcar que el principio de la autonomía de la voluntad no se aplica de igual forma en el ámbito contractual y sucesorio[16]. De forma histórica (independientemente de las corrientes), en el derecho contractual se ha buscado e impulsado a que las personas gocen de mayor libertad para pactar cuestiones como plazos de cumplimiento, las obligaciones de cada parte, etc[17]. Sin embargo, en muchas legislaciones del mundo, en el caso del derecho sucesorio se han impuesto normas obligatorias que limitan la libertad de disponer de sus bienes al testador con plena autonomía, cuestión que ha sido cuestionada, pues está relacionado con la dignidad y los derechos fundamentales de una persona[18].

De ahí que existan dos corrientes principales sobre la autonomía de la voluntad aplicadas a la libertad de testar. Primero, la corriente de legitimarios clásicos o romano-germánico, como el que maneja Ecuador, en el cual el interés social prevalece sobre el interés de los privados[19]. Es decir, siguiendo esta primera corriente se busca proteger a la familia y

[14] Katiuska Hernández y Cosme Danay, "El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones", *Revista Jurídica De Investigación e Innovación Educativa* (2012), 30.
[15] Luz Ángel, "Autonomía de la voluntad ¿decadencia o auge?", *Verba Iuris* (2017), 85-86.
[16] Josep Fontanellas, "Libertad de testar y libertad de elegir la ley aplicable a la sucesión". *Cuadernos de derecho transnacional* (2018), 377.
[17] Hernández y Danay, "El principio de autonomía de la voluntad contractual civil", 29.
[18] Ángel, "Autonomía de la voluntad ¿decadencia o auge?", 86.
[19] Marisa Herrera y María Pellegrini, *Manual de derecho sucesorio* (Buenos Aires: Eudeba, 2016), 361.

asegurar la distribución del patrimonio equitativa, de ahí que la autonomía de la voluntad de una persona se ve limitada por la obligación de dejar a los legitimarios una porción[20].

Segundo, la corriente que reconoce la libertad de testar o de *common law,* como el que maneja Estados Unidos, que maneja una ideología neo-liberal que permite que las partes gocen de mayor autonomía y busca en los negocios privados no intervenir, esto manteniendo mínimas limitaciones[21]. Es decir, siguiendo esta segunda corriente, el interés privado prevalece sobre el interés social (con ciertas limitaciones)[22]. Como se explicará, esto nace de la idea de que se entiende que el testador es quien conoce mejor que nadie las necesidades y circunstancias de las personas cercanas a este, y, por lo tanto, debería tener el pleno derecho de disponer de sus bienes con plena autonomía[23].

Por consiguiente, tanto el sistema romano-germánico como el sistema de *common law*, presentan una contradicción en cuanto se refiere a la autonomía de la voluntad, específicamente a la libertad de testar. Por un lado, el derecho sucesorio contiene leyes que son de obligatorio cumplimiento, como por ejemplo las leyes de respeto a las legítimas en el sistema romano-germánico o las leyes respecto a los cónyuges en el sistema de *common law.* Sin embargo, es claro que las limitaciones a la autonomía de la voluntad en la sucesión testada del *common law* son mucho menores que del sistema romano-germánico. Por este motivo, y al ser el principio de libertad de testar, una de las manifestaciones más claras de la autonomía de la voluntad, que en este trabajo se utilizará esta corriente.

4. Marco Normativo y Jurisprudencial

En el presente apartado, se va a exponer las normativas nacionales sobre el derecho sucesorio en cuanto a su regulación, límites y formas. Posteriormente, se tratará las normativas internacionales de derecho sucesorio para así comprender sus diferencias, similitudes y compararlas. Por otro lado, se presentará jurisprudencia tanto nacional como internacional relevante para poder entender los diferentes sistemas sucesorios y la relevancia que los sistemas le dan al principio de la autonomía de la voluntad.

---

[20] Javier Boldó, "Legítima y libertad de testar en el derecho civil español", *Revista Jurídica Valenciana* (2021), 74-75.
[21] Fontanellas, "Libertad de testar y libertad de elegir la ley aplicable a la sucesión", 407.
[22] Boldó, "Legítima y libertad de testar en el derecho civil español", 76.
[23] Herrera y Pellegrini, *Manual de derecho sucesorio*, 361.

En primer lugar, se expondrá las normas de la Constitución que tratan del tema y se van a utilizar dentro de este presente trabajo. Primero, la Constitución en su artículo 66 en el numeral 16, se expresa sobre la libertad para poder establecer contratos[24]. Segundo, en el numeral 20 del mismo artículo, sobre el derecho de privacidad tanto personal como familiar[25]. Tercero, dentro del mismo artículo, el numeral 26, al derecho a contar con propiedad con responsabilidad social y ambiental[26]. Cuarto, en el artículo 69, en su numeral 1, se promueve la maternidad y paternidad responsables para proteger los derechos de la familia[27]. Quinto, dentro de este último artículo, el numeral 2, reconoce el patrimonio familiar, garantiza el derecho de testar y de heredar[28]. Sexto, en el artículo 83 numeral 16, sobre las obligaciones de cuidar y asistir son tanto de padres a hijos como de hijos a padres[29]. Estos artículos permiten un mayor entendimiento de las protecciones que tiene la sucesión y los principios en los que se basa la constitución para una posible reforma.

En segundo lugar, se analizarán las normas del Código Civil Ecuatoriano (en adelante CC), en donde están las regulaciones específicas sobre la sucesión. El presente trabajo, se referirá a normas presentes en el Libro III "De la sucesión por causa de muerte, y de las donaciones entre vivos". Dentro de este libro me referiré con más frecuencia al Título III "De la ordenación del testamento"[30], el Título IV "De las asignaciones testamentarias"[31] y el Título V "De las asignaciones forzosas"[32]. Estos capítulos contienen normas relevantes para la sucesión y permiten entender la regulación del testamento en Ecuador.

En tercer lugar, se examinará la Constitución de Estados Unidos que, si bien no se refiere específicamente al derecho sucesorio, sí se puede encontrar un principio importante de los cuales sus estados deben regirse en cuanto a la autonomía de la voluntad. El artículo 1 en su sección 10, que habla sobre el *contract clause* en donde la Corte Suprema ha interpretado que los estados están limitados a regular los contratos de los particulares[33].

---

[24] Articulo 66 numeral 16, Constitución de la Republica del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.
[25] Artículo 66, núm. 20, Constitución de la República del Ecuador, 2008.
[26] Art. 66, núm. 26, Constitución de la República del Ecuador, 2008
[27] Art. 69, núm.1, Constitución de la República del Ecuador, 2008
[28] Art. 69, núm. 2, Constitución de la República del Ecuador, 2008
[29] Art. 83, núm. 16, Constitución de la República del Ecuador, 2008
[30] Libro III, Título III, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 104, 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R.O. 526 de 19 de junio de 2015
[31] Libro III, Título IV, CC.
[32] Libro III, Título V, CC
[33] Articulo 1, sección 8, *United States Constitution*, ratificada el 17 de septiembre de 1787.

En cuarto lugar, se considerará el *Uniform Probate Code*, en donde se regula los testamentos y los *trusts*. De este cuerpo legal, en el presente trabajo se utilizará la División [34]1, la División 6[35], la División 8[36] y la División 11[37]. En estas divisiones se exponen algunas definiciones importantes y regula la sucesión testada, la disposición de los bienes y la estructura de los testamentos.

En quinto lugar, se detallará el *Inheritance Act*[38], una ley de Reino Unido que aplica únicamente a Inglaterra y Wales, que permite al tribunal emitir órdenes para que los bienes del causante sean destinados a cónyuge y descendientes. También, se utilizará el *Wills Act*[39], que igualmente solo es válido en Inglaterra y Wales, que expresa la plena libertad del causante al testar. Con estas dos normas se podrá tener una comprensión de lo que ha sido las principales motivaciones de países que sostienen una libertad de testar más amplia.

Finalmente, se hará un análisis comparando las legislaciones y jurisprudencia de países como Chile, Italia, Francia y Alemania. Esto con el fin de comprender la postura que toman estos países.

5. Sobre la sucesión testada y las legítimas

En Roma, la sucesión *mortis causa* tenía lugar cuando el *de cuius* fallecía y el *heres* asumía por completo las relaciones jurídicas y patrimoniales del causante[40], ocupando su lugar. Al morir el de *cujus*, el patrimonio de este y del heredero se mezclan, de manera que los herederos respondían también con sus propios bienes (*ultra vires hereditatis*)[41]. Inicialmente, solo existía la sucesión legítima, pero luego se dio paso a la sucesión testamentaria o *testamentim*[42], posteriormente preferida. En esta sucesión, si el causante dejaba por testamento como heredero a uno de sus hijos, los herederos *ab intestato* no podían

[34] División. 1, *Uniform Probate Code*, [UPC], de 2008, reformado por última vez en 2019.
[35] División. 6, UPC
[36] División. 8, UPC
[37] División. 11, UPC
[38] *Inheritance Act*, 1975, c. 63 (UK).
[39] *Wills Act*, 1837, c. 26 (UK).
[40] Mariana Moranchel, *Compendio de derecho romano* (México: Universidad Autónoma Metropolitana, 2017), 233.
[41] Marcos Córdoba, Lea Levy, Néstor Solari y Adriana Wagmaister, *Derecho sucesorio* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998), 27.
[42] Moranchel, *Compendio de derecho romano*, 233.

suceder, solo uno podía ocupar el lugar del causante. Esta sucesión se basaba en dos principios: la libertad de testar y *favor testamenti*[43].

Es así que, para los romanos, el testamento tenía un significado tanto moral como religioso, y por lo tanto se buscaba que los testamentos mantuvieran su validez, caso contrario era considerado una ofensa pública[44]. Por otro lado, el principio de libertad de testar se reflejaba en las XII Tablas[45], y en las constituciones imperiales[46].

