

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIA SOCIALES  
XIII SEMINARIO DE GRADUACION \* PLAN 1980**



**"QUEBRANTAMIENTO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL QUE  
AMPARA EL BIEN JURIDICO PATRIMONIAL DE LOS HIJOS COMO  
HEREDEROS PRESUNTIVOS, POR CAUSA DE LA LIBRE  
TESTAMENTIFACCIÓN QUE LA CONSTITUCION Y EL CODIGO  
CIVIL LE OTORGA A LOS TESTADORES"**

**TESIS PRESENTADA POR:  
ANGELA ELIZABETH AYALA ORELLANA  
SILVIA MERCEDES ARGUETA RODRIGUEZ**

**PARA OPTAR AL TITULO DE:  
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURIDICAS**

**DIRECTOR DE SEMINARIO  
DR. JORGE ARMANDO ANGEL CALDERON**

**CIUDAD UNIVERSITARIA, ABRIL DE 2002**

**SAN SALVADOR, EL SALVADOR, CENTROAMERICA**

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

RECTORA  
DRA. MARIA ISABEL RODRIGUEZ

VICE-RECTOR ACADEMICO  
ING. JOSE FRANCISCO MARROQUÍN

VICE-RECTORA ADMINISTRATIVO  
LIC. MARÍA HORTENSIA DUEÑAS DE GARCÍA

SECRETARIA GENERAL  
LICDA. LIDIA MARGARITA MUÑOZ

FISCAL GENERAL  
LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

DECANO  
LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ

VICE-DECANO  
LIC. EDGARDO HERRERA MEDRANO

SECRETARIO  
LIC. JORGE ALONSO BELTRÁN

UNIDAD DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA  
LIC. WILMER HUMBERTO MARIN SANCHEZ

DIRECTOR DE SEMINARIO  
DR. JORGE ARMANDO ANGEL CALDERON

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo de graduación lo dedico y se lo agradezco en primer lugar a Jehová Dios, que me ha dado la vida, la sabiduría y la fortaleza para enfrentar y vencer todos los obstáculos que se me presentan para poder lograr mis metas.

A mi madre Isabel Orellana Díaz quien me ha brindado siempre su amor y su apoyo incondicional, compartiendo junto a mi, mis alegrías y mis tristezas.

A mi padre José Angel Ayala Alfaro, quien ya no está conmigo, pero que su ejemplo de nobleza y sabiduría, han sido el modelo para que en su memoria me logre convertir en una profesional de bien.

A mi hijo Luis Enrique, que es el eje fundamental y motivo de mi vida y superación.

A mis hermanos Kelly, Rony y Marvin y a mis tíos, por su apoyo moral.

A mi padrino y Director de Seminario, Doctor Jorge Armando Angel Calderón, por su asesoría y dirección en nuestro trabajo.

A mi compañera de Tesis: Silvia Mercedes Argueta, porque juntas logramos finalizar con éxito este esfuerzo.

A la Universidad de El Salvador, y a mis queridos maestros por su prestigiosa formación académica.

A mis amigos por incentivar me a salir adelante siempre.

**ANGELA ELIZABETH AYALA ORELLANA.**

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo lo dedico a todas las personas que de una u otra forma me ayudaron a desarrollarlo, y especialmente a:

Dios Todo Poderoso porque en cada camino que he emprendido me ha acompañado.

A la memoria de mis padres, cuyo recuerdo me ha impulsado a lograr este objetivo.

A mi abuelita Mamima quien con cariño y amor forjó mi infancia y adolescencia.

A mi esposo cuyo amor y esfuerzo han hecho posible la culminación de mi carrera siempre juntos venciendo los obstáculos que se nos presentaron.

A mi hijo Fernando porque su amor ha motivado mi lucha haciéndome más fuerte cada día.

Y a mi hermana Crista Yaneth quien siempre me apoyó en los momentos difíciles.

**SILVIA MERCEDES ARGUETA RODRIGUEZ**

## INDICE

Introducción .....	i-ii
Capítulo I. Síntesis del Diseño de Investigación	
1.1 Formulación y delimitación de la Investigación .....	1-9
1.2 Objetivos .....	9-10
1.3 Hipótesis .....	10-13
1.4 - 1.6. Métodos, Técnicas e Instrumentos utilizados .....	13-17
Capítulo II. Derecho Constitucional de la Protección de la Familia	
2.1. Garantía Constitucional de la protección de la familia .....	18-20
2.2. La familia como base fundamental de la sociedad .....	20
2.3. Vulnerabilidad de los hijos dentro del núcleo familiar .....	21
2.4. Definición sobre el concepto de familia.....	22-25
2.5. La familia en la Constitución y en el Derecho Constitucional .....	25-28
Capítulo III. La Libre Testamentifacción	
3.1. La libre testamentifacción .....	29-33
3.2 El testamento en el Derecho Salvadoreño.....	34-40
3.3 Evolución de la Facultad de Testar.....	40-45
3.4 Autonomía de la voluntad .....	45-46
3.5 Contradicción en la Constitución de la República entre la libre testamentifacción y la protección de la familia. ....	46-49

3.6 Prevalencia del Derecho al patrimonio de la familia sobre el valor libertad .....	49-52
3.6.1. Situación de la libre testamentifacción, según la jurisprudencia de los tribunales de lo civil, desde enero del año dos mil, hasta noviembre del dos mil uno .....	52-53
3.6.2. Consecuencias sociales por la libre testamentifacción .....	53-55

#### Capítulo IV. La Indignidad.

4.1. Las Indignidades .....	56-73
4.2 Dignidad de recibir una asignación .....	73-74
4.3 Posibilidad de adicionar una causal de indignidad en el artículo 969 del Código Civil .....	74-75

#### Capítulo V. Redacción, Análisis e Interpretación de la información

Proveniente del trabajo de campo.

#### Capítulo VI. Conclusiones y Recomendaciones

6.1 Conclusiones .....	81-82
6.2 Recomendaciones .....	82-83
- Anexos .....	84-86
- Bibliografía .....	87-88

## INTRODUCCIÓN

El presente documento constituye la Tesis de investigación cuyo título es: Quebrantamiento del Derecho Constitucional que ampara el bien jurídico patrimonial de los hijos como herederos presuntivos por causa de la Libre Testamentifacción que la Constitución y el Código Civil le otorga a los testadores.

La razón principal por la que se planteó este problema de investigación que tiene como base el análisis de un problema de carácter jurídico, y que específicamente en el caso que nos ocupa es sobre la materia de Derecho Sucesorio, es porque se considera que para el desarrollo de un país es muy importante el bien jurídico patrimonial de la familia, ya que dicha institución es la base fundamental de la sociedad, y en virtud de que la problemática que surge de dicho tema de investigación, lleva implícita una contradicción entre dos disposiciones de la Constitución, las cuales se analizan en el desarrollo del presente documento, ya que los preceptos legales establecidos en la misma deben estar en armonía entre si y con la ley secundaria con el fin de salvaguardar los derechos que garantiza, en especial el de la familia.

Los objetivos perseguidos de la presente investigación, en lo principal son los siguientes: Determinar si la Libre Testamentifacción regulada en la Constitución y en el Código Civil garantiza el espíritu del Art. 32 de la Ley Primaria en cuanto a la protección de la familia; establecer si la normativa vigente en El Salvador relativa a la Libre Testamentifacción, regulada en la Constitución y en el Código Civil,

entra en contradicción con la normativa relativa a la protección de la familia; identificar qué bien jurídico debe prevalecer para la sociedad actualmente; si el derecho al patrimonio de la familia o el derecho a la libertad; identificar las razones que tuvo el legislador para regular la Libre Testamentifacción; medir el alcance de la posibilidad que existe de que en nuestro país, la libertad de testar sea relativa y no absoluta.

El propósito de las autoras es cumplir con el requisito académico para optar al Título de Licenciatura en Ciencias Jurídicas.

## **CAPITULO I- SINTESIS DEL DISEÑO DE INVESTIGACION**

### **1.1. FORMULACION Y DELIMITACION DE LA INVESTIGACION**

#### **ENUNCIADO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACION**

De acuerdo a los objetivos perseguidos con la presente investigación, el problema se enunció de la siguiente manera: EN QUE MEDIDA LA LIBRE TESTAMENTIFACCION REGULADA EN LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA, Y EN EL CODIGO CIVIL GARANTIZA EL ESPIRITU DEL ARTICULO 32 DE LA CONSTITUCION EN CUANTO A LA PROTECCION DE LA FAMILIA.

#### **DELIMITACION**

De acuerdo al tiempo y al espacio, el problema de investigación, se delimitó de la siguiente manera: QUEBRANTAMIENTO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA EL BIEN JURIDICO PATRIMONIAL DE LOS HIJOS COMO HEREDEROS PRESUNTIVOS, POR CAUSA DE LA LIBRE TESTAMENTIFACCION, QUE LA CONSTITUCION Y EL CODIGO CIVIL LE OTORGA A LOS TESTADORES, EN EL PERIODO DEL AÑO DOS MIL, AL AÑO DOS MIL UNO, EN LOS TRIBUNALES DE LO CIVIL DE SAN SALVADOR.

#### **A. ANTECEDENTES DE INVESTIGACION**

El tema a investigar es: **"Quebrantamiento del derecho Constitucional que ampara el bien jurídico patrimonial de los hijos como herederos presuntivos en la Sucesión Testamentaria, por causa de la Libre Testamentifacción que la Constitución y el Código Civil le otorga a los testadores"**

Según las investigaciones que se han realizado mediante la revisión de todas las tesis que se encuentran en la biblioteca de esta Facultad, no se ha escrito nada que tenga relación con la idea central del tema a investigar que es la Libre Testamentifacción y que trata específicamente del bien jurídico patrimonial de los hijos. Únicamente se ha escrito algunos temas que tienen relación con el tema de los hijos pero refiriéndose a otros derechos, dichos temas son los siguientes:

1. Ayala Corea, Julia G.

"De qué manera son afectados los derechos irrenunciables del menor a conocer sus padres y tener un trato directo con ellos al desintegrarse el núcleo familiar"

2. Martínez Manuel, Salvador.

"La protección de la familia y obligación del Estado"

3. Reyes Zelaya, Dora I

"Cumplimiento del principio de Igualdad de los hijos dentro y fuera del matrimonio"

De acuerdo a lo anterior se concluye que no se ha escrito nada con relación al tema a investigar y por lo tanto se considera que es innovador.

## **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACION**

La problemática que se identificó es que en nuestro país la estabilidad e integración de la familia está condicionada por los factores socioeconómicos, morales, religiosos e ideológicos, su

evolución y los problemas sociales que ella enfrenta, hizo necesaria la existencia de una legislación idónea para su protección adecuada.

El Art. 32 de la Constitución de la República en su contenido literal reza: "La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico. El fundamento legal de la familia es el matrimonio, y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges. El Estado fomentará el matrimonio; pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia"

De la disposición legal antes citada se deduce que la Constitución coloca a la familia como la institución principal, y ésta a su vez como base de toda sociedad, sujeta a protección de los derechos fundamentales, como lo es el de la propiedad y de todos es conocido que de la familia los seres más vulnerables son los hijos. Por otra parte el Art. 22 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la Ley. La propiedad es transmisible en la forma en que determinan las leyes. Habrá Libre Testamentifacción. Y el Art. 996 del Código Civil, en su inciso segundo establece: "El Testador puede disponer libremente de sus bienes a favor de una o varias personas que tengan la capacidad legal para heredar, sin perjuicio de las reducciones a que se haya sujeto su patrimonio, con arreglo a la Ley".

De lo anterior se deduce que existe contradicción entre lo prescrito en el Art. 32 y el Art. 22 de la misma Constitución ya que en el primero se garantiza la protección de la familia y en el segundo se permite la Libre Testamentifacción. No obstante que reconocemos que el hecho que la Constitución y la Ley Secundaria permiten la libertad de testar, es consecuencia del derecho de libertad consagrado en el Artículo 2 de la Constitución de la República, es importante recalcar que el valor libertad antes mencionado no debe generalizarse para ser aplicado sin excepciones, la facultad de testar debería ser relativa y no absoluta, en atención a la familia, porque el interés social prevalece sobre el interés individual, y a la preferencia del mérito ganado de cada persona; ya que no es justo que una o varias personas, solo llenen los requisitos de capacidad legal para heredar, es necesario establecer un orden para llamar a la Sucesión Testada así como existe un orden legal para llamar a la Sucesión Intestada porque si existe ese orden es porque el legislador consideró que es justo dejar en buenas manos los bienes que un testador deja para después de sus días, para ser gozados, administrados y disfrutados por otra u otras personas, en virtud de que para ello también la legislación secundaria ha establecido con relación a la sucesión la institución denominada indignidad en el Art. 969 Código Civil, el cual establece que: son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios: 1) El que ha cometido el crimen de homicidio en la persona del difunto, o ha intervenido en éste crimen por obra o consejo, o la dejó perecer pudiendo salvarla; 2) El que cometió un hecho que la Ley

castiga como delito contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, con tal que el delito se pruebe por sentencia ejecutoriada. 3) El cónyuge consanguíneo dentro del cuarto grado inclusive que en el estado de enajenación mental o de indigencia de la persona de cuya sucesión se trata no la socorrió pudiendo; 4) El que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto, o le impidió testar o variar el testamento; 5) El que dolosamente ha detenido u ocultado un testamento del difunto; presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación". Es de máxima importancia tomar en cuenta que ésta disposición tiene por objeto seleccionar a las personas idóneas, merecedoras y dignas de recibir una asignación, en virtud de que para suceder por causa de muerte no basta tener vocación sucesoria y ser capaz de adquirir respecto de determinado causante; es necesario además ser digno de recibir la herencia o legado deferidos, merecer la asignación que es lo que significa la dignidad para suceder. Por consiguiente los actos ofensivos que el asignatario verifique contra el causante o contra su cónyuge, ascendientes y descendientes legítimos, le hacen desmerecer a los ojos de la Ley la asignación a que es llamado, sea a título universal o singular, convirtiéndolo en indigno de recibirla. El mismo efecto produce el quebrantamiento de los deberes que impone la solidaridad familiar, la indignidad viene a ser entonces la falta de mérito para suceder a una determinada persona.

