



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:
INCAPACIDADES PARA TESTAR**

**AUTOR (ES):
Lindao Barzola, Yael Natasha
Gavica Zavala, Kenyi Valeria**

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

**TUTOR:
González Alarcón, Hugo Manuel**

**Guayaquil, Ecuador
28 de agosto del 2019**



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS CARRERA DE DERECHO**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Lindao Barzola Yael Natasha y Gavica Zavala Kenyi Valeria**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogadas de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR (A)

f. _____

González Alarcón, Hugo Manuel

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____

Lynch Fernández, María Isabel

Guayaquil, a los 28 días del mes de agosto del 2019



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Nosotras, **Lindao Barzola Yael Natasha y Gavica Zavala Kenyi Valeria**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **Incapacidades para testar** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de nuestra total autoría.

En virtud de esta declaración, nos responsabilizamos del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 28 días del mes de agosto del 2019

LAS AUTORAS

f. _____

Lindao Barzola, Yael Natasha

f. _____

Gavica Zavala, Kenyi Valeria



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS CARRERA DE DERECHO**

AUTORIZACIÓN

Nosotras, **Lindao Barzola Yael Natasha** y **Gavica Zavala Kenyi Valeria**

Autorizamos a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **Incapacidades para testar**, cuyo contenido, ideas y criterios son de nuestra exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 28 días del mes de agosto del 2019

LAS AUTORAS:

f. _____

Lindao Barzola, Yael Natasha

f. _____

Gavica Zavala, Kenyi Valeria



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

JOSÉ MIGUEL GARCÍA BAQUERIZO

DECANO

f. _____

LUIS EDUARDO FRANCO MENDOZA

COORDINADOR DEL ÁREA

f. _____

RAFAEL ENRIQUE COMPTE GUERRERO

OPONENTE



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas

Carrera: Derecho

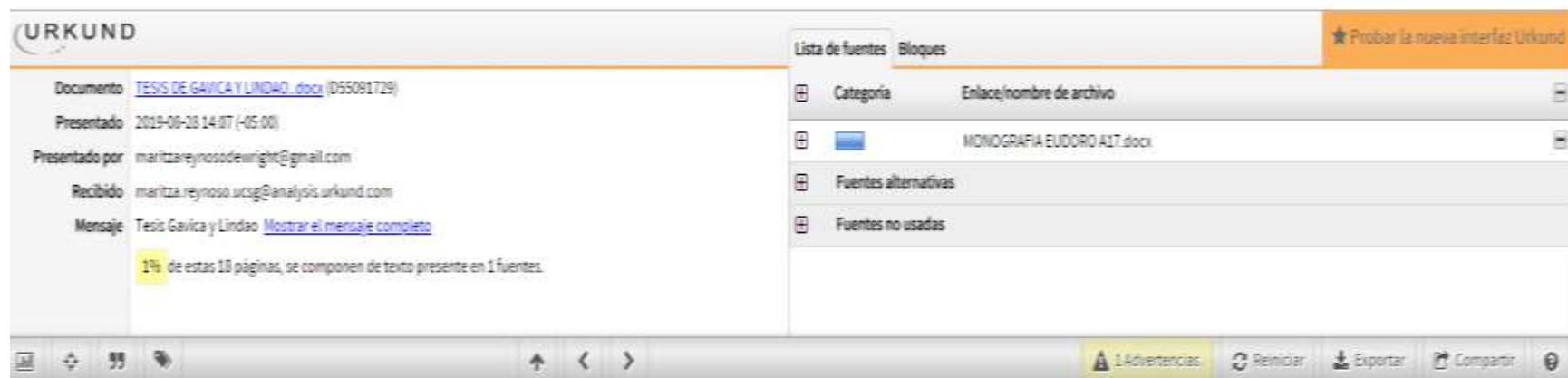
Periodo: UTE A-2019

Fecha: 28 de agosto del 2019

ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado **INCAPACIDADES PARA TESTAR**, elaborado por las estudiantes **YAEL NATASHA LINDAO BARZOLA** y **KENYI VALERIA GAVICA ZAVALA**, certifica que durante el proceso de acompañamiento ambas estudiantes han obtenido la calificación de **DIEZ (10/10)**, lo cual las califica como **APTAS PARA LA SUSTENTACIÓN**.

DR. GONZÁLEZ ALARCÓN HUGO MANUEL
DOCENTE TUTOR



REPORTE DE URKUND

f. _____

Dra. Hugo Manuel González Alarcón

Tutor

f. _____

Yael Natasha Lindao Barzola

Estudiante

f. _____

Kenyi Valeria Gavica Zavala

Estudiante

Agradecimiento

A Dios por permitirme llegar a este momento tan importante y significativo en mi vida, por siempre guiarme en el buen camino y darme la fortaleza necesaria para nunca rendirme.

A mis padres, Lucrecia y Fernando, que han hecho hasta lo imposible por darme lo mejor siempre, han confiado en mis decisiones y las han apoyado incondicionalmente. Han sido mi pilar fundamental y mi motivación diaria.

A mi hermano, Andrés, quien ha sido mi ejemplo de esfuerzo, dedicación y perseverancia.

A mis amigas, que estuvieron para mí en toda ocasión, gracias por hacer de ésta la experiencia más enriquecedora e inolvidable, fue un gusto coincidir y espero sigamos coincidiendo.

A todas aquellas personas especiales que me acompañaron a lo largo de este proceso, no hubiera sido lo mismo sin ustedes.

Yael Natasha Lindao Barzola

Agradecimiento

A Dios, por sus bendiciones en cada momento de mi vida.

A mis padres y a mi tío, por compartir conmigo sus sabios consejos, siendo mi apoyo incondicional en toda mi carrera.

A mi hermana, por brindarme su cariño y apoyo en todo momento.

A mi familia, por siempre ofrecerme sus palabras de alientos para seguir adelante.

Kenyi Valeria Gavica Zavala.

Dedicatoria

A Dios, motor y guía de mi vida.

A mis padres, los merecedores de todos mis logros.

A mi familia, que siempre encuentra la manera de estar para mí.

A todas aquellas personas especiales que siempre me apoyan y tratan de ayudarme a seguir adelante.

Yael Natasha Lindao Barzola

Dedicatoria

El presente trabajo va dedicado primero a Dios por guiarme para lograr este tan anhelado objetivo a pesar de las adversidades presentadas en el camino.

A mi madre, quien ha sido mi pilar fundamental en todas las etapas de mi vida, para ella mi amor y mi gratitud.

A mi abuelita, por ser siempre incondicional y persistir conmigo en todo momento.

Kenyi Valeria Gavica Zavala.

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN.....	XII
ABSTRACT	XIII
CAPÍTULO I	2
1. Antecedentes históricos	2
2. Derechos fundamentales	4
3. Definiciones	5
3.1 Testamento.....	5
3.2 Voluntad.....	6
3.3 Capacidad e incapacidad del libro cuarto	7
4 Capacidad para disponer por testamento	8
CAPÍTULO II.....	10
1. De los incapaces para testar	10
1.1. El menor de dieciocho años	10
1.2. El que se hallare en interdicción por causa de demencia.	13
1.3. El que actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa.	17
1.4. El que de palabra o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente.....	20
CONCLUSIONES.....	24
RECOMENDACIONES	25
BIBLIOGRAFÍA.....	26

RESUMEN

El Derecho Sucesorio tiene como finalidad regular las consecuencias jurídicas que se originen con la muerte del causante, incluyendo la garantía del cumplimiento de su voluntad manifestada en testamento. Sin embargo, existen personas que se encuentran inhabilitadas, para ser beneficiarias de sucesión testada o incluso la intestada, así como limitaciones para que determinadas personas puedan otorgar testamento al no poder disponer libremente de sus bienes por la condición en que se encuentran y son denominadas por la ley como incapaces. Es por esta razón que analizaremos los casos en que exista algún tipo de incapacidad según lo señalado en libro tercero del Código Civil, de manera que se pueda concluir si hay, o no derecho para los incapaces bajo la visión de los Derechos Humanos y Fundamentales. En este trabajo analizaremos si las normas que aparecen como vigentes están vulnerando o se oponen de alguna forma el derecho de los denominados incapaces, determinando si realmente se debe limitar sus actos sin tutelar sus intereses. El Ecuador es un estado constitucional de derechos y de justicia que debe velar por el cumplimiento y la protección de los derechos de las personas sin distinción alguna. En caso de que no se esté regulando de manera correcta, se procurará proponer recomendaciones para regular las consecuencias jurídicas de estas personas, ajustándose a las normas fundamentales y de derechos humanos aplicables, conforme a la Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el país.

