



**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DEL ECUADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL**

**TÍTULO**

**ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DEL  
ECUADOR**

**EL DERECHO A LA PORCIÓN CONYUGAL COMO UNA  
FACULTAD GARANTIZADA POR LA CONSTITUCIÓN A LAS  
CÓNYUGES EMBARAZADAS COMO GRUPO DE ATENCIÓN  
PRIORITARIA**

**RENATO ALEJANDRO ENRÍQUEZ MÁRMOL**

**DIRECTOR:**

**DR. ROBERTO CARLOS TAPIA RODITTI**

**Ecuador, Quito, 23 de Noviembre de 2016**

## **CERTIFICACIÓN**

Yo, Renato Alejandro Enríquez Mármol, portador de la cédula de ciudadanía N° 171830541-8 egresado de la Facultad de Jurisprudencia “Andrés F. Córdova” de la UIDE, declaro que soy el autor exclusivo de la presente investigación y que esta es original, autentica y personal mía. Todos los efectos académicos y legales que se desprenden de la presente investigación, serán de mi sola y exclusiva responsabilidad.

**Quito, 23 de noviembre de 2016**

---

**Renato Alejandro Enríquez Mármol**

## **DEDICATORIA**

**...a mis padres, mi familia y mis maestros  
por su amor, apoyo incondicional y conocimiento...**

## **AGRADECIMIENTOS**

**...mi agradecimiento a Dios, a mi Virgen Dolorosa, a mis padres, a mi familia, a  
mis maestros y a mi amada Steffy...**

## AUTORÍA

Yo, Renato Alejandro Enríquez Mármol, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido presentado anteriormente para ningún grado o calificación profesional y, que se ha consultado la bibliografía detallada.

Cedo mis derechos de propiedad intelectual a la Universidad Internacional del Ecuador, sin restricción de ningún género o especial.



Firma

Doctor Roberto Carlos Tapia Roditti, certifico que conozco al autor del presente trabajo siendo responsable exclusivo tanto en su originalidad, autenticidad, como en su contenido.

-----

Firma

# ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>CERTIFICACIÓN</b> .....	<b>ii</b>
<b>DEDICATORIA</b> .....	<b>iii</b>
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	<b>iv</b>
<b>AUTORÍA</b> .....	<b>iv</b>
<b>ÍNDICE DE CONTENIDOS</b> .....	<b>vi</b>
<b>LISTA DE TABLAS</b> .....	<b>ix</b>
<b>LISTA DE GRÁFICOS</b> .....	<b>x</b>
<b>RESUMEN</b> .....	<b>xi</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>1</b>
<b>Antecedentes y justificación</b> .....	<b>3</b>
<b>Planteamiento del problema de investigación</b> .....	<b>6</b>
<b>Formulación del problema</b> .....	<b>10</b>
<b>Hipótesis</b> .....	<b>10</b>
<b>Objetivos</b> .....	<b>10</b>
<b>Objetivos específicos</b> .....	<b>11</b>
<b>Marco teórico conceptual</b> .....	<b>11</b>
<b>Metodología</b> .....	<b>12</b>
<b>CAPÍTULO I: ASPECTOS BÁSICOS</b> .....	<b>14</b>
<b>1.1. DEFINICIÓN DE DERECHO</b> .....	<b>14</b>
<b>1.2. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO</b> .....	<b>15</b>
<b>1.3. NORMATIVIDAD</b> .....	<b>15</b>
<b>1.4. BILATERALIDAD</b> .....	<b>16</b>
<b>1.5. COERCIBILIDAD</b> .....	<b>17</b>
<b>1.6. PRETENSIÓN DE INVIOLEABILIDAD</b> .....	<b>18</b>
<b>1.7. SISTEMA</b> .....	<b>19</b>
<b>1.8. JUSTICIA</b> .....	<b>20</b>
<b>1.9. DEFINICIÓN DE PORCIÓN CONYUGAL</b> .....	<b>23</b>

1.10. DEFINICIÓN DE FACULTAD .....	25
1.11. DEFINICIÓN DE MUJER EMBARAZADA .....	26
1.12. DEFINICIÓN DE GRUPOS PRIORITARIOS .....	27
<b>CAPÍTULO II .....</b>	<b>30</b>
<b>PORCIÓN CONYUGAL COMO DERECHO DE LA MUJER EMBARAZADA SIN EXCEPCIÓN .....</b>	<b>30</b>
2.1. LA PORCIÓN CONYUGAL .....	30
2.2. CARACTERÍSTICAS DE LA PORCIÓN CONYUGAL .....	35
2.3. PROCEDENCIA Y DERECHO DE LA CÓNYUGE .....	36
2.4. CÓMPUTO .....	39
2.5. CONSIDERACIONES LEGALES PARA SER CONSIDERADA COMO LEGÍTIMA OBLIGATORIA.....	42
2.6. CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES PARA QUE LA PORCIÓN CONYUGAL SE LA ENTREGUE A LA MUJER EMBARAZADA.....	46
2.7. LA MUJER EMBARAZADA COMO GRUPO DE ATENCIÓN PRIORITARIA.....	49
2.8. LA PORCIÓN CONYUGAL COMO DERECHO A LA MADRE Y PARA EL <i>NASCITURUS</i> .....	53
<b>CAPITULO III.....</b>	<b>57</b>
<b>PROPUESTA JURÍDICA Y EFECTOS .....</b>	<b>57</b>
3.1. REFORMA NECESARIA AL CÓDIGO CIVIL PARA QUE LA MUJER EMBARAZADA TENGA DERECHO A LA PORCIÓN CONYUGAL SIN EXCEPCIÓN .....	57
3.2. EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS A LA MUJER EMBARAZADA A LA PORCIÓN CONYUGAL.....	59
3.2.1. En el aspecto jurídico.....	59
3.2.2. En el aspecto social.....	60
3.2.3. En el aspecto económico .....	60
3.3. APLICACIÓN DE LA REFORMA LEGAL, FUNDAMENTOS Y FACTIBILIDAD .....	61
3.3.1. Ejemplificación.....	62
3.3.2. Desarrollo matemático .....	63
3.4. PROYECTO DE LEY.....	68
3.5. DERECHO DE LAS CONVIVIENTES EMBARAZADAS A UNA CUARTA PARTE DE LOS BIENES DEJADOS POR SU PAREJA DIFUNTA.....	71
<b>CAPÍTULO IV .....</b>	<b>77</b>
<b>INVESTIGACIÓN DE CAMPO Y CONCLUSIONES .....</b>	<b>77</b>
4.1. ENCUESTA.....	77

<b>4.2. CUADROS Y GRÁFICOS.....</b>	<b>80</b>
<b>4.3. ANÁLISIS Y COMPROBACIÓN DE OBJETIVOS.....</b>	<b>93</b>
<b>4.4. CONCLUSIONES .....</b>	<b>95</b>
<b>4.5. RECOMENDACIONES .....</b>	<b>96</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>99</b>

## LISTA DE TABLAS

Tabla No. 1. Tabulación de respuestas a la pregunta No. 1 de la encuesta. ....	80
Tabla No. 2. Tabulación de respuestas a la pregunta No. 2 de la encuesta. ....	81
Tabla No. 3. Tabulación de respuestas a la pregunta No. 3 de la encuesta. ....	82
Tabla No. 4. Tabulación de respuestas a la pregunta No. 4 de la encuesta. ....	83
Tabla No. 5. Tabulación de respuestas a la pregunta No. 5 de la encuesta. ....	84
Tabla No. 6. Tabulación de respuestas a la pregunta No. 6 de la encuesta. ....	85
Tabla No. 7. Tabulación de respuestas a la pregunta No. 7 de la encuesta. ....	86
Tabla No. 8. Tabulación de respuestas a la pregunta No. 8 de la encuesta. ....	87
Tabla No. 9. Tabulación de respuestas a la pregunta No. 9 de la encuesta. ....	88
Tabla No. 10. Tabulación de respuestas a la pregunta No. 10 de la encuesta. ....	89
Tabla No. 11. Tabulación de respuestas a la pregunta No. 11 de la encuesta. ....	90
Tabla No. 12. Tabulación de respuestas a la pregunta No. 12 de la encuesta. ....	91
Tabla No. 13. Tabulación de respuestas a la pregunta No. 13 de la encuesta. ....	92

## LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico No. 1. Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 1 de la encuesta.	80
Gráfico No. 2. Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 2 de la encuesta.	81
Gráfico No. 3. Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 3 de la encuesta.	82
Gráfico No. 4. Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 4 de la encuesta.	83
Gráfico No. 5. Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 5 de la encuesta.	84
Gráfico No. 6. Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 6 de la encuesta.	85
Gráfico No. 7. Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 7 de la encuesta.	86
Gráfico No. 8. Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 8 de la encuesta.	87
Gráfico No. 9. Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 9 de la encuesta.	88
Gráfico No. 10. Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 10 de la encuesta. ....	89
Gráfico No. 11. Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 11 de la encuesta. ....	90
Gráfico No. 12. Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 12 de la encuesta. ....	91
Gráfico No. 13. Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 13 de la encuesta. ....	92

## RESUMEN

El principal objetivo de éste trabajo de investigación es el análisis de la porción conyugal que se encuentra dentro de una de las materias del Derecho, específicamente las sucesiones, que con un enfoque constitucional y mediante un nuevo proyecto de ley busca que ahora las mujeres embarazadas, al ser parte del grupo prioritario que establece la constitución en su artículo 35, tengan el privilegio de acceder a su derecho a la porción conyugal de manera directa, sin que exista ningún tipo de obstáculo legal que impida el acceso al mencionado derecho, logrando así que no solamente la madre tenga una vida digna, si no precautelando la vida que lleva en su vientre protegiendo así al nuevo ser que va a ser parte de ésta sociedad para que pueda tener un futuro digno o como lo establece la constitución que experimente el concepto pleno del *sumak kawsay*.

El desarrollo del presente trabajo se enfoca en la porción conyugal cuestionando los artículos 1194 y 1001 del código civil ecuatoriano que corresponde a la esencia y al modo de proceder de la misma. Es preocupante saber que nuestro ordenamiento jurídico permita que “el ser o no ser pobre” sea un factor determinante para que se acceda a un derecho, cayendo en una total contradicción, sabiendo que todo lo que es considerado como derecho es inherente a la persona y debe ser respetado como tal y peor aún si por éste motivo puede haber el riesgo de perjudicar a una nueva vida que está por nacer.

Por último el presente trabajo de investigación pretende con un proyecto de ley lograr el objetivo planteado, con la ayuda de resultados favorables puestos a consideración mediante una encuesta realizada a la sociedad y fortaleciendo el tema con varias consideraciones constitucionales y legales a favor de las mujeres embarazadas para que únicamente en este caso accedan directamente a su derecho sobre la porción conyugal logrando así no solo uno de los objetivos que tiene hoy por hoy nuestra constitución que no es otro que el enfoque sobre los grupos prioritarios, si no también cambiar y mejorar la vida de aquellas personas, que logren tener una vida digna en una sociedad tan competitiva como la ecuatoriana.

## INTRODUCCIÓN

El presente tema de investigación se basa en la aplicación de la Porción Conyugal como derecho fundamental de uno de los grupos que la Constitución en su artículo 35<sup>1</sup> lo establece como prioritario o vulnerable. Específicamente, se refiere a las mujeres embarazadas, contempladas en el artículo 43<sup>2</sup> de nuestra Carta Magna, entendiendo desde un punto de vista constitucional, que no debe existir condición alguna para acceder a la porción conyugal; así como también que ésta, debe ser entregada en primer lugar a las mujeres en gestación como grupo prioritario, como obligación principal del representante del *De Cujus*<sup>3</sup> o del albacea testamentario, así como del Juez por mandato legal en caso de una sucesión intestada. Esta obligación debe ser primordial y encontrarse por sobre las obligaciones que tenía el *De Cujus* para con terceros, incluidos dentro de estos el mismo Estado.

Ahora bien, es preciso por ende adentrarse en un tópico desconocido para algunos y no muy habitual para otros. Esto se refiere al Derecho Sucesorio. Primeramente, el Derecho Sucesorio es un modo de adquirir dominio que nace en la Antigua Roma y que tiene que ver con las donaciones y las herencias que para la mayoría de la sociedad pueden ser lo mismo pero cuya diferencia es realmente abismal.

La primera, previa a la apertura de la sucesión y por ende al fallecimiento del *De Cujus*, solamente se la puede efectuar entre vivos y tiene el carácter de donación irrevocable, mientras que la segunda solamente se la puede llevar a cabo después de la muerte, y tiene el carácter de donación revocable, puesto que el *De Cujus* tiene la

---

<sup>1</sup> **Art. 35.-** Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad. (Asamblea Constituyente, 2008, pág. 20).

<sup>2</sup> **Art. 43.-** El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a:

1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral.
2. La gratuidad de los servicios de salud materna.
3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto.
4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia. (Ibídem, pág. 21).

<sup>3</sup> El *De Cujus* es el término que se usa en Derecho para referirse al causante de una sucesión. Es la persona que va a dejar establecido en un acto personalísimo y solemne que es el testamento, la forma en cómo se dispondrá de sus bienes para después de su muerte (Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013).

capacidad de revocar sus disposiciones hasta antes de su deceso, en el caso de una sucesión testada.

Entrando en uno de los temas que abarca ésta rama del Derecho y que es del interés de la presente ponencia, la Porción Conyugal, es una figura jurídica que corresponde a la cuarta parte del patrimonio del *De Cujus* que corresponde al cónyuge sobreviviente por derecho y para poder acceder a la misma, el juez tiene que demostrar una vez abierta la sucesión ciertos requisitos o condiciones que la cónyuge supérstite debe tener, como el ser pobre, capaz y digna.

Se debe comprender que ésta institución jurídica fue asimilada por el legislador como asignación forzosa; por ende, el tema a tratar es que solamente en el caso de la mujer embarazada la aplicación de la porción conyugal sea directa, eliminando todo tipo de condición que se necesita para acceder a ella.