En atención a que de la familia, los miembros más vulnerables que deben ser protegidos con el derecho al patrimonio son los hijos, ya que éste es un conjunto de bienes, derechos, acciones y obligaciones estimables en dinero que constituyen la propiedad como protección al derecho económico que la Constitución consagra en el Art. 32 antes mencionado; y que comparando las causales de indignidad establecidas en el Art. 969 del Código Civil, la tesis principal en la cual se fundamentó el presente trabajo, radica principalmente en que no debería existir para el causante, libertad absoluta para testar como la que establece la Constitución en el Art. 22 y el Art. 996 Inc. 2° del Código Civil, ya que dicha libertad en atención a la dignidad moral que como requisito debe cumplir todo asignatario, como se mencionó anteriormente, debería ser una libertad no absoluta sino restringida, absteniéndose el testador de proteger con su patrimonio a personas distintas de los hijos como herederos presuntivos, porque en la práctica sucede que un testador irresponsable siendo tolerante por preferencia a personas extrañas puede terminar desprotegiendo a sus propios hijos, dejando toda la herencia o parte considerable de la misma a una persona indigna moralmente como por ejemplo una mujer distinta a su esposa que el causante conoció poco antes de su fallecimiento, y en ese sentido el testador está faltando a la solidaridad familiar consagrada en la Constitución de la República, desprotegiendo a los suyos del bien jurídico de propiedad, tutelado también por la ley primaria, y en consecuencia con esa clase de actos también se está provocando

problemas económicos a cada familia desprotegida, que en su mayoría, afectarán a toda la sociedad.

### **JUSTIFICACION DEL PROBLEMA DE INVESTIGACION**

**MAGNITUD:** Se consideró que el problema de la Libre Testamentifacción es de gran magnitud en virtud de que se está analizando jurídicamente desde la perspectiva constitucional y sobre todo porque se le está dando importancia a la protección de la familia con relación a su bien jurídico patrimonial, con base en ello es de amplia magnitud porque la familia es la base fundamental de la sociedad, y el bien jurídico patrimonial es predominante para medir el desarrollo de toda sociedad, ya que de ahí surgen los demás aspectos, el político, el social, el cultural, etc...

La población afectada en lo que se refiere a nuestro país es toda por la legislación que la rige, y es afectada de la manera ya explicada en la identificación de la situación problemática.

**VULNERABILIDAD:** Se analizó que la posibilidad de que el problema sea resuelto, no es remota, en virtud de que en otras disposiciones del Código Civil se ha regulado las indignidades y también existe un orden para llamar a la sucesión intestada, lo cual es prueba de que el espíritu de la legislación está encaminada a velar porque los bienes de los causantes, queden en manos de personas merecedoras y dignas, por lo que no sería extraño que la testamentifacción sea regulada con libertad no absoluta sino restringida, en la sucesión testamentaria, ya que en otros países como

por ejemplo Chile así es regulada; la posibilidad de que el problema sea atacado también existe como todo tema de interés social, porque afectaría obviamente a las personas interesadas en dejar sus bienes a cualquier persona, con base en la libertad y en la autonomía de la voluntad, pero esto no menoscaba la justificación del problema investigado en virtud de que para ello es necesario valorar que bien jurídico prevalece sobre el otro, y se considera que en primer lugar debe prevalecer el bien jurídico patrimonial de la familia por ser obligación del Estado y porque la falta de éste puede afectar a la familia.

**FACTIBILIDAD:** Se tomó en cuenta que existen recursos, capacidad técnica y fuentes de información para la realización del trabajo, que son los tribunales de lo civil, y material bibliográfico.

También consideramos que es un tema de actualidad, novedad y de importancia. Actual porque las disposiciones legales antes citadas que regulan la Libre Testamentifacción están vigentes y por lo tanto se están aplicando actualmente, causando los problemas ya mencionados a la familia.

**NOVEDOSO:** Porque al revisar los antecedentes de investigación, se comprobó que no se ha investigado nada con relación a la Libre Testamentifacción en nuestro país, y de importancia porque como se ha considerado en la identificación de la situación problemática, afecta a todo un conglomerado social.

El aporte social entre otras cosas es incentivar a las personas para que se interesen en cambiar esta situación legal de la Libre

Testamentifacción por los argumentos antes mencionados.

**VACIOS** que se pretenden cubrir con esta investigación, son los siguientes: En virtud de la contradicción entre el artículo 22 y el artículo 32 de la Constitución de la República, se pretende que exista armonía entre ambas disposiciones; y en vista de la contradicción entre lo establecido en el artículo 32 de la Constitución de la República con lo que dispone el artículo 996 Inc. 2° del Código Civil, se pretende que exista armonía y congruencia entre ambas disposiciones. El vacío legal es a consecuencia de que se pretende que se regule la libertad restringida para testar, así como en la sucesión intestada, también en la sucesión testamentaria, ya que en ésta, existe un orden legal para llamar a la sucesión, a fin de salvaguardar el bien jurídico patrimonial de la familia, garantizado constitucionalmente.

## **1.2. OBJETIVOS**

Los objetivos perseguidos para la presente investigación, fueron los siguientes:

**A) OBJETIVO GENERAL:** Determinar si la Libre Testamentifacción regulada en la Constitución de la República, y en el Código Civil, garantiza el espíritu del Artículo 32 de la Constitución en cuanto a la protección de la familia.

### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS.**

- **Objetivo No. 1:** Determinar si la normativa vigente en El Salvador relativa a la Libre Testamentifacción regulada en la Constitución y

en el Código Civil entra en contradicción con la normativa relativa a la protección de la familia.

- **Objetivo No. 2:** Identificar qué bien jurídico debe prevalecer en este momento, si el derecho al patrimonio de la familia o el valor libertad.
- **Objetivo No. 3:** Identificar las razones por las cuales el legislador reguló la Libre Testamentifacción.
- **Objetivo No. 4:** Investigar cual es la situación de la Libre Testamentifacción actualmente en El Salvador.
- **Objetivo No. 5:** Investigar qué dice la Jurisprudencia de los tribunales de lo Civil de San Salvador, desde

a la sociedad salvadoreña el hecho que la facultad de testar esté dirigida especialmente a proteger la familia.

-

a la sociedad salvadoreña el hecho que la facultad de testar esté dirigida especialmente a proteger la familia.

-

a la sociedad salvadoreña el hecho que la facultad de testar esté dirigida especialmente a proteger la familia.

-

a la sociedad salvadoreña el hecho que la facultad de testar esté dirigida especialmente a proteger la familia.

-

a la sociedad salvadoreña el hecho que la facultad de testar esté dirigida especialmente a proteger la familia.

### **1.3. HIPOTESIS**

Las Hipótesis que se formularon son las siguientes:

**HIPOTESIS GENERAL:** La Libre Testamentifacción regulada en la Constitución de la República, y en el Código Civil, no garantiza el espíritu del Artículo 32 de la Constitución en cuanto a la protección de la Familia.

#### **HIPOTESIS ESPECIFICAS**

- 1) La normativa vigente en El Salvador relativa a la Libre Testamentifacción, regulada en la Constitución entra en contradicción con la normativa relativa a la protección de la familia.
- 2) El bien jurídico que debe prevalecer en éste momento, es el derecho al patrimonio de la familia por ser la base fundamental de la sociedad, sobre el valor libertad, ya que el valor libertad con relación a la facultad de testar debe ser restringida y no absoluta.

- 3) Las razones por las cuales el legislador reguló la Libre Testamentifacción fue en atención al derecho de libertad, pero no pensó en el bien jurídico patrimonial de la familia, y es ahí donde aparece el vacío legal y la contradicción entre dos disposiciones de la Constitución, y entre el Art. 32 de la misma Constitución con el Art. 996 del Código Civil.
- 4) La situación de la Libre Testamentifacción actualmente en El Salvador, es un problema porque afecta a la familia en general, dado que está sujeta y expuesta a que no le sean protegidos sus derechos hereditarios.
- 5) La Jurisprudencia de los Tribunales de San Salvador, desde el año dos mil hasta el año dos mil uno, dice que efectivamente por la Libre Testamentifacción regulada en la Constitución y en el Código Civil, se está declarando herederos ya sea de todos los bienes o de parte de ellos a personas distintas de los hijos o de las esposas de los testadores o causantes porque la legislación así lo permite, aunque exista contradicción entre la misma Constitución y la Ley Secundaria.
- 6) La facultad de testar absoluta, afecta a la sociedad salvadoreña debido a que los testadores basándose en lo establecido en la Constitución de la República Art. 22, y en el Código Civil Art. 996 Inc. 2°, pueden disponer libremente de todos sus bienes, por consiguiente cualquier persona ajena a la familia de un testador puede ser beneficiada con una parte de la herencia o con la

totalidad de la misma, provocando con ello desprotección al núcleo familiar.

- 7) Las razones principales que tuvo el legislador al establecer la facultad de testar con libertad y no darle estricto cumplimiento a la protección del derecho patrimonial de la familia están encaminadas específicamente a proteger los derechos de libertad y de propiedad contemplados en la Constitución de la República. Art. 2. Al regular libremente la testamentifacción está garantizando y dando cumplimiento a estos derechos individuales, aunque con ellos se afecte a la colectividad o sociedad misma.
- 8) La posibilidad existente de que la libertad de testar sea relativa y no absoluta es amplia, dado que en otros sistemas de derecho positivo, la facultad de testar contiene algunas limitaciones contemplando y haciendo exigibles los derechos que tiene la familia de adquirir el patrimonio de sus miembros cuando estos fallecen. Por consiguiente el derecho positivo salvadoreño podría adoptar algunas disposiciones para limitar la facultad de testar en pro del beneficio de la familia y en consecuencia de la sociedad.
- 9) De acuerdo a lo prescrito en el Art. 32 de la Constitución de la República "La Familia es la base fundamental de la sociedad", si la libertad de testar estuviera dirigida específicamente a proteger la familia parte de la colectividad que constituye la sociedad misma, en consecuencia se estaría garantizando y protegiendo el derecho económico que a la sociedad corresponde.

## **1.4 - 1.6 METODOS, TECNICAS E INSTRUMENTOS UTILIZADOS PARA COMPROBAR LAS HIPOTESIS PLANTEADAS.**

### **Con Relación a la Hipótesis General**

Para comprobar que la Libre Testamentifacción regulada en la Constitución de la República y en el Código Civil, no garantiza el Espíritu del Artículo 32 de la Misma Constitución en cuanto a la protección de la familia, se utilizó lo siguiente:

- **METODO:** Síntesis documental
- **TECNICA:** Investigación documental
- **INSTRUMENTO:** Ficha de contenido y bibliográfica

### **Con relación a las Hipótesis Específicas**

1. Para comprobar que la normativa vigente en El Salvador, relativa a la Libre Testamentifacción regulada en la Constitución de la República entra en contradicción con la normativa relativa a la protección de la familia se utilizó lo siguiente.

- **Método:** Síntesis bibliográfica
- **Técnica:** Investigación Bibliográfica
- **Instrumento:** Ficha de Contenido y bibliográfica.

2. Para comprobar la hipótesis de qué bien jurídico debe prevalecer en este momento, si el derecho al patrimonio de la familia, por ser la base fundamental de la sociedad, sobre el valor libertad siendo este un derecho individual, se utilizó lo siguiente:

- **Método:** Muestreo probabilístico no intencional o selectivo.
- **Técnica:** Encuesta

- **Instrumento:** Cuestionario
3. Para comprobar la hipótesis con relación a las razones por las cuales el legislador reguló la Libre Testamentifacción, si fue en atención al derecho de libertad sin tomar en cuenta el derecho al bien jurídico patrimonial de la familia, se utilizó lo siguiente:
- **Método:** Síntesis Bibliográfica
  - **Técnica:** Investigación Bibliográfica
  - **Instrumento:** La Constitución, Código Civil y Doctrina.
4. Para verificar si la situación de la Libre Testamentifacción actualmente, genera conflicto porque afecta a la familia en general, ya que está expuesta a que no le sean protegidos sus derechos hereditarios, se utilizó lo siguiente:
- **Método:** Muestreo probabilístico no intencional o selectivo.
  - **Técnica:** Encuesta
  - **Instrumento:** Cuestionario.
5. Para comprobar si la Jurisprudencia de los tribunales de San Salvador, desde el año dos mil hasta el año dos mil uno, dice que efectivamente por la Libre Testamentifacción regulada en la Constitución y en el Código Civil, se está declarando herederos ya sea de todos los bienes o de parte de ellos a personas distintas de los hijos, o de los cónyuges de los testadores, por que la legislación así lo permite, aunque exista contradicción entre la misma Constitución y la Ley Secundaria, se utilizó lo siguiente:
- **Método:** Síntesis documental

- **Técnica:** Investigación documental
  - **Instrumento:** Testamentos presentados en los tribunales.
6. Para comprobar si la facultad de testar absoluta, afecta a la sociedad salvadoreña, debido a que los testadores basándose en lo establecido en la Constitución de la República Artículo 22, y en el Código Civil Artículo 996 Inc. 2°, pueden disponer libremente de todos sus bienes, por consiguiente cualquier persona extraña a la familia de un testador puede ser beneficiada con una parte de la herencia o con la totalidad de la misma, provocando con ello desprotección al núcleo familiar, se utilizó lo siguiente:
- **Método:** Muestreo probabilístico no intencional o selectivo
  - **Técnica:** Encuesta
  - **Instrumento:** Cuestionario
7. Para comprobar si las razones principales que tuvo el legislador al establecer la facultad de testar con libertad y no darle estricto cumplimiento a la protección del derecho patrimonial de la familia están encaminadas específicamente a proteger los derechos de libertad y de propiedad contemplados en la Constitución de la República Artículo 2, al regular libremente la testamentifacción está garantizando y dando cumplimiento a estos derechos individuales, aunque con ellos se afecte a la colectividad o sociedad misma, se utilizó lo siguiente:
- **Método:** Muestreo probabilístico no intencional o selectivo
  - **Técnica:** Encuesta

- **Instrumento:** Cuestionario.

8. Para comprobar si existe la posibilidad de que la libertad de testar sea restringida y no absoluta, dado que en otros sistemas de derecho positivo, la facultad de testar contiene algunas limitaciones contemplando y haciendo exigibles los derechos que tiene la familia de adquirir el patrimonio de sus miembros cuando éstos fallecen, se utilizó lo siguiente:

- **Método:** Muestreo probabilístico no intencional o selectivo
- **Técnica:** Encuesta
- **Instrumento:** Cuestionario.

9. Para comprobar que si la libertad de testar, estuviera dirigida específicamente a proteger la familia, parte de la colectividad que constituye la sociedad misma estaría beneficiada con la garantía del derecho constitucional económico que le corresponde, se utilizó lo siguiente:

- **Método:** Muestreo probabilístico no intencional o selectivo
- **Técnica:** Encuesta
- **Instrumento:** Cuestionario y,
- **Método:** Síntesis bibliográfica
- **Técnica:** Investigación bibliográfica
- **Instrumento:** Ficha de contenido y bibliográfica.

## **CAPITULO II. DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA.**

### **2.1. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCION DE LA FAMILIA.**

La garantía constitucional de la protección de la familia es la establecida en el Art. 32 de la Constitución de la República, disposición legal que en lo principal establece que la familia es la base fundamental de la sociedad.

La disposición antes citada garantiza, que es El Estado quien dictará la legislación necesaria, además creará organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico.