Sin embargo, para evitar injusticias, se introdujo la *querella inoffiosi testamenti*, que anulaba testamentos que excluyeran injustamente a los hijos[47]. Posteriormente, en el año 40 a.C., la *Lex Falcidia* permitió que el causante disponga tres cuartas partes de sus bienes y la cuarta restante necesariamente debía recibir el heredero (que podía ser un *extraneus* o *heres suus*)[48]. Cuando se promulgó esta ley, Roma atravesaba guerras civiles, lo que impulsó la necesidad de recolectar más impuestos, y asegurar que los herederos instituidos aceptaran la herencia[49]. Esta ley solo distinguía entre legatarios y herederos instituidos en el testamento, sin establecer una reserva legítima a favor de todos los herederos.

Tras examinar el sistema romano, es crucial analizar el germano antiguo, el cual era totalmente distinto. En este sistema, al morir el jefe de familia, el grupo se disolvía y los bienes se dividían sin continuidad de la personalidad jurídica del causante[50]. La tribu entregaba los bienes al hijo mayor, quien pagaba las deudas del causante y conservaba lo restante. Esta sucesión se denominaba sucesión particular, y se centraba sobre bienes específicos, bienes inmuebles, que pertenecían a la comunidad doméstica (la familia). Aquí, el ordenamiento tribal y familiar era fundamental, relegando la voluntad del causante[51].

Por otro lado, en Francia, a partir de 1789, el derecho revolucionario buscó eliminar las desigualdades en la sucesión. Se aplicaba la regla *paterna paternis materna maternis*,

---

[43] Moranchel, *Compendio de derecho romano*, 233.
[44] Moranchel, *Compendio de derecho romano*, 233.
[45] Ana Vázquez, *Fundamentos históricos y jurídicos de la libertad de testar* (Tesis doctoral, Universidad de Vigo, 2018), 21.
[46] Vázquez, *Fundamentos históricos*, 21.
[47] Guillermo Borda, *Tratado de derecho civil sucesiones* (Buenos Aires: Editorial Perrot, 1994), 77.
[48] Vázquez, *Fundamentos históricos*, 25.
[49] Vázquez, *Fundamentos históricos*, 27.
[50] Córdoba et al., *Derecho sucesorio*, 23.
[51] Córdoba et al., *Derecho sucesorio*, 23.

donde los bienes del padre volvían a la familia paterna y los de la madre a la materna[52]. Además, se limitó la libertad de testar, a "solo la décima parte de la herencia en línea directa y a la sexta parte en la colateral"[53].

El Código Napoleónico de 1804, aunque no derivado directamente del derecho justinianeo[54], estableció principios fundamentales como "la igualdad sucesoria, libertad restringida para testar, (…)"[55]. Con este código se divide la herencia por mitades, así la familia del padre recibía una mitad y la familia de la madre otra mitad[56]. Asimismo, este código indica que la parte que el causante tiene libertad para disponer de sus bienes va a depender de los hijos que tuviera, así pues, en Francia no era del todo restringido esta libertad, sino que iba acorde a sus cargas familiares.

Ahora, una vez entendido el origen de la sucesión, el testamento y la restricción a la libertad de testar, es fundamental analizar cómo se regulan la sucesión testamentaria y las asignaciones forzosas en Ecuador, eje central de este trabajo.

El país reconoce tres tipos de sucesiones: intestada, testamentaria y mixta. En primer lugar, la sucesión intestada es "aquella deferida por ley, sin intervención de la voluntad del causante expresada en un testamento válido"[57]. Por otro lado, la sucesión testada es definida como "el acto unilateral y unipersonal mediante el cual una persona dispone de sus intereses, patrimoniales y/o extrapatrimoniales, para después de su muerte". Finalmente, la sucesión mixta es una mezcla de ambas sucesiones, una parte es testada y la otra parte es intestada. Este análisis se centra únicamente en la sucesión testamentaria.

En cuanto a la sucesión testamentaria el causante deja un testamento íntegramente eficaz en el que dispone de todo su patrimonio trasmisible en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, entendiendo este principio como "la libertad de la persona dentro de una sociedad regulada por el Derecho"[58]. Cabe mencionar, que el causante es definido como "persona cuyo fallecimiento causa la apertura de la sucesión en su patrimonio y la

---

[52] Alejandro Guzmán, Hernán Corral, María Soza, Carlos Pizarro, Pedro Zelaya, Jorge Baraona y Sandro Schipani, *El código civil francés de 1804 y el código chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias* (Chile: Universidad de los Andes, 2004), 199.
[53] Guzmán et al., *El código civil francés,* 199.
[54] Fernando Serrano, *Código de Napoleón* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017), 155.
[55] Guzmán et al., *El código civil francés*, 118.
[56] Guzmán et al., *El código civil francés,* 199.
[57] Herrera y Pellegrini, *Manual de derecho sucesorio*, 309-310.
[58] Isabel Hoyo y Ángel Sánchez, *Principios del Derecho I* (Madrid: Dykinson, 2016), 183.

conversión de este en herencia"[59]. De ahí que el causante, transmite los derechos y obligaciones, y las relaciones jurídicas que poseía al momento de su muerte, no más ni menos. Por tanto, la transmisión es universal, es decir "acontece, únicamente, que la totalidad de esos objetos queda sujeta a un tratamiento conjunto y unitario"[60]. Así, es que se justifica entender a los bienes del causante como una masa hereditaria, y no a los bienes individualmente.

El testamento, según el artículo 1037 del CC, "es un acto más o menos solemne en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva"[61]. Así pues, el testamento es un negocio jurídico unilateral[62], dispositivo, solemne (siempre)[63], mortis causa, personalismo y es esencialmente revocable. Es importante mencionar que no hay fórmula para evitar su revocabilidad, pero la solemnidad es esencial, el testamento no debe tener vicios y debe contener asignaciones que comprometen el total de la herencia.

Asimismo, el testamento no es obligatorio, pero si el causante hace un testamento debe respetar determinadas asignaciones, y si no las respeta, la ley las hace aplicables. Las asignaciones testamentarias consisten en disposiciones sobre el patrimonio del causante, y el artículo 996 del CC indica que "las asignaciones a título universal se llaman herencias, y las asignaciones a título singular legados. El asignatario de herencia se llama heredero, y el asignatario de legado, legatario"[64].

Por otro lado, las asignaciones son de diferentes tipos: voluntarias, forzosas, de totalidad, de porción, puras y simples. Las voluntarias las hace el testador voluntariamente, sin restricciones; las de totalidad consiste en la totalidad de la herencia; y las de porción se refieren a una parte de la herencia. No obstante, antes de aplicar estas asignaciones, es necesario hacer una depuración del patrimonio para determinar el acervo sobre el cual se van a hacer efectivas las asignaciones. Estas asignaciones pueden tener un carácter patrimonial,

---

[59] *Diccionario panhispánico del español jurídico*, s. v. "causante", Real Academia Española, consultado el 1 de octubre de 2024, https://dpej.rae.es/
[60] Manuel de la Cámara, *Compendio de derecho sucesorio* (Madrid: Wolters Kluwer, 2011), 530.
[61] Articulo 1037, CC.
[62] Si bien el Código Civil no habla de negocio jurídico, cuando habla de actos se refiere a negocio jurídico.
[63] No hay testamento que no sea solemne, siempre debe estar por escrito. La solemnidad es la escritura.
[64] Articulo 996, CC.

relacionadas con bienes materiales, o extrapatrimonial, que pueden ser: el reconocimiento de un hijo, la designación de tutores o curadores, o disposiciones sobre el cuerpo del testador[65].

Con respecto a la depuración del acervo hereditario existen varias etapas. Inicialmente, se identifica la masa de derechos y obligaciones del patrimonio del causante. Luego, se depura los bienes de terceros podrían estar confundidos dentro del patrimonio. Posteriormente, se efectúa las bajas generales. Una vez concluida esa etapa, se hacen las agregaciones imaginarias mediante los acervos imaginarios. Es sobre este acervo final, que se va a hacer efectivas las asignaciones testamentarias.

Conviene subrayar, que las asignaciones forzosas, están definidas en el artículo 1194, como "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. […] Son: 1) La porción conyugal; 2). Las legítimas; y, 3) La cuarta de mejoras"[66]. Es importante señalar que, si el testador no respeta estas asignaciones, no causa nulidad de su testamento, pero justifica la reforma del mismo. El presente trabajo guarda relación directa con las legítimas, motivo por el cual se va a enfocar en esta asignación forzosa.

La legitima está definida como "un instituto del derecho sucesorio, de orden público, irrenunciable e inviolable, mediante el cual se fija el porcentaje de la herencia que le. corresponde a cada heredero legitimario, del cual no puede ser privado ni por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, salvo causal de indignidad"[67]. Es decir, las legítimas son asignaciones que forzosamente debe contemplar el testador en favor de ciertos herederos, llamados legitimarios y que pueden ser los hijos o los padres del causante. En el contexto ecuatoriano, si existen hijos, estos deben recibir obligatoriamente una cuota de la herencia, y excluyen a padres del causante.

En Ecuador, los hijos únicamente no recibirán una cuota de la herencia cuando sean indignos (tengan una causal de desheredamiento). La cuota que reciben los legitimarios se llama "legitima rigurosa". Los legitimarios deben ser capaces y dignos, pues la indignidad, no es una sanción absoluta, sino relativa; se priva al heredero indigno de derechos sucesorios

[65] Herrera y Pellegrini, *Manual de derecho sucesorio*, 440.
[66] Artículo 1194, CC.
[67] Herrera y Pellegrini, *Manual de derecho sucesorio*, 359.

en la herencia del causante, por lo que el heredero indigno no podrá reclamar la parte que le correspondería por concepto de sucesión testamentaria[68].

Si bien, el CC, dispone que las asignaciones forzosas deben ser tomadas en cuenta por el testador, es este quien realiza las asignaciones testamentarias. No obstante, si las asignaciones en un testamento no son claras, hay oscuridad o ambigüedad, prevalece el principio de autonomía de la voluntad. Esto refleja el CC en el artículo 1094, que establece que, en caso de ambigüedad, el juez debe hacer la determinación pertinente, escuchando a los herederos y al ministerio público, y ajustándose, siempre que sea posible a la intención del testador[69]. En estos casos, se aplica la regla de interpretación de los negocios jurídicos y refleja como la libertad del testador en Ecuador es relativa.