Palabras Claves: Sucesión, testamento, incapacidad, voluntad, conflicto de leyes, causante.

ABSTRACT

The Inheritance Law aims to regulate the legal consequences that originate with the death of the causative, including the guarantee of the fulfillment of his will expressed in the testament. However, we find people who are disabled, to be beneficiaries of proven succession or even intestate, likewise we find limitations so that certain people can grant a will by not being able to freely dispose of their assets due to the condition in which they find themselves and by law are known as incapable. It is for this cause that we will analyze the cases in which there is some type of disability as indicated in the third book of the Civil Code, so that we can conclude and recommend, whether there is indeed, or not, the right to test or to be beneficiary for the disabled under the vision of Fundamental and Humans Rights. This work aims to analyze whether the regulations that appear as active, are violating or in any way oppose the right to inherit or testify of the so-called incapable, determining if they should really limit their acts without protecting their interests. Ecuador is a state that guarantees rights and justice that must ensure compliance and protection of the rights of people without any distinction. In the event that it is not being regulated correctly, an attempt will be made to propose a normative that regulates the legal consequences of these people in accordance with the applicable fundamental and human rights regulations, according to the Constitution and the international human rights treaties signed by the country.

Keywords: Succession, testament, disability, will, conflict of laws, causative.

CAPÍTULO I

1. Antecedentes históricos

En la época de los romanos, la institución de la *successio mortis causa* era el derecho que se adquiría por causa de muerte de un familiar, y que iniciaba al momento de darse el deceso de aquel, ocurriendo la ficción legal de la sustitución de un sujeto fallecido, por otro en el conjunto de los derechos y obligaciones que el difunto tuvo. Es decir, se daba una sustitución respecto de una relación jurídica previamente determinada. Este es el antecedente de lo que se conoce como herencia, cuyo origen radicaba en el antiguo derecho civil o quiritarario, y la posesión de los bienes que era regulada por edictos en la época de la magistratura romano-republicana, aproximadamente en el año 367 A.C. (Suárez, 2006, párr. 2). Se daban dos tipos de sucesión: la primera, *per universitatem successio in universum ius* o sucesión a título universal; y la segunda, *in singulas res*, la sucesión a título singular.

La sucesión por causa de muerte es una institución que marcha de forma paralela al derecho de propiedad, del cual es una prolongación más que una consecuencia. De ahí se parte para que la sucesión sea desconocida en la época en que imperaba la propiedad colectiva. Una vez que apareció la propiedad individual, ya en época de Roma, nace inmediatamente la sucesión testamentaria por causa de muerte (Vodanovic, 1937, pág. 2).

Roma dio a la sucesión gran relevancia al desarrollar la figura del testamento. Es así que, el jurista Mainar sostenía que, a comienzos de esta época le daban amplias facultades de decidir la finalidad y disposición de sus bienes al *paterfamilias*, las personas libres y los ciudadanos romanos, puesto que eran considerados personas con plena capacidad jurídica y de obrar para testar, limitando así al impúber *sui iuris*, al loco -excepto los momentos de lucidez-, al maquiño o herejes por cuestiones religiosas, entre otros, ya que se consideraban incapaces de disponer (2006, pág. 6)

La mujer pudo testar a partir del gobierno del emperador Adriano, en cuyo caso necesitaba previa autorización de su tutor, mientras subsista la tutela de esta, ya que la

Lex Voconia del año 169 a.C. había limitado su capacidad patrimonial y sucesoria (Ortuño, 2015, pág. 57)

Mainar menciona también que, en Roma, a los sordos y mudos, como parte del grupo de los incapaces, estos pudieran testar con la aparición de las formas escritas previa autorización del emperador, ya que tenía el medio de darse a entender su voluntad. Fue en época de Justiniano que la incapacidad se limita a los sordomudos de nacimiento (2006, pág. 603)

Como se aprecia, en Roma los menores o aquellos que estaban sujeto a la patria potestad no tenían derechos patrimoniales, hasta que cumplan la edad requerida, que era al llegar a los dieciséis años o que, teniendo esa edad, eran emancipados, vale aclarar que todo acto que un menor realizaba era considerado inexistente y nulo. Sin embargo, por casos excepcionales se les permitió testar, si eran emancipados y se encontraban en una edad entre catorce y dieciséis años (Alvarado, 2016, pág. 7). Así, en Roma para adquirir la calidad de testador era necesario verificar que el individuo cumplía una serie de requisitos para ser considerado hábil de disponer su patrimonio.

Posteriormente con invasiones del pueblo Germánico, se dieron algunos cambios en el derecho sucesorio, dado que, en esta época no se consideraba el testamento, sino que partían en que “la familia es solidaria y la propiedad no es individual, sino justamente familiar”. (Domínguez & Domínguez, 1990, pág. 7). Es por ello que, quien heredaba todos los bienes eran los parientes de sangre, quedando todo el patrimonio con la familia y no a favor de un tercero.

El Código Civil de Chile redactado por Andrés Bello continuó la teoría romana, limitando el derecho de disponer de sus bienes a quienes se encontraban con algún tipo de incapacidad, por ello, los impúberes, dementes y sordomudos que no puedan darse a entender por escrito se les impuso no poder testar por carecer de razón, no tener voluntad o no tener posibilidad de comunicar debidamente su decisión. Cualquier acto ejecutado por ellos era nulo, no podían ni siquiera contraer obligaciones naturales. El sordomudo y el demente tenían incapacidades diferentes, ya que, si el sordomudo podía darse a entender por señas o por escrito, vuelve a tener capacidad plena, mientras que el demente si testa en estado de lucidez se considerará que este acto era válido y por tanto este era capaz de disponer de sus bienes.

La legislación ecuatoriana acogió la redacción del Código Civil de Andrés Bello y tomó como base estas normas, conservando además las limitaciones a la voluntad del testador al momento de repartir su patrimonio, puesto que debe respetar las asignaciones forzosas; quedando así únicamente a su libre voluntad la llamada cuarta de libre disposición. Sólo respecto de esta parte del patrimonio el testador puede distribuir o destinar a su arbitrio.

Nuestro Código Civil también exige que el testador sea capaz y además que no incurra en ninguna de las limitaciones legales que le impedirían realizar disposiciones patrimoniales, debido a que es indispensable estar dotado de capacidad volitiva para que pueda disponer de sus bienes y pactar su voluntad en un testamento.

2. Derechos fundamentales

La expresión derechos fundamentales, hace referencia a todas aquellas características o cualidades esenciales y vitales de la persona que deben ser amparadas por el ordenamiento jurídico (Chiriboga & Salgado, 1995, pág. 15)

Eduardo de la Parra, menciona que los derechos de la personalidad son derechos de la propia persona, lo que quiere decir que consisten en la potestad que tiene la persona sobre sí misma y que le permite disponer libremente de sus manifestaciones internas y externas (Parra, 2001, pág. 143).

Entre los derechos de la personalidad, se encuentran los derivados de la dignidad de la persona, que se reconocen en la Constitución del Ecuador en su artículo 11 numeral 7. Así mismo, el artículo 84 menciona que los órganos con potestad normativa deben adecuar las normas a los derechos que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

A partir establecido, definimos a los derechos fundamentales como aquellos derechos inherentes a las personas que le corresponden por el hecho de serlo, en cuyo caso, el estado debe salvaguardar dichos derechos puesto que todos se encuentran interrelacionados entre sí.