En ese orden de ideas debe entenderse que en la medida que el Estado proteja a la Sociedad debe empezar por proteger a la familia. El Artículo 101 de la Constitución de la República establece: que "El orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano, ya que el orden económico es la forma de organizar a la sociedad para producir, distribuir y consumir los bienes y servicios que necesitan o desean las personas que la integran, ya que el desarrollo económico es el proceso de evolución y crecimiento de la riqueza de un país; su objetivo debe ser el mejoramiento de las condiciones de vida de la población; por otra parte el Art. 102 establece que "Se garantiza la libertad económica, en

lo que no se oponga al interés social"; asimismo reconoce y garantiza en el Art. 103, el derecho a la propiedad privada en función social.

Vale la pena señalar que El Estado reconoce y garantiza la propiedad privada en función social, en virtud de que el hombre es anterior y superior al Estado y tomando en cuenta que éste es una creación de aquel, los bienes que sean propiedad del hombre tendrán por ley aquel ordenamiento idóneo que los destine a un fin social, y siendo que el Estado como ente político tiene fines; y como ente jurídico tiene obligaciones en el Art. 1 de la Constitución se garantiza entre otros derechos asegurar el bienestar económico y la justicia social y se considera que una forma de asegurar la justicia social es dictar la legislación secundaria en armonía con la Constitución, que asegure la protección del bien económico de la familia por ser la Célula básica de la Sociedad, como el caso típico de la facultad de testar, que si no fuera absoluta en la sucesión testamentaria, podría ser restringida con el fin de proteger principalmente a la familia.<sup>1</sup>

El énfasis de la protección de la familia, es en primer lugar por la naturaleza de la familia, desde la óptica de la sociología, la familia, es sin duda alguna, una institución social, pues las relaciones determinadas, por la unión intersexual, la procreación y el parentesco constituyen un sistema integrado en la estructura social con base en pautas estables de la sociedad.

La función del derecho es garantizar adecuados mecanismos de control social de la institución familiar, imponiendo a sus miembros,

---

<sup>1</sup> Zamora Rivas, Mario. La Función Social como fundamento del reconocimiento al derecho de propiedad.

cónyuges, hijos, parientes deberes y derechos que la estructura requiere para el adecuado cause de las pautas socialmente institucionalizadas, esto significa que el derecho debe regular la mayoría de los aspectos de la institución familiar.

## **2.2. LA FAMILIA COMO BASE FUNDAMENTAL DE LA SOCIEDAD**

Como ya se mencionó anteriormente tanto la Constitución de la República, como el Código de Familia, jurídicamente le han dado importancia a la familia como base fundamental de la sociedad, en virtud de lo cual no es menos importante valorar que para asegurar la integración, estabilidad y desarrollo de la familia es necesario darle estricto cumplimiento a lo preceptuado en el Art. 32 de la Constitución de la República, que literalmente expresa: "La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quién dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico. "Se deduce que el espíritu de esta disposición es que se considera a la familia como el factor primordial de la vida social, que merece una protección especial por parte del Estado, pero tal protección no es una simple protección jurídica, en virtud de que la disposición antes citada crea un mandato constitucional de instituir los organismos, los servicios, y formular la legislación necesaria para la integración, el bienestar y desarrollo social, cultural y económico. En armonía con la ley primaria y el Código de Familia.

### **2.3. VULNERABILIDAD DE LOS HIJOS DENTRO DEL NUCLEO FAMILIAR.**

De todos es conocido que los hijos dentro del núcleo familiar son los seres más vulnerables, en virtud de que constituyen el Centro del Núcleo familiar, y porque representan en cada familia el futuro de un país, por lo tanto si en la Constitución de la República, en el Código de Familia y en la declaración Universal de los Derechos Humanos, se reconoce a la familia como la base fundamental de la sociedad, debe entenderse que la protección de la familia debe darse principalmente a los hijos, ya que se consideran los entes más vulnerables del núcleo familiar porque de ellos dependen las nuevas generaciones y para ello es necesario asegurar la integración, desarrollo, estabilidad económica a fin de constituir un progreso institucional, ya que si a los hijos se les asegura un patrimonio, se les ayuda a tener una base y se les motiva a seguir prosperando por si mismos, para construir un futuro más prometedor un desarrollo, cultural, económico, político y social, ya que si están bien los hijos, está bien la familia, y si ésta tiene una buena base económica, la Sociedad en general tendrá una mejor estabilidad; es por ello que también la Constitución de la República en el Art. 34 establece que:

"Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan un desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado.

## **2.4. DEFINICION SOBRE EL CONCEPTO DE FAMILIA**

### **Concepto Sociológico.**

Desde una perspectiva sociológica, la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco.

Este concepto que desde un punto de vista sociológico permite señalar qué es la familia, tal como aparece en cualquier sociedad.

El concepto que hemos enunciado permite aludir sin límites a la familia integrada por todos los individuos vinculados por el matrimonio y el parentesco. Sin embargo, la sociología se interesa primordialmente por el estudio de la familia nuclear, es decir, la integrada por el padre, la madre y los hijos, cuando están bajo la esfera de autoridad de los progenitores, por edad y por convivencia. Es con relación a esta familia nuclear que se efectúan los análisis destinados a formular planes de alcance y beneficio social, ya que es ese grupo familiar, sociológicamente hablando, el verdadero núcleo de la sociedad al que se alude cuando se hace referencia a la familia.

### **Concepto Jurídico**

Desde la perspectiva jurídica la familia está formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco.

En cuanto a la extensión de la familia así definida, surge del mismo concepto, ya que habrá vínculos jurídicos familiares entre determinados sujetos cuando existan derechos subjetivos familiares entre ellos. Así, no podremos hablar de límites en la relación de

ascendientes y descendientes, pues no hay límites de grado para heredarse. Pero a su vez, tal como sucede en el campo sociológico, en el ámbito jurídico también podemos reducir el concepto de familia a los padres y sus hijos menores.<sup>2</sup>

Esta familia nuclear es el objeto de nuestro estudio, y se debe a la preocupación que la sociedad tiene por este grupo básico de la organización social.

El Código de Familia en el Artículo 2 nos da un concepto esencial de familia en el cual determina que la familia es el grupo social permanente, constituido por el matrimonio, la unión no matrimonial o el parentesco.

En nuestra legislación la familia es considerada como la célula básica de la sociedad, por lo tanto el Estado está obligado a brindarle una debida protección, a hacer cumplir los derechos que como núcleo social fundamental se le han reconocido.

El concepto de familia se encuentra íntimamente relacionado al derecho sucesorio en virtud de que en todas las legislaciones de los países en que se permite la transmisión del patrimonio, se llama a suceder a un causante que no dispone de sus bienes por testamento, a sus parientes más cercanos, comenzando por sus hijos; éstos mismos le son impuestos como sus herederos forzosos cuando hace testamento en aquellas legislaciones que han adoptado el sistema de la testamentifacción restringida o sucesión legitimaria, en donde el patrimonio es familiar, está destinado a la protección y supervivencia

---

<sup>2</sup> Gustavo A. Bossert. Manual de Derecho de Familia.

de la familia. Para explicar este hecho, el de que sea su familia la que se beneficie con el patrimonio de una persona cuando ésta fallece, existen varias teorías, que tratan de demostrar que ello se fundamenta en principios jurídicos y filosóficos de indudable solidez. Estas teorías son:

- 1) **La natural**, o de derecho divino, que afirma que Dios, al darnos la vida y hacernos nacer en una familia en vez de otra, nos concede derechos e impone deberes en esa familia, y uno de esos derechos es el de sucesión, y por ello el orden de ésta es el orden divino, emanado de la divinidad la organización del derecho sucesorio, pues tal como Dios ha organizado la familia así debe el hombre organizar el derecho hereditario;
- 2) **La biológica**, para la cual la sucesión no es más que una consecuencia de las leyes de la Biología, sosteniendo fundamentalmente, que así como se transmiten los caracteres físicos y morales también deben transmitirse los bienes;
- 3) **La de la afección**, que sostiene que la ley debe organizar un sistema para la transmisión de los bienes que permita inferir cuál hubiera sido la voluntad del causante si la hubiera expresado, por lo que los órdenes de la sucesión intestada deben formarse de acuerdo a la voluntad tácita del difunto, que debe suponerse naturalmente inclinada hacia las personas por las que sentía mayor afecto: hijos, padres, etc.
- 4) **La de la copropiedad**, para la que no es cierto que sea la voluntad del causante, expresa o tácita, la que determine que sea su familia

quien le suceda, sino que ello es un derecho inmanente de aquélla, porque sus miembros son copropietarios de todos los bienes que componen el patrimonio familiar, y al heredar no hacen más que recibir lo que ya les pertenecía.

Finalmente es conveniente aclarar que en materia civil y para efectos sucesorios la familia no está reducida a ese grupo nuclear limitado, hijos, cónyuge, sino más bien se considera que está conformada por un número mayor de miembros ascendientes, descendientes, cónyuge, y parientes cercanos, tales como hermanos legítimos y primos hermanos legítimos del causante es este parentesco por consanguinidad el presupuesto de la vocación sucesoria.

## **2.5. LA FAMILIA EN LA CONSTITUCION Y EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL.**

En primer lugar la Constitución de la República, coloca a la familia como la base fundamental de la sociedad en el Art. 32, cuando dice: "La familia es la base fundamental de la Sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico". Además El Código de Familia es la ley en que principalmente encontramos el régimen jurídico de la familia, y regula las relaciones entre sus miembros y de éstos con la Sociedad y el Estado, ya que los principios que rigen dicho Código son: la Unidad de la familia, la igualdad de los derechos del hombre y

de la mujer, la igualdad de los derechos de los hijos, la protección integral de los menores y demás incapaces; así como también establece que el Estado salvadoreño tiene la obligación de proteger a la familia a través de leyes adecuadas y de la creación de los organismos y servicios necesarios.

Es necesario mencionar que a nivel internacional también se ha procurado asegurar y garantizar la protección de la familia, como por ejemplo: La proclamación de 1994, como el **Año Internacional de la Familia**, motivó al VII Congreso Mundial sobre el Derecho de Familia celebrado en San Salvador del 20 al 26 de Septiembre de 1992, a proclamar la "**Declaración Universal de los Derechos de la Familia**", en la cual se reconoce con énfasis la importancia de la familia para el futuro de la humanidad.

El texto literal de la declaración es el siguiente: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento y respeto de la dignidad intrínseca de la familia como célula básica de la sociedad y de cada uno de sus miembros en lo individual en los términos de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Declaración Americana de los Derechos Humanos y la Declaración Universal de los Derechos de la Familia y Convenios de que en la Familia está el futuro de la humanidad y todo esto la fortalece y le da estabilidad a la sociedad, reconociendo además la importancia de la cooperación internacional para su desarrollo integral, se proclama la presente: **Declaración Universal de los Derechos de la Familia.**

El derecho Constitucional de la Familia tiene íntima relación con el tema de la libertad de testar en el sentido de que el Derecho Hereditario se fundamenta, en nuestra legislación, en el Art. 22 de la Constitución, que establece que "toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la ley y que la propiedad es transmisible en la forma en que determinen las leyes". La ley determina (Art. 996 C.) que toda persona puede declarar, con las formalidades que ella misma establece, cuál es la última voluntad, especialmente en lo que toca a la transmisión de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días, esta declaración se llama Testamento y a la facultad para hacer tal declaración se le designa con el nombre de: testamentifacción (testamenti factio), que puede ser libre y restringida con lo cual hace relación la última parte del citado artículo Constitucional, al decir habrá Libre Testamentifacción, y siendo que la familia es la base fundamental de la Sociedad, con la Libre Testamentifacción se puede ver afectado el derecho de la familia a su sostenimiento y supervivencia por la voluntad de un testador irresponsable, y en ese sentido la misma ley, al permitir dicha libertad, se ha puesto un valladar, que le impide intervenir en forma eficaz a favor de la familia cuando uno de sus miembros fallece. Entonces el derecho hereditario, en la legislación salvadoreña, tiene un doble fundamento constitucional: El principio de que la propiedad es transmisible en la forma en que determinen las leyes, y el de que El Estado tiene el deber de proteger especialmente a la familia, pero resulta que la protección de la familia es mucho más importante que el

derecho de libertad, por lo tanto debería tener limitaciones, en beneficio de la sociedad y la forma de conseguir esta finalidad es por medio de la solidaridad, el respeto a la personalidad y dignidad de cada uno de los miembros de la familia y el cumplimiento de los deberes que impone la solidaridad familiar, y de conformidad a lo prescrito en el Art. 1 de nuestra Constitución, es obligación del Estado garantizar a favor de la familia, el goce de la libertad, la salud, la educación, el bienestar económico y la justicia social.

## **CAPITULO III. LA LIBRE TESTAMENTIFACCION**

### **3.1 La Libre Testamentifacción**

Con relación a que el derecho hereditario en la legislación salvadoreña, tiene un doble fundamento constitucional: el principio de que la propiedad es transmisible en la forma en que determinen las leyes, y el de que El Estado tiene el deber de proteger especialmente a la familia, en razón de lo cual, la ley secundaria dispone en su favor de los bienes de un causante que no testó.

Fundamentalmente existen dos sistemas para realizar la transmisión de los bienes del causante. Por una parte la transmisión puede hacerse por medio de la voluntad del testador, expresada en un negocio jurídico solemne, unilateral y subjetivamente simple, llamado testamento (Art. 996 Inc. 1° C), es la sucesión testamentaria, pero si la sucesión responde a un régimen creado por la ley, y en el cual es ésta la que determina quiénes y cómo suceden al causante, se da la sucesión legítima, también llamada abintestato.

En sistemas de legislación como el nuestro, se admite la sucesión testamentaria como la principal y se deja la sucesión abintestato como sustituta, para el caso que el causante no deje testamento.

En la sucesión testamentaria existen dos sistemas, el de la libertad absoluta de testar y el de la libertad restringida de testar. La elección de uno u otro sistema depende, cómo se ha expresado, de la función que se le dé al Derecho sucesorio. Si se hace predominar al

interés individual, si la sucesión se funda exclusivamente en una propiedad individual clásica, es indudable que el sistema legislativo debe conceder al titular de un patrimonio la facultad más amplia de disponer por testamento a su entera conveniencia. Si la herencia es una expresión más de la propiedad en función social y ésta se concibe como el derecho de usar, gozar y disponer libremente de los bienes, es indudable que esa facultad debe llegar hasta permitir a su titular disponer para después de su muerte de sus bienes a favor de quién lo desee. Pero si la sucesión está fundada sobre la defensa de la familia, y si la propiedad privada se concibe como el resultado de un trabajo común en el núcleo familiar; será un régimen con limitaciones a la facultad de disponer por testamento el que debe imponerse. Y desde éste ángulo, es posible incluso concebir un régimen que de cabida no solamente al interés familiar, sino al interés social, ya que los bienes están afectados no sólo al sostenimiento de la familia, sino a su supervivencia y desarrollo integral económico, en virtud de que los hijos crean nuevas familias; para que éstas puedan proseguir la obra comenzada por las generaciones precedentes, se precisa que reciban los bienes familiares, ya que si están bien los hijos como entes principales del núcleo familiar, está bien la familia y por ende la Sociedad.