Es consecuencia, por lo anteriormente expuesto y debido al desconocimiento jurídico de los operadores judiciales, abogados en libre ejercicio y la errónea interpretación de varios jueces de la República, dueños de una verdad muy alejada del real espíritu de la ley y por ende de la voluntad del legislador, se ha violentado la Constitución y las leyes de la República.

Dada esta problemática, la presente investigación tiene como propósito diseñar una propuesta de reforma a la norma sucesoria para repartir los bienes, derechos y obligaciones, de una manera justa y equitativa desde un punto de vista constitucional, en cuanto lo que se refiere al derecho de la mujer embarazada a su porción conyugal.

Dicha propuesta se diseñará respetando el derecho no sólo de los legitimarios, sino además de las personas allegadas al *De Cujus*, y sobre todo si están amparadas como grupo prioritario por la Constitución de la República.

En este sentido, se considera imprescindible eliminar aquella condición de demostrar pobreza a cargo de la cónyuge sobreviviente o supérstite, ya que esto atenta gravemente contra sus derechos humanos, pues aparte de ser una denominación muy poco apropiada y fuera de todo contexto, sobre todo en este tiempo de preeminencia del neoconstitucionalismo y sus derechos pro ser humano, es degradante desde todo punto de vista, y aún más si es que la mujer lleva una vida en proceso de gestación. ¿Qué clase de seres humanos se gestan en la sociedad al querer negar o buscar “peros” en las leyes y en los derechos, beneficiando de ésta manera a terceros acreedores por sobre grupos prioritarios con protección constitucional, tanto en cuanto que las madres

embarazadas se constituyen en uno de los grupos vulnerables que ampara nuestra carta Magna?

Es así que, esta garantía de carácter constitucional precautela no solo la vida de esa mujer embarazada que se encuentra en uno de los momentos más frágiles de su vida si no que protege también la vida de ese niño o niña que está por nacer debido a que por el hecho de ser madre va a tratar de brindarle una calidad de vida digna que le permita a esa nueva persona natural acceder a los derechos subjetivos otorgados por ese famoso *sumak kawsay*<sup>4</sup>, fundamento primordial de la Constitución de Montecristi de 2008.

Para dar cumplimiento al objetivo general se debe responder la siguiente pregunta de investigación: **¿Cuáles son las normas constitucionales violentadas resultado de la contradicción jurídica normada por una ley orgánica de menor jerarquía?**

En consecuencia, al haber encontrado esta norma que es incompatible con la nueva Constitución, se ha decidido presentar el siguiente tema de investigación, para contribuir con el ordenamiento jurídico nacional y la academia, con el objetivo de hacer cumplir el verdadero espíritu de la ley; deber fundamental que tiene la academia a través de estos trabajos de investigación, lo cual mejorará el estilo y calidad de vida de la sociedad, de la cual todos los ciudadanos honestos son parte, contribuyendo así a tener un estado honesto que cumpla con la voluntad de la mayoría, expresada por ese contrato social, que nació con aquel ilustre pensador Juan Jacobo Rousseau (Rousseau, 2014).

### **Antecedentes y justificación**

El Derecho es un campo amplio, razón por la cual se lo divide en varias ramas, y dentro de una de éstas, se encuentra el Derecho Civil, el mismo que tampoco se encuentra muy limitado, por el contrario, éste se encuentra asentado en el quehacer jurídico desde el tiempo de los romanos, donde se sentaron las bases para el Derecho actual.

---

<sup>4</sup> La Constitución ecuatoriana incorpora los principios del buen vivir o *Sumak Kawsay* en sus artículos 275 al 278 (Título VI: Régimen de Desarrollo), donde especifica que: "El Buen Vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza" (Asamblea Constituyente, 2008, pág. 54).

Dentro del Derecho Normativo Civil, se encuentra el llamado Derecho Sucesorio o de las sucesiones por causa de muerte. El Derecho Sucesorio, en el caso del Ecuador tiene su fundamento dentro del Código Civil, en su Libro III, que se refiere a las sucesiones por causa de muerte y a las donaciones entre vivos (Congreso Nacional, 2005).

Para entender mejor el problema que se va a plantear, hay que referirse a ciertos aspectos, entre los cuales se encuentran los modos de adquirir el dominio, que de acuerdo con el Código Civil son: la ocupación, la accesión, la tradición, la prescripción, la ley y la que interesa en el presente trabajo de investigación, la sucesión por causa de muerte. Es, por tanto, con la muerte del causante que se presentan una serie de problemas, de entre los cuales se pueden mencionar los derechos que le pertenecen a la cónyuge supérstite.

El problema más álgido se presenta con la confusión que existe entre la porción conyugal y la sociedad conyugal, en vista de que la primera es la que le corresponde a la cónyuge cuando no tiene bienes, y equivale a un veinte y cinco por ciento (25%) de los bienes del causante, o cuando sus bienes no alcanzan este porcentaje, tiene derecho a la diferencia (porción conyugal de complemento); en cambio, la segunda es la parte de los bienes que, en un porcentaje del cincuenta por ciento (50%) le corresponde a la cónyuge por el hecho de haber estado casada y que los bienes se hayan adquirido en ese tiempo, siempre y cuando no existan capitulaciones matrimoniales, disolución de la sociedad conyugal o renuncia de gananciales.

Pero aquí se presenta un problema con la porción conyugal. Esta no se puede reclamar cuando la cónyuge tiene bienes o estos bienes son mínimos para su subsistencia. Sin embargo, ¿qué sucede cuando la cónyuge queda embarazada y en ese tiempo de gestación queda viuda? La situación anterior no sería justa ya que ésta se quedaría sin ese derecho que puede ser entregado y, por lo tanto, la futura madre ya no tendrá la ayuda del otro progenitor para poder satisfacer las necesidades del nuevo hijo que está por nacer.

Por este motivo, se consideraría que esta porción conyugal es una asignación forzosa de acuerdo con Gallegos Ortega (2013, pág. 1), que expresamente ilustra: “Las asignaciones forzosas constituyen una limitación a la libertad de testar. Las asignaciones forzosas son aquellas que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias”.

Tal como señala el tratadista ecuatoriano, las asignaciones forzosas son las que se encuentran establecidas en la ley, que consisten en distribuir los bienes del causante entre los miembros del núcleo familiar, donde se debe establecer una asignación forzosa para proteger a las mujeres que quedan embarazadas, a quienes se les puede entregar una parte de los bienes del causante con el objeto de proteger el parto y la manutención del hijo póstumo durante los primeros años, por lo menos.

Entonces desarrollando lo expuesto, acerca de las asignaciones forzosas, se señala, conforme al artículo 1196 del Código Civil que: “Porción conyugal es la parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para su congrua sustentación” (Congreso Nacional, 2005, pág. 60). No obstante, se trata de una asignación forzosa que, en principio, no afecta la voluntad del testador de realizar cualquier otra asignación patrimonial al cónyuge supérstite.

Generalmente, las personas no dejan testamento o cuando mueren en forma intempestiva, no tienen tiempo para disponer de sus bienes, o sus bienes no se encuentran muy bien distribuidos. Es así que la ley establece como repartir éstos bienes conforme a derecho, ubicando a la porción conyugal como última rebaja de ley a favor del cónyuge supérstite. Estando ésta cónyuge en estado de gravidez, pierde su derecho a la misma, si luego de las rebajas de ley prescritas por la norma, los activos se terminan dejándole a esta persona, sin derecho alguno a percibirla.

Ahora, en lo que respecta a las rebajas de ley y que coincide con una de las asignaciones forzosas señaladas, la ley establece que la porción conyugal es la parte de los bienes del causante que esta asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación:

La porción conyugal, es como su nombre lo indica una fracción del patrimonio del causante que las normas fijan al cónyuge sobreviviente que no posee lo necesario para su congrua subsistencia; a dicha porción también tiene derecho el compañero permanente que sobreviva al otro, según lo establecido en varias sentencias donde se declaró la exigibilidad condicionada del artículo 1230 del Código Civil (...) Se tiene derecho a ésta aunque posteriormente el cónyuge sobreviviente o el compañero permanente que sobrevive al otro, adquiera bienes, pues lo que se tiene en cuenta es la situación económica que se presenta al momento de la muerte del causante. (Zambrano Mutis, 2012).

Tal como lo establece la doctrina y tal como señala la ley, la cónyuge sobreviviente que no tiene lo suficiente para vivir, tiene derecho a la porción conyugal,

pero esta se encuentra limitada a ciertas consideraciones, entre ellas, es una rebaja de ley, solo opera cuando el cónyuge superviviente no tiene nada para sobrevivir, y, cuando si tiene bienes, pero esto no superan el 25% de los bienes del causante, solo tiene derecho a los bienes del causante pero en la parte proporcional; además, tiene que ser capaz y digno.

A pesar de esta regla general, puede existir una excepción y es que esta porción conyugal al ser considerada una asignación forzosa, tal como señala la ley para el caso que tenemos como tema de investigación, la cónyuge sobreviviente que se encuentra en estado de embarazo, debe tener pleno acceso a su derecho sin la necesidad de cumplir con las condiciones o requisitos de ley, obviamente, esto es para que tenga los bienes suficientes o recursos para que se pueda atender en su parto y en los primeros años de vida de su hijo.

### **Planteamiento del problema de investigación**

En Ecuador, la porción conyugal es una asignación forzosa y coincide con el cuarto lugar como una rebaja de ley, pero como se señaló en párrafos anteriores, ésta se produce siempre y cuando se cumplan determinados requisitos, tal cual lo señala la ley y la doctrina científica y en lo que coincide el tratadista Luna (2013), quien señala:

Después de ya constituir un concepto en el que el testamento es un acto solemne por el cual las personas distribuyen su patrimonio para que surta efecto post mortem; es necesario saber si realmente existe libertad para testar. Considerando que existe una libertad dispositiva plena podemos declarar que aquellos quienes carecen de descendientes, padres y cónyuges son los que realmente tienen libertad dispositiva, sin limitación de la estructura jurídica; en cambio quienes tienen a los miembros de familia mencionados tienen un derecho de disponer limitado por las asignaciones forzosas.

Dentro de los requisitos que debe poseer el cónyuge sobreviviente se encuentra especialmente su condición de pobreza, o sea, que no posea bienes con qué sustentarse o que tenga un nivel de ingreso mínimo anual por debajo del que se considera adecuado en el país (Krugman & Wells, 2007). En tal sentido, como sigue afirmando Luna (2013) en sus análisis, se estima la diferencia de gananciales de la causahabiente en relación con el patrimonio del causante; este último se dividirá en cuatro partes, “(...) una de las cuales corresponderá a ser la porción conyugal matemática de la cónyuge sobreviviente,

pero no en su totalidad, sino como referencia ya que tomando en cuenta sus gananciales recibirá el complemento para cubrir dicha porción conyugal matemática...”

Si de acuerdo con la doctrina y la ley, la porción conyugal es considerada como una asignación forzosa, para el caso en estudio lo establecido en la ley no opera en el Ecuador. Es por esto que con mayor razón se debe conectar mediante reforma de ley a la porción conyugal con su real calidad, siendo ésta la de asignación forzosa, ya que en el Ecuador cuando se presentan casos en que la cónyuge sobreviviente se encuentra en estado de gravidez, no puede acceder a su porción conyugal sin los requisitos que la ley requiere. Es por tanto primordial realizar una reforma que le permita a ésta y solamente a ésta ser beneficiada con ese 25 % del patrimonio del *De Cujus* por estar en el estado previamente descrito y obviamente amparada como grupo vulnerable o de atención prioritaria por la Constitución ecuatoriana.

En la legislación colombiana, por ejemplo, se encuentran grandes aportes, en los que se considera a la porción conyugal como una asignación forzosa y no simplemente como una rebaja de ley que opera en determinados casos. De acuerdo con su Código Civil, un título dentro del libro de las sucesiones y donaciones, referido exclusivamente a las asignaciones forzosas, las define como:

(...) las que el testador está obligado a hacer y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de las disposiciones testamentarias expresas. Entre ellas se consideran como tales los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, las legítimas, la cuarta de mejoras y la porción conyugal... (Rincón Uscátegui, 2001, pág. 12).

Como se puede observar, se determina que las asignaciones forzosas son aquellas que tienen que ser respetadas por norma de derecho público, y sobre las que se tienen que repartir los bienes a los beneficiarios, que no son otros que los hijos y a falta de ellos, los padres. Además establece que la porción conyugal se constituye en un derecho del cónyuge sobreviviente y de manera similar a la legislación ecuatoriana, ésta se remite al requisito esencial de demostrar que carece de lo necesario para subsistir.

En la legislación peruana, por ejemplo, es una rebaja de ley, tal como señala su ordenamiento jurídico, al afirmar:

La legítima del cónyuge es una cuota igual a la que le correspondería como heredero legal, pero la perderá si sus gananciales llegan o exceden del monto de la cuota y ésta se reducirá hasta lo que sea preciso si los gananciales fueren menores (Ferrero Costa, 2000).

Lo que se trata de reformar en la ley mediante el presente estudio, es que esta porción conyugal al ser una asignación forzosa y coincidir con las denominadas “rebajas de ley”, se mantenga como prioritaria al momento de repartir la correspondiente porción y se elimine el “requisito” de no tener bienes para subsistir, que manifiesta la ley como esencial, teniendo en cuenta que con la aplicación del mismo se está perjudicando no solo los derechos que tiene la cónyuge sobreviviente en estado de gestación, sino también se está atentando contra la vida que lleva en su vientre. Se sugiere que la reforma se la realice solamente en éste caso específico y no en los demás, puesto que si así fuese se estaría atentando también contra obligaciones que adquirió el causante durante su vida, con respecto a terceros.