La configuración legal de un derecho corresponde al desarrollo normativo que puede generarse en el ordenamiento jurídico, especialmente en normas de categorías inferiores al rango constitucional, las cuales sirven para facilitar la ejecución práctica de los derechos, lo cual evidentemente no debe corromper el núcleo duro de tal

derecho. Ante esta situación, determinamos el siguiente problema jurídico: la Constitución del Ecuador en su artículo 69, numeral 2 establece el derecho a testar y de heredar, así como la libre administración y disposición de sus bienes¹; sin embargo, desde el punto de vista normativo, específicamente en las disposiciones del Código Civil, se imposibilita, ya sea por incapacidad, inhabilidad o indignidad que una serie de sujetos puedan acceder a estos derechos reconocidos por nuestra Carta Magna.

El Dr. Ramiro Ávila menciona que “Las normas jurídicas no deben ser un impedimento o un obstáculo para la realización de derechos fundamentales, sino más bien una de las formas de promover su respeto y ejercicio” (2012, pág. 1). No obstante, observaremos en el desarrollo del presente trabajo investigativo que, desde un punto de vista teórico, e incluso médico y pragmático, las causales de indignidad e inhabilidad poseen su fundamento suficiente para su aplicación. Sin embargo, cabe cuestionarse si dicho fundamento es suficiente para la aplicación en cuanto al derecho constitucional se refiere.

3. Definiciones

3.1 Testamento

La palabra testamento tiene su origen etimológico en dos expresiones latinas: *-testatio mentis-* que significan testimonio de la voluntad. Es por este motivo que se puede definir al testamento como aquel instrumento mediante el cual una persona manifiesta su última voluntad (Somarriva M. , 1997, pág. 173).

El artículo 1037 del Código Civil lo define como 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 en él, mientras viva”.

El testamento es un acto jurídico, ya que es una declaración de voluntad llamada a producir efectos jurídicos, y para que esta voluntad sea considerada válida, la persona debe tener plena capacidad.

El Art. 1043 del Código Civil señala cuatro incapacidades para otorgar testamento, a saber:

1. El menor de dieciocho años

¹Art. 52.- Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido características (...)

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

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

Para determinar estas incapacidades, se estaría tomando en cuenta el grado de discernimiento suficiente que debería tener una persona para manifestar su voluntad, entendiendo que el razonamiento de cada persona varía dependiendo de su edad, por motivos biológicos o psicológicos, lo que lo afecta directamente y, por consiguiente, interfiere en su toma de decisiones.

De esta forma se busca darles una protección a las personas cuyo desarrollo volitivo devenga en perjudicial para ellos mismos, especialmente en el aspecto patrimonial. Esto es coherente con la finalidad del derecho civil, toda vez que la sucesión tiene que ver con derecho patrimonial y familiar, tratándose de proteger los derechos que puedan llegar a tener los familiares respecto de los bienes de los incapaces.

3.2 Voluntad

Al referirnos a la voluntad se debe tener en cuenta que es el principal elemento del acto jurídico y que, para que tenga eficacia se requiere que la persona que la manifieste, goce de plena capacidad, de tal manera que no haya cabida a eventuales vicios de nulidad. La voluntad recae sobre un objeto, la causa está en la manifestación de voluntad y se exigen solemnidades para que esa manifestación sea plena, por lo que en la voluntad se logran encontrar todos los elementos del acto jurídico (León, 1991, pág. 26), como ejemplo, y toda vez que nos encontramos analizando la institución del testamento, cabe mencionar que, al otorgar este acto, la voluntad del eventual causante recae sobre sus bienes –objeto-, mismos que pretende dejárselos a sus herederos - causa- y que, cumpliendo ciertas solemnidades, en caso de testamento cerrado, en presencia de los testigos exigidos por la ley, producen todos los efectos legales correspondientes.

El artículo 1461 del Código Civil establece que “la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o autorización de otra”. (Código Civil, 2015)

La voluntad es aquello que nos permite hacer lo que queramos, ordenando nuestros deseos íntimos y exteriorizándolos. La voluntad no exteriorizada, que forma parte del mundo psíquico, no genera efectos en el derecho, pues se trata de un fenómeno que terceros no pueden conocer.

En otras palabras, según el autor Guillermo Bossano “la voluntad es la expresión libre del deseo de una persona” (1974, pág. 168), haciendo un énfasis en la palabra libre, se refiere a que son actos de una persona que quiere exteriorizar el deseo de algo, sin limitaciones de ningún tipo al momento de decidir, ya que estas limitaciones influyen directamente en el resultado final, provocando que la decisión que se haya tomado no sea la misma que uno quería inicialmente

3.3 Capacidad e incapacidad del libro cuarto

Las personas contamos con una capacidad, la misma que se distingue entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. La capacidad de goce es aquella que viene con la persona por el hecho de existir, es la que todos tienen, sin distinción ni excepción. Sin embargo, la capacidad de ejercicio es la que se ve limitada en ciertas personas al cumplir con ciertas condiciones. La ley hace la distinción entre personas capaces e incapaces, debido a que, por determinadas condiciones, la voluntad de estos últimos no es comunicable o aquella no es producto de un razonamiento adecuado, por lo que no se les permite realizar ciertos actos a estas personas, tratando de proteger los actos jurídicos que pudiesen ejecutar. El Código Civil, a través del artículo 1463 hace una distinción entre los incapaces, en el sentido de que los agrupa en incapaces absolutos y los relativos, estableciendo que éstos últimos, tienen la posibilidad de ejecutar ciertos actos determinados por la ley y que surtirán plenos efectos.

De esta disposición también se puede analizar que el factor que impide que los actos de los incapaces absolutos surtan efectos es que su voluntad no puede interpretarse de forma clara o simplemente no puede ser manifestada de alguna forma, es decir, toma en cuenta la comunicabilidad o expresividad de la voluntad, ya que, si no logra exteriorizarla, no podríamos saber en qué consiste su voluntad, ni como pretende que esa voluntad se haga cumplir.

Sin embargo, en el caso de los incapaces relativos cabe cuestionarse por qué en ciertas circunstancias sus actos pueden tener valor y en otros no. Podría entenderse que se debe a que su voluntad puede ser manifestada, sin embargo, la voluntad de estas

personas puede no ser suficiente para que se la considere como válida en ciertas ocasiones.

La capacidad de ejercicio es la parte activa y cambiante de la capacidad legal como la aptitud para ejercer por uno mismo los derechos y obligaciones sin necesidad de que intervenga un representante legal. Es decir, no es igual en todas las personas, ya que se fundamenta en la madurez personal del individuo (Delgado, 2000, pág. 2).

La sucesión testamentaria se origina por la voluntad del causante, la misma que se materializa en un instrumento llamado testamento. Esta voluntad se basa en la libertad que tiene la persona para disponer de sus bienes para el tiempo posterior a su muerte.

4 Capacidad para disponer por testamento

Haciendo una recapitulación, a partir de las definiciones explicadas previamente, se puede determinar que solo aquellas personas que tienen la posibilidad de tener voluntad y que tengan la habilidad de manifestarla, tienen la facultad de disponer de sus bienes a través de un testamento (Maffia, 1993, pág. 141).

Es decir, que pueden existir personas que tengan voluntad, pero como no tienen la posibilidad de exteriorizarla y materializarla, documentalmente o ante otras personas de forma clara, no se les permite testar; así también, se puede dar el caso de que teniendo la posibilidad de manifestar su voluntad, no pueda ser tomada en cuenta debido a que se encuentra inmerso en alguna situación que provocara duda en cuanto a si es verdaderamente su voluntad o si se está viendo afectada por algún otro factor.

Es por esto que se hace necesario analizar las incapacidades del artículo 1043 establecidas en el Código Civil, de tal manera que se pueda determinar si estas personas tienen algún método alternativo para expresar su voluntad, o si las incapacidades que afectan su psiquis son de tal magnitud que, todo lo que esa persona exprese, no sea una voluntad real.