En nuestra legislación está regulada la Libre Testamentifacción, la cual es la facultad que tenemos de hacer libremente nuestro testamento, sin más limitaciones que los requisitos que para ello exige

la ley, en la Constitución de la República y en el Código Civil.<sup>3</sup>

El Artículo 22 de la Constitución de la República, en su contenido literal, reza que "Toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la Ley. La propiedad es transmisible en la forma en que determinen las leyes. Habrá Libre Testamentifacción.

El Artículo 996 Inc. 2° C.C. establece: "El testador puede disponer libremente de sus bienes a favor de una o varias personas que tengan la capacidad legal para heredar sin perjuicio de las reducciones a que se halla sujeto su patrimonio con arreglo a la Ley".

Con relación a la libertad de testar vale la pena recalcar que mientras vive una persona, convergen sobre sus bienes una serie de intereses que se hallan en estado latente, y que a su fallecimiento se hacen efectivos y adquieren personalidad.

Son ellos:

1°. El Interés familiar. La Constitución de la República, coloca a la familia como la institución principal, sujeta a protección de los derechos fundamentales, principalmente el de la propiedad, dado que en la adquisición del conjunto de derechos y obligaciones dejados por una persona al morir, ha tenido una parte importante la familia del causante y el ambiente en que éste ha vivido en virtud de que la familia es la base de toda sociedad, el interés familiar está íntimamente relacionado con el interés social.

---

<sup>3</sup> Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Aguila. Derecho Sucesorio Tomo I.

2°. El Interés individual del titular del patrimonio, en mérito al cual, éste puede disponer de sus bienes para después de sus días.

Es importante hacer notar que el interés social debe prevalecer sobre el interés individual, porque aunque se reconoce que todo causante como titular del patrimonio en atención al derecho de libertad, puede disponer de sus bienes, no se considera justo que por la libertad del causante se afecte a la solidaridad familiar especialmente de los hijos como entes vulnerables del núcleo familiar.

Con relación a los intereses antes mencionados el problema de la libertad absoluta de testar en nuestro país, afecta al interés social, porque el causante, la única limitación que tiene es la del Art. 960 No. 4 del Código Civil, que se refiere a que del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado incluso los créditos hereditarios, se deducirán las asignaciones forzosas alimenticias, lo cual tiene relación con el Art. 996 Inc. 2°, que regula que habrá Libre Testamentifacción sin perjuicio de las reducciones a que se halla sujeto el patrimonio del testador, con arreglo a la ley, pero cabe considerar que ésta forma de protección hacia los hijos no es suficiente en cuanto a la protección que el Estado debe dar a la familia, en virtud de que sólo se protege la subsistencia alimenticia, pero no el derecho a la propiedad, por lo que tiene mayor garantía el derecho a la libertad del causante, en ese sentido, dicha libertad perjudica a la garantía constitucional de la protección al derecho económico de la familia, establecido en el Art. 32 de la Constitución, pues el causante en muchos casos, puede ser

un hombre desapegado de su familia y falta de cariño por ella y llegar a prescindir en su testamento de sus hijos, dejando sus bienes a personas extrañas, no obstante que sus parientes sean personas meritorias y dignas de su ayuda.

En atención a lo antes expuesto y a consultas bibliográficas de Derecho Sucesorio, se ha comprobado que en la mayoría de legislaciones de otros países se inclinan a favor del sistema de la libertad restringida de testar, conteniendo algunas limitaciones, contemplando y haciendo exigibles los derechos que tiene la familia de adquirir el patrimonio de sus miembros cuando éstos fallecen, como lo son: Inglaterra, Canadá, Estados Unidos de América, por el contrario en pocos países, la legislación permite la Libre Testamentifacción como en países como El Salvador, México, Costa Rica, Honduras, Panamá. Etc. Y en muchas legislaciones, se ordena también un sistema con una parte alícuota de la herencia que es indisponible por el testador, por que está reservada para la familia y otra parte libre o totalmente disponible para que el testador disponga de ella, lo que viene a ser una libertad restringida de testar, la cual se considera más justa que la libertad absoluta de testar, por la protección del Estado hacia la familia, que antes se ha mencionado. Por consiguiente el derecho positivo salvadoreño podría adoptar algunas disposiciones para limitar la facultad de testar en pro del beneficio de la familia y en consecuencia de la sociedad.

### 3.2. EL TESTAMENTO EN EL DERECHO SALVADOREÑO

#### **Concepto de Testamento:**

Etimológicamente, la palabra testamento, proviene (del Latín "Testamentum") según algunos autores es una palabra compuesta, viene de "Testatio" y "Mentis", y significa entonces "Testimonio de la Voluntad", según otros procede de "Testubis Mentis" que hace relación al hecho de que el testamento es una declaración hecha ante testigos; y según otros proviene de "Testari", no siendo por consiguiente compuesta. En el "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", de Guillermo Cabanellas. Se lee: Etimología: La palabra Testamento procede inmediatamente de la similar latina: Testamentum. Como se ve, la etimología de la palabra, está muy controvertida, no hay uniformidad en cuanto a su interpretación.

**Concepto:** Testamento es el acto jurídico por el cual una persona dispone de sus bienes y derechos, y que tiene efectos cuando muere.

El Código Civil en su Art. 996 Inc. 1º, define al testamento como "La declaración que, con las formalidades que la ley establece, hace una persona de su última voluntad, especialmente en lo que toca a la transmisión de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días".

#### **CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO:**

Es un acto solemne, como muchos otros, porque la manifestación de la última voluntad, debe hacerse "con las formalidades que la ley establece".

1. Es un acto unilateral, queda perfecto con la sola declaración de voluntad del testador, no necesita del concurso de la voluntad de otra persona para su validez, pues no se trata de una declaración de voluntad recepticia, no está destinada a ser aceptada por otra persona; sin embargo, para que las disposiciones que contiene produzcan efectos sí es necesario que sean aceptadas por aquellos a quienes son ofrecidas, pero esto es cosa muy distinta a la validez del Testamento.
2. Es un acto individual, característica a la que se refiere la Ley en el Artículo 1000 del Código Civil, y siendo que es un acto de una sola persona. Así, son nulas todas las disposiciones contenidas en un testamento otorgado por dos o más personas, ya sea en beneficio recíproco de los otorgantes o de terceras personas.
3. Es un acto personalísimo. Artículo 1001 C.C. debe ser otorgado siempre por el propio testador, no puede conferirse, poder para testar, ni siquiera un poder especial y exclusivo, porque la facultad de testar es indelegable.
4. Y finalmente es un acto revocable, diciendo al respecto nuestra ley. Art. 998 C.C. que todas las disposiciones testamentarias, son esencialmente revocables, sin embargo de que el testador exprese en el testamento la determinación de no revocarlas, y que las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras se tendrán por no escritas, aunque se confirmen con juramento.

## **Formalidades de los Testamentos Solemnes en la Legislación Salvadoreña.**

El Artículo 1006 del Código Civil establece que el testamento solemne es siempre escrito.

El testamento solemne, abierto o cerrado, debe otorgarse ante notario, o en su defecto, ante un Juez de Primera Instancia, con competencia en lo Civil, cabe aclarar que ésta función la desempeña por el Cargo no porque sea notario y sólo cuando en el lugar no existan notarios.

Se puede testar ante un Jefe de Misión Diplomática permanente o ante un Cónsul de Carrera en nuestro país, pues éstos también ejercen función notarial en los países en que están acreditados de conformidad con el Art. 5 de la Ley de Notariado en los casos y en la forma que ella establece en relación con el Artículo 40, regla 1ª de la propia ley. Siempre se otorga ante testigos, cuyo número varía según se trate de un testamento abierto o de uno cerrado, testigos que pueden ser de cualquier sexo y que deben reunir las condiciones exigidas en el Artículo 34 de la citada Ley de Notariado, esto es ser mayores de 18 años, conocidos del notario y domiciliados en la República, excepto cuando el instrumento se otorgue ante funcionario diplomático o consular, que sepan leer y escribir, hablar el idioma castellano o tener profesión u oficio; además, como condición especial para los testigos de un testamento, según la regla 4ª. del Artículo 40 de la precitada ley, deben conocer al testador, si no es así el testamento es nulo.

## CONCEPTOS RELATIVOS AL TESTAMENTO

**El Derecho Sucesorio. Concepto.** Por Derecho Sucesorio se entiende el conjunto de normas jurídicas destinadas a regular la suerte del patrimonio de una persona con posterioridad a su fallecimiento.

**Sucesión:** La palabra sucesión significa propiamente la transmisión del patrimonio, el traslado del conjunto de derechos y obligaciones valuables en dinero de una persona fallecida a otra u otras que le sobreviven, a quienes la ley o el testamento llaman para recibirlos. La sucesión es entonces un acto jurídico o lleva implícito, un acto jurídico, que es la transmisión.

**Herencia:** Es el conjunto de bienes y obligaciones que se transmiten por causa de muerte, el patrimonio transmitido, también llamado caudal relicto que es el objeto de ese acto jurídico, es lo que recibe el nombre de herencia, la herencia no es más que el mismo patrimonio cuando está siendo transmitido.

**Causante:** Es la persona fallecida, cuyo patrimonio se transmite a otro u otros. Causante es tanto el que deja una sucesión testamentaria como el que deja una sucesión intestada; pero al que deja una herencia testamentaria, al que hace testamento, se le llama testador, en sustitución de causante, lo que no significa que deje de ser esto último.

**Asignaciones a Título Universal.** Asignar es señalar lo que le corresponde a una persona, atribuirle alguna cosa, destinársela, por consiguiente, asignación denota haber asignado, es el efecto de asignar. El beneficiado con una asignación, aquel a quien se le ha

destinado algo, es un asignatario, el que recibe la asignación. Se asigna entre vivos y por causa de muerte.

Cuando a una persona se le señala lo que le ha de corresponder del patrimonio que se va a transmitir cuando fallezca su propietario, la asignación por causa de muerte, es constitutiva de una sucesión por causa de muerte. Estas asignaciones pueden comprender todo el patrimonio, una cuota del mismo o bienes singularmente considerados; y las hace el hombre cuando es el causante, haciendo uso de la facultad que la Constitución y las leyes secundarias le reconocen para disponer de su patrimonio después de sus días, quien determina las condiciones y los beneficiarios de la transmisión de su patrimonio, es él quien hace, en la forma que prescribe la ley, el señalamiento de lo que a alguien, a quien determina, le ha de corresponder. Si no hace uso de esa facultad, porque no quiere o no puede, es la ley la que hace tales asignaciones.

### **Asignatario a Título Universal**

Si lo que se le asigna a una persona, para que suceda en ello al difunto es todo el patrimonio, o una cuota parte del mismo, tal asignación es a título universal, porque su contenido hace referencia a los bienes, derechos acciones y obligaciones del causante, considerados como conjunto ideal, en abstracto, sin especificación de los elementos de ese conjunto que serán objeto de la sucesión; hace referencia, pues, a la universalidad jurídica llamada patrimonio. El beneficiado con una asignación de tal naturaleza es un asignatario a título universal, y es a quien se le llama heredero, porque se le

transmite toda o una parte de la herencia, esto es, del patrimonio del causante.

**Heredero:** que significa dueño, señor o propietario de la herencia, es entonces solamente la persona beneficiada con una asignación a título universal, ya la haya hecho el hombre ya la ley, el asignatario, sucesor o causahabiente a título universal. Si lo que a este se le asigna es la totalidad del patrimonio del difunto, recibe el nombre específico de **heredero universal** porque será dueño, de la totalidad del patrimonio transmitido. Porque puede ocurrir que sean varias las personas a quienes se les asigna la totalidad de un mismo patrimonio, y en consecuencia éste deba dividirse, para efectos de su goce, en tantas partes como asignatarios sean. No obstante, todos son herederos universales, porque la universalidad de su título, su amplitud, les permite tener pretensión al todo; la asignación hecha a cada uno contiene virtualmente el todo, por manera que si alguno de los llamados a esa totalidad no hereda, su parte se junta a la de los demás, las que de esta forma acrecen, se hacen más grandes, de suerte que si sólo uno queda, él recibirá la totalidad a la que estaba llamado desde un principio.

### **Asignaciones a Título Singular.**

Estas asignaciones sólo pueden existir por voluntad del hombre, únicamente las hace el titular del patrimonio de que la cosa o cosas particularmente asignadas forman parte, nunca por disposición de la ley, lo que es lo mismo decir que sólo tienen lugar en la sucesión testamentaria, y reciben el nombre especial de legados, siendo

entonces el beneficiado con una asignación de esta clase, un legatario.

### **Asignatarios a Título Singular.**

Cuando lo que se le señala a una persona para que en ello suceda a otra cuando ésta fallezca, es una cosa determinada, individualizada, que se ha substraído, para ser considerada en forma separada de la universalidad de que forma parte, haciéndola objeto de un trato particular o singular, se dice que la asignación es a título singular, por que en tal caso no se sucede en la universalidad ni en una parte de ella, sino en una o varias cosas que se singularizan, y la sucesión que entonces se produce es una sucesión particular, no universal.

### **3.3. EVOLUCION DE LA FACULTAD DE TESTAR**

En la organización patriarcal de los pueblos primitivos y, por tanto de la Roma antigua, la familia era un Estado absoluto patrimonial, en el que el jefe doméstico tenía un *imperium o potestas*, no un dominio o propiedad ordinaria. En este régimen no había propiedad individual ni privada, ya que los bienes estaban adscritos a la familia, y el *paterfamilias* no era propietario de los mismos sino solamente su gestor, ejerciendo no un derecho sino una función. Desde el punto de vista sucesorio, al fallecer el padre, no podía hablarse, por tanto, de sucesión en los bienes sino únicamente en el cargo. <sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Luis Roca - Sastre Muncunill, Derecho de Sucesiones Pág. 13

La muerte del *paterfamilias* era un suceso sin importancia, pues quedaba reducido a variar el nombre de la persona que representaba el grupo. El hijo primogénito sucedía en el gobierno de la familia, pero no devenía propietario del patrimonio sino que sólo adquiría una prefectura doméstica. Pasaban las personas pero no los bienes. La mayoría de autores, sostienen que en la Roma primitiva debió imperar el sistema automático de primogenitura y masculinidad. En cambio, otros autores creen que prevalecía el criterio de elección por el padre de uno de los hijos como sucesor, verdadero germen del testamento ulterior. Especialmente en el primer sistema había una verdadera sucesión forzosa, pues el causante carecía de todo poder dispositivo *mortis causa*.

La evolución de la facultad de disponer después de la muerte se fue dando paulatinamente, pues se fue convirtiendo en un acto de disposición de bienes, sin perjuicio de entrar en su contenido diversas disposiciones correspondientes a actos típicos no patrimoniales. Pese a ser desde entonces el testamento una pluralidad de posibles actos jurídicos, siempre requería la institución de un heredero. En España aceptaron una amplia facultad de testar con algunas restricciones inspiradas en la misma fuente, la libertad de testar estaba limitada, cuando sobrevivían al disponente sus ascendientes legítimos o sus descendientes legítimos y los hijos naturales, estos últimos respecto de la madre. Habiendo descendientes legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio de sus padres.