Una vez, comprendiendo el origen y regulación de la sucesión testada y las legítimas en Ecuador, es importante comprender la importancia de la autonomía de la voluntad en la sucesión.

5. Autonomía de la voluntad y libertad de testar

Habiendo abordado los elementos fundamentales de la sucesión testamentaria y las asignaciones forzosas, es pertinente en el siguiente apartado analizar la autonomía de la voluntad y la libertad de testar.

5.1. Concepto de autonomía de voluntad

El principio de la autonomía de la voluntad se fundamenta en la libertad del ser humano[70]. Es así como la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-934/13, la define como la facultad reconocida por el ordenamiento a las personas para que dispongan de sus intereses con efecto vinculante y, para crear derechos y obligaciones, teniendo como límites: el orden público y las buenas costumbres[71]. La autonomía de la voluntad permite que cada persona decida libremente si celebra o no un determinado negocio jurídico, para

[68] Francisco Lledó, Andrés Urrutia, Óscar Monje, Ainhoa Gutiérrez, y Ana Herrán, *Derecho Sucesorio. Cuaderno I: La sucesión mortis causa: delación y la incapacidad para suceder. Aceptación y repudiación de la herencia. Las legítimas, las reservas, comunidad hereditaria y la partición* (Madrid: Dykinson, 2017), 50.
[69] Artículo 1094, CC.
[70] Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2021), 93.
[71] Sentencia C-934/13, Corte Constitucional de Colombia, 19 de diciembre de 2023, párr. 2

disponer de sus bienes o no, esto obedeciendo a los intereses mencionados en la definición de la Corte Constitucional de Colombia[72].

Independientemente de la definición mencionada, es importante señalar que diversos autores han ofrecido interpretaciones de este principio. Por un lado, hay autores que confunden el principio de autonomía de la voluntad con la libertad en general, lo cual no es adecuado. La libertad en general, según el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se refiere a hacer todo menos algo que perjudique el goce de los derechos de alguien más[73]. Este concepto es muy amplio, mientras que la autonomía de la voluntad es más restringida, pues se refiere al rol que tiene la voluntad jurídicamente hablando[74].

Por otra parte, hay autores que relacionan el principio de la autonomía de la voluntad con la libertad contractual; sin embargo, no deben confundirse. La libertad contractual es solo una consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad[75], y puede entenderse de dos maneras: en primer lugar, como la capacidad de las personas para contratar o no con quienes quieran; y en segundo lugar, como la facultad de las personas para configurar las condiciones en el negocio jurídico[76].

Adicionalmente, este principio no es absoluto, ya que tiene sus límites previstos en la ley, la moral y el orden público[77]. En la legislación ecuatoriana, este principio está consagrado en el artículo 66, numeral 16 de la Constitución, que establece que "se reconoce y garantizara a las personas el derecho a la libertad de contratar"[78]. En efecto, es necesario que la ley limite esta libertad contractual, pues de lo contrario se afectaría a la sociedad como tal. No obstante, es evidente que este principio está en decadencia. Entre los factores principales que contribuyen a ello esta: la intervención progresiva del Estado para regular y ordenar las situaciones privadas, los contratos en donde una parte no negocia el contenido

[72]Paula Salamanca y Juan Pinzón, "Autonomía de la voluntad y partición del patrimonio en vida", *Repositorio Universidad Libre* (2022), 9.
[73] Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, art. 4 (1789).
[74]Artemio Llanos, *El principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones* (Chile: Universidad de Chile, 1994), 106.
[75]Llanos, *El principio de la autonomía de la voluntad*, 58.
[76] Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 106.
[77] Hernández y Guerra. "El principio de autonomía", 33.
[78] Articulo 66, numeral 16, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

del contrato y solo lo acepta o rechaza (ej: algunos contratos laborales o de prestación de servicios), y el surgimiento de contratos automáticos o *smart contracts*, entre otros[79].

A su vez, es importante señalar que la autonomía contractual varía según el país. En países con un sistema romano-germánico, como Ecuador, prevalece el interés social sobre el interés de los privados; mientras que en países con un sistema *de common law* prevalece el interés de las partes y el estado evita intervenir en estos negocios privados[80]. La influencia del *common law*, es innegable, y el contrato está experimentando cambios en respuesta al contexto social y tecnológico; por lo tanto, el principio de la autonomía de la voluntad debe evidenciar esos cambios.

No obstante, en este trabajo no se profundizará sobre la libertad contractual o autonomía contractual, ya que el enfoque principal es el principio de libertad de testar como expresión de la autonomía de la voluntad. Así pues, aunque la autonomía de la voluntad nace de esta libertad general que tienen todas las personas, no busca una libertad absoluta, y tampoco se limita únicamente a la libertad contractual, que es más restrictiva. Cabe destacar que en lo que respecta a la autonomía de la voluntad en el derecho sucesorio, aún no existen investigaciones profundas ni trabajos especializados, lo que genera una escasez de información sobre la aplicación de este principio a los testamentos.

5.2. Libertad de testar

En un principio en Roma, había un sistema sucesorio con absoluta libertad para testar, pero en la actualidad, hay dos posturas: aquellos que buscan la libertad absoluta para testar (con pocas limitaciones) y aquellos que limitan esta libertad de testar a favor de la familia. Así pues, se puede decir que no existe tal libertad absoluta para testar, ni una absolutamente restringida[81]. No obstante, solo va a existir libertad de testar absoluta cuando el causante no tenga legitimarios[82]. En Ecuador, aunque se reconoce el principio de la autonomía de la voluntad, este se encuentra limitado por el mismo ordenamiento jurídico, y más aún en el caso de la libertad de testar como una expresión de dicho principio.

---

[79] Hernández y Guerra. "El principio de autonomía", 33.
[80] Ángel, "Autonomía de la voluntad ¿decadencia o auge?", 77.
[81] Paola Truffello y Christine Weidenslaufer, *Asesoría Técnica Parlamentaria*, octubre de 2016, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 1, https://lc.cx/KJCYpz
[82] Boldó, "Legítima y libertad de testar", 87.

Una de las principales limitaciones a la libertad de testar ocurre cuando existe legitimarios. Como se explicó anteriormente, si el causante tiene hijos o padres, estos van a recibir una porción del patrimonio del causante, independientemente de su voluntad. Por otra parte, al ser la libertad de testar una expresión de la autonomía de la voluntad, está sujeta a otras restricciones: la imposibilidad de modificar elementos esenciales del negocio jurídico, las buenas costumbres y el orden público[83].

Aparte de estas limitaciones generales, existen limitaciones expresas a la libertad de testar. Para empezar, toda persona es capaz para otorgar testamento, pero hay excepciones taxativas. En Ecuador, estas excepciones se encuentran en el artículo 1043 de CC que señala que "No son hábiles para testar: 1) El menor de dieciocho años; 2) El que se hallaré en interdicción por causa de demencia; 3) El que actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa; 4) El que de palabra o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente"[84]. De este modo, solo quien es capaz de otorgar un testamento tiene libertad para testar, y quien no lo es, carece de esta libertad. Como señala Guillermo Bossano, podría proponerse "una especie de igualdad algebraica: capacidad para testar igual libertad para testar"[85].

Igualmente, el CC, contempla como expresión de la libertad de testar las condiciones que el causante puede imponer. El artículo 1098 del CC que indica que "las asignaciones testamentarias pueden ser condicionales"[86]. Sin embargo, el propio CC limita estas condiciones en el artículo 1215 indicando que "la legítima rigorosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno"[87]. Así pues, aunque el causante puede hacer asignaciones testamentarias condicionales, no puede hacerlo con respecto a las legítimas, lo que limita la libertad de testar.

Por otro lado, el mismo CC, nos indica que se encuentra la libertad de testar en la cuarta de mejoras[88], una asignación forzosa y que solo corresponde a los legitimarios. Se indica que el causante tiene cierta libertad porque él puede asignar a todos sus descendientes

---

[83] Gonzalo Linazasoro, *Convenciones sucesorias pactos sobre sucesiones futuras* (Chile: Editorial jurídica de Chile, 1981), 105.
[84] Artículo 1043, CC.
[85] Guillermo Bossano, *Manual de derecho sucesorio* (Quito: Editorial voluntad, 1983), 12.
[86] Articulo 1098, CC.
[87] Artículo 1215, CC.
[88] María Martinic, "Las asignaciones forzosas y la libertad de testar en el derecho chileno", *Revista Jurídica UCES* (2002), 71.

o solamente a los que el causante considere. El causante no puede elegir a quien transmitir sus bienes libremente, sino que únicamente puede transmitirlos entre sus legitimarios. De modo que se limita la libertad de testar del causante.

Conviene subrayar, que surge un problema relacionado con el patrimonio en las sucesiones. En este supuesto, se habla de situaciones en donde el causante no obtuvo suficientes bienes para dejar a su familia. Así pues, aquí se hablaría de que la libertad de testar sería ilusoria, ya que de aplicarse podría atentar en contra de la familia por su realidad económica[89]. En este sentido, tampoco podría decirse que el sistema de asignaciones forzosas resuelve este problema. En efecto, si el causante que no tiene suficientes bienes tiene hijos menores de edad y otros hijos adultos capaces de subsistir por sí mismos, el sistema atenta contra los intereses familiares al no atender las necesidades particulares de cada miembro y no permitir que teste libremente. La protección a la familia, como argumento, se explicará en el siguiente apartado.

Es relevante destacar que el testamento, al ser realizado por el testador mientras vive y en pleno goce de derechos, es el que ocasiona la transmisión del dominio de sus bienes, aunque surta efecto tras la muerte del causante[90]. Si bien se abre la sucesión con la muerte del causante, los bienes se transmiten con el testamento. De hecho, "no hay, en el acto, frente al testador, otra parte, cuyos derechos sean tan respetables como los de el mismo"[91]. No obstante, si una persona transmite sus bienes a otra, el transmitente lo hace sin hacer daño ni perjudicar a terceros, es decir que esta disposición puede ejecutarse siempre que no sea en contra de un derecho ajeno[92]. Así pues, la libertad de testar siempre encuentra sus límites en la ley y los derechos de otros.