Existe otro factor que también es menester analizar, ya que las personas declaradas incapaces, están sujetas a una tutela, en la cual una tercera persona las sustituye en la toma de sus decisiones, lo que se hace con el fin de proteger a estas personas a fin de que sus actos sean plenos y en pro de su bienestar, de manera que no se perjudiquen a sí mismos.

Hay que tener en consideración que, al tratarse de un tercero, no hay forma alguna de que este pueda expresar la voluntad del incapaz, ya que se trata de una persona distinta y las decisiones que tome serán en base a lo que él creyera es mejor para que el incapaz viva de manera óptima. Esto coincide con lo establecido el art. 1042 Código Civil, que menciona la facultad de testar es indelegable por lo que se entiende que no habría posibilidad de que el incapaz pueda testar aún por intermedio de su tutor.

Esta figura del tutor de una persona incapaz es establecida en el afán de intentar lograr un equilibrio respecto de la deficiencia que tenga este tipo de personas en frente de otras, en otras palabras, se trata de normalizar a las personas con discapacidad y normalizarlos frente a otros en sus actividades jurídicas, de tal forma que no se vean afectados por sus condiciones.

De todo lo analizado con anterioridad, se puede llegar a una conclusión parcial, en donde se tome en cuenta que las personas que se encuentran inmersas en alguna incapacidad no pueden disponer de sus bienes para después de su muerte, por lo que de cierta forma se estaría menoscabando sus derechos.

En definitiva, la capacidad es aquella característica que tiene una persona para poder realizar cualquier acto conociendo de manera lógica y discernida cuál es en realidad la voluntad que quiere plasmar en el testamento, sin influencia de terceras personas al momento de ser otorgado.

En este sentido la incapacidad es aquella falta de aptitud que tiene una persona para razonar correctamente y saber a quién disponer el destino de su patrimonio una vez que muera, por lo que, al no tener total discernimiento de sus actos, se encuentra limitado de testar; el mismo caso se extiende a los incapaces que no pueden dar a conocer su voluntad, puesto que esta no se puede presuponer, sino que debe ser fiel reflejo y exteriorización de sus deseos.

CAPÍTULO II

1. De los incapaces para testar

El Ecuador al ser un estado garantista, debe fomentar el respeto a todos los derechos de las personas, a través del artículo 69, numeral 2 de la Constitución reconoce que se garantizará el derecho de testar y de heredar de las personas (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Como ya se estableció en el capítulo primero del presente trabajo, nuestro Código Civil hace una distinción entre los capaces e incapaces. Pero, más allá de dicha distinción, cabe aterrizar en el ámbito del presente trabajo, tomando en cuenta que no todos los incapaces, son considerados como inhábiles para testar. Tal como corresponde, analizaremos cada una de las causales de inhabilidad para testar recogidas en nuestro Código Civil a fin de verificar si cada una de estas contraviene o no el derecho de cada persona a testar.

El art. 1043 establece las personas que se consideran inhábiles para testar, las mismas que serán objeto de análisis a continuación.

1.1. El menor de dieciocho años

El art. 1463 del Código civil menciona que los menores de edad tienen cierta clasificación respecto de su capacidad de ejercer ciertos actos jurídicos. Esta división se la realiza en virtud de su desarrollo biológico cognitivo, ante lo cual estamos de acuerdo, sin embargo, la ley debe mantener coherencia entre esta disposición y lo señalado respecto de la capacidad de testar.

Este artículo también menciona que son absolutamente incapaces, entre otros, los impúberes, de manera que sus actos no producen siquiera obligaciones naturales. Para comprender a qué se refiere la ley con impúberes es necesario remitirnos a lo indicado en el art. 21 del mismo código, en el que se establece que por impúber se entiende al varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que aún no ha cumplido doce, por lo que la ley restringe a estas personas de otorgar un testamento.

Continuando con lo estipulado en el art. 1463 citado, se recoge que también son incapaces, entre otros, los menores adultos, pero la incapacidad de estos no es

absoluta, sino que sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias determinadas por las leyes. Ante esto, debemos remitirnos al mismo art. 21 antes referido, según el cual, los menores adultos son los que han dejado de ser impúberes y no han cumplido 18 años. En concordancia con esto, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se pronuncia en su art. 4 estableciendo que es adolescente el que tiene entre 12 y 18 años, por lo cual guardan relación estas normas.

En cuanto a la capacidad de testar, es nuestro criterio que la legislación civil incurre en una vulneración directa en los derechos de la personalidad de estos sujetos del derecho, puesto que, si bien es cierto, lo que se protege al establecer estas restricciones es que el patrimonio del menor quede a disposición de sus herederos conforme lo dispuesto en la ley, pero no es menos cierto que el menor de 18, pero mayor de 12, tiene un criterio formado, aunque sea de forma mediana. Además, que implicaría una deficiencia en la protección legal de los derechos, más concretamente, el de la dignidad de la persona, el mismo que se encuentra protegido en el Art. 45 inciso segundo de la Constitución, donde se establece que los niños, niñas y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, incluyendo el respeto de su libertad y su dignidad (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Al analizar este aspecto de discernimiento del menor de 18 años también puede observarse que la Corte Constitucional del Ecuador mediante sentencia 003-18-PJO-CC permite a los menores entre 12 a 18 años de edad elegir su sexualidad, circunstancia determinante derivada de la voluntad del individuo; bien podría un menor de edad otorgar testamento en razón de su discernimiento a dicha edad, esto es que se ve con capacidad para expresar su decisión respecto de sus bienes.

Cabe recalcar que se considera que la capacidad de testar es restringida a los menores de edad, pues no cuentan con la madurez suficiente para saber distinguir y tomar decisiones adecuadas para su buen desarrollo o que podría ponerlos en desventaja. Sin embargo, no podemos ignorar el hecho de que existen ciertos menores que logran demostrar que tienen la habilidad de saber priorizar responsabilidades, lo cual podría marcar un precedente para establecer que ellos si tendrían el grado de razonamiento suficiente para expresar una voluntad válida en el mundo jurídico y que, al no permitírsele, se estarían violando sus derechos.

Según la legislación especializada en niñez y adolescencia, cada caso de un menor adulto o adolescente, es uno particular, debido a que el desarrollo de su personalidad, mentalidad y muchas otras características de madurez son resultado de diferentes factores tales como la educación, la convivencia familiar, el entorno social y económico, entre otros, por lo que establecer una edad mínima para conocer su aptitud de testar libremente, resulta complicado.

No obstante, el mismo Código Civil en múltiples pasajes faculta al menor adulto para administrar ciertos bienes, tal como lo es el art. 461, en el que se recoge que el tutor del menor adulto podrá confiar al pupilo la administración de alguna parte de los bienes pupilares, si lo juzgare conveniente; y, en caso de que así lo hiciera, lo limita a autorizar, bajo su responsabilidad, los actos que el pupilo ejerza en esta administración. Además, el mismo artículo establece que se presume la autorización para todos los actos ordinarios de administración.

En el mismo sentido encontramos que el art. 460 del mismo código civil, faculta al menor que está bajo tutela a administrar los bienes adquiridos por él en el ejercicio de una profesión o industria, por lo que esta disposición también denota que la legislación civil comprende que el menor adulto tiene un desarrollo cognitivo suficiente para administrar sus propios bienes, más aún cuando es él mismo que los adquirió por cuenta propia debido a su propio trabajo.

Además, en el art. 459 del cuerpo normativo referido, se menciona que la designación del tutor corresponde exclusivamente al menor, quedando únicamente a discreción del juez el aceptar tal designación, si fuere idónea; por lo que es evidente que, si es el mismo menor adulto quien nombra a su tutor, es porque aquel posee un coeficiente volitivo suficientemente desarrollado como para conocer lo que más le conviene, es decir, se encuentra apto para tomar decisiones que afecten directamente a sus derechos personales.