La revolución emancipadora rompió con el orden constitucional español manteniendo la vigencia del derecho privado y por ende, de la libertad de testar, sin incluir la limitación de ese derecho, es por ello que en algunos sistemas de derecho positivo está regulada la Libre Testamentifacción.

El Derecho Romano antiguo reconoce una amplia libertad para disponer por testamento. Bajo el imperio de este régimen de la libertad de testar apareció en Roma la legítima. La legítima romana surgió estando vigente un sistema de absoluta libertad testamentaria, y surgió como freno y resorte moderador de dicha libertad cuando, relajadas las costumbres, se dieron casos, antes insólitos, de que algunos testadores, usando abusivamente de tal libertad, instituyeron herederos a extraños sin dejar cosa alguna a las personas más allegadas, faltando, con ello, a los deberes de asistencia que incumben a los próximos parientes entre si, en cuyo caso se fingía o presumía, que tal testador se había producido sin el cabal juicio, quedando rescindido el testamento y abriéndose la sucesión intestada.<sup>5</sup>

Es importante señalar el triunfo que obtuvo en el sistema romano la protección del interés familiar sobre el individualismo (interés particular del causante), en virtud de que para ello se establecieron importantes limitaciones a la libertad de disponer por testamento, imponiendo la obligación de dejar a los parientes más próximos una parte de los bienes. Se estableció la posibilidad para el heredero

---

<sup>5</sup> Luis Roca - Sastre Muncunill, Derecho de Sucesiones Pág. 14.

abintestato más próximo, de atacar el testamento, bajo pretexto de haber sido omitido totalmente. Esto se dio como consecuencia del proceso de civilización dado que muchos sistemas revelan un espíritu tradicional de severidad contra las liberalidades, cuya razón principal debe buscarse en que la propiedad individual debe estar en función del beneficio de la familia.<sup>6</sup>

Por otra parte el Derecho Germánico que es imperativo señalarlo porque de su tradición deriva todo un sistema jurídico moderno. La familia es solidaria y la propiedad no es individual, sino justamente familiar. Los bienes recibidos de los antecesores son, en cierto modo, inalienables. Por ello ignoraban el testamento. El título de heredero lo llevan los parientes por la sangre y jamás un extraño. Las ideas de solidaridad, de propiedad familiar y de conservación de los bienes en la familia son las características dominantes del Derecho sucesorio germánico, que más tarde fueron transmitidas a los derechos francos o de los países de Derecho Costumbrista en Francia. Algunos autores lo señalan, al decir que "El espíritu de nuestro Derecho Costumbrista es que cada uno conserve en su familia los bienes que de ella han venido".

La facultad de testar, contraria al espíritu familiar, no se admite en el Derecho Costumbrista sino muy tarde y representa, para algunos, el "triunfo del individuo sobre el Derecho de Familia".

El derecho costumbrista distingue entre bienes muebles y gananciales, por una parte, y bienes inmuebles. Sobre los primeros

---

<sup>6</sup> Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Aguila. Derecho Sucesorio, Tomo I Pág. 7.

existe verdadera sucesión, porque son de menor importancia. Sobre los segundos, rige plenamente el principio de la conservación de los bienes en la familia, según la regla "paterna paternis, materna maternis".

**El fundamento actual del Derecho Sucesorio.** Actualmente, el Derecho Sucesorio aparece solamente como un medio de transmitir el patrimonio y está ligado a la idea de propiedad privada. Presupone una organización que reconozca tal forma de propiedad. Si el causante no puede disponer de sus bienes para después de su muerte, no puede existir un verdadero Derecho Sucesorio. El Derecho Sucesorio no es más que una extensión de la propiedad privada más allá de la vida.

Pero sobre tal concepto caben variantes que repercuten sobre la reglamentación y la técnica del Derecho Sucesorio. Así, reconocida la identidad entre sucesión y propiedad privada, es posible llegar al extremo de mantener el individualismo hasta el máximo, sosteniendo que el causante es el titular único y absoluto de la propiedad, de tal forma que él dispone libremente de su patrimonio para después de sus días.

En tal concepción, el carácter individual de la propiedad llega a traducirse en una amplia libertad de testar, sin limitaciones. Por el contrario, cuando la propiedad privada tiene un fundamento familiar, es decir, cuando se la reconoce como medio de hacer vivir y prosperar la familia, las normas sucesorias deben adaptarse, en sus técnicas, a

esa concepción, dando al Derecho Hereditario el carácter de norma destinada a asegurar la supervivencia de la familia.<sup>7</sup>

### **3.4. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD**

La autonomía de la voluntad es un principio que justifica la fuerza de los actos jurídicos y de tal magnitud que para algunos estudiosos posee el rango de dogma. Rousseau, en el contrato Social trata de encontrar una justificación ética del derecho, y descartando la fuerza la descubre en la voluntad misma del hombre iluminada por la razón. Es la voluntad humana precedente, a través de los actos jurídicos especialmente de los contratos, lo que justifica la existencia del Estado, partiendo de que el hombre nace libre, cabe aclarar que esta evaluación de la autonomía de la voluntad no es para Rousseau un hecho histórico comprobado, sino una manera de justificar éticamente la sociedad.

Es de suma importancia señalar que la Autonomía de la voluntad es un principio eminentemente individual y tiene íntima relación con el derecho de libertad, el cual es indispensable especialmente en cuanto a lo económico, en el juego de la oferta y la demanda, cuyas consecuencias inmediatas son la libertad de contratar, libertad en cuanto al objeto y contenido del contrato, según la intención de las partes y que conlleva nulidad cuando exista algún vicio de consentimiento.

Pero en cuanto al testamento el cual es un acto jurídico por el cual una persona dispone de sus bienes y derechos y que tiene

---

<sup>7</sup> Ramón Domínguez Benavente - Ramón Domínguez Aguila Derecho Sucesorio Pág. 8

efectos cuando muere, vale la pena considerar que la autonomía de la voluntad es importante con relación a la libertad de testar regulada en nuestra legislación ya que el legislador al establecer dicha libertad, se basó más que todo en la libertad del individuo que tiene de disponer de sus bienes como mejor le parezca, no obstante el espíritu del legislador con relación a dicha libertad es importante reconocer, que sobre el derecho de libertad, que es un derecho individual desde la perspectiva de la facultad de testar, debe prevalecer la garantía de la protección de la familia.

En conclusión se valora que, la autonomía de la voluntad debe ser respetada y garantizada especialmente en los contratos en los cuales el consentimiento de las partes es indispensable. Pero con relación al testamento, la autonomía de la voluntad debe estar supeditada a proteger principalmente a la familia, en virtud de que no obstante que se reconoce la libertad del causante, el bien jurídico social, debe prevalecer sobre el individual.

### **3.5 CONTRADICCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ENTRE LA LIBRE TESTAMENTIFICACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA.**

Es importante hacer notar que existe una clara contradicción entre lo que dispone el Art. 32 de la Constitución y el Art. 22 de la misma, ya que el Art. 32 Inc. 1° establece lo siguiente: "La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y

servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico", por otra parte el Art. 22 dispone: "Toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la ley. La propiedad es transmisible en la forma en que determinen las leyes. Habrá Libre Testamentifacción".

De la comparación de las dos disposiciones antes citadas, se considera que el espíritu del legislador al disponer el Art. 32 de la Constitución de la República es, además de reconocer a la familia como la base fundamental de la sociedad, imponer también la legislación y los organismos necesarios para su protección, integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico; y el espíritu del legislador al establecer el Art. 22 de la Constitución de la República es la libre disposición de los bienes, o sea la facultad que tienen las personas de hacer libremente el testamento, sin más limitaciones que las que exige la ley.

De lo antes expuesto se concluye que existe desarmonía entre dichas disposiciones, en virtud de que la facultad de testar establecida en la Constitución de la República debería estar en armonía con la garantía regulada en el Art. 32 de la citada ley, es decir, que si esta disposición garantiza que el Estado dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico para la familia por ser la base fundamental de la sociedad; para que la facultad de testar esté en armonía con dicha disposición no debe ser una libertad absoluta si no restringida y dirigida principalmente a proteger a la

familia y de ella principalmente a los hijos, estableciendo la abstención de proteger con una asignación a personas distintas de sus hijos o de su núcleo familiar, ya que de ser así, parte de la colectividad, que constituye la sociedad misma, sería beneficiada con el derecho económico que a ella corresponde, por lo que no se está cumpliendo lo preceptuado en el Art. 32, en cuanto a que el Estado Creará la legislación necesaria para su bienestar económico y desarrollo social.<sup>8</sup>

El Art. 996 Inc. 2° del Código Civil<sup>9</sup>, también regula la Libre Testamentifacción, al decir "El testador puede disponer libremente de sus bienes a favor de una o varias personas que tengan capacidad legal para heredar, sin perjuicio de las reducciones a que se halla sujeto su patrimonio con arreglo a la ley". Lo cual significa que esta disposición está en armonía con el Art. 22 de la Constitución de la República, pero no con el Art. 32 de la precitada Ley, que establece la protección de la familia, y de conformidad a lo dispuesto en el Art. 271 de la misma ley, es un deber impostergable armonizar especialmente los preceptos constitucionales con la legislación secundaria, siendo evidente que esa concordancia es especialmente necesaria e indispensable en materia familiar.

De lo anterior se concluye que existe armonía y concordancia entre el Art.22 de la Constitución y el Art. 996 Inc. 2° C.C. pero con relación a la libertad de testar, lo cual garantiza un derecho individual

---

<sup>8</sup> La Constitución de la República, Asamblea Legislativa.

<sup>9</sup> Código Civil, Asamblea Legislativa.

de libertad, pero ambos entre sí, no armonizan con el Art. 32 de la Constitución, el cual garantiza un derecho social, que debe pesar sobre todo derecho individual, por lo que es necesario que la facultad de testar establecida en la Ley Primaria y Secundaria, sea restringida y no absoluta en atención a la protección de la familia o en su defecto, que se establezca una cuota de la asignación para la familia, los hijos principalmente o personas dignas de la asignación y una parte destinada para que el testador la disponga libremente, pero siempre dándole prioridad a la protección de la solidaridad familiar.

### **3.6. PREVALENCIA DEL DERECHO AL PATRIMONIO DE LA FAMILIA SOBRE EL VALOR LIBERTAD.**

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2 del Código de Familia, la familia es el grupo social permanente, constituido por el matrimonio, la unión no matrimonial o el parentesco.

El Artículo 32 Inc. 1° de la Constitución de la República establece que la familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico.

Como ya se expuso la familia es el núcleo social fundamental sujeto a protección por parte del Estado, el cual está obligado a garantizarle sus derechos fundamentales como lo es el derecho al patrimonio procurando con ello, su desarrollo.

Y es que en la sucesión se encuentran siempre en colisión los intereses individuales del causante y los del grupo familiar al que

pertenece. Es indudable que en situaciones normales ambos coinciden. De ahí que se diga que la sucesión legal, reglamentada por la ley y no por el testamento, es una verdadera presunción de voluntad del causante, en aquellos sistemas en que la sucesión preferencial es la testamentaria.<sup>10</sup>

Pero esa coincidencia de intereses no siempre se realiza, por lo que es necesario determinar si el sistema sucesorio será construido sobre la protección del interés individual del causante, o sobre el interés de la familia.

En el sistema legislativo salvadoreño se da preferencia al interés del causante, mediante una protección de la sucesión testamentaria edificada sobre la libertad de disponer sin la existencia de asignaciones que forzosamente, deben ir hacia la familia a excepción de la asignación forzosa alimenticia establecida en el Artículo 960 C.C. la cuál se considera una protección mínima con relación a la que merece la familia.<sup>11</sup> En otros, por el contrario, se establece todo un régimen de asignaciones forzosas, que el causante debe respetar. Desde este punto de vista las soluciones son variadas, porque pueden ir desde la supresión de la facultad de disposición, hasta un sistema mixto, que permite la libertad de disponer por testamento de una porción de la herencia, debiendo el resto ir a los familiares.

En estos últimos casos se piensa que los bienes de una persona están destinados a su sustento y al de su familia. La Ley debe velar

---

<sup>10</sup> Ramón Domínguez Benarente - Ramón Domínguez Aguila. Derecho Sucesorio, Pág. 12

<sup>11</sup> Ramón Domínguez Benarente, Ramón Domínguez Aguila, Derecho Sucesorio

porque esa finalidad se cumpla por sobre el interés y los afectos del causante. Además, el patrimonio que una persona ha formado, particularmente cuando está casada, se debe en parte al esfuerzo de su cónyuge, que ha compartido la vida con el causante y en bien de los hijos.

Desde ese punto de vista anotamos que la noción de familia misma debe tenerse presente para la construcción de un régimen sucesorio que responda a las necesidades de toda sociedad.

Es de suma importancia señalar que el valor libertad consagrado en la Constitución de la República, Artículo 2 es un derecho individual, bajo la perspectiva del tema que nos ocupa, atañe al interés particular del causante por consiguiente si el titular de un patrimonio tiene la más amplia facultad de disponer por testamento es seguro que lo hará a su entera conveniencia aunque con ello se afecte los intereses de su grupo familiar.

Por otro lado el derecho que la familia posee de recibir el patrimonio de sus muertos es un derecho social que debería corresponderle por ministerio de ley, pues en la mayoría de los casos el patrimonio adquirido es el resultado de un esfuerzo conjunto dentro del núcleo familiar, bajo este ángulo es necesario construir un régimen sucesorio que de prioridad no solamente al interés particular del causante sino que de prioridad al interés familiar.

Por consiguiente es justo reconocer que el derecho al patrimonio de la familia debe prevalecer sobre el valor libertad dado que el primero es un interés social que afecta o beneficia a toda una

colectividad y además porque la sucesión debe estar fundada sobre la idea de defensa de los derechos de la familia y no sobre el predominio del interés individual.

### **3.6.1. Situación de la Libre Testamentifacción, según la jurisprudencia de los tribunales, desde enero del Año dos mil, hasta noviembre del año dos mil uno.**

En realidad la Libre Testamentifacción es aplicada judicialmente pero en cumplimiento a la voluntad de los testadores, con relación a la sucesión testamentaria, ya que la aceptación de la herencia para que produzca efectos legales, ha de ser expresa, pidiendo al juez del domicilio de la sucesión la declaración de ser tal heredero. Manifestando en dicha solicitud los nombres y residencia actual de las otras personas, que por la ley o el testamento, puedan tener derechos en la sucesión como herederos y que sean conocidas. Art. 1162 C.C. Si los solicitantes probaren su calidad de herederos, el Juez los nombrará interinamente administradores y representantes de la sucesión, con las facultades y restricciones de los curadores de la herencia yacente. Y publicará edictos, uno de los cuales se insertará por tres veces en el Diario Oficial, citando a los que se crean con derecho a la herencia para que se presenten a deducirlo en el término de quince días contados desde el siguiente a la tercera publicación del edicto en el expresado periódico.