A raíz de esto, surge la pregunta ¿en qué momento el testador perjudica o daña a terceros cuando decide el destino de su patrimonio? No es claro. En efecto, si el derecho faculta a las personas la libre adquisición de los bienes, en teoría se debería poder transmitir bienes de manera libre igualmente. Así lo expresa Alejandro Ponce, pues indica que "la propiedad es el triunfo de la libertad humana sobre la materia, el testamento es la finalidad

[89] Linazasoro, *Convenciones sucesorias*, 106.
[90] Ponce, *Estudios del derecho sucesorio*, 25.
[91] Borda, *Tratado de derecho civil sucesiones*, 154.
[92] Ponce. *Estudios del derecho sucesorio*, 20

de aquel triunfo"[93]. El causante, que adquiere libremente bienes durante su vida, debería ser capaz de decidir por sí mismo quién es merecedor de lo suyo.

Es evidente que la facultad de testar y la libertad están estrechamente vinculadas; si se respeta la facultad de testar, se respeta la libertad, y si no se respeta la facultad de testar, no se respeta la libertad[94]. De este modo, cuando el Estado limita el poder de trasmitir el dominio mediante un testamento atenta contra la libertad humana. En Ecuador, la sucesión forzosa tiene dos límites: el monto del patrimonio al que aplica y en número de personas que favorece[95]. Así pues, en parte está atentando contra la libertad de las personas, pero en otra parte no, pues permite tener libertad sobre una parte del patrimonio. De tal forma, que si se limita la libertad de testar se debería poder satisfacer razonablemente los intereses de la familia; sin embargo, esto no pasa.

6. Fundamentos de cada postura y Derecho comparado

En este capítulo, se expondrán los principales argumentos a favor de la legitima y la libertad de testar. Adicionalmente, se mostrará la regulación de las asignaciones forzosas en diferentes países, para analizar la libertad de testar y la protección de los legitimarios.

6.1. Argumentos a favor de la legitima

Los argumentos a favor de la legitima giran en torno a la protección familiar, la unidad y solidaridad, la igualdad entre los hijos y la conservación del patrimonio familiar. Se dice que las legítimas protegen la unidad familiar, pues logra la igualdad de los hijos y el deber del causante de asistir económicamente a su familia[96].

Como primer argumento, se encuentra que el causante debe cumplir con ciertos deberes y derechos familiares, como: el deber de piedad filial, deber de afecto paternal, el deber de socorro, y el derecho de alimentos. Sobre el deber de piedad filial y de afecto paternal, estos son deberes naturales que unen a las familias, especialmente porque con la legitima obliga al causante a dejar sus bienes a los que todavía viven. Estos conceptos con

[93] Ponce, *Estudios del derecho sucesorio*, 21.
[94] Id., 21.
[95] Id., 41.
[96] Antoni Vaquer, *Libertad de testar y Libertad de testar* (Chile: Ediciones Olejnik, 2018), 60.

base moral también se relacionan con el derecho de alimentos, pero esto no quiere decir que la legitima y el derecho de alimentos están estrechamente relacionados[97].

Con respecto al derecho de alimentos y de socorro, algunos autores los relacionan, pues asigna parte del patrimonio del causante para suplir el socorro que su familia recibía en vida. Explican que los alimentos que proporcionaba el causante en vida, en su muerte se sustituyen por la legitima con el fin de no dejar desamparados a su familia. Se indica que el legislador impone las legítimas al pensar que el causante está unido a personas por un vínculo de parentesco y que por lo tanto tienen un derecho de alimentos amplio[98]. Actualmente, existen casos en donde las familias necesitan esos ingresos para subsistir, pues solo uno de los padres aporta económicamente al hogar. En el caso de una familia numerosa con hijos dependientes, donde solo uno de los cónyuges es el proveedor económico, el patrimonio que deja al fallecer permite a sus hijos subsistir. No es válido dejarlo en una sola mano, pues el causante como padre no puede ignorar la obligación que tiene con sus hijos. De ahí que se considera una deuda que el causante debe retribuir[99].

El segundo argumento, tiene que ver la unidad familiar y la solidaridad familiar. Como resultado de vivir en sociedad y formar parte de un grupo soporte, al fallecer una persona, no solo surgen consecuencias jurídicas, sino también responsabilidades con la sociedad y la familia. Si una persona al morir no tenía familia no es necesario que alguien mantenga su personalidad jurídica, pues ni en vida ni fallecido generara lazos de unión[100].

Sin embargo, si una persona al morir tenía familia existe un condominio familiar, de ahí que los bienes del causante no quedan abandonados, porque la familia sigue igual y sigue formado parte del bien común de la familia, y se mantiene unida por esos vínculos. Es así, que dicen que la ley no es quien crea la sucesión forzosa, sino la ley natural. Indican que la familia y las legítimas están unidas, pues si se elimina la familia deja de existir la sucesión legítima y viceversa[101]. Por consiguiente, para quienes defienden las legítimas el derecho de la familia está por sobre la libertad de testar.

---

[97] Ponce, *Estudios del derecho sucesorio*, 33.
[98] Magariños, *Libertad para ordenar la sucesión,* 49.
[99] Magariños, *Libertad para ordenar la sucesión,* 472.
[100] Ponce, *Estudios del derecho sucesorio*, 16.
[101]Ponce, *Estudios del derecho sucesorio*, 18.

Dentro de este argumento, exponen la igualdad entre los hijos. Las legítimas buscan proteger a los legitimarios del causante. Indican que existe la posibilidad de que el causante abuse de esta libertad y pueda discriminar a sus hijos y favorecer a un extraño[102], que generaría entre la familia disputas y envidia. Así pues, consideran que es más seguro y justo que la ley indique como se reparte el patrimonio del causante[103].

Sobre la solidaridad, es importante diferenciar la solidaridad del sector público y la solidaridad del sector privado. Dentro del sector público solidaridad se utiliza para una función del estado que es el de ayudar a los más necesitados o en una situación de inferioridad; mientras que el sector privado se habla de solidaridad familiar o intergeneracional, pues busca ayudar a los más necesitados exclusivamente dentro de la familia[104]. Así pues, sobre la base de la solidaridad del sector privado, el patrimonio que deja el causante sirve para la subsistencia de las personas más allegadas a él y garantiza su subsistencia. Así, si el causante es alguien de edad su patrimonio sirve para que sus descendientes suplan sus necesidades, o si el causante es joven permite que sus ascendientes cubran necesidades que por su edad ya no pueden cubrir ellos mismos.

Un argumento final tiene que ver con el destino de los bienes y la conservación del patrimonio familiar. Sostienen que, durante la vida del causante, la familia creó una copropiedad familiar, todos los miembros de una familia colaboraron a la creación del patrimonio familiar[105]. En este contexto, la legítima se ve como un rendimiento o recompensa a la familia por el apoyo y ayuda en la creación de este patrimonio familiar. Tradicionalmente, se argumenta que, al fallecer el proveedor principal, la familia es quien está mejor situada para preservar lo que dejó en vida.

Además, contempla la necesidad de proteger a la familia de los abusos e injusticias. Así lo expresa Fabres al decir que "si hubiéramos de omitir las legítimas veríamos con impasibilidad e indiferencia que un padre vicioso prefiere a los hijos adulterinos; mientras que los legitimarios gemían en la miseria"[106]. Bajo esta tesis, se indica que al reducir legítimas el causante va a preferir a su amante por sobre su esposa y los hijos con esta última,

---

[102] Magariños, *Libertad para ordenar la sucesión,* 264.
[103] Herrera y Pellegrini, *Manual de derecho sucesorio*, 360.
[104] Magariños, *Libertad para ordenar la sucesión,* 291.
[105] Manuel Barría, *Las asignaciones forzosas en chile. Su estado actual y una posible revisión*, tesis doctoral (Pontificia Universidad Católica de Chile, 2013), 208.
[106] Ponce, *Estudios del derecho sucesorio*, 35.

y va a ser manipulado por el hijo más astuto, va a dar todo el patrimonio a un solo hijo por vanidad, etc. Por esta razón, se indica que en países con Ecuador que son inminentemente familiares, es muy peligroso dejar solo en manos del causante la disposición de sus bienes.

6.2. Argumentos a favor de la libertad de testar

Una vez analizados los argumentos a favor de la legítima, es necesario entender la postura opuesta, pues cuestiona su relevancia en la sociedad contemporánea y critica su ajuste a las realidades sociales actuales. Los principales argumentos en contra de la legitima tienen que ver con: la ilusoria protección de la familia, la evolución de la sociedad, la desigualdad entre herederos, derecho de propiedad e impacto económico-social.

En primer lugar, el argumento familiar que indica que el causante debe cumplir ciertos deberes y derechos familiares, no es lógico. Sobre el derecho de alimentos y socorro, no se puede hablar de un derecho de alimentos amplio. Si se analiza el deber de alimentos en el artículo 349 del CC, indica que quienes reciben alimentos son: cónyuge, hijos, descendientes, padres, etc.[107] Asimismo, en su artículo 351, define lo que son alimentos congruos, los que permiten al alimentado subsistir modestamente de acuerdo con su posición social, y los alimentos necesarios, que son los necesarios para sobrevivir. Sin embargo, el CC hace una precisión en el artículo 358, en donde indica que "tanto los alimentos congruos, como los necesarios, no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, o para sustentar la vida"[108]. Es claro, por este concepto que usar, al deber de dar alimentos no es compatible con la libertad de testar, pues la obligación alimentaria no puede extenderse más allá de la vida del causante.