Con esto coinciden otras normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano, como ejemplo podemos mencionar al Código Orgánico General de Procesos, en cuyo segundo inciso del art. 31, estipula que los adolescentes pueden ejercer de manera directa las acciones encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos personales y garantías. Esto se halla en concordancia, y estricto cumplimiento, con lo ordenado

por el art. 45 de la Constitución mencionado anteriormente, por lo cual el restringir sus derechos contraviene directamente esta disposición constitucional.

En definitiva, de las disposiciones citadas y analizadas, podemos colegir que el ordenamiento jurídico peca de insuficiente en cuanto a otorgar facultades a los menores adultos, puesto que resulta incoherente el considerarlos aptos para el ejercicio de ciertos derechos e inhábiles para otros, mucho menos cuando estos otros derechos resultan similares en su fin. Por lo que esta causal debería ser actualizada, indicando que al establecer que los menores, a partir de los quince años tienen la capacidad para trabajar, debería permitírseles disponer respecto de aquellos bienes que formen parte de su peculio profesional

1.2.El que se hallare en interdicción por causa de demencia.

Para analizar este numeral, primero debemos saber qué entendemos por *demente*, para lo cual debemos referirnos a otras fuentes que no sean directamente la ley, puesto que nuestro ordenamiento jurídico no determina concepto alguno para este término.

Los profesores Frigerio y Letelier, en su artículo sobre la capacidad de los dementes y sordomudos - Especialmente de aquellos que no pueden darse a entender por escrito-, citan al antiguo Código Sanitario Chileno, en el que definen a la persona demente como:

La que tiene manifestaciones de una enfermedad o defecto cerebral caracterizado por un estado patológico desordenado, funcional orgánico, más o menos permanente de la mentalidad y por la perversión, impedimento o función desordenada de las facultades sensorias o intelectuales, por el menoscabo o desorden de la volición (1992, pág. 289).

Por otra parte, en el libro Curso de Derecho Civil de Alessandri y Somarriva se menciona que el demente “es la persona privada de la razón, de su sano juicio a consecuencia de un trastorno mental, momentáneo o permanente, cualquiera que sea la causa o intensidad, cualquiera que sea el nombre técnico que la medicina le dé”. (2014, pág. 183) Sabemos que la demencia es, por lo general, un padecimiento que se degenera en la condición humana en cierto momento; esto es, que puede ser una

condición sobreviniente al normal comportamiento de una persona, por aquello la causal de demencia para la nulidad debe ser probada en cuanto al momento en el que el individuo realizó el acto o contrato y sus efectos surten hasta que el interdicto demente se ha rehabilitado.

Conforme ilustra la jurisprudencia publicada en la Gaceta Judicial No. 15. Año XCIX. Serie XVI., sentencia expedida en Quito, 29 de marzo de 1999 hace referencia a la palabra demente como aquel que “adolece de un grave trastorno de la mente, en virtud del cual habitualmente no puede cuidar de sí misma en forma adecuada, y que además es incapaz de administrar sus bienes con diligencia ordinaria o mediana.” (Corte Suprema de Justicia del Ecuador, 1999)

Así mismo el Dr. Juan Larrea Holguín, enfatiza que los términos demente o loco requieren de una interpretación exegética, según la cual estos conceptos abarquen toda clase de enfermedades mentales que ocasionen una privación de las facultades cognitivas que, por lo menos de manera habitual, generen que los actos ejecutados por estas personas carezcan de voluntad libre y consciente. Por otra parte, menciona como requisito indispensable el estado de habitualidad de la enajenación mental, considerando insuficientes los estados transitorios o esporádicos de privación de la razón para que una persona sea puesta en interdicción por locura (1985, pág. 219).

Este criterio respecto del requisito de la habitualidad concuerda con el análisis realizado por la Corte Suprema de Justicia del 20 de febrero de 1981, publicada en la Gaceta Judicial No. 11, Serie XIII, definió a la neurosis como:

Expresión de un trastorno de la personalidad, caracterizada por un desarrollo inadecuado del sujeto, fundamentalmente representado por una inmadurez emocional que hace proclive a la ansiedad al sujeto que padece, por lo que ante una situación conflictiva o aumento desproporcionado de la estimulación surge la ansiedad, siento ésta, un impulso secundario que aparece a partir de un impulso primario o miedo. (Corte Suprema de Justicia del Ecuador, 1981)

Esta misma Corte concluye que este tipo de patologías no puede ser considerado como demencia o locura dado que:

Se trata de un trastorno de afectividad, que está incluido dentro de la hipertemia displacentera, en la cual hay, un predominio de histeria y se produce la

disminución de la actividad pero, en modo alguno, se involucran trastornos profundos de la conciencia, del pensamiento, de la memoria, de la orientación y de las sensopercepciones. (Corte Suprema de Justicia del Ecuador, 1981)

Por esto, podemos concluir que quien sufre de psiconeurosis depresiva, no puede ser considerada como demente o loco, debido a que este trastorno se centra en la afectividad de la persona por lo que no se producen trastornos que afecten su capacidad volitiva y lo vuelva incapaz de disponer sus bienes, considerándose incluso a esta enfermedad como transitoria, pues el enfermo se restablece una vez que desaparece el factor que provocó tal reacción sin dejar alguna afectación mental.

Esto es, al revisar los problemas de formación del consentimiento, podremos apreciar que existen trastornos leves y trastornos fuertes psicológicos. Estos últimos desconectan al individuo de la realidad y por ello acarrearán la nulidad de sus actos. En el caso citado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al referirse a una neurosis, ésta es de naturaleza leve y no afecta la formación del consentimiento para decidir sobre los bienes del individuo, situación que a través de la jurisprudencia ha sido incorporada en los razonamientos que deben tenerse presente para la resolución de los casos.

Este análisis realizado por la Corte Suprema es apoyado por los profesores Frigerio y Letelier, quienes en su trabajo ya citado mencionan que no todas enfermedades psicológicas deberían ser consideradas como un trastorno que genera la demencia, puesto que no es así, si bien es cierto que la mayoría de las enfermedades psicológicas afectan la salud mental del individuo privándolo a que este puede desarrollarse libremente y que su capacidad cognitiva y volitiva se vea viciado, no se debe entender que toda enfermedad psicológica afecta la siquis de la persona, como podemos apreciar en el párrafo anterior que analizamos a la neurosis que según médicos científicos lo denominan casos oscuros que puede ocasionar algún tipo de trastorno, pero esta enfermedad no afecta la capacidad volitiva. Sin embargo, si existen otras enfermedades como la sicosis, el oligofrénico, psicopatías y otras enfermedades que si deben estar dentro de las categorías de trastornos psicológicos que afecta la salud mental. (1992, pág. 290).

Tomando en consideración las diversas enfermedades mentales que se consideran como demencia, el código civil no la diferencia y esto conlleva a un error

normativo que puede vulnerar el derecho de testar para aquellas personas que al estar afectada por una enfermedad psicológica – trastorno de personalidad -, incurría dentro de la categoría de enfermos mentales, pero no dementes y por ello no se encuentra viciada su voluntad. Esta circunstancia deberá ser analizada caso por caso.

Esta causal se colige con la del numeral 3 del artículo 1043 del Código Civil, por cuanto, en esta última se deja abierta la posibilidad a cualquier causa que no permita a la persona estar en su sano juicio, por lo que en esta también se incluye a quien no haya sido declarado interdicto por causal de demencia.

La única diferencia de estas causales, respecto de la demencia, radica en un tema netamente procesal, puesto que en caso de que una persona ya haya sido declarada interdicta mediante sentencia judicial debidamente ejecutoriada, quien alegue la nulidad de un testamento no debe realizar otra cosa más que probar la existencia de dicha resolución, ya que el acto jurídico celebrado por el interdicto ya no surte efecto alguno.