Ahora bien, este derecho que se encuentra legalmente reconocido por el Código Civil, tiene su garantía en lo que señala la Constitución de la República, cuando indica que protege a las mujeres embarazadas, su salud integral y su vida durante el embarazo y el parto, lo cual se puede fortalecer si cuenta con los medios para poder adquirirlos, no solo del Estado, sino de los particulares, tal como lo señala el artículo 43, numeral 3) de la Constitución de la República, antes citado (Asamblea Constituyente, 2008).

El artículo 43 de la Norma Fundamental señala en el numeral 4: “disponer de facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el período de lactancia”, pero este derecho no solo puede darlo el Estado por intermedio de sus dependencias de Salud Pública, sino que se pretende que las madres puedan acceder a todos los centros privados cuando tengan la posibilidad de hacerlo, pero obviamente si cuentan con los medios para requerir de esos servicios (Ibídem, pág. 21).

La Corte Constitucional de Colombia, al resolver un caso sobre porción conyugal a través de su sentencia de fecha 13 de abril de 2011, recaída en el Expediente D-8112, causa número 283 de 2011, distinguió con precisión su naturaleza jurídica, al considerar que no es una prestación alimenticia, sino una figura compensatoria dirigida a equilibrar la situación del cónyuge supérstite a través de una asignación forzosa, además de definir sus principales características:

(...) (i) tiene como beneficiario al cónyuge sobreviviente, independientemente del sexo; (ii) no está sujeta a un monto determinado, toda vez que depende del patrimonio del cónyuge fallecido; (iii) lo que se recibe por este concepto pasa a incorporar el patrimonio del sujeto a favor de quien se reconoce; (iv) no está atada a la inexistencia de patrimonio del sobreviviente; sólo se requiere que lo que éste pueda percibir por otros conceptos sea o resulte inferior a la porción conyugal para que nazca del derecho a percibirla; (v) Este

derecho se concreta al tiempo en que se abre la sucesión... (Corte Constitucional de la República de Colombia, 2011).

De lo anteriormente expuesto se puede determinar que existe un criterio jurídico ciertamente clarísimo que asevera que la porción conyugal es una asignación forzosa, más que una deducción legal y que por tanto se encontraría allí una base fortísima para que definitivamente proceda una reforma al tema en mención, tanto en cuanto que, si la porción conyugal es una asignación forzosa aceptada no solo por la legislación ecuatoriana, sino por otras, cabe entender que allí existe una contradicción gravísima; debido a que, al ser considerada como cuarta rebaja de ley, se desvirtúa esencialmente el significado que el legislador le quiso dar a la norma, al haberla conceptualizado como asignación forzosa y nunca como cuarta rebaja de ley.

En comentarios a dicha sentencia, Ortiz (2011, pág. 113) señaló lo siguiente, que de igual forma resulta útil a los fines de lo que se analiza:

Partiendo de aquel propósito, se concluyó que no existía una razón efectiva para sostener que ese auxilio patrimonial no pudiera ser igualmente reconocido al compañero o compañera permanente superviviente, quien sin haber realizado las solemnidades que se requieren, pero con convicción y libertad de unirse a otra persona (...) Por otro lado, la Corte consideró que el legislador, en un Estado Social de Derecho, es para que hubiese regulado desde el poder legislativo todos los efectos civiles derivados de las uniones de hecho y los derechos para las parejas del mismo sexo, teniendo como fundamento la democracia (...) La problemática de ausencia de regulación ha generado tratamientos discriminatorios entre los cónyuges y los compañeros permanentes, así como entre las parejas del mismo sexo que la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía y prevalencia de la Constitución tiene que suplir y no puede ignorar...

Dentro de esta situación se puede mencionar que en el caso ecuatoriano no se encuentra ningún precedente al respecto, y es por ello que mediante el Control Constitucional que realiza hoy por hoy la Corte de ese nivel como vigilante permanente de la democracia y de los derechos humanos en el Estado Ecuatoriano, se va hoy ya más allá de una denominada justicia ordinaria.

Esto es lo que se conoce como Justicia Constitucional y por ende ésta es la encargada de velar por los Derechos de los grupos prioritarios, las madres embarazadas y de sus futuros hijos, que al estar en sus vientres, tienen derechos conocidos como “latentes”, los mismos que tienen que ser protegidos de la misma manera por la Constitución, debido a que ésta prescribe amparar los derechos del que está por nacer, desde el momento mismo de su concepción.

## **Formulación del problema**

La porción conyugal debe ser considerada, al ser una asignación de carácter forzoso, como un derecho directo reconocido a favor de las mujeres embarazadas como grupo de atención prioritario en el Ecuador, siendo el objetivo salvaguardar la vida no solo de la madre, sino además la del no nacido que tiene derechos según la Constitución desde la concepción y como legitimario amparado por el artículo 1205 del Código Civil (Congreso Nacional, 2005); así como también, de igual forma, eliminar uno de los requisitos para acceder a la porción conyugal, específicamente el de no tener los bienes suficientes para subsistir o para su congrua sustentación, otorgando de esta manera y de forma automática la misma sin ninguna condición, siendo además también esencial desconceptualizarla como cuarta rebaja de ley, tan solo en éste caso específico.

## **Hipótesis**

La porción conyugal es una asignación forzosa y por ende un derecho del cónyuge sobreviviente, que debe actuar como garantía de subsistencia y desarrollo de una calidad de vida digna. En consecuencia, en el proceso de deferir la debida porción, el procedimiento debe ser de manera directa y sin ningún tipo de demoras, ni aun siquiera tramitológicas, ya que es un derecho con relevancia constitucional. En consecuencia, el hecho de estar obligada la madre embarazada a demostrar pobreza para así recién acceder a tal porción, en este caso afecta a la cónyuge en estado de gravidez amparada por el artículo 43 de la Carta Magna (Asamblea Constituyente, 2008) y, por ende, se violenta a sí misma como ley fundamental de la República.

## **Objetivos**

Como resultado del análisis de la problemática anteriormente abordada y su situación en el contexto nacional, la presente investigación se propone como Objetivo General:

Diseñar una propuesta de reforma a la norma sucesoria para repartir los bienes, derechos y obligaciones, de una manera justa y equitativa desde un punto de vista

constitucional, en cuanto lo que se refiere al derecho de la mujer embarazada a su porción conyugal.

### **Objetivos específicos**

Para darle respuesta al objetivo general se proponen los siguientes objetivos específicos:

- Realizar un análisis teórico conceptual sobre los aspectos necesarios para abordar el objeto de estudio.
- Definir una propuesta en forma específica de las características, requisitos y procedibilidad de la porción conyugal para que sea considerada como una asignación reconocida a favor de las mujeres embarazadas.
- Proponer alternativas de solución al problema que se encuentra planteado, donde no se afecte el derecho de los legitimados obligados y de las mujeres embarazadas, siempre y cuando se queden viudas en ese estado de gravidez o de embarazo.
- Diseñar una propuesta de reforma jurídica en la cual se considere a la porción conyugal no como una rebaja de ley más, sino como una verdadera asignación forzosa que sea por ende entregada directamente a la madre en estado de gestación, para beneficio no solo de ella sino también de su futuro vástago, cumpliendo de ésta manera con el precepto constitucional prescrito por el artículo 43 de la Constitución de la República del Ecuador.

### **Marco teórico conceptual**

El Derecho Sucesorio actúa en el campo de la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos. La mayoría de las personas llegan a confundir estos términos, obviamente, por falta de conocimiento, sin embargo, son totalmente distintos, la primera es un acto de repartición de bienes del causante entre sus herederos; y, la segunda es la transferencia gratuita de una parte de los bienes de una persona a otra, que lo acepta, tal como lo señala el artículo 1402 del Código Civil.

Uno de los temas que abarca el Derecho Sucesorio, es la porción conyugal que en palabras generales es una parte del patrimonio del de cuyos, que por mandato legal

se otorga al cónyuge sobreviviente con carácter forzoso, es decir que por ley debe ser entregado. Sin embargo, para que esto suceda, se deben cumplir con ciertos requisitos esenciales establecidos en la normativa sucesoria, específicamente en los artículos 1196 al 1203 del Código Civil, tales como la carencia de bienes, ya sea esta total o parcial, en el último caso de poseer algunos cuyo monto no sea igual el valor neto de la porción conyugal (Congreso Nacional, 2005).

La mujer embarazada es considerada por la Constitución en su artículo 43 como parte de uno de los grupos prioritarios y vulnerables, según se apuntó antes (Asamblea Constituyente, 2008). Ella, en el momento de la apertura de la sucesión y consecuente delación, por derecho, es dueña de ésta cuarta parte del patrimonio de su cónyuge. Pero, para hacerse acreedora a la misma, debe cumplir ciertos “requisitos”, que así los llama la ley, y que se pasan a detallar: dignidad, capacidad y como se entiende en el artículo 1196 del Código Civil “(...) que carece de lo necesario para su congrua sustentación...” (Congreso Nacional, 2005, pág. 60); lo que quiere decir, que el juez deberá comprobar si realmente la mujer necesita, si en realidad se encuentra en pobreza, para en caso de existir una litis con los legitimarios, por medio de sentencia otorgarle este derecho a su porción conyugal.

¿Pero qué sucede con la vida que lleva dentro la mujer? ¿Acaso él o ella también deben pasar por este tipo de examen que prescribe la norma civil y verificar si realmente carecen de lo necesario para vivir? Para ello es necesario entender que él o ella son seres que dependen totalmente de su madre y, que de alguna manera, se encuentran en una sala de sorteos esperando que su progenitora salga triunfadora en una litis y así tener un buen desarrollo para luego buscar una vida digna a lado de su madre. Ciertamente ilógico. Claramente un error de aplicación del derecho y de la ley que afecta totalmente a la mujer y a la vida que lleva adentro y que vulnera lo que manda la norma suprema.

## **Metodología**

La presente investigación se ha establecido con la intención de prever problemas futuros debido a la incrementación de sucesos sobre herencias en éste país. De igual manera se encamina con el propósito de lograr hacer respetar a los grupos prioritarios que la propia constitución prescribe.

Para ello se realizó inicialmente un análisis conceptual de los términos jurídicos a utilizarse, a fin de lograr una mejor comprensión del objeto de estudio. Seguidamente se estudió la importancia de los grupos prioritarios o vulnerables que la Constitución protege para lograr establecer una correlación entre la antigua Constitución y el neoconstitucionalismo, y finalmente se definió la propuesta para realizar una reforma que elimine los requisitos de ley específicamente el de demostrar pobreza con el fin de que la mujer embarazada acceda directamente a la porción conyugal mediante un proyecto de ley.

Como sustento de la presente investigación se utilizaron tres técnicas de recolección de datos: observación directa, consulta a fuentes secundarias de información y el diseño y aplicación de una encuesta.

## **CAPÍTULO I: ASPECTOS BÁSICOS**

El primer capítulo se basará estrictamente en el desarrollo de ciertos términos o palabras claves que a continuación van a ser explicados, fundamentales para el estudio y desenvolvimiento del tema y que van a ayudar a entender o comprender de mejor manera la problemática del mismo.

### **1.1. DEFINICIÓN DE DERECHO**

El Derecho es un término que durante el transcurso de la historia y la evolución de la sociedad ha tenido varios conceptos, también, por qué no decirlo, ha llegado a tener varias interpretaciones según los intereses de la sociedad.

Etimológicamente, la palabra «derecho» deriva de la voz latina «directus», que significa lo derecho, lo recto, lo rígido. Los romanos, por otro lado, empleaban la voz «ius», para referirse a ésta ciencia.

La palabra derecho puede tomarse en tres acepciones distintas. En primer lugar, designa el conjunto de normas o reglas que rigen la actividad humana en la sociedad, cuya inobservancia está sancionada: Derecho objetivo. En segundo lugar, designa esta palabra las facultades pertenecientes al individuo, un poder del individuo: Derecho subjetivo. En tercer lugar, el derecho como equivalente de justicia, como portador del valor justicia (Enciclopedia Jurídica, 2014).

Entonces queda claro que el Derecho viene a ser una de las herramientas fundamentales en el ordenamiento jurídico de la sociedad, ya que una de sus funciones esenciales es la de ser regulador de la conducta de la sociedad buscando una armonía entre cada uno de los grupos sociales existentes.

De igual manera es un vínculo bilateral entre el Estado y el individuo, que mediante el Derecho y sus normas y la consecuente creación de instituciones públicas que hagan cumplir la voluntad estatal, se puede llegar a la consecuente paz social, tan anhelada desde el tiempo en que el hombre encontró su razón de ser.

Con lo señalado se puede indicar que el Derecho, no es sino un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre las personas naturales y jurídicas, dentro de las cuales se encuentra el mismo Estado. Al respecto, la doctrina científica, señala: “El Derecho, no es sino aquel que se manifiesta a través de normas imperativas de conducta social, que se caracterizan y diferencian de las otras clases de normas que

hay en la sociedad por su bilateralidad, generalidad, imperatividad y coercitividad” (Borja Cevallos, 2007, págs. 316-317).

De lo anteriormente expuesto, se puede señalar que el Derecho, es ese conjunto de normas que tienen que ser necesariamente jurídicas, con el objeto de que las actividades que se realicen en la sociedad sean para bienestar social, en beneficio de todos; de allí que, este Derecho que se compone de normas, tiene que ser bilateral, es decir que debe mirar a dos lados, para beneficio de las dos partes. La generalidad, que debe ser aplicada, obedecida y respetada por todos, además de tener el carácter de imperativo, que manda y ordena a todas las personas sin excepción y en caso de que no sea obedecido, el Estado, goza con el principio de coercitividad que en otras palabras quiere decir, que si no se lo respeta de buena fe, se puede exigir su cumplimiento por medio de la fuerza.