Asimismo, la libertad de testar tiene que ver más con la calidad que tiene el causante de propietario, que las obligaciones que en vida debía cumplir. Además, no podría vincularse esta obligación de alimentos, pues (bajo el sistema ecuatoriano) cuando muere el obligado principal, quienes se encargan son los obligados subsidiarios de cumplir con esa obligación. Según Montesquieu, "el derecho natural impone a los padres el deber de mantener a sus hijos, pero no les obliga a hacerles herederos"[109]. Es claro con este premisa que el deber de los padres con sus hijos termina con su muerte, y la distribución de los bienes que hace el

[107] Artículo 329, CC.
[108] Artículo 358, CC.
[109] Magariños, *Libertad para ordenar la sucesión,* 157.

causante en vida antes de fallecer responde a su derecho de disponer de sus bienes. En este sentido, debería quedar a decisión del causante a quien dejarle o no sus bienes, ya que en vida cumplió y no debe nada.

En segundo lugar, la libertad de testar no rompería con la unidad familiar. Si el causante fuera un mal padre, la ley ya contempla protecciones[110], por ende, no sería correcto limitar la libertad de una persona por miedo a que abuse. Es lo mismo que un contrato, si se limita la libertad para que las partes contraten por miedo a que las personas abusen, no se llevarían a cabo. Los testamentos son negocios jurídicos unilaterales en los cuales solo el causante debería tener una decisión pues no está obligado con nadie.

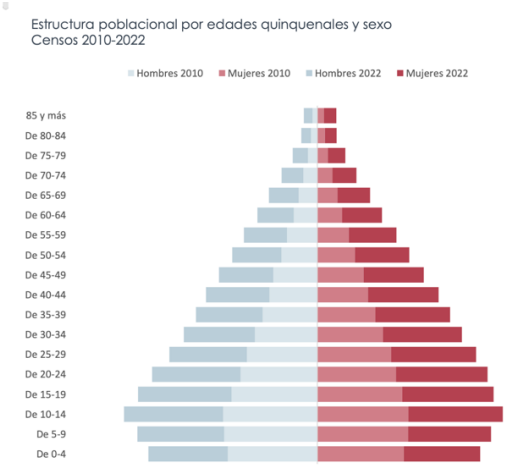
Por otro lado, si bien parecería que entregar a todos los hijos en partes iguales el patrimonio del causante es lo más justo, es cuestionable. Nuestro CC, no diferencia entre legitimarios dependientes, los no dependientes o necesidades especiales, todos los hijos van a recibir en partes iguales y se podrá incrementar por conceptos de cuarto de mejoras y libre disposición. Si se habla de un caso donde hay hijos menores de edad o discapacitados, e hijos independientes y mayores de edad ¿deberían recibir exactamente igual los hijos que no pueden cuidarse solos, que los que si pueden?

Los hijos del causante no pueden ser iguales ni por naturaleza ni sus circunstancias al morir el causante, es así que el único que sabe sus circunstancias y las de su familia es el mismo causante. Así pues, se dice que el corazón de los padres es una mayor garantía que la ley, y si bien hay malos padres estos son la excepción, no debería ser la norma[111].

A su vez, se encuentra un factor social al que debe adecuarse la sucesión. En Ecuador, encontramos que la sociedad está evolucionando y las circunstancias en las cuales se desarrolló el CC han cambiado. Para evidenciar esto encontramos los resultados del censo realizado en el país en 2022:

Gráfico No. 1 Población

[110] Articulo 1230, CC.
[111] Cándido Nocedal, *Discurso en la sesión inaugural de la academia matritense de jurisprudencia y legislación celebrada el día 29 de octubre de 1866* (Madrid. Establecimiento Tipográfico de Eduardo Cuesta, 1866), 18.

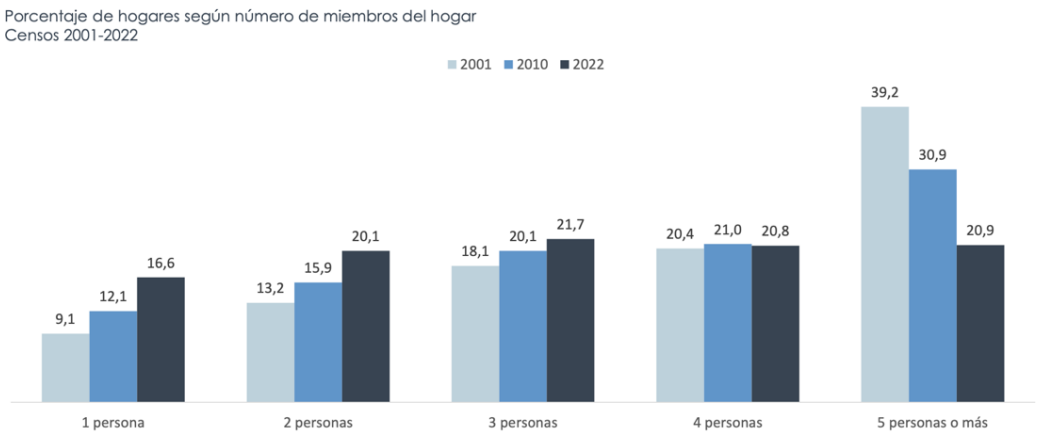


Población por sexo y grupos quinquenales de edad
Censo 2022

Grupos de edad	Hombres Población	%	Mujeres Población	%
Total	**8.252.523**	**48,7**	**8.686.463**	**51,3**
85 y más	71.640	0,4	101.758	0,6
De 80-84	80.487	0,5	97.586	0,6
De 75-79	126.838	0,7	144.982	0,9
De 70-74	180.658	1,1	199.871	1,2
De 65-69	245.831	1,5	270.939	1,6
De 60-64	302.230	1,8	332.687	2,0
De 55-59	357.790	2,1	394.256	2,3
De 50-54	408.958	2,4	451.632	2,7
De 45-49	451.734	2,7	499.802	3,0
De 40-44	526.140	3,1	586.289	3,5
De 35-39	553.569	3,3	620.353	3,7
De 30-34	589.030	3,5	654.033	3,9
De 25-29	642.951	3,8	704.217	4,2
De 20-24	733.928	4,3	761.984	4,5
De 15-19	776.151	4,6	757.673	4,5
De 10-14	823.162	4,9	784.415	4,6
De 5-9	721.577	4,3	690.510	4,1
De 0-4	659.849	3,9	633.476	3,7

Fuente: Censo Ecuador[112]

Gráfico No. 2 Hogares



Fuente: Censo Ecuador[113]

Como se evidencia en la Gráfica 1, existe más personas en edad para trabajar y adultos mayores que infantes. Con el incremento de la expectativa de vida y la mayoría de la población envejeciéndose, el país se encuentra en una situación de análisis. Si la mayoría de la población en unos años será adulto mayor, estas van a ser las personas que más van a necesitar de profesionales de la salud, medicinas y cuidados. Sumándole que la mayoría de las personas en edad reproductiva no desean tener hijos, por ende, sus relaciones no se basarán únicamente en lazos sanguíneos sino en vínculos afectivos.

---

[112] Censo Ecuador, *Presentación Nacional: Segunda Entrega* (Quito, 2024), disponible en https://www.censoecuador.gob.ec/wp-content/uploads/2024/05/Presentacion_Nacional_2da_entrega.pdf, consultado el 25 de noviembre de 2024.
[113] Censo Ecuador, *Presentación Nacional*, 42.

En la gráfica 2, evidenciamos que de 2010 a 2022 los hogares con una o dos personas han incrementado en un 4,5% y han bajado un 10% las familias de cinco personas o más. Si la tendencia se mantiene, encontraremos que en 10 años más, los hogares conformados por una sola persona van a incrementar. Si juntamos ambos resultados, encontraremos que la mayoría de los hogares van a ser conformados por una sola persona y que posiblemente la gran mayoría serán adultos mayores que podrían o no tener una familia, pero que no viven con ellos. Así vemos como si anteriormente teníamos un sistema familiar más conservador y tradicional, y actualmente no.

Lo anterior se relaciona también con la solidaridad intergeneracional, que los legitimarios puedan subsistir o ayudar a los necesitados de la familia, pero muchas veces se olvida del causante. Es así como al repartirse la herencia en partes iguales no se toma en cuenta la posición económica de los legitimarios o la situación de necesidad de estos[114]. Debe tratarse de una relación recíproca entre los legitimarios y el causante, así si los adultos mayores van a vivir solos no existe realmente una solidaridad intergeneracional. Sería únicamente unidireccional, lo cual no podría considerarse justo y por tanto, es discutible.

Al mismo tiempo, encontramos que la libertad de testar fortalece la autoridad del causante, ya que este "castigará o premiará la conducta de los suyos"[115]. Se asocia al padre como un juez supremo, en cuanto a que sus bienes afectan por su derecho a disponer de bienes por donación entre vivos y por testamento[116]. Es así como, si se fortalece la autoridad del causante, los legitimarios se van a esforzar para ganar el afecto de sus padres, y permite que entre los integrantes de la familia cooperen para el cuidado del causante y la conservación del patrimonio.

A continuación, encontramos argumentos económicos. No se puede justificar la herencia en que la familia estuvo y apoyo al causante toda la vida y por ello tienen derecho al patrimonio. De hacerlo, si la razón para que todos los hijos reciban por igual porque todos apoyaron al causante, los hijos que no han vivido con él o los hijos que él desconoce su

[114] Vaquer, Libertad de testar y Libertad de testar, 63.
[115] Ponce, *Estudios del derecho sucesorio*, 31.
[116] Ruperto Cuadra y Salcedo, *Ensayo para un estudio de la Libertad de testar* (Zaragoza: Tipografía de Julián Sanz y Navarro, 1891), 33.

existencia no tendrían este derecho de copropiedad[117]. Cuestión que no sería justa, pues es el causante quien sabe quién lo apoyo y cuido más durante su vida.