Cuando conste en los autos el nombre y residencia de un heredero, se le citará personalmente, y los quince días se contarán para él desde el

siguiente a la respectiva citación.

Transcurrido el término de la citación, el juez con el mérito de las pruebas que se le presenten, hará o no la declaratoria de heredero solicitada, según fuere de derecho.

La resolución, cualquiera que sea, se pondrá en conocimiento del público por medio de un aviso publicado en el mismo diario.

De lo antes expuesto, se deduce que los Jueces de lo Civil, como aplicadores de la Ley, sólo se limitan a darle cumplimiento a lo establecido en el Art. 22 de la Constitución y en el Art. 996 Inc. 2° del Código Civil, porque es lo que está regulado con relación a la facultad de testar. Por lo que desde enero del año dos mil, hasta noviembre del año dos mil uno, según las investigaciones que se hicieron en los tribunales de lo civil, se comprobó que en efecto con las solicitudes de declaratoria de herederos se presentan varios testamentos, otorgados a favor de personas ajenas al núcleo familiar, o cuando con las solicitudes no se presentan los testamentos, el Juez solicita a la Corte información para verificar si los testadores han dejado sus bienes a favor de otras personas, y efectivamente se han dado en ese período de tiempo, varios casos en los que se excluye de la herencia a personas dignas de heredar, y que forman parte del núcleo familiar.

### **3.6.2. Consecuencias Sociales por la Libre Testamentifacción.**

Es importante hacer notar que en algunos sistemas legislativos como el nuestro está regulada la Libre Testamentifacción mediante la

cual se le da preferencia al interés del causante, concediéndole la facultad de testar, de disponer de sus bienes, en forma plena, dejando sus bienes a personas que libremente elija, parientes suyos o extraños que tengan la capacidad legal para heredar, con la única obligación a que se refieren las asignaciones alimenticias forzosas, establecidas en el Art. 960 No. 4 del C.C. las cuales se deducirán del acervo o masa de bienes del difunto. Y en virtud de que es obligación constitucional el reconocimiento y garantía del derecho a la propiedad privada en función social, ya que la propiedad de sus bienes no es absoluta, porque si es necesario, El Estado puede intervenir los bienes de los particulares con el objetivo de que estos sirvan para el interés social, es decir, para que satisfagan necesidades de las mayorías.<sup>12</sup>

Al evaluar la situación de la Libre Testamentifacción según la jurisprudencia de los tribunales en el período del año dos mil al año dos mil uno. Se demuestra efectivamente que a consecuencia de lo que dispone el Art. 22 de la Constitución de la República, y el Art. 996 del Código Civil, los cuales facultan a los testadores en general para que puedan disponer libremente de sus bienes. Se están otorgando varios testamentos a favor de personas distintas de los hijos o de los cónyuges, por proteger a personas extrañas.

Por lo que se deduce que la facultad absoluta de testar afecta a la sociedad, ya que la consecuencia de que se beneficien a personas distintas del núcleo familiar, es que en muchos casos, el beneficiado es una sola persona, garantizándose así, únicamente el

---

<sup>12</sup> Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Aguila, Derecho Sucesorio Tomo I.

derecho individual del testador en cuanto a su libertad, pero se afecta a la solidaridad familiar de los hijos, y si se está afectando a la familia, consecuentemente se está afectando a la sociedad en general, porque del patrimonio económico de la familia depende el desarrollo político, económico y social de las mayorías, y al carecer la familia de dicha protección, la consecuencia inmediata es que se contribuye al subdesarrollo social, cultural y económico de un país por no tener los organismos y servicios apropiados para su integración. En ese orden de ideas, el Estado no está cumpliendo con relación a la protección de la familia, la organización para la consecución de la justicia social, de la seguridad jurídica y del bien común. Ya que por medio de la justicia se le otorga a cada quien lo que le corresponde y el bien común es el conjunto de intereses propios de la colectividad que se ubican por encima de los intereses particulares, para lograr este valor y satisfacer tanto las necesidades del individuo como los de la sociedad en general, por lo que el Estado debe intervenir en las relaciones sociales<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Constitución de la República, Asamblea Legislativa.

## **CAPITULO IV. LA INDIGNIDAD**

### **4.1. LAS INDIGNIDADES**

Las indignidades consisten en la falta de méritos de una persona para suceder, y están expresamente establecidas por el legislador. La indignidad es en el fondo un desheredamiento hecho por la ley, lo que indudablemente movió al legislador a establecer como causales de indignidad, son hechos que también constituían causales de desheredamiento cuando regía entre nosotros la sucesión legitimaria.

Las causales de indignidad son once, de las cuales las principales, son las cinco contempladas en el Art. 969.

El Art. 969 C.C. establece que "Son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios:

1. El que ha cometido el crimen de homicidio en la persona del difunto o ha intervenido en éste crimen por obra o consejo, o la dejó perecer pudiendo salvarla;
2. El que cometió un hecho que la ley castiga como delito contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos con tal que el delito se pruebe por sentencia ejecutoriada;
3. El cónyuge o consanguíneo dentro del cuarto grado inclusive, que en el estado de enajenación mental o de indigencia de la persona de cuya sucesión se trata, no la socorrió pudiendo.
4. El que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto, o le impidió testar, o variar el testamento;

5. El que dolosamente ha detenido u ocultado un testamento del difunto, presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación.

### **EXPLICACIÓN DE LAS CAUSALES DE INDIGNIDAD**

La primera de las indignidades que comprende el citado artículo consiste en haber cometido el delito de homicidio en la persona del causante, al que la ley llama "crimen", siguiendo la clasificación francesa de los hechos punibles, que es tripartita (crímenes, delitos y contravenciones o faltas); la nuestra es bipartita -delitos y faltas- por lo que aquella palabra es desconocida en la terminología jurídico-penal del país. En ese numeral queda comprendida la intervención del asignatario en ese delito tanto como autor inmediato como mediato, y aún como cómplice, ya lo haya cometido por acción ya por omisión, no importando que lo cometa o no con la intención de heredar, es decir, que esto sea o no el motivo del delito. Se le critica que no excluya de la indignidad al que cometió ese delito culposamente, porque no es justo que el homicidio culposo sea sancionado civilmente con indignidad. Este numeral no exige que el asignatario haya sido condenado por sentencia ejecutoriada, pero es evidente que ello es necesario, porque los hechos punibles no se pueden probar en juicio civil, en el cual hay que establecer la indignidad como adelante se verá, y según la ley penal todo imputado es inocente mientras no se prueba su culpabilidad, de donde también resulta que si el asignatario es absuelto en el juicio penal no habrá lugar a la indignidad.

La segunda consiste en haber cometido un hecho que la ley castiga como delito contra la vida, el honor o los bienes del causante, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos. Entre los hechos que la ley castiga como delito contra la vida está el homicidio; pero este hecho, cuando se comete contra el causante, ya fue contemplado como motivo de indignidad en el numeral primero, según se acaba de ver, bajo la calificación de crimen, que es la categoría más grave de la clasificación tripartita de los hechos punibles. De la mezcla, pues, de los dos sistemas de clasificar el hecho punible ha resultado que el homicidio ha sido tomado dos veces como causal de indignidad; pero la confusión que produce esta dualidad se obvia aplicando el numeral primero cuando se trata de homicidio cometido en la persona del causante, y el numeral segundo cuando se trata de cualquier otro delito contra su vida, debiéndose también comprender los delitos contra la integridad personal; en otros términos, del numeral segundo hay que excluir el homicidio cometido en el causante, porque ya está contemplado en el numeral primero. Respecto de las demás personas enumeradas en el segundo sí quedan comprendidos todos los delitos contra la vida.

Los delitos que lesionan el honor sólo son, de acuerdo con el Código Penal, la difamación y la injuria; y entre los que lesionan los bienes (delitos contra el patrimonio) se encuentran el hurto, robo, estafa, apropiación o retención indebidas, usurpación, daños.

No quedan comprendidos como indignidades el adulterio cometido con el cónyuge del causante, la violación cometida en la

cónyuge del mismo o en sus ascendientes o descendientes, ni el incesto. Acerca de este último, la Comisión Reformadora de 1902, cuando reformó el artículo que declaraba incapaz al que hubiera sido condenado por "el crimen de dañado ayuntamiento" con la persona de cuya sucesión se tratara, dejando como incapacidad únicamente el adulterio con el causante (Art. 965), dijo que quedaba comprendido en el número segundo del 969 C. Esta afirmación se debió a que siguiendo el pensamiento de Claro Solar, nuestro legislador lo consideró incluido en los delitos contra el honor; pero ya no debe considerarse así, puesto que el bien jurídico que realmente lesiona el incesto es la moral familiar.

Por la misma razón de que el adulterio con la cónyuge del causante, la violación de la cónyuge del mismo o de sus ascendientes o descendientes, no lesionan el honor del causante, sino que son delitos contra el matrimonio y la libertad sexual, respectivamente, es que no quedan comprendidos en el numeral que se examina, a pesar de que Claro Solar (Luis Claro Solar: ob.cit. pág. 91) dice al respecto: "Hemos dicho que la gravedad del atentado puede aparecer de la naturaleza misma del hecho que lo constituye. Así el adulterio cometido por el heredero o legatario con la mujer del testador constituye evidentemente un atentado grave contra el honor de la persona de cuya sucesión se trata, y entra, por lo mismo, en esta causal, como lo constituiría también la violación o el estupro de una hija de matrimonio anterior de la mujer del difunto, porque sería un atentado grave contra el honor de su cónyuge...". Sin embargo,

estamos de acuerdo en que sí deben figurar como causales de indignidad, pero no porque lesionen el honor del causante, sino simplemente porque son ofensas graves contra él.

En el numeral tercero se establece una indignidad cuyo fundamento es el quebrantamiento de los deberes que impone la solidaridad familiar; afecta al cónyuge y a los consanguíneos del causante dentro del cuarto grado inclusive, que en el estado de enajenación mental o de indigencia (falta de medios para pasar la vida) de aquél, no lo hayan socorrido pudiendo hacerlo. Si una persona se encuentra en insania, su cónyuge y sus parientes más cercanos tienen el deber moral de ampararlo y de procurarle, por los medios adecuados, la recuperación de la salud mental; dejarlo abandonado a su suerte en tal estado indica no sólo desafecto sino perversidad, y es comprensible que tal conducta produzca indignidad, no siendo necesario para privar a tales parientes de la asignación, ya que la ley no lo exige, que el insano haya sido puesto en interdicción. Tampoco son dignos de suceder al causante a quien no socorrieron procurándole ayuda económica, al menos para su alimentación, cuando se encontraba en estado de indigencia, de suma pobreza, por las mismas razones que en el caso anterior, y además, porque aprovechar la fortuna que después logró obtener, sin haberlo socorrido cuando él lo necesitaba, es una gran inmoralidad.

En los numerales cuarto y quinto se sancionan con indignidad las violencias contra la libertad de testar, pues en ellos se excluye de

la sucesión al que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto, o le impidió testar o variar su testamento, y al que dolosamente lo ha detenido u ocultado. Una disposición testamentaria se obtiene por fuerza cuando para ese fin se ejerce presión sobre el testador, ya sea maltratándolo físicamente o amenazándolo con un mal futuro, intimidándolo, pues se comprende tanto la fuerza física como la moral; y se obtiene por dolo cuando se verifican maniobras mediante las cuales se influye en el ánimo del testador, en el sentido de que éste prefiere como sucesor al que tales maniobras verifica en vez de aquel o aquellos hacia quienes su voluntad estaba naturalmente inclinada. Esas maniobras tienden, pues, a desacreditar ante el testador a las personas a quienes se presume favorecerá en su testamento, de quienes aquél se crea, o le crean más propiamente, una falsa imagen respecto de sus cualidades personales o de su grado de afecto hacia él, lo que determina a favor del autor del dolo.

Por otra parte, según el artículo 1004 C, las disposiciones testamentarias en que haya intervenido error, fuerza o dolo, son nulas en todas sus partes. La fuerza y el dolo, cuando inciden sobre la voluntad del testador, pueden haber sido empleados no sólo por el asignatario sino por cualquier persona; cuando los emplea el asignatario la disposición es nula y aquél se vuelve indigno, lo que reviste particular importancia porque, aunque la asignación obtenida por esos medios no la recibe por ser nula, por su indignidad tampoco puede recibir cualquier otra hecha válidamente en el mismo

testamento a su favor, o abintestato en los casos en que por la fuerza o el dolo todo el testamento es nulo.

Cuando la ley dice que es indigno el que dolosamente ha detenido un testamento, se refiere al que teniéndolo en su poder lo retiene, no lo entrega, con el fin de impedir o estorbar la producción de sus efectos, como cuando no lo presenta para su apertura cuando es cerrado, y hay necesidad de apremiarlo para que lo exhiba, o no lo entrega a los interesados para que prueben su derecho cuando es abierto; y cuando dice que también es indigno el que ha ocultado el testamento se refiere al que lo ha escondido, o ha callado que lo tiene a sabiendas de que ya se abrió la sucesión, o niega tenerlo. La ocultación puede haber comenzado por una sustracción hecha a quien legítimamente lo tenía en su poder, aún cuando nuestra ley no habla de ella, lo que se debe a que la sustracción, que aquí significa hurto, no es un fin en sí, sino un medio necesario para verificar la ocultación, que es lo que se pretende con aquélla. Tales detención y ocultación deben ser dolosas, verificadas con la intención de perjudicar a otro; pero no hay necesidad de probar el dolo, se presume por el mismo hecho o por el mero hecho de la detención u ocultación. Esta presunción es simplemente legal (*juris antum*), lo que indica que lo único que ocurre es que la carga de la prueba, el *onus probandi*, se invierte: el que alega el dolo no está obligado a probarlo, como acontece ordinariamente, porque se presume, pero aquel a quien se le imputa es admitido a probar que su proceder fue justificado, no doloso.

El fin que puede proponerse quien detiene u oculta un testamento es el de que las disposiciones del testador no tengan efecto, el de frustrarlas, vale decir, que la sucesión se abra abintestato, porque sabe o sospecha que en el testamento no ha sido favorecido, o que la asignación que se le ha dejado es inferior a lo que le correspondería abintestato, porque hay que dar por supuesto que quien tales actos verifica tiene vocación sucesoria legítima, que es heredero presunto abintestato, ya que sólo así podrá tener interés en la detención u ocultación, y hace comprensible el hecho de que sea sancionado con indignidad, ya que si no está instituido en el testamento ni es sucesor abintestato, mal podría ser excluido de la sucesión como indigno. Pero actualmente es casi imposible obtener ese fin, debido a las especiales formalidades que para asegurar la eficacia de los testamentos se han prescrito. De nada sirve por ejemplo, ocultar un testamento cerrado porque existe el duplicado archivado en la Corte Suprema de Justicia, o un testamento abierto porque se puede pedir otro testimonio en el mismo Tribunal, todo con los requisitos legales. Extraña que no esté comprendido el caso del que falsifica un testamento, que es tan grave como los anteriores y quizá más, que debería estar sancionado también civilmente con indignidad.