## **1.2. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO**

Una vez que se conoce lo que es el Derecho, se puede señalar que este no es un concepto simple, sino que, por el hecho de su complejidad, presenta las siguientes características, entre las que se encuentran las siguientes: es normativo, bilateral, coercible, con una pretensión de inviolabilidad, se manifiesta como un sistema y posee una proyección de justicia, características que se van a desarrollar a continuación, para adentrarse más en el tema que es objeto de análisis e investigación.

## **1.3. NORMATIVIDAD**

Hablar de normatividad es hablar de las mismas normas, de ese conjunto de reglas que son un campo o que constituyen su columna vertebral, que son reguladores de la conducta de las personas que viven en sociedad; al referirse a la normatividad, se habla de una especie de esfera que encierra a la sociedad, limitando su comportamiento a lo que señala la ley y sancionando lo que la normativa considere que no es apto para el convivir de los sujetos. De acuerdo con la doctrina, se puede señalar lo siguiente:

Se traduce en que el Derecho se encuentra inmerso dentro de la realidad social, en el marco cultural. El Derecho pertenece a la familia de las normas y está constituido por normas, más específicamente dentro de las reglas obligatorias de conducta (de la Cruz, 2016).

Es decir, la normativa se refiere al establecimiento de reglas o leyes, dentro de cualquier grupo u organización, que a través de las mismas regulan de alguna forma la moral y la ética de los seres humanos. Con respecto a la primera, es la formación que tiene una persona o el conjunto de creencias de una persona o grupo social determinado; y, la segunda, es la forma en la que la persona se comporta en la sociedad, es la que se dedica al estudio de los actos humanos; por lo tanto la normativa mediante sus reglas intenta regular dichos comportamientos con el establecimiento de leyes creando así derechos y obligaciones, es decir creando un orden social.

De allí que la normatividad no hace relación a las normas que se enfocan en el campo de la moral solamente, sino que se enfoca a las normas legales en conjunto con las normas de la ética y la **moral**, para que las personas se desenvuelvan de tal manera que no hagan daño a las demás, sin ofender y causarles perjuicio.

#### **1.4. BILATERALIDAD**

Cuando se habla de bilateralidad, se refiere a un factor importante en el ordenamiento jurídico, ya que gracias a esta característica del Derecho, éste está en capacidad de brindar una mejor relación con las normas que se establecen para regular el comportamiento de la sociedad (Aparicio, 1996).

El Derecho es bilateral porque requiere de dos o más personas. Esto es fundamental ya que exige que exista una interrelación con la sociedad y las normas. Pero esto no solo se enfoca en este aspecto, sino que va más allá, tal como lo señala la doctrina científica, que al referirse a esta característica, señala lo siguiente: “La bilateralidad es su cualidad de ligar entre sí a diversas personas y de establecer entre ellas una mutua correspondencia de deberes y derechos” (Lucero Villarreal, 2016).

Como se aprecia, la norma jurídica supone siempre la relación entre sujetos. Tiende a entrelazar a distintas personas y a delimitar la esfera de sus respectivas atribuciones. Entonces se puede entender que la bilateralidad se encuentra en todas o en la mayoría de las normas jurídicas y otorga facultades que al mismo tiempo definen obligaciones entre dos partes, es decir, siempre va a existir una interrelación Estado – individuo, normas e individuo.

Como señala la doctrina, la bilateralidad del derecho consiste en la relación que cada persona tiene con respecto a sus derechos que se le reconoce y a sus obligaciones

que debe cumplir; en otras palabras, cada persona que vive en sociedad, no solo tiene derechos que se le debe respetar, sino también obligaciones que debe desempeñar.

La bilateralidad es una condición que tienen todas las normas jurídicas, ésta se presenta siempre, incluso en forma independiente del contenido de las mismas, resulta lógico que toda persona tenga equidad entre los derechos que se le otorga y las obligaciones equivalentes; pues no puede tener más derechos que obligaciones, sino que se debe guardar una proporcionalidad y un equilibrio entre ellos.

## 1.5. COERCIBILIDAD

El término coercibilidad proviene del término coerción, que no es nada menos que la presión que una posible autoridad ejerce sobre una persona o entidad con el objetivo de hacer cambiar sus conductas si éste no lo hace voluntariamente, pero siempre enfocado en lo que señala la norma jurídica, que es donde se encuentran estas posibilidades para poder enmarcar el comportamiento de las autoridades y de la gente común.

La coercibilidad es la exigencia de amparar el Derecho en la fuerza para obtener la ejecución de la conducta prescrita, constituyendo la característica propia del Derecho. Se destaca así claramente la coercibilidad de las normas jurídicas frente a la incoercibilidad de las de trato social (Cunya Acuña, 2016, pág. 4).

Se puede entender la coercibilidad como la presión ejercida sobre una persona para forzar un cambio en su conducta o en su voluntad. Así de esta manera logrará que finalmente se cumplan las normas. Por lo tanto es una de las principales características de las leyes. Sin embargo, esta coercibilidad no es posible sin una característica básica que es la imperatividad de la norma legal, la misma que el Estado utiliza para poder exigir que se realicen las cosas o que se dejen de hacer.

De acuerdo con la doctrina científica se puede señalar lo siguiente acerca de la imperatividad:

Otra de las características sustanciales de la norma jurídica es la imperatividad. De cualquier forma en la que la norma se exprese es siempre imperativa. Lleva implícito un *praeceptum legis*. Contiene el mandato de dar, hacer o de abstenerse de hacer algo. Van comprendidos en ella el “tú debes” o el “tú no debes” dar o hacer algo, que han de cumplirse so pena de una sanción (Borja, 1997, pág. 223).

Como señala el tratadista, todas las normas, cualesquiera que sean estas, imperativas, prohibitivas o permisivas, llevan implícita la obligación de hacer algo, de que se cumplan, de que sean obedecidas por todos y que no caigan en letra muerta, lo cual afecta a todas y cada una de las personas que se encuentran protegidas por la misma norma o por el mismo Derecho.

## **1.6. PRETENSIÓN DE INVOLABILIDAD**

La inviolabilidad es una de las características fundamentales del Derecho, porque sería ilógico que se creen normas, reglas, leyes y que éstas sean violadas. Es por esto que la inviolabilidad trabaja conjuntamente con la coercibilidad, ya que debe haber una autoridad (Estado) que por medio de la fuerza o con una actitud arbitraria sea estricto en este campo y no permita que la sociedad tome algún tipo acciones en contra de los derechos queriendo violentarla o ir en contra de los mismos. Claro está que las normas deben ser lo más adecuado al tipo de sociedad que van a regular,

(...) ya que la norma es susceptible de ser violada constantemente, el Derecho requiere indefectiblemente revestirse de inviolabilidad, incluso frente al Estado, a través de una sanción. He ahí por qué resiste, con exigencia incondicionada, la intromisión del mandato arbitrario en las relaciones sociales (Anónimo, 2010).

Lo anteriormente expuesto significa que no es factible trastocar el régimen jurídico establecido garantizado de alguna u otra forma las libertades, la seguridad jurídica del régimen. Es un principio y medida que adopta un régimen para impedir que se elimine el propio régimen legal; que se violenten los principios que el mismo establece precautelando los derechos para así proteger a la sociedad.

Una norma jurídica ve la luz con el objetivo de ser respetada y cumplida, no con el objeto que sea irrespetada o sea una norma jurídica que sea permanentemente vulnerada, lo cual no tiene su razón de ser, carecería de valor, y es por esto que sería considerada como letra muerta. De allí que cada norma jurídica tiene que ser respetada, tiene que ser cumplida, y si alguna persona no la cumple, tiene que ser sancionada, obligándola a la fuerza a que lo haga.

Las normas del Derecho tienen esta condición para entrar en vigencia, para que la sociedad se vea beneficiada, viva en paz y con desarrollo, y en caso de vulneración de derechos o no se cumplan las obligaciones, se proceda a sancionar a los responsables.

Todo esto sucede sobre la base del principio de inviolabilidad de la norma, que además de ser un principio clave, es una característica esencial del Derecho.

## 1.7. SISTEMA

Sistema es un término que tiene varios conceptos o interpretaciones, no solamente en el ámbito jurídico, sino en otras disciplinas científicas. El sistema viene a ser o está direccionado a identificarse como un orden, un camino a seguir, un todo y cuando se hable de Derecho, el sistema se convierte en una serie de pautas a seguir por parte del Derecho y la sociedad a la que engloba.

El punto de partida es la convicción de que el sistema, al que en un plano primario y puramente intuitivo, se equipara con la noción genérica de orden es inherente al concepto mismo de derecho y que, por tanto, todo derecho históricamente determinado ha de tener su sistema propio (Ihering, 1886-1888, pág. 37).

Por otra parte, tenemos que:

El Derecho, en este sentido, es un sistema de normas, ya que ellas no están inconexas, caprichosamente yuxtapuestas de manera arbitraria o caótica. Antes bien, las normas jurídicas vigentes en un Estado se hallan orgánicamente correlacionadas, guardando entre sí niveles de rango y prelación: unas son superiores, otras inferiores, y todas conforman una estructura armónica, gradual y unitaria que evoca la imagen de una obra arquitectónica, con atinada distribución de masas. Al conjunto de normas positivas de un país, coordinadas y distribuidas jerárquicamente, se denomina “ordenamiento jurídico” (Barrera, 2016).

Cabe señalar también que el ordenamiento jurídico se caracteriza por una organización en forma de niveles sistemáticos que imbrican rango y prelación, pero si bien pueden estar entonces jerárquicamente distribuidas, no dejan por eso de constituir una estructura armónica, tal como afirma Sisniegas (2015).

Como todo en la vida, siempre es necesario un orden, una estructura, una especie de columna vertebral y más cuando se trata de regular el Derecho, que a su vez, al ser un conjunto de normas, éstas deben coexistir con el ritmo de vida de la sociedad, y así crear una armonía entre los individuos y el Estado, para convivir con las normas que limitan cierta manera su actuar en la sociedad, creando un modo de vivir de acuerdo con la Constitución y la ley.

En este punto es importante recalcar dos aspectos fundamentales en lo concerniente al sistema, toda vez que una cosa es un sistema social y otra muy distinta

es el hecho de un sistema jurídico que tiene sus connotaciones y su importancia para el presente estudio, en vista de que lo uno no debe estar separado de lo otro. Cabe señalar que:

El sistema social puede requerir un determinado comportamiento humano sin alcanzar al cumplimiento o incumplimiento de la orden consecuencia alguna. Pero también puede exigir determinada conducta humana y simultáneamente ligar a ese comportamiento la concesión de una ventaja, de un premio; o, a la conducta contraria una desventaja, una pena... (Kelsen, 1997, pág. 39).

Como se puede observar en la presente cita, se tiene que tomar en cuenta la existencia de un sistema jurídico, el mismo que forma parte del sistema social, en vista que dentro del sistema social suceden todas y cada una de las situaciones que producen fenómenos jurídicos, pero no solo esos, sino que además, se llevan a efecto fenómenos psicológicos y sociológicos, donde el aspecto jurídico no puede estar exento.

En este sentido, se tiene que analizar que es un sistema jurídico, que es el conjunto de leyes, normas, reglas, principios con tinte jurídico que van a ser aplicados por los miembros de la sociedad en una determinada materia, para que sean cumplidos, respetados y facilite la convivencia en sociedad, lo cual es importante para el correcto desenvolvimiento.

El sistema jurídico coadyuva para un ordenado comportamiento de las personas que viven en sociedad, pero además, sirve para regular y enmarcar las actividades de los seres humanos dentro de un determinado orden de cosas, tal es el caso de las obligaciones, de los contratos, o de los modos de adquirir el dominio de las bienes, dentro de los cuales se encuentra la sucesión por causa de muerte, la ocupación, la prescripción, etc.

Entonces el sistema jurídico, se encuentra enfocado en el hecho de que cada persona tiene que dirigir su conducta a lo que manda la norma jurídica, para que en este aspecto se solucionen las diferencias que pueden desembocar en controversias legales, pero dentro de una determinada materia jurídica.

## **1.8. JUSTICIA**

La justicia, es un término polémico debido a que como se la concibe por el Derecho Natural, es un valor relativo y no absoluto. Es por esto que gracias a éste

conocimiento previo, se desarrollarán ciertos aspectos fundamentales para resolver la problemática que rodea al tema central del presente trabajo científico. Por lo tanto, partiendo de la premisa: el derecho a la porción conyugal se la puede considerar como una facultad garantizada a las cónyuges embarazadas como grupo de atención prioritaria, de la cual, surge una serie de interrogantes, entre las que se encuentran: ¿Qué es realmente justicia? ¿Qué es lo justo y que no? ¿Existe la justicia?

Han sido múltiples las perspectivas de la justicia en orden a su definición, que a su vez se enfocan en teorías sustantivas o procedimentales. Se coincide con Arango (2007, pág. 164) en cuanto a que “(...) para la primera es posible señalar contenidos de lo que es justo, con alcance universal o particular; para la segunda, el valor de lo justo es algo relativo y su definición debe ser fruto del consenso democrático deliberativo”.

Para resolver de alguna manera cada una de las interrogantes señaladas se procederá a citar a varios filósofos que brindan un concepto o definición de lo que para ellos en esa época se entendía por justicia, ante lo cual se pueden encontrar diferentes conceptos de la misma, los cuales se analizan a continuación.

Platón, por ejemplo, caracterizaba la justicia como una especie de armonía social dada en la conversión de los gobernantes de una ciudad en filósofos, lo que suponía una mayor capacidad para discernir en base a lo justo y lo sabio, (Platón, 2008). La idea de Platón parte del Estado en sí, puesto que él se imaginó un estado igualitario, equitativo, que no sea gobernado por personas políticas sino por sabios, y dentro de este contexto entra la llamada justicia, pero la verdadera justicia, donde cada persona obtenga lo que le pertenece, lo que le corresponde de acuerdo a sus obras, dentro de un verdadero equilibrio, dentro de un verdadero sentido de equivalencia, equidad e igualdad.