Por otro lado, si bien sí existe la posibilidad de que padres no dejen herencia a sus hijos y estos caigan en miseria, en realidad no es la regla general. En algunos países existen protecciones a los legitimarios que más lo necesitan, que se explicará en el apartado de derecho comparado. Contrario a lo que se piensa, la familia podría caer en la miseria, por lo contrario, si el hijo de un causante está seguro de que va a recibir parte del patrimonio del causante, este no tendrá motivación para ser alguien trabajador o productivo y caerá en miseria[118]. Si en vida el testador dio la mejor educación y oportunidades que pudo, y el hijo jamás aprovechó esas oportunidades, sería injusto que reciba parte del patrimonio. Parte de este argumento, es que da una continuidad del legado o los negocios entre la familia, pero si quien hereda no sabe cómo preservarlo, se va a perder todo lo que el causante trabajo. Es así, que para que haya una continuación en el patrimonio del causante, este debe poder escoger entre personas de confianza y que su juicio son las más capaces para mantener su legado[119].

Esto último, está relacionado con el derecho de propiedad que tiene el causante en vida y *mortis causa*. El derecho de propiedad tiene la característica de absoluto, el dueño de una cosa puede usar, gozar y disponer de sus bienes (*ius disponendi*), que hace a este derecho pleno[120]. Otros derechos reales, no otorgan pleno ejercicio del derecho sobre los bienes, mientras que el derecho de propiedad si, y se puede tener plenas facultades sobre este. Pero también se hace énfasis en que la vigencia del bien no depende de qué viva o no el causante, sino en la existencia del bien[121]. Así pues, se transfiere los bienes por causa de muerte ya sea de manera testada o intestada, y en algunos países esta situación es conocida como el principio de *saisine*. Este principio busca la inmediates al transferir la propiedad y posesión de los bienes del difunto a los herederos, para que el patrimonio del causante no quede sin

[117] Barría, *Las asignaciones forzosas en Chile*, 208.
[118] Francisco Salinas, "La libertad de disposición mortis causa en el derecho foral navarro", *Anuario de Derecho Civil 36, no. 2* (1983), 426.
[119] Magariños, *Libertad para ordenar la sucesión,* 225.
[120] Enrique Varsi, "Las características del derecho de propiedad", *Gaceta Civil & Procesal Civil, no. 68* (2019), 76.
[121] Varsi, "Las características del derecho de propiedad", 77.

sentido[122]. Es así como el causante debería tener plena facultad de disponer de sus bienes como lo haría en vida y no tendría sentido que no lo pudieran hacer después.

Asimismo, un argumento a favor de la libertad de testar se refiere a una cuestión más individualista. Al tener las personas derecho de personalidad y libertad, no deberían ser objeto de limitaciones legales o arbitrarias a la hora de poder decidir el destino de sus bienes al morir[123]. La libertad de testar es una forma de reconocer al individuo en el Estado como persona, y también le permite a la persona autodeterminarse, y autodeterminación es que "cada persona puede tomar la determinación moral que desee, escogiendo sus valores y prácticas de forma individual"[124]. En este sentido, al restringir esta capacidad de autodeterminarse se está atentando a la capacidad que las personas tienen para accionar en lo que ellos consideren.

Para finalizar, la libertad para testar tiene que ver con los derechos humanos. Prueba de ello se encuentra en el artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que versa "toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos"[125], así pues, se reconoce la capacidad que tienen las personas para disponer de sus bienes. Sin embargo, no hay muchas normas internacionales que hablen al respecto, ni los problemas que tienen las legítimas. Acorde a John Rawls, las declaraciones de derechos humanos reconocen los principios más importantes de justicia, pero es abstracta, y por ende no puede resuelver problemas de desigualdad[126]. Desigualdad, que se puede evidenciar en la sucesión tanto económicamente como entre los legitimarios**.**

7. Derecho Comparado

[122] Odete Queiroz, "Princípio droit de la saisine," en *Enciclopedia jurídica da PUC-SP,* tomo: *Derecho Civil, 1ra ed* (Brazil: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017), disponible en: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/467/edicao-1/principio-droit-de-la-saisine
[123] Barría, *Las asignaciones forzosas en Chile*, 208.
[123] Salinas, "La libertad de disposición mortis causa", 427.
[124] Julián González, "Ciudadanía liberal, proyecto de vida y autoderminación: los derechos individuales como camino o como límite de la construcción de la identidad", *Vniversitas* 66, no 135 (2017), 169.
[125] Carta de los Derecho Fundamentales de la Unión Europea, art. 17, DOUE C 202, 7 de junio de 2016.
[126] Magariños, *Libertad para ordenar la sucesión,* 212.

Para comprender las diferentes visiones sobre este tema, es importante conocer las disposiciones que cada país tiene en relación con la autonomía de la voluntad en la sucesión testada.

7.1. Chile

Al igual que Ecuador, Chile mantiene un sistema restrictivo a la libertad de testar. Su sistema busca proteger la familia y la propiedad privada, dividiendo la herencia en una parte de libre disposición y otra para los legitimarios[127]. Las asignaciones forzosas, reguladas en el artículo 1167 del Código Civil[128], incluyen: los alimentos a ciertas personas, las legítimas y la cuarta de mejoras; y en el artículo 1182[129], establece como legatarios a los hijos, ascendientes y el cónyuge sobreviviente. Según, el artículo 988[130], el cónyuge sobreviviente recibe mínimo una cuarta parte de la herencia o el doble de la legitima de un hijo. La reforma de 1998, con la Ley Nro. 19.585, incorporo al cónyuge sobreviviente como legitimario, elimino la porción conyugal como asignación forzosa y determino que los asignatarios podían ser descendientes, ascendientes y el cónyuge[131].

7.2. Italia

El derecho italiano se basa principalmente en el derecho romano, protege la familia y limita la libertad de testar. Al Igual que Ecuador, existen herederos con legítima reservada y una de libre disposición. Según, el artículo 536 del código civil[132], los herederos forzosos son: el cónyuge, los hijos y los ascendientes, estos últimos excluidos por los hijos. Cuando hay un único heredero forzoso, recibe la mitad de la herencia, pero si concurren varios, su porción se reduce, dependiendo la cantidad de herederos forzosos y de la existencia de un cónyuge. El testador debe respetar estas asignaciones forzosas como lo establece en el artículo 457 párrafo 3[133].

Italia no contempla la figura del desheredamiento, pero el artículo 463[134] regula las causales de indignidad, aplicables tanto en la sucesión testada como intestada. Además, el

---

[127] Barría, *Las asignaciones forzosas en Chile*, 5.
[128] Articulo 1167, *Código Civil de Chile*, [CC.CH.], Ley 35, 14 de diciembre de 1855, reformado por ultima vez el 1 de junio de 2021.
[129] Articulo 1182, CC.CH.
[130] Articulo 988, CC.CH.
[131] María Rodríguez, *Contracción de las asignaciones forzosas. Una reforma urgente al sistema sucesorio chileno* (Chile: LegalPublising, 2009), 424.
[132] Articulo 536, *Codice Civile*, [CC.IT.], Gazzetta Ufficiales del Regno d'Italia, 16 marzo 1942, n. 262.
[133] Articulo 457, párr. 3, CC.IT.
[134] Articulo 463, CC.IT.

artículo 768[135] introduce el pacto familiar, permitiendo al testador asignar una empresa a ciertos herederos y compensar a los otros con acciones. Finalmente, en la actualidad, Italia no ha tenido mayores reformas a su código especialmente sobre la sucesión testada.

7.3. Francia

En Francia, el derecho sucesorio evolucionó tras la Revolución Francesa con la *Loi de Nivôse an II*, creada para eliminar el "despotismo paterno" y garantizar igualdad entre herederos[136], reservado nueve décimas partes del patrimonio a los hijos y dejando solo un décimo a libre disposición del testador, sin incluir al cónyuge sobreviviente como heredero.

En 1804, el Código Napoleónico, amplio la libertad de testar. En su artículo 912, define la *réserve héréditaire*, como una parte del patrimonio del causante que la ley asegura a los herederos, y la *quotité disponible,* como la cuota de libre disposición[137]. Actualmente, las cuotas que debe respetar el causante están en el artículo 913[138], en donde que los hijos excluyen a otros posibles herederos, y si el causante solo tiene un hijo solo puede disponer libremente de la mitad de sus bienes y esta porción que, puede disponer libremente, se reduce si tiene más hijos.

Las reformas más relevantes de este código, tiene que ver con los hijos ilegítimos y el cónyuge sobreviviente. Actualmente los hijos ilegítimos, tienen los mismos derechos que los legitimas, cuestión que antes no era así. Adicionalmente, es importante la reforma del artículo 929[139], donde se acepta la posibilidad de ejercer una acción de reducción en una herencia no abierta, así los herederos se obligan a no presentar una acción de reducción en la parte de libre disposición. Otra cuestión relevante, está en el artículo 805[140] que indica que si el heredero renuncia a su herencia pueden sus herederos en representación aceptarlo.

Respecto al cónyuge, aunque no es heredero, puede acceder a una cuarta parte de los bienes del causante si es que el causante no tuviera hijos. Con la reforma *Loi n° 2006-728* del 2006, en el artículo 914-1, cuando hay cónyuge, pero no descendientes, el testador

[135] Articulo 768, CC.IT.
[136] Library of Congress, "Inheritance Laws in France," Foreign Law Guide, última modificación en 2015, acceso: 26 de noviembre de 2024, https://maint.loc.gov/law/help/inheritance-laws/france.php#_ftn7.
[137] Artículo 912, Code civil des Français (Code Napoléon), [CC.FR.], promulgado el 21 de marzo de 1804.
[138] Artículo 913, CC.FR.
[139] Artículo 929, CC.FR.
[140] Artículo 805, CC.FR.

no puede disponer de más de tres cuartas partes, eliminando a los ascendientes como legitimarios[141].

En conclusión, Francia y Ecuador comparten la reserva para legitimarios y la limitación a libertad de testar.

7.4. Alemania

El derecho sucesorio alemán, basado en el derecho romano, se consolidó en el Código Civil de 1896, que unifico normas y elimino diferencias territoriales y sociales entre nobles y campesinos. Este código rige en los territorios del antiguo Imperio Alemán, sin embargo, Austria mantiene su propio código civil[142]. En el artículo 14 del GG numeral 1[143], está contemplado el derecho a la sucesión, y el artículo 2303 del BGB[144], indica que tienen derecho a la mitad de la porción hereditaria legal del causante, los legitimarios que son: los hijos, padres y cónyuge sobreviviente[145]. Es conveniente subrayar que los legitimarios tienen un derecho de crédito, no directamente a los bienes.