También produce indignidad la omisión consistente en no denunciar o avisar a la justicia el homicidio cometido en la persona del causante, porque ello es revelador de ingratitud hacia aquél y hasta puede ser indicativo de alguna forma de participación en el hecho

punible. La disposición que establece esta indignidad (Art. 970) habla de no denunciar o avisar a la justicia el delito cometido, entendiéndose que se refiere a los tribunales que conocen de lo penal; sin embargo, si el aviso se da a los ahora llamados órganos auxiliares de la administración de justicia en materia penal o a la Fiscalía General de la República, no debe considerarse al sucesor incurso en indignidad, desde que aquéllos están facultados por el Código Procesal Penal para recibir avisos tratándose de delitos perseguibles de oficio, como es el homicidio. Tales denuncia o aviso deben hacerse tan pronto como hubiere sido posible, lo que es más apropiado que prescribir un plazo para ello, como acontece en otras legislaciones, y no es necesario hacerlos cuando la justicia ya hubiere empezado a proceder sobre el caso, la que por regla general lo hace inmediatamente tratándose de esta clase de delitos, por lo que esta indignidad es de muy escasa ocurrencia; podría darse en aquellos casos en que el homicidio tiene apariencia de muerte natural o de un accidente. No comprende los impúberes, dementes o sordomudos que no se dan a entender por escrito, ni puede alegarse cuando el heredero o legatario es cónyuge de la persona por cuya obra o consejo se ejecutó el homicidio, o es su ascendiente o descendiente, o existe entre ellos parentesco de consanguinidad hasta el cuarto grado inclusive o de afinidad hasta el segundo; no comprende a los tres primeros porque son incapaces absolutamente, y no se puede alegar contra los demás que se enumeran porque no puede exigírseles que para no incurrir en indignidad cometan una infidencia contra sus parientes cercanos,

involucrándolos en un delito, lo que también iría contra la solidaridad familiar.

Esa solidaridad familiar también impone a los parientes cercanos de un impúber que no está bajo la potestad de padre o madre que pueda darle la debida asistencia, o de un demente o sordomudo, el deber de pedir que se le provea de un guardador, tutor o curador según los casos; por ello la ley (Art. 971 C.) dispone que es indigno el que siendo llamado a suceder abintestato al impúber, demente o sordomudo, no impidió que se le nombrara el correspondiente guardador y permaneció en esta omisión un año entero, que debe contarse desde que surgió la necesidad de la guarda; que transcurrido el año la obligación de pedir el guardador recae en los llamados en segundo grado a la sucesión intestada, pero no se extiende a los menores no habilitados de edad, a los parientes colaterales mientras existieren de la línea recta que pueden hacer la petición, a la Universidad y a los hospitales, ni en general a los que están bajo tutela o curaduría. Llama la atención que la ley todavía diga que transcurrido el año la obligación recae en los llamados en segundo grado a la sucesión intestada (de lo que se infiere que primero recae en los llamados en primer grado) lo que ya no es propio, porque ahora la ley ya no llama a suceder por proximidad de grado de parentesco con el causante sino por órdenes, en los que ya no importa ese grado de parentesco, sucediendo todos los que están comprendidos en cada orden, sean del grado que fueren. Debe entenderse entonces que transcurrido el año para los llamados en primer orden la obligación

recae en los llamados en segundo orden, y en ese sentido debió reformarse la disposición correspondiente, cuando se cambió el sistema de órdenes de la sucesión intestada, formándose las actuales.

La obligación no se extiende a los menores no habilitados de edad, ni en general a los que están bajo tutela o curaduría, ya que si ellos no pueden valerse por sí mismos mal puede exigírseles que velen por la protección de otros incapaces; tampoco a la Universidad y los hospitales, que son sucesores abintestato, por su misma naturaleza, pues como personas jurídicas que son no pueden tener parentesco con personas naturales ni obligación alguna de velar por ellas; ni a los parientes colaterales mientras existieren de la línea recta que puedan hacer la petición, de modo que la obligación recaerá en ellos no sencillamente cuando haya transcurrido el año para los llamados en primer orden y el año para los llamados en segundo orden, sino además, cuando ya no existieren parientes de la línea recta, pues existiendo alguno, aunque ya le haya afectado la indignidad, sobre el sigue pesando la obligación de pedir el guardador. En otros términos, estando comprendidos todos los parientes de la línea recta llamados a la sucesión intestada, en los órdenes 1º y 2º, si alguno de ellos existe, aunque ya le haya afectado la indignidad por haber dejado pasar su respectivo año sin hacer la petición, y puede hacerla porque no es de aquellos a quienes por su incapacidad natural no se extiende la obligación, esta no pasa a los parientes comprendidos en los órdenes del 3º al 6º, que son todos colaterales; pasa sólo cuando ya no existe ninguno de la línea recta que pueda hacer la mencionada petición.

Esta última exclusión fue introducida por ley publicada el 21 de junio de 1907. De todo esto se deduce que el legislador, para efectos de la sucesión intestada, sentó tácitamente un principio que tiene relación con el derecho de familia, el de que la obligación de pedir que se provea de guardador a una persona que lo necesite recae en primer lugar en los parientes de la línea recta y sólo a falta de ellos, recae en los colaterales, al cual no se hace ninguna alusión en las reglas de las guardas. El código de Chile (Edición Oficial de 1981) en el artículo correspondiente, en esta parte que estamos tratando dice: "Transcurrido el año recaerá la obligación antedicha en los llamados en segundo grado a la sucesión intestada", y Claro Solar (ob. Cit. Pág. 9) agrega "y así sucesivamente mientras se mantiene la causa que hace necesario el nombramiento de tutor o curador", con lo que la obligación pasa a los colaterales sin el requisito que aquí se introdujo al siguiente inciso, pues el de Chile sólo dice: "La obligación no se extiende a los menores, ni en general a los que viven bajo tutela o curaduría o bajo potestad marital".

Esta causa de indignidad desaparece para aquellos sucesores que teniendo la obligación de pedir el nombramiento de guardador no lo hacen, pero aún no ha expirado su respectivo año de permanencia en esa omisión cuando el impúber llega a la pubertad, porque entonces ya puede pedir el nombramiento de guardador por si mismo (Art. 452 C.), o el demente o sordomudo toman la administración de sus bienes, porque indica que su incapacidad ha terminado (Arts. 468 y 472 C.). Cuando son varios los llamados a la sucesión intestada,

basta que uno de ellos haga la petición, pues su diligencia aprovecha a los demás.

Para que se produzca esta indignidad no es necesario que el impúber, demente o sordomudo mueran en ese estado. Pueden morir mucho tiempo después de la pubertad, de haber sido rehabilitado el demente o de hacerse capaz de entender y ser entendido por escrito el sordomudo, pero aquellos que quedaron indignos por haber dejado pasar su año sin pedir el nombramiento de guardador cuando esas personas lo necesitaban, quedan expuestos a la acción de indignidad cuando aquéllas mueran sin testamento, y acepten la herencia como herederos abintestato; es entonces cuando se les puede alegar la indignidad.

Los padres legítimos, la madre ilegítima y los abuelos legítimos, en las condiciones previstas por la ley, pueden nombrar tutor por testamento a sus hijos o nietos, según el caso; pueden también nombrar curador a los mayores de edad que se hallen en estado de demencia, o son sordomudos que no entienden ni se dan a entender por escrito, o para la defensa de los derechos eventuales de la criatura que está por nacer. Estos guardadores testamentarios son, por lo general, personas de la entera confianza del testador, por lo que si no entran a servir el cargo sin tener incapacidad legal para no hacerlo, devienen indignos para recibir cualquier asignación que el causante que los nombró les haya dejado, porque defraudan aquella confianza no prestando el servicio en atención al cual la ley presume que se les ha dejado la asignación; y que la ley presume que ese es el

motivo de la asignación lo corrobora el hecho de que la misma prescribe que esta indignidad no tiene lugar si el testador ha dispuesto otra cosa, que no puede ser más que siempre tendrán derecho a la asignación, que lógicamente es indicativo de que el motivo de la asignación fue la mera liberalidad y no retribuir el cargo asignado.

La simple promesa hecha al causante de hacer pasar sus bienes o parte de ellos, en cualquier forma, a una persona incapaz, sabiendo el promitente que el tercero no tiene aptitud legal para suceder a dicho causante, produce indignidad en quien hace tal promesa, porque lo que está prometiendo es cooperar en un fraude de ley, como ya se vio al tratar de las previsiones legales para evitar que se burlen las incapacidades, pues estas son de orden público y en consecuencia todo acto que tienda a aquella finalidad es sancionado civilmente, y en este caso la sanción es la indignidad, aún cuando no se haya procedido a la ejecución de la promesa. Huelga decir que con más razón es indigno el que no sólo hace la promesa sino que la cumple, caso en el cual habrá servido de persona interpuesta. Más no es indigno el que hace la promesa movido por el temor reverencial que siente hacia el causante, esto es, sólo por no desagradarlo u ofenderlo desobedeciéndolo, como cuando, debido a la relación de dependencia en que respecto a él se encuentra el promitente, éste está obligado a respetarlo y obedecerlo. En este caso, el haber hecho la promesa no produce indignidad, pero sí habrá indignidad si esa promesa se ejecuta, porque no estando ya el asignatario que la ha hecho bajo la influencia de la voluntad del causante, de aquel temor reverencial,

debía abstenerse de cumplirla, ya que sabía de la incapacidad del tercero; si no se abstuvo, la promesa no la hizo por temor reverencial, sino con la intención seria de cumplirla. Los doctrinadores sostienen que este hecho debería ser generador de incapacidad no de indignidad, porque no es en interés del causante que se sanciona sino porque tiende a contravenir el orden público, desde luego que las incapacidades pertenecen al mismo.

Cuando son varios los herederos instituidos en el testamento, el testador puede nombrar en el mismo la persona que deberá proceder a la partición de los bienes entre aquéllos, puede nombrar partidador. Si la persona nombrada no acepta el encargo se hace indigna de suceder a quien lo nombró, lo que supone que se le ha dejado una asignación. Se trata, pues, de una indignidad que sólo tiene lugar en la sucesión testamentaria, como la de los guardadores nombrados en testamento, cuyos fundamentos también se aplican en esta que se estudia. Pero es raro que aquí no se haya prescrito que si el testador ha dispuesto otra cosa al respecto, no tendrá lugar la indignidad, porque existiendo la misma razón debería existir la misma disposición.

También se vuelve indigno todo partidador, no sólo el testamentario, que prevarica en el ejercicio de su cargo, siempre que la prevaricación haya sido declarada por juez competente (de lo penal); y como este caso se trata de un delito, esa declaración de juez competente a que alude la ley, se refiere a la sentencia condenatoria ejecutoriada pronunciada por el tribunal respectivo. Hay dos

situaciones que también se comprenden entre las que producen la indignidad, porque excluyen de la sucesión intestada, a saber: la del viudo o divorciado que teniendo hijos de precedente matrimonio bajo su patria potestad, o bajo su tutela o curaduría, se casa sin haber hecho antes inventario de los bienes de aquéllos que esté administrando; y la del cónyuge que de hecho y sin justa causa abandonare a su marido o mujer, Artículo 179 y 992 C.C, respectivamente. La segunda admite prueba de que el abandono fue justificado, como que se debió a la ebriedad del cónyuge abandonado. Se dice que esos hechos producen indignidad porque privan del derecho de suceder abintestato a los hijos en el primer caso y al otro cónyuge en el segundo, de donde claramente se infiere que por testamento sí pueden sucederlos, que como se verá, es la forma en que el causante puede perdonar las indignidades. Más de las expresiones que la ley emplea al establecer la sanción (“...perderá el derecho de suceder como heredero abintestato”, “No tendrá parte alguna en la herencia abintestato...”) se ve que en realidad lo que esos hechos producen es la pérdida de la vocación sucesoria legítima, tal como la produce el divorcio para los cónyuges y para el adoptado, en la adopción simple, la ruptura del vínculo adoptivo. En otros términos, la ley, que los había llamado a suceder al colocarlos en los órdenes de la sucesión intestada, les retira ese llamamiento.

También se considera como indignidad lo dispuesto por el artículo 295 C.C, que dice que a ninguno de los que hayan tomado parte en el fraude de falso parto o de suplantación, aprovechará el

descubrimiento del fraude, ni aún para suceder al hijo en sus bienes por causa de muerte.

Las indignidades son preexistentes y sobrevenidas, pueden haber ya existido a la fecha de la muerte del causante o surgir después de ésta. Son sobrevenidas, ocurren después de la muerte del causante: la del que detiene u oculta un testamento; la del que no denuncia o avisa a la justicia el homicidio cometido en la persona del difunto; la del que hizo la promesa de hacer pasar sus bienes o parte de ellos a una persona incapaz por temor reverencial, y procede a la ejecución de la promesa; y la de los guardadores y partidores testamentarios que no cumplen su encargo y de los últimos cuando prevarican.

### **CARACTERÍSTICAS DE LAS INDIGNIDADES**

Las características de las indignidades difieren de las que presentan las incapacidades, pues en aquéllas no está comprometido el orden público, sino que el solo interés del causante; y las incapacidades son de orden público y tienen por objeto proteger los intereses de la sociedad, más que el interés particular del causante. Ello trae consigo las siguientes consecuencias.

1. El causante puede perdonar la indignidad. Así lo dispone el Art. 974 C.C. “Las causas de indignidad mencionadas en los artículos precedentes no podrán alegarse contra disposiciones testamentarias posteriores a los hechos que las producen, aun cuando se ofreciere probar que el difunto no tuvo conocimiento de

esos hechos al tiempo de testar ni después.

2. La indignidad debe ser declarada judicialmente. El Art. 975 C.C. consagra esta segunda diferencia con la incapacidad al decir que “La indignidad no produce efecto alguno, sino es declarado en juicio, a instancia de cualquiera de los interesados en excluir al heredero o legatario indigno”.
3. Una característica muy peculiar de las indignidades es la que establece el Art. 976 C.C. consiste en que pueden purgarse, vale decir, limpiarse, lavarse, librándose la asignación del vicio que la afectaba; y esta purga se efectúa por el hecho de poseerse materialmente la herencia o legado durante diez años.
4. La indignidad no pasa a los terceros de buena fe. Así lo declara el Art. 977 C.C. La Acción de indignidad sólo puede dirigirse en contra del asignatario indigno, y no contra terceros de buena fe. La Buena fe del tercero va a consistir en ignorar la existencia de la indignidad.
5. La indignidad se trasmite a los herederos. Finalmente el Art. 978 C.C. dispone que “A los herederos se transmite la herencia o legado de que su autor se hizo indigno, pero con el mismo vicio de indignidad de su autor, por todo el tiempo que falte para completar los diez años.