De igual manera Cicerón, citado por Andrade Falla (2015), señala: “La Justicia es un hábito del alma, que observado en el interés común otorga a cada cual su dignidad”.

Por su parte, decía Aristóteles, citado por Educación Religiosa (2010): “La justicia es la medida, simbolizada por la balanza, es decir, por el equilibrio y la proporción: a cada uno su parte, ni mucho ni poco”. Es por ello que para el estagirita la justicia consiste, como afirma Pérez Portilla (Pérez Portilla, 2005, pág. 91), en “tratar igual a los iguales, y desigual a los desiguales, pero en proporción a su desigualdad”.

Los criterios filosóficos sobre la justicia tienen que ser interpretados de tal forma que sean prácticos para ponerlos a prueba dentro de una sociedad compleja y, a veces,

tan convulsionada en exceso, en vista que la justicia, al pensar de muchos, es un don que tiene la persona, para que se dé a cada quien lo que le pertenece o lo que le corresponde.

Para Ulpiano, “la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo que le corresponde, lo que se le debe” (Citas en latín de Ulpiano, 2011). El criterio de Ulpiano acerca de la justicia es muy importante, puesto que es la definición que más se apega al sentido que se le quiere dar a esta palabra dentro del marco del derecho, pues la justicia no es otra cosa que la cualidad más elevada que puede tener el ser humano, de dar a cada quien lo que le corresponde, ya sea en beneficio o en sanción, pero este beneficio o sanción tiene que ser equivalente o proporcional a sus actos, en vista que si es desproporcionada resultaría una injusticia.

De acuerdo con otra tratadista, al referirse a la justicia señala lo siguiente: “Justicia es aquella que se encuentra inherente a toda norma jurídica, una proyección hacia la efectividad de la justicia en las relaciones humanas, como algo esencial y definitorio de ella” (Ponce Esteban, 2005, pág. 212). Este criterio resulta mucho más complejo que los anteriores, puesto que se enfoca e incorpora a aspectos esenciales del Derecho, como son la ley, las relaciones entre personas, que es en donde surgen los actos, hechos o negocios jurídicos, que son los que traen como consecuencia los fenómenos que le interesan al mundo del Derecho y al ámbito de la justicia.

Entonces una vez que se han analizadas cada una de las ilustraciones sobre lo que es justicia, se concluye que estas dependen mucho de lo que se entendía por justicia en cada época. Se estima que estas concepciones tienen como objetivo primordial el de encaminar la forma de vivir y de desarrollarse de los seres humanos que viven en sociedad, con el objetivo esencial de alcanzar la eterna moral perfectible en su proceso, como ética del deber ser dentro de lo que es la filosofía del derecho natural enmarcado en el positivo. Es, en consecuencia, el conjunto de pautas y criterios que establecen un marco adecuado para las relaciones entre personas e instituciones, autorizando, prohibiendo y permitiendo acciones específicas en la interacción de individuos e instituciones.

Dejando a un lado la moral y ya introduciéndose en el ordenamiento jurídico, la justicia es uno de los principios y características del Derecho a la que acude el legislador o asambleísta, al tener que dar solución a las controversias jurídicas que carecen de un estatuto jurídico que les den solución.

Bobbio explica que la justicia es “(...) aquel conjunto de valores, bienes o intereses para cuya protección o incremento los hombres recurren a esa técnica de convivencia a la que llamamos Derecho” (Bobbio, 2003, pág. 413). A este tratadista ya se lo enmarca dentro de las tendencias actuales del Derecho, por ende su criterio de justicia ya se basa, no sólo en la ley, sino en todo el conjunto de valores, bienes, intereses, pero sobre la base de leyes, reglas, normas, que son las que tienden a determinar cómo se deben enmarcar las relaciones de las personas y sus actos, puesto que si salen de ellas, se estaría frente a una infracción.

## **1.9. DEFINICIÓN DE PORCIÓN CONYUGAL**

La porción conyugal, es una institución legal contemplada en el Código Civil en su Libro III, consagrada con el objeto de fortalecer el matrimonio en el sentido de brindar una protección a los cónyuges, sobre todo al sobreviviente. Según su artículo 1196, se define como “la parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para su congrua sustentación” (Congreso Nacional, 2005, pág. 60). La porción conyugal es, entonces, una asignación forzosa que da derecho al cónyuge sobreviviente “pobre” para reclamar legítimamente en la sucesión del causante, sea ésta testada o intestada. Esta es una parte de los activos que conforman la masa sucesoria o caudal relicto con los que se pretende garantizar una subsistencia digna, teniendo como parámetro de determinación tanto su riqueza como la del causante (Rincón Uscátegui, 2001).

Haciendo un breve análisis del artículo señalado, la porción conyugal es la parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para sobrevivir.

Empezando el análisis en cuanto a lo que se refiere al patrimonio, simplemente se lo concibe a éste como el cúmulo de activos y pasivos que forjó el causante en vida y al que sólo se lo puede avizorar de manera exacta, luego de haber realizado los cálculos constantes en la ley. Tan solo después de éste proceso, es factible disponer de las asignaciones conforme a Derecho y eso sí, respetando a todos y a cada uno de los legitimarios, tal cual lo manda el artículo 1194 (Congreso Nacional, 2005).

Luego de fallecido el causante, se produce la primera fase de la sucesión que es la apertura, y es en este trance que tienen los bienes para ser transmitidos a sus sucesores,

que se llega a establecer mediante cálculos matemáticos, que le toca a la cónyuge sobreviviente, y si es de Derecho dárselo o no. Se le asignará la porción siempre y cuando sea “pobre” y no tenga por ende los medios necesarios para sobrevivir dignamente y conforme a lo mandan los derechos humanos, según se deduce de los artículos 1197 y 1198 del Código Civil (Ídem).

Aunque el fundamento de derecho es que el cónyuge carezca al momento de la muerte de lo necesario para su congrua subsistencia, ello no implica que lo que pueda recibir como porción se limite a esa necesidad, pues no se trata de una cuota fija determinada legalmente. Ésta porción es entonces una asignación de cuota variable condicionada a la pobreza relativa del cónyuge sobreviviente (Rincón Uscátegui, 2001, pág. 35).

La porción conyugal es fundamental, debido a que la ley misma la determina y la califica como una asignación forzosa, pero sólo en determinados casos, en los cuales el cónyuge supérstite no tenga bienes o sus bienes sean de tal cuantía que no alcancen para su congrua subsistencia.

De acuerdo con la jurisprudencia, al definir a la porción conyugal, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia señaló en su sentencia No. 234 de primero de octubre de 2008 que:

Se trata de un verdadero derecho, que dimana de la condición de persona casada: derecho del cónyuge sobreviviente. La ley le asigna esta porción del patrimonio del causante, sin distinguir si se trata de sucesión legal o testamentaria; ahora bien, si existe testamento, y no se ha señalado en el mismo la parte del cónyuge, la ley, suple y modifica lo dispuesto por el testador; en tanto que en las sucesiones legales, simplemente se calculará y se pagará al cónyuge lo que le corresponde, conforme a la ley, en igual monto y circunstancias que en el caso de haber testamento (...) La porción conyugal se da, pues, al cónyuge que no tiene – por ningún concepto-, bienes en cuantía suficiente para mantener el nivel de vida de que disfrutaba antes de enviudar. Y cuando los bienes existen, pero no son suficientes, la porción conyugal será solo complementaria, es decir, limitada, a lo que es preciso para alcanzar la cuantía indicada (Justicia, 2009, pág. 3).

La porción conyugal, como su nombre lo indica, es una porción que se debe por ley al cónyuge, para que pueda subsistir. Sin embargo, no es forzosa en todos los casos sino solamente en dos: el primero, cuando el cónyuge sobreviviente no tenga bienes para su congrua subsistencia; o cuando teniendo bienes, estos no sean suficientes para que el cónyuge supérstite pueda llevar el nivel de vida que llevaba antes de la muerte del causante.

El tratadista Bossano (1983, pág. 32) señala acerca de la porción conyugal que:

(...) una vez practicada la separación de patrimonios para obtener el acervo ilíquido y hechas las rebajas inherentes a gastos de última enfermedad, mortuoria y judiciales, por una parte, y de las deudas hereditarias e impuestos fiscales que gravaren toda la masa sucesoria, por otra parte, se obtiene un acervo líquido tentativo, del cual debe calcularse la cuarta parte...

Y al comentar lo expuesto por éste, Salazar Becerra (2006, págs. XLIX-L) opina que estamos en presencia de un conflicto, sobre todo en cuanto a la definición de “congruo”, lo que lleva a plantear la siguiente interrogante con su propia respuesta:

¿Acaso tendrá el mismo sentido en que el legislador propuso la cuestión de alimentos congruos? Examinemos el problema, el artículo 369 de nuestro Código Civil (actual artículo 351) en su segundo inciso, los define como que son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente, de modo correspondiente a su posición social”.

El criterio dado por los tratadistas Bossano y Salazar Becerra guarda íntima relación con el ofrecido por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que la porción conyugal es una parte de los bienes dejados por el *De Cujus* a favor de su cónyuge sobreviviente, bienes que alcanzan una cuarta parte del acervo líquido tentativo, la misma que tiene que ser comparada con los bienes que tiene el cónyuge sobreviviente y así determinar si le corresponde el total de la porción conyugal o solo una parte complementaria.

## **1.10. DEFINICIÓN DE FACULTAD**

El concepto de facultad jurídica ha sido muy discutido por la doctrina, debido a su carácter abstracto y a la dificultad de hallar un criterio que permita deslindarlo claramente de otras figuras, esencialmente de los llamados derechos potestativos (V. derecho potestativo) y del propio derecho subjetivo (V. derecho subjetivo).

Para Ferrara, citado por la Enciclopedia Jurídica (2014) “la facultad jurídica es la potestad del sujeto para obtener por un acto propio un resultado jurídico, independientemente y sin obligación de otro...” Entonces, aclarando el tema de lo que es facultad, se podría decir que es la atribución de un derecho por parte de una norma jurídica que posibilita a alguien, hacer o dejar de hacer algo, dentro del marco normativo, o sea, sin sufrir consecuencias. En el campo del Derecho, todo lo que no está prohibido está permitido, lo que significa que las personas tienen la facultad para realizar todas las acciones u omitirlas, mientras no vayan en contra de la ley.

Otra acepción jurídica la vincula con la capacidad. Quien no posee la capacidad necesaria para realizar un acto jurídico, no se halla facultado para hacerlo, y el acto resultante será inválido.

Para la doctrina científica la facultad es un aspecto fundamental para el estudio del Derecho, en vista de que su uso y acción genera que se hagan efectivos los derechos y se cumplan las obligaciones, de lo contrario, si la persona no tiene esta facultad para poder reclamar sus derechos y exigir que se cumplan sus obligaciones, estos no pueden realizarse. Así, el Diccionario Jurídico Universal, al referirse a este término, lo define como:

Facultad. Potencia, virtud, capacidad o aptitud física o moral. En significado trascendente, la facultad es el principio próximo o inmediato de nuestra operación; o sea el poder que el alma tiene de obrar con conciencia y libre determinación de sus actos. Además, ciencia o arte. Conjunto de conocimientos que, relacionados entre sí conceden aptitud para el ejercicio de alguna de las profesiones llamadas universitarias. Y en ese aspecto se llamó facultad mayor, en las antiguas universidades, a la teología, a la jurisprudencia y a la medicina. También, cuerpo de doctores de una universidad. Establecimiento donde se cursa una carrera universitaria. En significados más puramente jurídicos: derecho subjetivo, poder, potestad. Atribuciones. Opción. Licencia o permiso. En las antiguas fundaciones de mayorazgos, cédula real que autorizaba la enajenación de los bienes vinculados o la imposición de gravámenes sobre ellos y sobre los bienes propios de los pueblos. En este sentido, se llamaba también facultad real. Facultad o facultades se ha dicho por hacienda, caudal o bienes (Universidad Arturo Michelena, 2008).

Como se puede observar, la facultad no es otra cosa que esa potencia, esa capacidad, esa virtud o la aptitud física y psicológica que tiene la persona para poder realizar ciertos actos, gestiones, acciones, o dejarlas de hacer. De allí que no solo depende de estas cualidades, sino que depende también de la voluntad y de la conciencia, puesto que cabe recordar que en el ámbito del derecho, los actos, contratos y negocios jurídicos se los tiene que realizar con voluntad y conciencia y sin estar sujetos a presión de ninguna naturaleza.

### **1.11. DEFINICIÓN DE MUJER EMBARAZADA**

Con referencia a la conceptualización del término a desarrollar, no existe un concepto jurídico que defina “mujer embarazada” ya que nuestra Constitución en su sección cuarta, artículo 43, solamente señala las garantías que el Estado brinda a las mujeres embarazadas, más no existe un concepto de la misma (Asamblea Constituyente, 2008), por lo que nos toca recurrir a Melloni Eisner (1983, pág. 167) quien lo define

como: “Período de tiempo comprendido entre la concepción y el nacimiento del niño, la duración normal es de unos 280 días o nueve meses naturales; también denominado gestación”.

No existen definiciones jurídicas de lo que se debe tener como concepto de mujer embarazada, por lo que se puede señalar que es la persona de sexo femenino que se encuentra en estado de gestación o de gravidez, es decir, las mujeres que se encuentran engendrando un ser en su vientre.