Según el artículo 1924 del BGB, los descendientes heredan primero, seguidos de ascendientes; el cónyuge tiene derecho a un cuarto de la herencia junto con los descendientes, la mitad si hereden junto con los ascendientes y total sin no hay otros herederos[146]. A diferencia de Ecuador, Alemania contempla el contrato sucesorio y no existe la cuarta de mejoras.

Entre las reformas clave, en 1998 con la ley de igualdad de derecho de herencia, se igualaron los derechos de los hijos legítimos e ilegítimos, pues antes estos últimos solo tenían derecho a una compensación de la cuota de herencia en dinero. Otra reforma fue con el artículo 11 de LPartG[147], a raíz de la legalización del matrimonio igualitario en 2017, que les dio a las parejas del mismo sexo la posibilidad de heredar como un cónyuge más.

---

[141] Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités, Journal officiel de la République française, n° 146, 24 juin 2006.
[142] No se profundizará pues su tratamiento demandaría un estudio separado
[143] Articulo 14 Abs.1, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, [GG], promulgado el 23 de mayo de 1949, BGBl. I, 1.
[144] Artículo 2303, *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), promulgado el 18 de agosto de 1896, BGBl. I, 42, enmendado por última vez el 20 de julio de 2023
[145] Bossano. *Manual de derecho sucesorio*, 32
[146] Artículo 1924, BGB.
[147] Artículo 11, *Parteiengesetz* (LPartG), promulgado el 31 de enero de 1994, BGBl. I, 149, última enmienda el 20 de julio de 2021.

La sentencia 1 BvR 1644/00 de 2007, protegió constitucionalmente la legitima de los hijos, vinculándola al principio de solidaridad intergeneracional, independientemente si lo necesitan o no, pues atenúa el trato desigual de un hijo[148]. Sin embargo, esta protección constitucional no alcanza a los ascendientes o el cónyuge. Así pues, con esta sentencia en Alemania no existe la discusión sobre las asignaciones forzosas. Sin embargo, es llamativo el artículo 2338 del BGB[149] pues permite limitar la legitima de descendientes endeudados o con vida de excesos, transfiriendo derechos a sus descendientes.

7.5. Estados unidos e Inglaterra

Durante la colonización inglesa, Estados Unidos adopto el derecho inglés, que ya regulaba la transmisión de bienes mediante testamento. Sin embargo, al no tener tribunales eclesiásticos como en Inglaterra, crearon estatutos y procedimientos propios[150]. Para iniciar, se va a analizar el derecho inglés al ser base del derecho estadunidense.

En 1837, Inglaterra promulgo el *Wills Act*, en donde el artículo 3[151] indica que toda persona puede disponer de un testamento para dejar sus bienes inmuebles y muebles al morir, y la libertad de testar como un principio de derecho sucesorio inglés. Este código sigue vigente, pero no tiene efectos trascendentales pues solo regula los requisitos que debe cumplir un testamento para que sea válido.

En 1975, entro en vigor el *Inheritance (Provision for family and dependants) Act*. El cual introdujo mecanismos para que dependientes desamparados impugnen testamentos si consideran que deben recibir un *financial provision* por no están previstos razonablemente en el testamento. Esta ley se creó con el fin de garantizar la supervivencia y proteger a los dependientes más vulnerables o cónyuge sobreviviente. En el artículo 1 numeral 1 de esta ley, quienes pueden pedir esta provisión financiara son: el cónyuge sobreviviente, el excónyuge o expareja en unión de hecho que no se haya casado otra vez, los hijos del causante, a quien el causante haya sido una figura paterna en algún momento, o en general alguien que haya estado mantenido total o parcialmente por el causante antes de su muerte[152].

---

[148] Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG), Sentencia de 13 de febrero de 2007, 1 BvR 1644/00, BVerfGE 118, 1.
[149] Articulo 2338, BGB.
[150] Biblioteca del Congreso, Inheritance Laws in the United States, última modificación en 2015, acceso 27 de noviembre de 2024, https://maint.loc.gov/law/help/inheritance-laws/unitedstates.php.
[151] Artículo 3, *Wills Act*.1837.
[152] Artículo 1, numeral 1, *Inheritance Act* 1975.

Esta ley no busca enriquecer al solicitante, sino evitar que caiga en la miseria. Sin embargo, es la Corte quien determina si el solicitante debe recibir esta provisión financiera, y puede ordenar su pago en dinero, inmuebles o pagos periódicos[153]. Para tomar esta decisión la corte debe tomar en cuenta el artículo 3 del *Inheritance Act*, que indica los requisitos generales[154], diferenciando si el solicitante es el cónyuge[155], hijo menor de edad[156] o una persona con discapacidad[157]. Cabe señalar que solicitar esta provisión es un proceso largo, donde debe probarse que el causante debía dejarle al solicitante más de lo que recibió en el testamento o que fue injusto excluirlo. Una crítica frecuente, es que al ser la Corte quien determina otorgar esta provisión financiera, queda a discreción del juez lo que puede derivar en arbitrariedades.

A continuación, en cuanto al derecho sucesorio en Estados Unidos, tras su independencia en 1776, cada estado promulgo leyes que modificaron el derecho inglés previo. Algunos estados mantuvieron jurisdicciones *common law*, mientras otros adoptaron el sistema de *community property*. En el siglo XIX, estados como California, Luisiana, Texas y Washington reconocieron este último sistema[158], donde las esposas al morir el cónyuge heredaban automáticamente la mitad de los bienes del causante. Sin embargo, en algunos de estos estados, si moría la esposa primero, el esposo heredaba todo. A partir de 1850, los derechos de las mujeres crecieron, y en muchos estados se dificultó desheredar a los hijos[159].

En el siglo XX, las mujeres ganaron más derechos sucesorios tanto en estados del *common law* como los de *community property*. En ambas jurisdicciones, el patrimonio del causante comenzó a destinarse más al cónyuge sobreviviente. Para 1983, la mayoría de los estados protegían más al cónyuge sobreviviente que a los descendientes o ascendientes. Por otro lado, el cónyuge sobreviviente tenía y tiene protección en contra el desheredamiento (como en Nueva York[160]), mientras que los hijos del causante no (esto variaba según el estado).

---

[153] Artículo 1(1), *Inheritance Act* 1975.
[154]Artículo 3 (1), *Inheritance Act* 1975.
[155] Artículo 3 (2), *Inheritance Act* 1975.
[156] Artículo 3 (3), *Inheritance Act* 1975.
[157] Artículo 3 (4), *Inheritance Act* 1975.
[158] Biblioteca del Congreso, Inheritance Laws, 2015
[159] Biblioteca del Congreso, Inheritance Laws, 2015
[160] Michael Galligan, "Forced Heirship in the United States of America, with Particular Reference to New York State", *Trusts & Trustees 22, no. 1* (2016), 105.

Actualmente, Estados unidos con su sistema federal, permite que cada estado mantenga sus propias leyes sucesorias[161]. Aunque el principio predominante es la libertad de testar[162], existen limitaciones, pero estas son mínimas. Es decir, aquí no se maneja las asignaciones forzosas. Al tener cada estado sus propias leyes en derecho sucesorio, no se puede hacer un análisis exhaustivo, no obstante, si se puede exponer aspectos importantes.

Para comenzar, si bien no hay un código uniforme para todos los estados, si ha habido intentos para hacerlo. Un ejemplo de esto es el *Uniform probate Code (UPC)*, que fue realizado por el *Uniform Law Commision* en 1969 y la última reforma fue en 2019, y que fue adoptada total o parcialmente por dieciocho estados[163]. Según su sección 2-202, el cónyuge sobreviviente puede renunciar a las disposiciones testamentarias y optar por un *elective share*, que equivale al cincuenta por ciento del patrimonio matrimonial (según la duración del matrimonio)[164]. El porcentaje del *elective share* varía dependiendo el estado, pero en general es un tercio del patrimonio. Aunque podría parecer una asignación forzosa, no lo es, ya que el cónyuge debe cumplir requisitos y tener aprobación judicial.

El UPC incluye figuras similares al sistema inglés, como son las *allowances*, por vivienda familia o subsidio familiar. Estas *allowances* sirven para quienes dependían del causante no queden desamparados, pero únicamente se concede al cónyuge sobreviviente y a los hijos.

La sección 2-402, dispone que el cónyuge o los hijos menores de edad reciban un pago en efectivo destinado a cubrir sus necesidades después de la muerte del causante, independientemente de lo estipulado en el testamento[165]. Por otro lado, la sección 2-403 establece un subsidio familiar como apoyo económico periódico o mensual otorgado por el tribunal al cónyuge sobreviviente y a los hijos, garantizando su manutención mientras se realiza la distribución final de la herencia[166].

En resumen, el testador tiene bastante libertad para disponer sus bienes, aunque algunos estados contemplan restricciones para proteger al cónyuge sobreviviente y los hijos

---

[161] Galligan, "Forced Heirship", 103.
[162] Joseph Gold, J.Robson, O. Kahn-Freund, y W. Breslauer, "Freedom of Testation", *The Modern Law Review 1, no. 4* (1938), 296.
[163] Legal Information Institute, "Uniform Probate Code," Cornell Law School, acceso 27 de noviembre de 2024, https://www.law.cornell.edu/uniform/probate
[164] Sección 2-202, UPC.
[165] Sección 2-402, UPC.
[166] Sección 2-403, UPC.

menores de edad (quienes pueden reclamar alimentos hasta los 21 años). Ahora, si el testamento es impugnado, el juez decidir sobre su validez y podrá intervenir en casos de disposiciones injustas[167], como excluir a los hijos sin justificación. Es necesario mencionar que, en muchos estados, es necesario que el causante deje algo mínimo e inclusive ilusorio a los hijos, mientras que en otros no.