En cambio, según el tratadista Juan Larrea Holguín manifiesta que en caso de que alguien quisiera invocar la tercera causal para invalidar un testamento, debe probar que, al momento del otorgamiento de dicho acto, el testador se encontraba privado de sus capacidades cognitivas, puesto que mientras no se pruebe aquello, tal acto se encuentra investido de una presunción de legitimidad (1985, págs. 251-152), dicho criterio es el que se desprende del artículo 486 del Código Civil, en el que se establece que:

Los actos y contratos del demente, posteriores a la sentencia de interdicción, serán nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido. Y por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción serán válidos, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente. (Código Civil, 2015)

Por lo expuesto, y considerando que no todas las enfermedades mentales implican un menoscabo en el aspecto cognitivo del sujeto, concluimos que esta causal, en la forma en que está redactada, vulnera el derecho a la dignidad de las personas, respecto de quienes no ven afectada su capacidad de razonar pese a padecer de una patología, esto es, se necesita una actualización de la Ley en tal sentido Otro derecho

que se trasgrede es el derecho a la igualdad material, ya que a las personas que no ven afectada su razón por la enfermedad que padecen, se las trata de una manera diferente a las personas en un estado óptimo de salud, lo cual no se debe dar en este caso, puesto que lo que se intenta proteger es la voluntad del testador, y esta, en estos casos, se ve claramente reflejada. Diferente es el caso de quienes padecen una patología tan extrema en que su actividad cognitiva y volitiva se ve comprometida, en virtud de que dichas actividades están regidas directamente por su enfermedad.

Por estas razones, consideramos que esta causal de inhabilidad debería ser actualizada, puesto que el término demente resulta, cuanto menos, impreciso, vago y arcaico, trasgrediendo el principio de desarrollo progresivo de los derechos, conforme lo determina la Constitución, así como el derecho a la dignidad del ser humano proclamado en la Declaración Interamericana de Derechos Humanos, ya que se podría estar conculcando el derecho de una persona que sufre una afección mental pero que no necesariamente por eso, está privada de su juicio.

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

En el tercer numeral del artículo 1043 del Código Civil menciona a los que, sin ser considerados dementes, se encuentran en una situación de privación del sano juicio; como el caso del que se encuentre en estado de ebriedad, hipnotismo, escopolamina, o una persona que ha sufrido una crisis derivada del trastorno de su personalidad. El mismo no se puede confundir con el apartado de los dementes, porque la ley se ha encargado de presentar tal diferenciación a lo largo de sus articulados; sin embargo, tanto para el demente, como para el privado de su sano juicio, la consecuencia jurídica del acto que celebraren sería la nulidad absoluta, debido a que la voluntad libre y espontánea del sujeto es un requisito indispensable para la existencia del consentimiento.

Esta causal se centra en el hecho de que la capacidad cognitiva del sujeto que otorga el testamento se encuentra afectada por alguna causa, entre las cuales menciona principalmente al alcohol a modo de ejemplo. Sin embargo, deja abierta la posibilidad de que cualquier otra turbación mental encaje dentro de esta causal de inhabilidad para otorgar testamento.

Para analizar esta causal, es necesario definir cuándo el juicio de la persona se ve realmente afectado, tomando en cuenta que su finalidad es tener la seguridad que al momento de establecer testamento la persona haya tenido integridad mental. Cabe destacar que esta numeral evidencia que la importancia no radica en que haya una declaratoria judicial que diga que una persona no puede realizar determinados actos por su estado mental, lo importante es que haya evidencia que el acto realizado no haya sido fruto de la voluntad y del ejercicio de la libertad individual (Orbe, pág. 158).

Tal como ejemplifica la ley, las drogas son la principal causa de que el juicio de una persona se vea afectado, ya que afectan directamente al sistema nervioso, provocando efectos como somnolencia, alucinaciones e incluso estados de inconsciencia. Entre estas encontramos al alcohol, que, al ser la droga más aceptada socialmente, sirve de guía para entender a los demás psicoactivos o psicotrópicos.

Esta sustancia es fundamentalmente depresiva, debido a que reduce ciertas funciones motrices ocasionadas por la disminución de la transmisión sináptica en el sistema nervioso humano. Su consumo excesivo puede producir una disfunción aguda y crónica de las funciones cerebrales, produciendo alteraciones en el sistema nervioso central, perjudicando la memoria y funciones intelectuales, tales como alteraciones en el juicio y la afectividad (Arias, 2005, pág. 143).

Los autores Souza y Macharro sostienen que el alcohol tiene la capacidad de irrumpir la barrera hemoencefálica, incluso interferir en los potenciales de acción nerviosa, es decir, al alterar la corteza cerebral ocasionan modificaciones conductuales (citado por Arias, 1988, pág. 140).

Por depresión, debemos entender que genera una disminución o supresión de gran porcentaje de las capacidades comunes del sistema nervioso central, empezando en primer lugar en sus funciones integradas, deprimiendo tanto centros inhibitorios como excitatorios. Las primeras funciones mentales comprometidas son los relacionados al aprendizaje, alterando posteriormente la atención, la concentración, el juicio y la capacidad de raciocinio, los cuales se tornan más acentuados a medida que la intoxicación avanza, provocando cambios cognitivos mayores y deterioro general (Tello & Cote, 2006, págs. 34, 35, 36).

Por su efecto depresivo, el alcohol tiene propiedades sedantes que ocasionan un efecto similar a la anestesia en ciertas zonas cerebrales, inhibiendo el correcto funcionamiento de las neuronas, ocasionando una disminución de su actividad. El uso excesivo de alcohol produce la necrosis de las neuronas, por lo que ocasiona un malfuncionamiento cerebral en caso de que esta pérdida sea tal que sobrepase el número mínimo de neuronas que necesita el cerebro para su correcto desempeño.

Conociendo estas consecuencias a largo plazo, es lógico comprender que en plazo inmediato el alcohol altera el funcionamiento del cerebro y, por ende, de las funciones cognitivas, ya que, al ocasionar un efecto anestésico, ocasiona un adormecimiento en las neuronas, generando una depresión en la sinapsis de estas, es decir, un funcionamiento más lento, afectando la razón del sujeto (Arias, 2005, pág. 140).

Así como este psicoactivo, existen otras drogas que producen alteraciones en el organismo y conducta de las personas, influyendo directamente en el sistema nervioso central, ya que invaden el sistema de comunicación del cerebro, vulnerando y modificando la forma en que las células nerviosas en general normalmente envían, reciben y procesan la información normalmente; entre estas sustancias, puede citarse a la marihuana que tiene como efecto el imitar a los neurotransmisores producidas por el organismo. Estos cumplen la función de generar la sinapsis entre las células nerviosas, por lo que son los comunicadores de la información de una neurona a otra; estas sustancias psicotrópicas producen una saturación en las neuronas receptoras de la información por lo que, al llegar esta data, llega distorsionada o con modificaciones. Por otro lado tenemos otras drogas como la cocaína o las anfetaminas que “estimulan la producción de mayor cantidad de neurotransmisores, trastornando los canales de comunicación entre las neuronas” (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2015, pág. 39) .

En resumen, podemos concluir que una persona bajo los efectos de cualquier sustancia que produzca los efectos generados por las drogas referidas, no posee un pleno conocimiento de la realidad, por lo que se ven comprometidas sus funciones cognitivas como volitivas, puesto que su percepción de lo exterior se ve distorsionado en cuanto los efectos de estos psicotrópicos generan cambios en los receptores neuronales de información; de igual manera, al verse modificada su percepción de la

realidad, sus actos carecen de voluntad plena, puesto que su accionar carece de consentimiento informado, en virtud de que sus funciones psíquicas, especialmente la del raciocinio se encuentran alteradas. No puede dejar de señalarse que estos casos tienen un primer filtro que sería la constatación y expresiones del Notario o Juez que toma el testamento respecto de habilidad del testador, así como un seguro filtro que se dará en la posibilidad de probar el estado del testador dentro del proceso judicial

En esta misma causal se encuadran los dementes que no han sido declarados como tal y, por ende, carecen de declaratoria de interdicción. Tanto se encuadran en esta causal que, como se mencionó en el análisis de la causal segunda del art. 1043 del Código Civil, pudo darse la posibilidad de que al momento de otorgar el testamento se encontraban enajenados mentalmente por algún tipo de enfermedad mental que los privó de sus funciones mentales básicas, especialmente de su sano juicio, por lo que su acto jurídico resultaría nulo. Sin embargo, pese a que materialmente la ejecución de dicho acto es nula, formalmente mantiene su validez, mientras no se declare la nulidad judicialmente.