Al respecto la doctrina señala aspectos fundamentales que se deben tener en cuenta, en vista que existen muchos derechos que se encuentran reconocidos a nivel internacional, y que son dignos de ser analizados y que deben ser puestos en vigencia en el Ecuador, por ejemplo:

Así las cosas, en las legislaciones, en el ámbito tanto laboral como de seguridad social básica, sea para el trabajo ordinario como para el burocrático, al evento de la maternidad se le sigue considerando como una especie de “incapacidad laboral temporal”, equiparable más bien a una “enfermedad” sufrida por la mujer como consecuencia de su embarazo y posterior alumbramiento, a pesar de que existe el Convenio 103 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en donde se establece el tratamiento independiente de la maternidad como situación protegida específica, desligada del concepto de la incapacidad. No obstante, al respecto cabría especificar que, en relación con el trabajo de las mujeres, los convenios adoptados por la OIT son los números 3, 4, 41, 45, 89, 103, 111 y 183, por lo que en realidad no resulta aplicable dicho criterio internacionalmente aceptado (Ruiz Moreno, 2007, pág. 141).

La mujer embarazada no es una persona enferma ni tampoco incapaz y por ende, debe tener otro tratamiento, en vista de que es una persona que lleva en su vientre un ser con vida, por lo que tiene que ser protegida en forma prioritaria, y no solo protegida sino respetada por mandato expreso de la Constitución de la República, al ser uno de los grupos vulnerables y por lo tanto prioritarios de protección estatal.

## **1.12. DEFINICIÓN DE GRUPOS PRIORITARIOS**

Antes de empezar a hablar sobre la definición de “grupo de atención prioritaria” la Constitución en su artículo 35, previamente citado, nos señala a quien se les considera parte de éste grupo y desde el artículo señalado hasta el 39 se expresa detalladamente y se analiza más a fondo cada uno de ellos (Asamblea Constituyente, 2008).

En la Carta Magna no existe ninguna definición del tema señalado, ni algún concepto que ilustre lo que son los grupos prioritarios, pero es una iniciativa de parte del Gobierno que busca la protección y amparo de los mencionados grupos, los cuales considera necesitan más atención. En opinión del autor, esta iniciativa gubernamental es excelente ya que le permite al Estado enfocar, priorizar o direccionar las normas hacia aquellos grupos que por su estado de vulnerabilidad necesitan todo el apoyo para acceder al buen vivir proclamado por la Constitución.

En plena correspondencia con el principio de igualdad y no discriminación – entendido en toda su complejidad- la normativa constitucional asigna un capítulo específico a los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria dentro de esta categoría incluye, al igual que la Constitución Política de la República de 1998, a las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad y a quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad. La Constitución vigente añade a jóvenes, personas en movilidad humana, personas privadas de la libertad y consumidores.

Así mismo, ambos textos constitucionales establecen que la misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, entre las que incluyen a víctimas de violencia doméstica, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. La actual Constitución extiende esta protección a las víctimas de violencia sexual. Es una novedad del texto vigente la inclusión del deber del Estado de prestar especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad, reconociendo así que la conjunción de estas condiciones aumenta las posibilidades de ver vulnerados los derechos. Piénsese por ejemplo, en el caso de adolescentes embarazadas, personas adultas mayores con discapacidad, niños o niñas víctimas de violencia sexual, personas privadas de la libertad que sufran enfermedades de alta complejidad, etc.

De acuerdo con lo señalado, y tal como se desprende de la doctrina científica, al referirse a los grupos de atención prioritaria y sobre todo a las mujeres embarazadas, como parte integrante de este grupo, se señala lo siguiente:

(...) Hay que resaltar que la Constitución de la República vigente avanza en la definición de derechos específicos de las mujeres embarazadas. Así, el derecho a no ser discriminadas por embarazo se extiende a los ámbitos educativo y social a más de ser laboral, que ya contemplaba la Constitución anterior (1998); a la atención gratuita a los servicios de atención materna; a protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto; y a disponer de las facilidades necesarias para su

recuperación después del embarazo y durante el período de lactancia (Salgado, 2009, págs. 146-147).

Como se puede observar, la Constitución de la República actual, recoge a varios grupos a los que los denomina como de atención prioritaria por parte del Estado, los mismos que por su condición tienen que ser atendidos y protegidos con mayor rapidez y celeridad, así como sus derechos tienen que ser observados y respetados, no solo por los servidores públicos, sino por sus propios familiares, por sus empleadores, por los compañeros y compañeras, además por sus profesores y por todas las personas, de allí que, en el caso de que una persona vulnere los derechos de personas de atención prioritaria estará sujeta a las acciones legales respectivas que pudiesen tomar como legitimados activos las personas que forman parte de estos grupos de protección privilegiada y a las sanciones que la ley establece.

## **CAPÍTULO II**

### **PORCIÓN CONYUGAL COMO DERECHO DE LA MUJER EMBARAZADA SIN EXCEPCIÓN**

En el presente capítulo se trata lo concerniente a la porción conyugal, así como lo necesario para que ésta sea otorgada a la cónyuge que se encuentra en estado de gravidez al momento de la muerte de su pareja, y que cuyo hijo sea del antecesor. En consecuencia, en este capítulo se analizará todo lo necesario para que se comprenda la procedencia de la porción conyugal para el caso propuesto, esto es, para el caso en que la cónyuge se encuentre en estado de gestación, tal como se indicó anteriormente, en vista de que no solo obtendrá bienes para ella sino ingresos para beneficio de su hijo, para que con los recursos que se obtengan de estos bienes se pueda satisfacer sus necesidades y dar ayuda pecuniaria durante el período de gestación y durante los primeros años de vida del vástago, fundamentalmente.

Así, es necesario establecer, como en efecto se lo hace en el capítulo anterior, ciertos conceptos clave, que van ayudar a comprender la problemática planteada. En éste segundo capítulo, la investigación se enfoca específicamente en todo lo que significa la porción conyugal, sus características, su estructura y lo que envuelve la otorgación favorable de la porción conyugal, así como también quiénes son los beneficiarios que por derecho acceden a esta figura jurídica.

#### **2.1. LA PORCIÓN CONYUGAL**

Antes de referirse a la porción conyugal, hay que realizar un análisis de lo que son las asignaciones forzosas, entre las cuales se encuentra la figura jurídica antes señalada, para lo cual se citará a los tratadistas que son fundamentales en el estudio y análisis del llamado Derecho de las Sucesiones o Derecho Sucesorio, que al respeto señalan lo siguiente:

Según la doctrina (Bossano, 1983, pág. 32), las asignaciones forzosas son “(...) aquellas que imperativamente tiene que hacerlas el testador a favor de ciertas personas, y si no las hace o las hace indebidamente, la propia ley suple la omisión o corrige el

error, aun contrariando la voluntad expresa de él”. Lo que éste señala es que el propósito de las asignaciones forzosas es llegar a materializar una verdadera justicia, sobre todo cuando en la sucesión testamentaria se tiene que establecer que una parte de los bienes sean para las asignaciones forzosas, y si esto no se encuentra prescrito por el testamento, esta falencia, descuido o falta de previsión son resueltos por la ley, y en este caso, la ley puede reformar el testamento para que su texto se encuentre encuadrado con lo que se señala el Código Civil.

Obviamente, habrá personas que se opongan a este mandato, alegando que es la voluntad del testador y que debe respetarse, pero lo lógico y justo es que las asignaciones forzosas, que se encuentren previstas en la ley, sean concedidas como la norma legal lo prevé y lo determina.

Hernández Alvarado (2012, págs. 34-35) señala al respecto que:

Que cuando un sujeto dispone de su patrimonio para después de sus días, se procura que cumpla con las obligaciones morales y aún jurídicas, principalmente frente a su familia y a sus acreedores. Esto ha llevado a establecer las asignaciones forzosas, o, como se dice en otros sistemas jurídicos, la “reserva” de ciertos bienes, el causante debe destinar a favor de ciertas personas, de modo que si no lo hace se reformará el testamento o se procederá de alguna manera a compensar a esas personas.

Mientras viva un individuo, puede tener obligaciones actuales que el mismo ha contraído (por razón de contratos u otras relaciones), pero no existe otras personas que tengan por entonces un derecho a recibir sus bienes cuando muera: el cónyuge, los parientes, y aún otras personas a quienes haya ofrecido a dejarles algo, solamente tienen una mera expectativa. Una vez abierta la sucesión, los parientes más cercanos pueden reclamar lo que la ley ha considerado reservar en su favor, y que, el causante debió dejarles, si hizo testamento: estas son las llamadas “asignaciones forzosas”.

Una persona tiene el deseo de obtener bienes para sí y para los suyos, principalmente para sus hijos, pero además, cuando realiza gestiones, tiene la necesidad de celebrar actos y contratos, de los cuales se desprenden derechos y obligaciones, muchas de las obligaciones pueden ser deudas que tienen que cancelar, pero si no lo hace en vida, los acreedores pueden ir contra los bienes del causante.

Es por tal razón que se establecen las asignaciones forzosas, que no son más que las que tienen por objeto el cumplimiento de las obligaciones del causante, que deben cumplirse necesariamente. El tratadista señala además, que los parientes, incluida la cónyuge, los hijos y demás, tienen solo meras expectativas de adquirir los bienes dejados por el difunto. Las que sí están seguras son las asignaciones forzosas, que tienen que cumplirse necesariamente, no solo por mandato de la voluntad del **antecesor**, sino por disposición de la ley.

Por otra parte, el tratadista chileno Somarriva, al referirse a las asignaciones forzosas, sostiene que:

Las asignaciones forzosas constituyen una limitación a la libertad de testar (...) La ley define a las asignaciones forzosas como: “las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las he hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas”. Las asignaciones forzosas están en íntima relación con el problema de la libertad de testar. Las asignaciones forzosas significan lisa y llanamente que en nuestro país no existe libertad absoluta de testar, pues ella está limitada precisamente por estas asignaciones que el testador está obligado a efectuar, y que aún se suplen en contra de sus disposiciones expresas. **Su** nombre da una idea muy exacta de la institución; son asignaciones forzosas, o sea, que obligadamente deben hacer... (Somarriva M. , 1996, pág. 328).

Las legislaciones latinoamericanas que parten, principalmente y en forma directa por la influencia del Código de Andrés Bello, tienen una misma limitación al derecho de suceder en forma libre, y que son las asignaciones forzosas, que tienen que ser reconocidas en forma necesaria, así no lo haya hecho el causante o que no haya sido su voluntad. La norma legal prescribe que el testador, en su declaración de última voluntad tiene la obligación de establecer o disponer una parte de los bienes para cubrir los gastos o cantidades que representan a las asignaciones forzosas, las que se encuentran reconocidas en la ley y que se realizan en forma directa cuando la sucesión es intestada.

Las asignaciones forzosas, son aquellas que el legislador o asambleísta establecen con el objeto de suplir ciertas circunstancias que pueden afectar a los bienes de los descendientes o herederos y que deben cumplirse en forma necesaria y efectiva, y que, como lo señala la norma legal, al calificarlas de forzosas, necesariamente tienen que realizarse.

Con esta breve descripción de lo que son las asignaciones forzosas, se pasa a analizar todo lo que respecta a la porción conyugal, para lo cual se puede agregar, a lo que ya está señalado en el capítulo anterior, lo siguiente.

La porción conyugal es una figura jurídica muy importante y es el pilar para la actual investigación, en vista que sirve para resolver la problemática planteada, porque a través de ella se le puede mejorar la condición económica a una persona, incluso llegar a mejorar su calidad de vida, ya que dicho beneficio solamente es válido cuando, el o la que ha sobrevivido a su cónyuge, no goza de bienes para subsistir, o que, teniendo bienes estos no son suficientes para dicha subsistencia.

Tanta es la importancia de la porción conyugal que es una asignación forzosa, es decir, que aunque el *De Cujus* no la haya estipulado en el testamento, la ley impone que

debe darse u otorgarse. Sin embargo, existen casos en los cuales se pueden otorgar dicha porción conyugal y existen casos en los cuales no se otorga la cuarta parte de los bienes del *De Cujus*. Es por tal razón que el presente trabajo se inclina a establecer una excepción a la regla, en la cual, aunque la cónyuge tenga bienes, pero se encuentre en estado de gestación, tenga derecho a esta asignación forzosa, con lo cual se cumpliría con una de las características de esta asignación.

Citando al Código Civil en su artículo 1196, se ve que: “Porción conyugal es la parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para su congrua sustentación” (Congreso Nacional, 2005, pág. 60). Hay que tener en cuenta que es una asignación forzosa, es decir que por ley y por derecho debe ser otorgada y ejecutada. Analizando el presente artículo se desprende que: la porción conyugal es una parte del patrimonio de la persona que deja de existir, pero no solo eso, sino que requiere otra condición, que esta persona haya estado casada, porque esta asignación se le va a entregar a la cónyuge supérstite.

Pero aquí hay algo más, la ley señala que la cónyuge tiene derecho a esta porción conyugal cuando carece de lo necesario para su congrua sustentación, es decir, para la persona que necesite de alimentos que le permitan subsistir con cierta comodidad, muy parecida a la que tenía cuando aún estaba vivo su cónyuge.

Con respecto al monto de la porción conyugal, esta equivale a la cuarta parte de los bienes del causante, luego de haber realizado las tres primeras rebajas de ley. De acuerdo con la doctrina, en lo que se refiere a la porción conyugal, se puede establecer, lo siguiente:

La porción conyugal tiene el doble carácter alimentario y compensatorio; en efecto: hallándose destinada al cónyuge supérstite considerado pobre, para garantizarle su congrua subsistencia, la pobreza de que adolece no se juzga objetiva sino comparativamente en razón al monto de los bienes relictos. De tal manera que la porción no solo reporta una provisión alimentaria, sino que implica a la vez una retribución equitativa a quien se ve privado de las prerrogativas logradas con su esfuerzo durante el matrimonio. La institución cumple así una doble finalidad: asegura la subsistencia del cónyuge sobreviviente, y establece un equilibrio entre su fortuna y la del difunto; no se limita, en estricto sentido, a lo que se requiere para subsistir, porque puede ser mucho más (Ramírez Fuertes, 2000, pág. 151).