Cabe destacar que, actualmente en Estados unidos, solamente Luisana tiene el sistema de legítimas[168]. En el código civil de este estado, en el artículo 1493, indica que los legitimarios son únicamente los descendientes de primer grado que a la muerte del causante tienen 23 años o menos, o descendientes de primer grado de cualquier edad que tienen alguna discapacidad física o mental que les impidan cuidarse[169]. Igualmente, en el artículo 1495, define la *forced portion*[170] o asignación forzosa, y en artículo 1495.1 de este código indica que esta porción se calcula dependiendo si el causante tiene un solo hijo, este tiene derecho al veinticinco por ciento del patrimonio, y si este tiene más de uno tiene derecho a la mitad del patrimonio[171].

En conclusión, aunque las legislaciones sucesorias varían, todos los países analizados buscan equilibrar la libertad de testar con la protección de los legitimarios, como los descendientes y cónyuge sobreviviente. Mientras que en países como Chile, Italia, Francia y Alemania existen asignaciones forzosas para proteger a los herederos, en Estados Unidos la libertad de testar predomina, aunque también se implementan mecanismos de protección para cónyuges y dependientes. En general, el derecho sucesorio se enfoca en garantizar la justicia familiar y evitar desigualdades en la distribución de bienes.

8. Discusión

Una vez expuestos los diferentes sistemas, es importante discutir las ventajas y desventajas de cada una de las posturas

8.1. Ventajas y desventajas del sistema de *common law*

El presidente Roosevelt en 1935, indico que la trasmisión de grandes fortunas por testamento no es consistente con los ideales de Estados Unidos, pues no es razonable

[167] Sección 2-302, UPC.
[168] Galligan, "Forced Heirship", 104.
[169] Artículo 1493, *Louisiana Civil Code*, [LCC] promulgado originalmente en 1825, última revisión en 2023
[170] Articulo 1495, LCC.
[171] Articulo 1495.1, LCC.

justificar acumulación de riqueza sobre la base personal y familiar[172]. De ahí que, el sistema del *common law*, tiene principalmente tres ventajas: autonomía de la voluntad, flexibilidad y responsabilidad individual. La autonomía de la voluntad del causante se ve reflejada en el poder disponer de los bienes como este crea y permite que distribuya estos bienes conforme a los vínculos personales y específicos. La flexibilidad de este sistema se encuentra al responder a los nuevos modelos familiares, en donde se puede adaptar a las necesidades de las generaciones futuras. El causante al tener mayor libertad para testar encuentra mayor responsabilidad individual con cada heredero y poder asignar los bienes conforme a las necesidades individuales, empero en estos sistemas existen protecciones especiales para el cónyuge sobreviviente y los hijos menores de edad o con discapacidad. Asimismo, no favorece a la desigualdad del patrimonio pues la mayoría de familias ricas tienden a ser bastante pequeñas y en muchas veces también no suelen tener hijos[173].

Entre las desventajas de este sistema encontramos que autores americanos consideran a esta libertad de testar un problema legislativo, pues permite la transferencia de bienes a un único heredero[174], lo que desencadena en: la desprotección de herederos vulnerables, posible inequidad, e impacto en la unión familiar. Sobre la desprotección de herederos vulnerables si bien es algo que muchos plantean y anticipan, como se expuso tanto Inglaterra como Estados Unidos contemplan protecciones específicas a los herederos más vulnerables como niños y personas con discapacidad. Aunque si es cierto, va a depender del estado y de los jueces el monto que reciban. La inequidad en este sistema si tiene una probabilidad alta, pues el causante pude asignar un monto arbitrario a sus herederos de su patrimonio, así como también puede no dejarle nada a un heredero solo justificando porque no lo hace y no hay requisitos específicos sobre esto. La unión familiar podría verse afectada si el causante deja su patrimonio solo a uno o a pocos herederos, pues esto podría generar envidias y conflictos.

8.2. Ventajas y desventajas del sistema actual ecuatoriano o de legítimas

Por otro lado, en los sistemas de legitimas como el de Ecuador también encontramos ventajas y desventajas. Dentro de las ventajas encontramos que el sistema de legítimas: protege a la familia, permite la estabilidad y unión familiar, y tiene un componente de

[172] Arthur Nussbaum, "Liberty of Testation", *American Bar Association Journal 23, no. 3* (1937), 183.
[173]Gold et al., "Freedom of testation", 297.
[174] Nussbaum, "Liberty of Testation", 183.

responsabilidad social. Protege la familia, pues permite que los descendientes, ascendientes y cónyuges (dependiendo el país) reciban una porción del patrimonio del causante para que así no queden desamparados y también continúen con el legado del causante. Este sistema permite la estabilidad y la unión familiar pues al cada legitimario recibir una porción igual a los otros, se evita conflictos y se hace una redistribución más justa, siendo justo un término muy subjetivo. Cumple con una responsabilidad social pues impulsa el apoyo entre miembros en una familia, lo que permite que socialmente la sociedad este satisfecha.

Este sistema tampoco está exenta de críticas, por lo tanto, es importante analizar sus desventajas. La primera y bastante evidente es que se restringe la autonomía de la voluntad, el causante no puede decidir plenamente sobre el futuro o manejo de sus bienes, así se afecta el derecho de disponer de los bienes. Asimismo, se encuentra que este sistema está muy desactualizado a la realidad social y los nuevos modelos familiares, por lo que no puede dar soluciones congruentes a las realidades de por ejemplo personas de edad avanzada o personas con vínculos afectivos más cercanos con personas diferentes a su familia. También, podría generarse una desmotivación en las personas en crear riqueza pues al no poder disponer de su patrimonio con libertad y no poder distribuir sus bienes de acuerdo a las circunstancias individuales que un heredero pueda necesitar. Esto sumando a que en Ecuador a pesar del sistema de legítimas no evita conflictos, al morir un causante normalmente los procesos son largos y no muy amistosos pues se reparte el patrimonio total.

Adicionalmente, si bien no permite la concentración del patrimonio en una sola persona, pero no hace nada para romper las barreras de clase o promover equidad más allá de la familia[175]. Sumando esto, está que más allá de que el objetivo de este sistema en ecuador sea que la propiedad se mantenga en la familia, más bien promueve el decrecimiento de la riqueza pues el patrimonio no se mantiene igual al crecer la familia[176]. También, si bien en Ecuador esta figura busca que reduzcan las donaciones o disposiciones a favor de personas por fuera de la familia, no es del todo cierto ya que en realidad en los países del *common law* muy poco se deja de esta forma[177].

8.3. Propuesta de reforma

[175] Gold et al., "Freedom of testation", 297.
[176] Gold et al., "Freedom of testation", 297.
[177] Gold et al., "Freedom of testation", 297.

Después de todo el análisis del presente trabajo es sensato indicar que ningún sistema ya sea el del *common law* o el de legítimas es perfecto, no obstante, es claro que Ecuador necesita actualizarse en derecho sucesorio y estar preparado para los cambios en la sociedad.

Por ello, se propone una reforma al sistema de legítimas en Ecuador que permita una mayor libertad al causante sin prescindir por completo de las asignaciones forzosas. De forma general, este trabajo plantea que se reforme a un porcentaje menor la legitima que actualmente en Ecuador es la mitad del acervo repartible, se aumente la porción de libre de disposición que actualmente es un cuarto y se elimine la porción por concepto de cuarto de mejoras. Este trabajo no se puede hacer un cálculo a cuanto deberían ascender esas porciones, ya que esto dependerá del legislador.

Al aumentar el cuarto de libre disposición, y reducir las legítimas y la cuarta de mejoras, se permite al testador hacer una mejor distribución de sus bienes y atender las necesidades particulares de los herederos que tengan mayores necesidades. Así pues, se aumentaría la autonomía de la voluntad del causante sin caer en arbitrariedades y protegiendo a los más vulnerables. Con esta reforma se permitiría una aceptación mayor a las diversidades de familia que existen y van a existir, así como el cambio en las estructuras familiares.

Conforme va pasando el tiempo, encontramos que la población se va envejeciendo más y se va reduciendo la natalidad en Ecuador. Consecuentemente, los vínculos afectivos pueden no coincidir con las relaciones de parentesco tradicionales, así pues, al aumentar el cuarto de libre disposición el causante podrá recompensar a quienes le cuidaron sin necesariamente tener un lazo de consanguinidad. Esto también podría verse como un incentivo que favorece a las personas de edad avanzada sean cuidadas de mejor forma por sus hijos o quienes estén asignados a ello. Esta propuesta permite que el Ecuador responda mejor a la naturaleza personal del testamento y a la dignidad de quien dispones, permitiendo que la transmisión del patrimonio sea equilibrado y justo.

9. Conclusiones

El derecho sucesorio ecuatoriano enfrenta desafíos derivados de los cambios sociales y familiares contemporáneos, que exigen un equilibrio entre la protección de los legitimarios y el respeto a la autonomía del causante. A través de este análisis, se concluye que el sistema actual de legítimas, aunque históricamente fundamentado, limita la

flexibilidad del testador para adaptarse a las necesidades particulares de sus herederos, ignorando en ocasiones los vínculos afectivos y económicos reales.

El estudio evidencia que una reforma al Código Civil, que reduzca la porción obligatoria destinada a las legítimas y aumente la porción de libre disposición, podría permitir herencias más justas y alineadas con las realidades sociales. Esta propuesta busca respetar la autonomía del testador y proporcionar mecanismos de protección específicos para los herederos vulnerables, como menores o personas con discapacidad.

Los hallazgos resaltan que una transición hacia un modelo más flexible, inspirado en sistemas como el anglosajón, fomentaría una mayor responsabilidad individual en la planificación patrimonial. No obstante, es esencial considerar las limitaciones culturales y jurídicas que podrían surgir en la implementación de dicha reforma en Ecuador.

Finalmente, se recomienda incorporar mecanismos que promuevan un balance entre autonomía y protección, permitiendo al causante ejercer su voluntad plenamente, mientras se preserva la seguridad económica de los dependientes. Esta reforma contribuiría a un derecho sucesorio moderno, justo y adaptable a la diversidad familiar del siglo XXI.