Cabe destacar que aparte de las drogas, existen ciertas situaciones de naturaleza psicológica que, si bien son traducidos como trastornos mentales de la persona, provocan grados de consciencia, conductas anormales, cambios de comportamiento o personalidad, pero que desconectan de la realidad a los individuos, en mayor o menor grado, debiendo analizarse caso por caso conforme a las definiciones señaladas en el DSM-IV - Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, puesto que, dependiendo de la inconsciencia y desconexión de la realidad, afectará o no su capacidad para testar.

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

La inhabilidad de las personas que no pueden darse a entender por palabra o escrito, poco tiene que ver con la incapacidad de por ejemplo un sordomudo; tomando en cuenta que la incapacidad jurídica no deviene de la incapacidad mental sino de una imposibilidad de exteriorizar el consentimiento y voluntad; menciona la doctrina en materia civil:

La incapacidad física del sordomudo no proviene de la sordomudez, no es la causa física la que determina la incapacidad: lo que le hace incapaz es el hecho de no poder darse a entender por escrito, porque el individuo está imposibilitado materialmente para expresar su voluntad en términos eficaces; más que la sordomudez se produce por la incapacidad por su falta de instrucción. (Somarriva & Alessandri, 2014, pág. 188)

Por tal motivo se expresa la inhabilidad para testar como un hecho que degenera de no poder manifestar claramente su voluntad; orientado a la inteligencia de la persona, y es razonable, puesto que, dicho de otra manera, estas cuestiones físicas serían razón de interpretación para un tipo de discriminación. Sin embargo, es entendible que se haga mención del sordomudo en estas incapacidades, puesto que en él se reúnen cualidades físicas que imposibilitan la expresión de su voluntad.

Siguiendo el alineamiento del código civil es necesario analizar aquellos sordomudos que aunque no pudiendo darse a entender por los medios antes mencionados, puede expresarse por medio de señas exteriorizando su voluntad. Según los autores Frigerio y Leterie consideran que el lenguaje de señas es:

El mensaje se produce desde las manos del remitente y es recibido a través de la visión del receptor. De manera que las señas, conocidas como los gestos y movimientos de las manos, llevan información lingüística al igual que las palabras del lenguaje oral, lo que permite manifestar en forma fehaciente la voluntad del sordomudo. (1992, pág. 291)

Resulta notable que el lenguaje de señas es relevante en la actualidad y que el ordenamiento jurídico debe entender que es un medio idóneo para saber y entender la capacidad volitiva del sordomudo ante los avances de técnicas pedagógicas y médicas que conllevan a la persona poder disponer de sus bienes. De manera que las señas son gestos que se origina por su propia necesidad para interactuar con las personas, ya sea entre sordos o con oyente que puedan visualizar sus gestos y entender el significado de estos.

Es evidente que la situación del ciego, sordo, mudo o aquella persona que no pueda darse a entender por palabra o escrito, pero si por otro lenguajes -señas- es

injusta ante la falta de progresividad del derecho y la realidad de la sociedad a la que se orienta.

Nuestra Constitución en su artículo 47 numeral 11² hace mención al lenguaje de señas reconociendo como un medio de comunicación, dando así, la oportunidad para las personas con discapacidad auditiva de poderse dar a entender por señas lo que necesita exteriorizar, esto es una garantía constitucional que debe respetarse (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Así también los profesores Doyarçabal, Schmidt, Merino y Florence coinciden en señalar que:

Al hacer depender la incapacidad, de la imposibilidad de manifestar su voluntad por escrito, nuestro código implícitamente está negando que una educación especial que le enseñe al sordomudo a expresarse en un lenguaje de signos, pueda lograr corregir o anular la imperfección natural, permitiéndole adquirir los conocimientos necesarios en orden a realizar determinados actos civiles, para los cuales está hoy inhabilitado. (1992, pág. 66)

Por lo consiguiente, es importante señalar que las señas es un lenguaje que existe y por medio la cual los que sordomudos pueden darse a entender y comunicarse, es por esto, que no es posible seguir afirmando que al sordomudo, ni cualquier persona que se pueda dar entender por escrito es absolutamente incapaz de disponer de sus bienes, sino que habrá que profundizar cada caso de acuerdo a sus facultades al exteriorizar su voluntad o su fuero interno por otros medios de comunicación. Y en tal virtud no se le puede limitar de sus derechos civiles. En este caso se evidencia una total vulneración de derechos, tomando en cuenta que se concibe el lenguaje de señas como una forma alternativa de comunicación, no existe razón lógica que fundamente la limitación, ya que tendrían la posibilidad de disponer sobre sus bienes y comunicarlo sin problema.

² Constitución de la República. Art. 47.- El Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social: 1. El acceso a mecanismos, medios y formas alternativas de comunicación, entre ellos el lenguaje de señas para personas sordas, el oralismo y el sistema braille.

De tal manera que para incentivar la inclusión de este grupo evidentemente vulnerable, se podría reformar el numeral 4 del art. 1043 del Código Civil incluyendo:

4. El que de palabra, por escrito o **cualquier forma alternativa de comunicación**, no pudiere expresar su voluntad claramente.

Tomando en cuenta que para que esta persona otorgue testamento, se deberán incluir ciertas solemnidades a cumplir, a fin de que el testamento sea completamente valido, como por ejemplo, que se lo realice ante notario y con dos testigos, además de un perito certificado y especializado en lenguaje de señas, que verifique y transmita la voluntad del testador.

En síntesis, el fundamento de las inhabilidades antes mencionadas, tienen su fundamento orientado en dos áreas comunes: primero, la madurez física y emocional de la persona; y segundo, la capacidad de expresar su voluntad válidamente, esto es, sin encontrarse en estado alguno que turbe la estabilidad mental del sujeto testador y por consecuencia influya en su voluntad. Tanto para el jurista legislador como para el doctrinario existe el consenso de la necesidad de establecer ciertos requisitos formales en cuanto a la persona que ejecuta un acto jurídico.

Es la imposibilidad de revisión de cada acto lo que nos lleva a colocar normas generales para todos los casos, que en consecuencia pueden ser revisados por el juzgador si aplica o no, en caso de que el acto jurídico sea susceptible de ser revocado o adolezca de un vicio que lo nulite. Pero esto no es más que una excepción a lo general, y es que la ley habilita y otorga la capacidad a todos aquellos que la norma no distinga ni haga excepción específica y taxativamente.

CONCLUSIONES

- El derecho a heredar y testar existe como una forma de proteger la libertad de las personas a disponer respecto de su patrimonio.
- Lo principal en la habilidad o capacidad para testar está dada por la formación del consentimiento y la exteriorización del mismo.
- El Código Civil limita los casos de la realidad puesto que al señalar únicamente a la demencia como un término general ha excluido a quienes sin desconexión de la realidad bien pueden estar en capacidad para testar,
- Si se ha establecido como derecho fundamental el - derecho a testar - la legislación debe desarrollar correctamente y sin discriminación los casos de quienes pueden exteriorizar su capacidad volitiva o dejarlo a expresa consideración pericia caso por caso.
- Se debe proteger no el patrimonio de la persona, sino sus derechos personales en particular la facultad de disposición de sus bienes como una extensión del derecho de propiedad.
- Si bien el ordenamiento jurídico busca proteger a las personas en estado de vulnerabilidad como lo son los menores de dieciocho años e incapaces en general, por la naturaleza casuística del derecho sucesorio, al establecer como regla general y mecanismo de protección que todas las personas menores de dieciocho años no pueden testar a la presente fecha, pero sí pueden exteriorizar su consentimiento y voluntad con relación a derechos personalísimos como lo son los sexuales.