Como se puede observar, este criterio es sumamente importante para el estudio del presente tema – problema que se está investigando, en vista que, la porción conyugal, en esencia, tiene una doble función, tanto en el aspecto de los alimentos,

como en el aspecto de la compensación patrimonial de los cónyuges, esto es, del difunto, por una parte, como el supérstite por otra parte.

Para aclarar lo señalado, se puede indicar que, la porción conyugal tiene el carácter de ayuda a la persona (cónyuge superviviente para su congrua sustentación), en vista de que parte de los bienes del cónyuge difunto van a manos del cónyuge sobreviviente para que pueda sobrevivir, de forma modesta o de acuerdo a la calidad de vida que tenía antes de la muerte de la persona; y, por otra parte, existe una compensación de bienes, ya que no puede el cónyuge sobreviviente, luego de haber vivido mucho tiempo con su cónyuge que fallece, quedarse solamente con bienes suficientes para poder subsistir en forma congrua.

Queda muy en claro lo que significa o lo que conlleva ser una asignación forzosa. Esta es por tanto una norma de derecho público y el ir en contra de la misma ocasionaría alarma social puesto que fue por eso justamente que se la legisló y se la aprobó, para resolver un problema social álgido. En consecuencia, ésta figura jurídica es clave para el desarrollo de la presente investigación, en vista que las leyes son escritas por simples hombres, lo cual conlleva a cometer errores y por ende a interpretar erróneamente normas de derecho público.

Lo que se propone con ésta asignación de carácter forzoso es proteger a los integrantes de la familia del causante, que como sabemos es el núcleo primordial de toda estructura humana y el soporte espiritual y material de la sociedad.

Por último, es importante tener claro que la porción conyugal no tiene la calidad de ganancial, herencia, donación ni de legado, sino que corresponde a ingresos o bienes pertenecientes al patrimonio del cónyuge muerto que por ley deben ser transmitidos al cónyuge sobreviviente para garantizar su subsistencia.

Se puede agregar que la porción conyugal, no es otra cosa que aquella porción de bienes que tienen por objeto proveer al cónyuge sobreviviente que carece de bienes, o que no son suficientes para su congrua subsistencia, para que tenga derecho a adquirir parte de los bienes del cónyuge difunto, es decir, que estos bienes no los recibe por su calidad de heredera, que no lo tiene en un primer momento, sino, por su calidad de cónyuge o consorte sobreviviente, y que puede ser considerada pobre en comparación con los bienes que tiene o que deja el difunto.

## 2.2. CARACTERÍSTICAS DE LA PORCIÓN CONYUGAL

La primera característica de ésta asignación forzosa se constituye en que es un aporte legal y patrimonial que hace el cónyuge a favor de quien no tienen en el momento de su fallecimiento lo mínimo o lo necesario para vivir o alcanzar a tener una vida digna.

En este aspecto, el tratadista, Ramírez Fuertes (2000, pág. 152), señala que “la porción conyugal tiene por objeto proveer a la subsistencia del cónyuge sobreviviente que carece de bienes, o los tiene pero no de tanto valor como la porción misma”; más adelante expresa que, de igual manera “(...) la porción la recibe el cónyuge sobreviviente, cuando ello tiene derecho, pero no como heredero sino como en calidad de consorte considerado...” (Ídem).

Otra de las características se fundamenta en que no siempre la porción conyugal equivale a la cuarta parte del patrimonio ya que ésta puede ser menor, esto depende de los bienes que tenga el cónyuge supérstite al momento del fallecimiento de su marido o su mujer, para que de acuerdo a esto se le pueda entregar la diferencia.

La porción conyugal es una figura importante, en vista de que solamente es eficaz y válida después de la muerte de causante, por ende, ésta asignación no se puede ejecutar en cualquier momento, solo en el momento en el cual fallece uno de los cónyuges. No está sujeta a un monto determinado ya que depende del patrimonio del cónyuge fallecido.

Entonces haciendo un breve análisis de algunas de las características nombradas anteriormente se concluye que la porción conyugal es una parte del patrimonio del difunto que siendo de carácter forzoso le tiene que ser asignada por ley al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para vivir o subsistir teniendo en cuenta que no es a título de herencia ya que su condición jurídica es muy distinta a la de la porción conyugal y es más que solamente una prestación de carácter alimentario.

Además, de lo señalado, se puede indicar las siguientes características de la porción conyugal, entre las que se encuentran:

- Es una figura jurídica que está contemplada y reconocida por parte de la ley, en este caso, por el Código Civil.
- Puede ser exigida por medio de las acciones legales y judiciales a los herederos respectivos si esta no ha sido entregada en un primer momento.

- Es de carácter patrimonial, puesto que lo que se quiere es que el cónyuge supérstite tenga lo necesario para subsistir, ya sea en bienes o dinero, patrimonio de carácter activo perteneciente al causante.
- Es una porción que se le entrega a una persona, pero no por el hecho de que sea heredero sino que por el hecho de tener la calidad de cónyuge sobreviviente.
- Pero no basta con que se justifique que es un cónyuge sobreviviente, sino que además no tenga bienes o que estos bienes no sean suficientes para su congrua sustentación, o que los bienes que tiene no alcanzan la cuarta parte de los bienes dejados por el causante.
- Además de legal, esta porción conyugal tiene el carácter de ser humanitaria tanto en cuanto lo que intenta es dar parte de los bienes del causante al cónyuge que estuvo con él en los últimos días y que merece que quede bien, sobre todo, dotándole de lo necesario para su subsistencia digna o, por lo menos, de la que tenía hasta cuando el cónyuge falleció.

### **2.3. PROCEDENCIA Y DERECHO DE LA CÓNYPUGE**

En lo referente a la procedencia y derecho de la cónyuge, acabe aclarar que en este caso, no se trata de toda cónyuge supérstite, sino solo a la que queda embarazada a la muerte de su marido, y que va a tener un hijo póstumo, para quien es necesario que se le entregue parte los bienes que ha dejado el causante, que serán dirigidos a dotar de lo necesario a la criatura que está por nacer, como se lo va a explicar en los próximos párrafos.

El artículo 1194 del Código Civil prescribe que:

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

Asignaciones forzosas son:

1. La porción conyugal;
2. Las legítimas; y,
3. La cuarta de mejoras, en las sucesiones de los descendientes (Congreso Nacional, 2005, pág. 60).

Entonces con el artículo señalado se puede comprender que la porción conyugal es una asignación forzosa, que imperativamente se tiene que reconocer no solo para el caso objeto de la presente investigación sino para cualquiera, con lo cual no

puede ser obviada de ninguna manera de su formal entrega a la persona que la ley indique expresamente se le dé; siendo esta, el cónyuge supérstite, que cumpla con los requisitos establecidos por la ley que no son otros que tres:

1. que demuestre POBREZA.
2. que sea capaz, y
3. que sea digna para suceder.

Si la persona demuestra estos tres requisitos, el juez o la jueza tiene la obligación de entregar la parte que le corresponde como porción conyugal, requisitos que claramente se deducen del artículo 1196 del Código Civil, que textualmente se transcribe a continuación: “Porción conyugal es la cuarta parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para su congrua sustentación” (Ídem).

Lo que se acaba de señalar son los casos para que la mujer o varón que queda viuda o viudo tenga acceso a la porción conyugal, la misma que tiene que cumplir con los requisitos antes señalados, los cuales pueden ser eliminados de acuerdo a ciertos principios o axiomas jurídicos universales, que se van a detallar más adelante, toda vez que se tiene que mirar, que en el presente trabajo de investigación, se está tratando de hacer cumplir lo que prescribe la Constitución, que no es otra cosa que proteger a ese grupo prioritario y vulnerable, como lo es el de las mujeres embarazadas.

Sobre este punto se tiene que tratar lo esencial de la propuesta sobre la que gira el presente trabajo de investigación, la misma que no es otra que el desarrollo y el avance del Derecho en materia de los derechos fundamentales, que a raíz de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, se encuentran constitucionalizados, razón por la cual tienen que tomarse en consideración, debido a que estos derechos se encuentran muy por encima de lo que señalan las leyes, especialmente, las leyes ordinarias, tal como lo establece el artículo 425 de la Norma Suprema del Estado (Asamblea Constituyente, 2008).

Se tiene que partir de un principio fundamental, como es: el de la igualdad. Todas las personas son iguales ante la ley, y no es justo que unos hijos tengan beneficios póstumos, es decir de lo que su padre les ha dejado como patrimonio después de su muerte y que el hijo que se encuentre por nacer no tenga ese derecho. Ahora bien, tal cual lo señala el Código Civil, uno de los requisitos para suceder es que

sea capaz, pero no es menos cierto que la capacidad en materia sucesoria es diferente a la capacidad en general.

Esta diferencia radica en el hecho que la capacidad legal debe cumplir con varios requisitos, entre ellos, ser mayor de edad, estar en uso y goce de los derechos de ciudadanía, entre otros. Sin embargo, en lo que respecta a la capacidad para suceder, esta depende de una sola condición que es la de existir, es decir, que la capacidad para suceder tiene que ver con el hecho de existir y nada más.

Ahora, en el caso de la mujer embarazada que enviuda, de acuerdo con el Código Civil tiene derecho a la porción conyugal, si no tiene bienes, o si los tiene, tendrá derecho para que se le entregue un porcentaje de la porción conyugal, es decir, por el hecho de ser viuda y no tener bienes.

Pero se da el caso en que la mujer que queda viuda se encuentra embarazada y su hijo que nace después de la muerte del padre, al cual se lo conoce como el hijo póstumo, no posee ningún derecho sobre la porción conyugal, situación por demás injusta. De lo anteriormente expuesto se deduce que ésta mujer, por el hecho de ser considerada como una de las personas que forman parte del grupo de atención prioritaria, debe tener un acceso sin restricciones al Derecho sobre la porción conyugal, no solo para su provecho, sino para el de su hijo que está por nacer y que tiene una desventaja con respecto a los demás hijos, al tener a su padre muerto.

La Constitución de la República, de acuerdo con lo que señala el artículo 1, establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, al afirmar categóricamente esto, se produce un efecto jurídico imposible de evadir, cual es, el de que los derechos que reconocen la Constitución, tienen que ser respetados por todos y más aún, por las autoridades (Ibídem).

Uno de estos derechos es que las personas que se encuentren ubicadas dentro del grupo de atención prioritaria, deben recibir atención preferente. Entre estas personas se encuentran las mujeres embarazadas, dentro de cuyos derechos, se encuentra el establecido por el artículo 43, numeral 4, que señala lo siguiente: “Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el período de lactancia” (Ibídem, pág. 21), con lo cual se puede asegurar que, si bien el Estado es el que garantiza este derecho, no solo esta persona jurídica puede otorgar todo ese beneficio, sino sus más allegados por un imperativo legal, el cual para el presente caso, no es más que su derecho a acceder a la porción conyugal sin ningún tipo de condición.

Además, el Estado garantiza no solamente lo anterior, sino que va aún más allá cuando afirma que éste derecho debe cumplirse para todas las personas naturales que se encuentren en esa situación, dotándoles así de una vida digna con todo lo necesario para su desarrollo y protección.

El Estado, por muy Estado que sea, no puede estar presente de manera omnipotente y omnipresente para proteger todos y cada uno de los derechos de sus asociados, y justamente por ello es que tiene que delegar su control constitucional a normas de inferior jerarquía, para que mediante la especialización, se puedan definitivamente proteger todos los Derechos establecidos en la Constitución de 2008, con lo cual se habrá cumplido con el principio esencial de la Norma Suprema: “el *sumak kawsay*”.

De lo anteriormente expuesto, se puede encontrar dentro del presente tema de investigación el camino o vía legal para que se proteja decididamente a la madre en estado de gestación, así como también a su hijo, con el objetivo de que tengan lo necesario para su normal desarrollo y proceso de embarazo, es decir que cuenten con lo necesario para subsistir, aunque esta porción se agote en los primeros años de vida. Este cauce legal permitirá de manera procedimental que se respete lo establecido por la Constitución, no es más que una reforma en el Código Civil.

Como se puede observar y por lo tanto deducir a manera de conclusión del párrafo anterior, no solamente los derechos se ampliaron sino también sus titulares. Además, estos derechos no tienen una jerarquización, sino más bien promueven la igualdad entre personas naturales y jurídicas y cualquier tipo de desviación del principio constitucional, produciría discriminación y por lo tanto resultaría en resquebrajamiento de la Norma Suprema.

## **2.4. CÓMPUTO**

Desde el Derecho romano, pasando por el Derecho anglosajón, se tiene una tendencia de protección a la familia, y parte de esa protección se enfocaba al cónyuge sobreviviente. En tiempos actuales, la situación para la madre en estado de gestación es desventajosa frente a los legitimarios, que no son otros que los hijos y a falta de éstos los padres. La madre embarazada está en desventaja con respecto a sus otros hijos e inclusive en un caso eventual, con relación a hijos de otros compromisos de su cónyuge

fallecido, situación que provocará que su hijo que está por nacer, no reciba lo que a su madre le pertenece por derecho, cual es la parte de ese 25 % de la porción conyugal.

Esto se da puesto que, al haberse repartido los bienes y haber realizado las rebajas de ley, ella quedará a expensas de lo que buenamente quede del causal relicto, para de esta manera tener una expectativa a esa porción. Y esta porción es muy importante ya que ella será la encargada de proteger a su hijo durante esos cinco primeros años de vida, que son primordiales en el crecimiento de los infantes.

Por ende, de acuerdo con la Constitución de la República, se observa que las mujeres embarazadas forman parte de un grupo de atención prioritaria, en este caso, al enviudar la cónyuge, queda desprotegida, ya que no es lo mismo trabajar sin un bebé en el vientre que con uno, en estas circunstancias, se presentan obstáculos, no solo laborales, sino de toda índole, empeorando la situación, por ejemplo, si la madre está desempleada y dependía enteramente de su marido para sobrevivir, cuando muera él, ella tendrá más dificultades para poder salir adelante. Por estas y otras razones de mucho peso, es fundamental la reforma al Código Civil, pues de llegar a realizarse, la madre en periodo de gestación podrá tener, luego de la muerte de su cónyuge, un soporte económico seguro que le permita, en caso de haber bienes en el patrimonio de su cónyuge, disponer de su cuarta parte y atender las necesidades vitales de esa persona que está por nacer.