#### **4.2. DIGNIDAD DE RECIBIR UNA ASIGNACION**

Dignidad significa merecer la asignación, en virtud de que para suceder por causa de muerte, no basta tener vocación sucesoria y ser

capaz de adquirir respecto de determinado causante; es necesario además, ser digno de recibir la herencia o legado deferidos, merecer la asignación, ya que no es justo que el asignatario que cometa actos ofensivos contra el causante o contra su cónyuge, ascendientes y descendientes legítimos, reciba una asignación ya sea a título universal o singular, es por ello que a los ojos de la ley le hacen desmerecer dichas asignaciones.

#### **4.3. POSIBILIDAD DE ADICIONAR UNA CAUSAL DE INDIGNIDAD EN EL ART. 969 DEL CODIGO CIVIL.**

En virtud de que de la familia, los miembros más vulnerables que deben ser protegidos con el bien jurídico patrimonial son los hijos, por el derecho económico a la propiedad consagrado en la Constitución de la República, ya que si se afecta a los hijos, se afecta a cada familia, y por ser ésta la base fundamental de la sociedad, se perjudica a la sociedad en general, en ese orden de ideas, se considera que no debería existir para el causante libertad absoluta para testar, como la que se establece en el Art. 22 de la Constitución y en el Art. 996 Inc. 2° del Código Civil, para que los testadores, se abstengan de proteger con su patrimonio a personas distintas de sus hijos, como herederos presuntivos, ya que con la Libre Testamentifacción regulada en las disposiciones legales antes citadas, se da lugar a que muchos testadores irresponsables, siendo tolerantes, por preferencia a personas extrañas, pueden terminar desprotegiendo a sus propios hijos, por proteger a una persona indigna moralmente, como por

ejemplo a una mujer, distinta de su esposa.

En consecuencia de lo antes expuesto, se considera que existe vacío legal en el Art. 969 C.C. porque a las cinco causales principales de indignidad contempladas en el Art. 969 C.C., debería adicionarse, una que establezca que: “Son indignas de suceder las personas distintas del núcleo familiar y que además hayan demostrado durante un tiempo considerable, una conducta inmoral y con falta de mérito hacia el causante”.

## **CAPITULO V. REDACCION ANALISIS E INTERPRETACION DE LA INFORMACION PROVENIENTE DEL TRABAJO DE CAMPO.**

### **Redacción de la Información**

A fin de verificar si la situación de la Libre Testamentifacción actualmente afecta en cierta manera a la familia en general, ya que está expuesta a que no le sean protegidos sus derechos hereditarios, se utilizó el método de investigación del muestreo probabilístico, para lo cual se utilizó la técnica de la encuesta, empleando el cuestionario como instrumento.

Para la comunidad jurídica, especialmente jueces y abogados especializados en el área del derecho sucesorio, se repartieron aproximadamente quince cuestionarios y para la población aproximadamente seis cuestionarios.

Los Jueces y Abogados, y también la población en su mayoría, para la pregunta número uno que dice: ¿Considera usted que el derecho al patrimonio de la familia es un derecho en favor de la colectividad? Contestaron que si, porque es para la sociedad.

Para la pregunta número dos que dice: ¿Considera usted que la libertad de testar que posee una persona es un derecho que va en beneficio de la familia? Contestaron que no porque la puede afectar.

Para la pregunta número tres que dice: Al comparar el derecho al patrimonio de la familia y el derecho a la libertad, ¿cuál considera usted que debe prevalecer? Contestaron que debe prevalecer el derecho al patrimonio de la familia.

A la pregunta número cuatro que dice: ¿Considera usted que la familia es la base fundamental de la sociedad?, Contestaron que sí por ser un mandato constitucional.

A la pregunta número cinco que dice: ¿Cree usted que la Libre Testamentifacción debe ser relativa y no absoluta, para beneficiar solamente a personas dignas de heredar?, Contestaron que sí.

A la pregunta número seis que dice: ¿Considera usted que la testamentifacción absoluta afecta a la familia en general?, Contestaron que sí, porque se hereda a otras personas ajenas a la familia y es el único bien, serían afectados;

A la pregunta número siete que dice: ¿Cree usted que con la Libre Testamentifacción se afecta principalmente a los hijos como los entes más vulnerables de la familia?, Contestaron que sí, sobre todo cuando son menores de edad, y están bajo tutela o cuidado de los padres.-

A la pregunta número ocho que dice: ¿Considera usted que si una persona deja sus bienes a personas distintas de sus hijos y/o cónyuges, se generan conflictos?, Contestaron que sí;

A la pregunta número nueve que dice: ¿Cree usted que con la libertad antes mencionada se generan problemas económicos a cada familia desprotegida?, Contestaron que sí;

A la pregunta número diez que dice: Mencione algunos casos que usted conozca en que una persona haya desprotegido a sus hijos o a su cónyuge, por proteger a personas extrañas a su familia, contestaron que conocen varios casos en que los testadores heredan

a mujeres distintas de las esposas, otras personas distintas de la familia, como ahijados o particulares, dejando desprotegidos a sus cónyuges y/o hijos; otros contestaron que conocen varios casos, pero que no los pueden mencionar.

A la pregunta número once que dice: ¿Cuáles son las razones que usted considera que tuvo el legislador al regular la Libre Testamentifacción y no darle estricto cumplimiento a la protección del derecho patrimonial de la familia?, Contestaron que el legislador se basó más que todo en la libertad del individuo, porque sólo contempló las indignidades en la sucesión intestada, no en la testamentaria.

A la pregunta número doce que dice: ¿Considera usted que existe la posibilidad de que en nuestro país la libertad de testar sea relativa y no absoluta, en atención a la dignidad de cada persona para recibir una asignación y en pro del beneficio de la familia, así como en otros sistemas de derecho positivo?, Contestaron que sí, pues esto obligaría a no desproteger a las personas que son dignas de suceder y se beneficiaría a la familia.

A la pregunta número trece que dice: ¿Cree usted que si la Testamentifacción estuviera encaminada especialmente a proteger la familia, parte de la colectividad que constituye la sociedad misma, estaría beneficiada con la garantía constitucional del derecho económico que le corresponde?, Contestaron que si, pues se garantizaría una mejor condición económica no sólo a los familiares sino a su entorno.

## **ANALISIS E INTERPRETACION PROVENIENTE DEL TRABAJO DE CAMPO.**

Según la interpretación de las respuestas que dieron tanto los jueces y abogados como la población acerca de la Libre Testamentifacción se analiza que efectivamente, las personas reconocen que es importante el derecho al patrimonio de la familia y su protección en favor de la colectividad, porque va en beneficio de la familia por ser ésta la base fundamental de la sociedad; reconocen también que la Libre Testamentifacción debe ser relativa y no absoluta, para beneficiar solamente a personas dignas de heredar y especialmente a los hijos como los entes más vulnerables del núcleo familiar, y que por la Libre Testamentifacción se generan muchos conflictos.

Mencionaron que conocen varios casos en los que algunas personas han desprotegido a sus hijos o su cónyuge por proteger a personas extrañas a la familia.

Los jueces y abogados consideran que las razones que tuvo el legislador al regular la Libre Testamentifacción, y no darle estricto cumplimiento al derecho patrimonial de la familia, son: haberse basado principalmente en el derecho de libertad del individuo, pero también reconocen que el derecho al patrimonio de la familia debe prevalecer sobre el derecho a la libertad en virtud de que el primero es un bien jurídico social y el segundo un bien jurídico individual, sin embargo especialmente los jueces como aplicadores de la ley únicamente se limitan a declarar herederos a las personas que los testadores

decidan, dándole trámite a las solicitudes presentadas por los interesados.

Por otra parte la población no jurídica opina que si hay problemas porque las personas tiene libertad absoluta de heredar a quien sea y se deja abierta la posibilidad a que se cometan injusticias sobre todo cuando se desprotege a la familia.

Es importante mencionar que tanto jueces y abogados como la población se mostraron interesados al contestar las preguntas con relación a la Libre Testamentifacción, y se reconoce que es un tema polémico, pues algunas personas se inclinan por la libertad absoluta de testar, por darle atención a la libertad individual, por la autonomía de la voluntad, pero por ser más importante la tutela del bien jurídico patrimonial de la familia, por la garantía constitucional, la mayoría se inclinó en favor de la libertad restringida de testar, e incluso consideraron que debería existir la posibilidad de que en nuestro país la libertad de testar sea relativa y no absoluta, en atención a la dignidad de cada persona para recibir una asignación y en pro del beneficio de la familia, así como en otros sistemas de derecho positivo.-

## **CAPITULO VI CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

### **6.1 CONCLUSIONES**

La Libre Testamentifacción regulada en la Constitución de la República, y en el Código Civil, no garantiza el Espíritu del Artículo 32 de la Constitución en cuanto a la Protección de la Familia.

1. La Normativa vigente en El Salvador relativa a la Libre Testamentifacción, regulada en la Constitución entra en contradicción con la normativa relativa a la protección de la familia.
2. El bien jurídico que debe prevalecer en éste momento, es el derecho al patrimonio de la familia por ser la base fundamental de la sociedad, sobre el valor libertad, ya que el valor libertad con relación a la facultad de testar debe ser relativa y no absoluta.
3. Las razones por las cuales el legislador reguló la Libre Testamentifacción fue en atención al derecho de libertad, pero no pensó en el bien jurídico patrimonial de la familia, y es ahí donde aparece el vacío legal y la contradicción entre dos disposiciones de la Constitución, y entre el Art. 32 de la misma Constitución con el Art. 996 del Código Civil.
4. La situación de la Libre Testamentifacción actualmente en El Salvador, es crítica porque afecta a la familia en general porque está sujeta y expuesta a que no le sean protegidos sus derechos hereditarios.
5. Las diligencias de aceptación de herencia promovidas en los tribunales de lo Civil, desde el año dos mil hasta el año dos mil

uno, dice que efectivamente por la Libre Testamentifacción regulada en la Constitución y en el Código Civil, se está declarando herederos ya sea de todos los bienes o de parte de ellos a personas distintas de los hijos o de las esposas de los testadores o causantes porque la legislación así lo permite, aunque exista contradicción entre la misma **Constitución y la Ley Secundaria.-**

6. La facultad de testar absoluta, afecta a la sociedad salvadoreña, debido a que los testadores con base a lo establecido en la Constitución de la República Art. 22, y en el Código Civil Art. 996 Inc. 2°, pueden disponer libremente de todos sus bienes por consiguiente cualquier persona extraña a la familia de un testador puede ser beneficiada con una parte de la herencia o con la totalidad de la misma, provocando con ello desprotección al núcleo familiar.
7. Las razones principales que tuvo el legislador al establecer la facultad de testar con libertad y no darle estricto cumplimiento a la protección del derecho patrimonial de la familia están encaminadas específicamente a proteger los derechos de libertad y de propiedad contemplados en la Constitución de la República Art. 2. Al regular libremente la testamentifacción está garantizando y dando cumplimiento a estos derechos individuales, aunque con ellos se afecte a la colectividad o sociedad misma.

## **6.2. RECOMENDACIONES**

- Se recomienda a la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, que establezca una nueva regulación para la facultad de

testar, que no sea con libertad absoluta, sino restringida o mixta, a fin de garantizar el espíritu del artículo 32 de la Constitución de la República, en cuanto a la protección de la familia.

- Se recomienda a todos los medios de difusión nacional promover el valor de la protección de la familia, y el de la propiedad privada en función social, a fin de que la población se concientise, de que los bienes de un testador deben quedar en manos de personas dignas de heredar.
- Se recomienda también a los legisladores, que al establecer una nueva regulación para la facultad de testar le den estricto cumplimiento a la protección del derecho patrimonial de la familia y hasta cierta medida al derecho de libertad, ya que la libertad es un derecho individual y la protección de la familia es un derecho eminentemente social, por lo tanto, éste debe prevalecer sobre aquel.
- Se recomienda a la comunidad jurídica que se reconozca la propiedad privada como medio de hacer vivir y prosperar la familia, dándole al derecho sucesorio el carácter de norma destinada a asegurar la supervivencia de la familia.

# ANEXOS

## **CUESTIONARIO DIRIGIDO A JUECES, ABOGADOS Y A LA POBLACIÓN**

1. Considera usted que el derecho al patrimonio de la familia es un derecho a favor de la colectividad?
2. Considera usted que la libertad de testar que posee una persona, es un derecho que va en beneficio de la familia?.
3. Al comparar el derecho al patrimonio de la familia y el derecho a la libertad, cuál considera usted que es el que debe prevalecer?
4. Considera usted que la familia es la base fundamental de la sociedad?
5. Cree usted que la Libre Testamentifacción debe ser relativa y no absoluta, para beneficiar solamente a personas dignas de heredar.?
6. Considera usted que la Libre Testamentifacción absoluta, afecta a la familia en general?
7. Cree usted que la Libre Testamentifacción, se afecta principalmente a los hijos como los entes más vulnerables de la familia?
8. Considera usted que si una persona deja sus bienes a personas distintas de sus hijos y/o cónyuges, se generan conflictos?
9. Cree usted que con la libertad antes mencionada, se generan problemas económicos graves a cada familia desprotegida?

10. Mencione algunos casos que usted conozca en que una persona haya desprotegido a sus hijos o su cónyuge por proteger a personas extrañas a su familia.
11. Cuáles son las razones que usted considera que tuvo el legislador al regular la Libre Testamentifacción, y no darle estricto cumplimiento a la protección del derecho patrimonial de la familia?
12. Considera usted que existe la posibilidad de que en nuestro país la libertad de testar sea relativa y no absoluta, en atención a la dignidad de cada persona para recibir una asignación y en pro del beneficio de la familia, así como en otros sistemas de derecho positivo?
13. Cree usted que si la testamentifacción estuviera encaminada especialmente a proteger la familia, parte de la colectividad que constituye la sociedad misma, estaría beneficiada con la garantía constitucional del derecho económico que le corresponde?.

## BIBLIOGRAFIA

### LIBROS:

- MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA. Bossert Gustavo A.  
Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina 1991
- DERECHO SUCESORIO TOMO I. Domínguez Benavente Ramón,  
Domínguez Aguila Ramón.  
Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990
- DERECHO DE SUCESIONES. Roca Luis, Sastre Muncunill  
Bosh. Casa Editorial S.A., 1997
- DERECHO DE SUCESIONES, Meza Barros Ramón  
Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1974
- DERECHO SUCESORIO. Somarriva Undurraga Manuel  
Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1988

### TESIS:

- LA FUNCIÓN SOCIAL COMO FUNDAMENTO DEL  
RECONOCIMIENTO AL DERECHO DE PROPIEDAD. Zamora Rivas  
Mario.  
Universidad de El Salvador. San Salvador, El Salvador C.A. 1979
- LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA, OBLIGACIONES DEL ESTADO.  
Martínez Manuel Salvador.  
Universidad de El Salvador. San Salvador, El Salvador, C.A.1998.-

**OTRAS FUENTES:**

- Constitución de la República de El Salvador, Organo Judicial 1983
- Código Civil de El Salvador
- Código de Familia de El Salvador.-