RECOMENDACIONES

Las recomendaciones dentro del marco investigativo del presente trabajo de titulación serian:

- Que, a través del control abstracto, la corte constitucional se pronuncie al respecto del artículo 1043 numeral 1 y 2 y determine si los mismos violan o no el derecho constitucional de heredar y testar.
- Que agregue al primer numeral del artículo 1043 del código civil que los menores de dieciocho años, mayores de catorce, se encuentren habilitados para testar.
- Que en el cuarto numeral del artículo 1043 del código civil, se incluya otras formas de comunicación, para que aquellas personas que puedan darse a entender por medio del lenguaje de señas, se les permita otorgar testamento.
- En caso de que no se lo cumpla a través de un pronunciamiento Constitucional, debería actualizarse la normativa legal incorporando o remitiéndose la Ley a las ciencias psiquiátricas para el análisis caso por caso,

BIBLIOGRAFÍA

- Alvarado, A. (10 de julio de 2016). La capacidad de testar de los menores de edad y su evolución. *Revistas de Derecho Privado*, 1(10), 3-30. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24487902e.2016.10.10599>
- Arias, R. (2005). Reacciones fisiológicas y neuroquímicas del alcoholismo. *Diversitas*, 1(2), 138-147. Obtenido de http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-99982005000200003&lng=pt&tlng=es.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito, Ecuador: Registro oficial 449.
- Avila, R., & Benavides, G. (marzo de 2012). *El desarrollo normativo como garantía de derechos. Balance de la producción*. Quito, Ecuador: UASB Digital.
- Bossano, G. (1974). *Manual de Derecho Sucesorio*. Quito: Editorial Universitaria.
- Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Elemental Jurídico*. Buenos Aires: Ed. SRL.
- Chiriboga, G., & Salgado, H. (1995). *Derechos fundamentales en la Constitución Ecuatoriana*. Quito: ILDIS.
- Compraventa de demente antes de la interdicción, 15 (Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia 29 de marzo de 1999).
- Congreso Nacional. (24 de junio de 2015). *Código Civil*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 46.
- Congreso Nacional. (2017). *Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia*. Quito, Ecuador: Ed. CEP.
- Corte Suprema de Justicia del Ecuador. (20 de febrero de 1981). *Gaceta Judicial*(11), 13. Sentencia.
- Corte Suprema de Justicia del Ecuador. (29 de marzo de 1999). *Gaceta Judicial*(15), 16. Sentencia.
- Delgado, J. (2000). *Elementos del derecho civil*. Madrid: Dykinson.
- Domínguez, R., & Domínguez, R. (1990). *Derecho sucesorio* (Vol. Tomo I). Chile: Editorial jurídica de Chile.
- Doyharçabal, S., Schmidt, C., Merino, F., & Florence, C. (1992). Estudio de un anteproyecto de ley para otorgar a los sordomudos analfabetos capacidad para realizar determinados actos jurídicos tanto en el campo patrimonial como en el extrapatrimonial. *Revista temas de derecho de la Universidad Gabriela Mistral*(1), 63-95.

- Frigerio, C., & Letelier, C. (1992). Sobre la capacidad de los dementes y sordomudos. *Revista Chilena de Derecho*, 19(1), 285-298. Obtenido de https://cultura-sorda.org/wp-content/uploads/2015/05/Frigerio_Letelier_Capacidad_dementes_y_sordomudos_1992.pdf
- Larrea, J. (1985). *Derecho Civil del Ecuador* (Cuarta ed., Vol. IV). Quito: Ediciones Corporacion de Estudios y Publicaciones.
- Larrea, J. (2005). *Manual elemental del derecho civil del Ecuador*. Quito.: Corporación de estudios y publicaciones.
- León, A. (1991). *La voluntad y la capacidad de los actos jurídicos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Maffia, J. (1993). *Manual derecho sucesorio*. Buenos Aires: De Palma.
- Mainar, B. (2006). *Derecho romano: curso de derecho privado romano*. Caracas.: Publicaciones UCAB.
- Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2015). *“Prevención del Uso Indebido de Drogas en Comunidades Educativas de Bolivia*. La Paz: Quatro Hnos.
- Orbe, H. (s.f.). *Derecho sucesorio código civil*. Manta.
- Ortuño, M. (2015). *Contribuciones del derecho de sucesiones y donaciones*. Madrid: Dyknson,sl.
- Parra, E. d. (2001). Los derechos de la personalidad: teoría general y su distinción con los derechos humanos y las garantías individuales. *Revista Jurídica*(31), 143-144.
- Picatoste, J. (2006). La incapacitación: el marco jurídico. *Revista de la Asociación Gallega de Psiquiatría*, 34-79.
- Somarriva, M. (1997). *Derecho Sucesorio*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Somarriva, M., & Alessandri, A. (2014). *Curso de Derecho Civil*. Santiago: Ed. Nascimento.
- Suárez, R. (19 de diciembre de 2006). *Derecho sucesorio notas históricas*. . Obtenido de Miscelánea Ius Histórica.: <https://textoslegalesantiguos.blogspot.com/2006/12/evolucin-del-derecho-sucesorio.html>
- Tello, J., & Cote, M. (2006). ALCOHOL ETÍLICO: Un tóxico de alto riesgo para la salud humana socialmente aceptado. *Revista de la Facultad de Medicina*, 54(1), 32-47.
- Vodanovic, A. (1937). *De la sucesión por causa de muerte*. (Vol. Tomo I.). Chile.: El esfuerzo.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Lindao Barzola Yael Natasha**, con C.C: # 0929809416 y **Gavica Zavala Kenyi Valeria**, con C.C: #0955093232, autoras del trabajo de titulación: **INCAPACIDADES PARA TESTAR** previo a la obtención del título de **abogado de los tribunales y juzgados de la república** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaramos tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizamos a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **28 de agosto de 2019**

f. _____

Lindao Barzola, Yael Natasha
C.C: 0929809416

f. _____

Gavica Zavala, Kenyi Valeria
C.C: 0955093232



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA
FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	INCAPACIDADES PARA TESTAR		
AUTOR(ES)	Yael Natasha Lindao Barzola; Kenyi Valeria Gavica Zavala		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Hugo Manuel González Alarcón		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Política		
CARRERA:	Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	28 de agosto de 2019	No. DE PÁGINAS:	39
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho civil, derecho sucesorio, derecho constitucional.		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Sucesión, testamento, incapacidad, voluntad, conflicto de leyes, causante. Succession, testament, disability, will, conflict of laws, causative.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):			
<p>El Derecho Sucesorio tiene como finalidad regular las consecuencias jurídicas que se originen con la muerte del causante, incluyendo la garantía del cumplimiento de su voluntad manifestada en testamento. Sin embargo, existen personas que se encuentran inhabilitadas, para ser beneficiarias de sucesión testada o incluso la intestada, así como limitaciones para que determinadas personas puedan otorgar testamento al no poder disponer libremente de sus bienes por la condición en que se encuentran y son denominadas por la ley como incapaces. Es por esta razón que analizaremos los casos en que exista algún tipo de incapacidad según lo señalado en libro tercero del Código Civil, de manera que se pueda concluir si hay, o no derecho para los incapaces bajo la visión de los Derechos Humanos y Fundamentales. En este trabajo analizaremos si las normas que aparecen como vigentes están vulnerando o se oponen de alguna forma el derecho de los denominados incapaces, determinando si realmente se debe limitar sus actos sin tutelar sus intereses. El Ecuador es un estado constitucional de derechos y de justicia que debe velar por el cumplimiento y la protección de los derechos de las personas sin distinción alguna. En caso de que no se esté regulando de manera correcta, se procurará proponer recomendaciones para regular las consecuencias jurídicas de estas personas, ajustándose a las normas fundamentales y de derechos humanos aplicables, conforme a la Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el país</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-4-2423556	E-mail: yael_natasha1@hotmail.com ; kenyigavicaz@gmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Franco Mendoza, Luis Eduardo		
	Teléfono: +593-994748073; +593-968641040		
	E-mail: luis.franco04@cu.ucsg.edu.ec		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			