De lo anteriormente analizado, la doctrina señala:

La reforma del año 70, igualó la porción hereditaria de todos los hijos, que ya no se distinguen como legítimos e ilegítimos, y asignó al cónyuge una cantidad distinta, que no guarda relación con el número de hijos. El cónyuge recibe ahora la cuarta parte en cualquier caso (...)

Esta cuantía que marca el artículo 1201 se refiere, desde luego, a la porción conyugal completa. De hecho, el cónyuge que tiene bienes propios, puede ser que reciba menos, porque se imputan los bienes propios a la porción conyugal y solamente tiene derecho al complemento. Supongamos que el difunto tenía un millón de dólares y el cónyuge sobreviviente poseía por bienes propios (recibidos en herencia, ganados antes del matrimonio, excluidos o separados dentro del matrimonio o por participación en los gananciales, o por donación, herencias o legados de su mismo cónyuge), 100.000 dólares, la porción completa sería de 250.000 que son la cuarta parte del total, pero se descontaría de esa cuantía, los cien mil dólares de bienes propios y solamente recibiría “a título de porción conyugal” 150.000 (Larrea Holguín, 2008, págs. 257-258).

Como se puede observar, las reglas para el cálculo de la porción conyugal se encuentran simplificadas, y no representan mayores problemas para su otorgamiento al momento de resolver, de allí que se presenta un problema de fácil resolución, puesto

que en el caso en estudio, a la cónyuge sobreviviente en estado de gestación se le deferirá la cuarta parte que el difunto cónyuge tenía en vida. En el caso de tener bienes que no alcancen a la cuarta parte, se le entregará la diferencia; sin embargo, si tiene bienes que sean iguales o superiores, la cónyuge sobreviviente en estado de embarazo, no tendrá derecho a estos, tal como se desprende del ejemplo antes señalado. La doctrina al respecto añade:

El problema está en íntima relación con la formación de los acervos imaginarios de los cuales trata la ley. Estos preceptos ordenan la acumulación al acervo de las donaciones hechas en relación de legítimos y mejoras, de las deducciones a la porción conyugal y del exceso de lo donado irrevocablemente a extraños, lo que se discute fundamentalmente en esta sección es si para calcular la porción conyugal hay que hacer previamente estas acumulaciones, o sea, si la formación de los acervos imaginarios favorece o no al cónyuge para calcular su porción conyugal (Somarriva M. , 1996, pág. 356).

Independientemente de lo señalado, se desprende que una vez que el cónyuge fallece, en el momento mismo de producirse la apertura de la sucesión, se forma lo que se llama el acervo común o masa común de bienes, del cual se separan los bienes sociales, los mismos que se conocen con el nombre de gananciales. Sin embargo, puede darse el caso de que el cónyuge que ha fallecido adquirió bienes antes del matrimonio, es decir en su soltería. Estos ingresan dentro del cálculo para formar lo que se denomina el acervo ilíquido. Del acervo ilíquido, se deducen las rebajas de ley para obtener el acervo líquido tentativo, del cual se tiene ya que calcular lo correspondiente a la porción conyugal, que se lo realiza extrayendo la cuarta parte del acervo antes mencionado.

Luego de realizado este proceso, la cantidad resultante se compara con los bienes del cónyuge supérstite para determinar si tiene derecho a todo el monto, tal como lo señala el artículo 1201, o la porción complementaria, tal como lo señala el artículo 1198, del Código Civil o no tiene derecho a la misma (Congreso Nacional, 2005).

Ahora bien, el proceso anteriormente descrito, se lo realiza para los casos ordinarios que se puedan presentar. Con esto se quiere decir, para la generalidad de personas naturales. Sin embargo, que sucede si se da la posibilidad de que el cónyuge sobreviviente, al momento de fallecer el otro cónyuge este embarazada y esté en proceso de alumbramiento para tener un hijo póstumo. Entonces, por el hecho de ser cónyuge amparada como grupo vulnerable, y por el bienestar del niño o niña que está por nacer, debe tener derecho a la porción conyugal, sin importar que tenga o no bienes,

en vista que se les tiene que garantizar el bienestar y el buen vivir, del cual ya se habló anteriormente.

En conclusión, cuando se presente esta situación, se tiene que entregar la cuarta parte de los bienes del causante a la cónyuge que queda embarazada, verificando las reglas y posibilidades antes anotadas, con el objeto de que sea destinada al bienestar del niño que está por nacer, para solventar sus necesidades como alimentos, vestido, educación, salud, entre otros aspectos que son importantes y que se encuentran garantizados por la Constitución, tratados y convenios internacionales, además de la ley.

## **2.5. CONSIDERACIONES LEGALES PARA SER CONSIDERADA COMO LEGÍTIMA OBLIGATORIA**

Si bien la ley señala que una persona existe desde el hecho mismo del nacimiento, lo cual se presenta cuando la persona viene a este mundo y se encuentra separada completamente de su madre, tal como lo señala el artículo 60 del Código Civil que expresa en su primer inciso: “El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre” (Ibídem, pág. 5), la Constitución ampara la vida desde el momento mismo de la concepción proyectando este principio constitucional en el artículo 61 del mismo cuerpo de leyes, que recoge los aportes dados por los tratados y convenios internacionales acerca de la protección de la vida de la persona que está por nacer. El artículo antes mencionado señala:

La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará. Toda sanción a la madre, por la cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento (Asamblea Constituyente, 2008, pág. 25).

Si una criatura que se encuentra en el vientre materno corre el peligro de que se interrumpa su concepción, toda persona puede denunciar, con el objeto de que el juez pueda tomar las medidas necesarias para su protección, de allí que, si su derecho a la vida es garantizado desde que es concebido, con mayor razón tiene que ser garantizado cuando ya ha venido a este mundo, es decir cuando sobrevivió a esa fase tan álgida y peligrosa como es la del parto. De lo anterior se desprende que es fundamental que cuente con lo necesario, no tan solo por parte de la madre, sino del padre que ya ha

fallecido, por medio de la cuarta de la porción conyugal en estudio, extraída de los bienes que haya acumulado el progenitor varón.

El artículo 63 del Código Civil, al respecto señala:

Art. 63.- Los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron. En el caso del Art. 60, inciso segundo, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido (Congreso Nacional, 2005, pág. 5).

Se puede señalar al respecto que el ser humano tiene derechos desde la concepción, desde ese momento tiene derecho a la vida; que su crecimiento o concepción no puede ser interrumpido, y en caso de que corra peligro, será el mismo juez quien garantice sus derechos fundamentales. Pero existe algo más, los derechos del que está por nacer no solo se limitan al derecho a la vida sino a su derecho a la integridad, el derecho a una vida digna y por ende a su bienestar.

Es, en consecuencia preciso acotar, que el derecho a la integridad y el derecho a la vida no pueden estar suspensos hasta que nazca la criatura, sino que tienen que ser respetados y cumplidos desde que es concebida la persona. Por lo tanto, los derechos patrimoniales pueden estar latentes para el caso de que nazca vivo, pero si se enfoca en lo que se refiere al Derecho Sucesorio, que se basa en la existencia de la persona al momento de fallecer el padre, esto no se verificaría, por ende, el niño o niña que nace después de la muerte de su padre no tendría derecho a suceder. Para evitar esto, se propone el derecho que permita a la madre que se encuentra embarazada tener acceso irrestricto a su cuarta de porción conyugal, pero no para ella en forma directa y completa, sino enfocada al cuidado que debe tener la madre durante su embarazo y por el tiempo que no pudiese trabajar, tanto en cuanto se dedicará única y exclusivamente al cuidado de ese nuevo ciudadano ecuatoriano que arriba a esta vida.

Para esto, el artículo 243 del Código Civil, señala lo siguiente:

Art. 243.- Muerto el marido, la mujer que se creyere embarazada podrá denunciarlo a los que, no existiendo el póstumo, serían llamados a suceder al difunto. La denuncia deberá hacerse dentro de los treinta días subsiguientes al día en que tuvo conocimiento de la muerte del marido (Ibídem, pág. 16).

Este es un fundamento legal que se aplica para el caso del hijo póstumo. Se produce esto puesto que la mujer que se encuentre embarazada de su cónyuge que acaba de fallecer, tiene que dar aviso a los demás herederos, para que en este caso pueda tener acceso a los bienes que el causante dejó en vida, para que la criatura que está por nacer, tenga un soporte económico que le permita subsistir, así como a su madre, por al menos durante los primeros años de vida, como ya se había establecido previamente.

Este derecho a que tiene la mujer para dar aviso, no puede limitarse a los treinta días, sino que debe extenderse a cualquier tiempo, obviamente, antes del nacimiento, para que así pueda acceder a los bienes que le corresponden a cargo del padre difunto, y tiene que ampliarse a todas las madres que se encuentran casadas, toda vez que el segundo inciso del artículo 243 da a entender como si se tratara de una persona que no haya tenido una relación conyugal sino solo de pareja.

Por otra parte, el artículo 244 del Código Civil vigente, señala al respecto de los bienes del difunto, lo siguiente:

Art. 244.- La madre tendrá derecho para que de los bienes que han de corresponder al póstumo, si nace vivo y en el tiempo debido, se le asigne lo necesario para su subsistencia y para el parto. Y aunque el hijo no nazca vivo, o resulte no haber habido preñez, no estará obligada a restituir lo que se le hubiere asignado; a menos de probarse que ha procedido de mala fe, pretendiéndose embarazada, o que el hijo no fue del marido (Ídem).

Este artículo solo se limita al derecho que tiene la madre de acceder a los bienes del hijo póstumo, pero si nace vivo, esta es la condición, a la que se agrega otra, si nace en el tiempo debido, pero solo lo necesario para su subsistencia y el parto. Lo que se propone es que se le asigne la cuarta parte de los bienes del causante, para que se cuide y proteja al hijo que lleva en su vientre, no solo durante la concepción, sino en tres momentos que son:

1. durante la concepción;
2. durante el alumbramiento; y,
3. durante la vida de manutención del hijo, que puede extenderse hasta los dieciocho años de edad y veinte y uno en caso de estar estudiando, esto último obviamente comprobado conforme a derecho.

Estos son los momentos en los cuales la madre puede acceder a los bienes del causante. Sin embargo, existe otro hecho que implica que cuando nazca la criatura, se tiene que demostrar que es hijo del padre difunto. Si esto se demuestra goza de este

derecho, de lo contrario, tiene la obligación de devolver los bienes que se le han asignado y que se lo hizo por el único hecho de estar la madre embarazada del cónyuge que ha fallecido.

Es necesario señalar que las razones por las cuales la mujer embarazada tiene derecho primordial y directo a la porción conyugal se engloban también en el hecho de las legítimas, es decir cuando el hijo póstumo es legitimario. En el Código Civil, el artículo 1204 explica en breves palabras que: la legítima es la cuota de los bienes de un difunto, que la ley asigna a los legitimarios (Ibídem, pág. 62). Los legitimarios son, por consiguiente, herederos. Es decir, es aquella parte de la herencia que no se puede repartir conforme a la voluntad del *De Cujus*, sino que ha de ser repartida según el criterio dictado por la ley.

Por otra parte, el artículo 1205 del mismo Código señala cuales son los legitimarios: los hijos y a falta de éstos, los padres. En el caso específico de la mujer embarazada, al llevar una vida dentro, que fue formada conjuntamente con su difunto cónyuge y recalando que pertenece a un grupo vulnerable y prioritario, debe considerarse como legítima obligatoria para la mujer embarazada, logrando un beneficio mutuo, es decir que esa cuarta parte va a servir para el cuidado y desarrollo de ella, como para la vida que lleva en su vientre.

Al respecto la doctrina señala lo siguiente:

Los derechos que se mantienen en suspenso se atribuyen, una vez que la persona comienza a existir legalmente, pero se confieren con efecto retroactivo, como si los hubiera tenido desde el momento mismo en que se crearon o transmitieron los derechos.

Los derechos del *nasciturus* serán normalmente hereditarios, sea que le correspondan como titular de una asignación forzosa, o bien por efecto de una asignación testamentaria, en todo caso debe recaer sobre personas ciertas y determinadas.

Nuestro Código habla de “suspensión de derechos”, más no de obligaciones, del no nacido. Sin embargo, no solo puede tener derechos sino también obligaciones; unos y otros, generalmente, por herencia. Pero como la legislación tiene carácter proteccionista del no nacido, habla solo de derechos. Además, la suspensión de las obligaciones hasta que principie a existir legalmente, originaría fácilmente retardos perjudiciales para terceras personas, particularmente si se trata de acreedores.

Para proteger los derechos eventuales del que está por nacer se podría prohibir la enajenación de los bienes o pedir caución de quienes lo tengan. También se puede proceder a nombrar un curador de esos derechos eventuales. El padre puede dar guardador por testamento, no solo para los hijos que ya viven, sino también para el que todavía está en el vientre de la madre, para el caso de que nazca vivo y también puede nombrar curador de los derechos eventuales del que está por nacer (Pérez Ortiz, 2015, págs. 20-21).

El hijo póstumo, tal como lo señalan los tratados y convenios internacionales, así como la misma Constitución de la República, tiene derechos desde la concepción

misma, y es desde allí que hay que protegerlo, no solo por el Estado sino por los padres. Es por tal razón que tiene derecho a que se le asigne una parte de los bienes dejados por el antecesor, los mismos que pueden ser administrados por la madre o, en su defecto, como lo señala la doctrina, por un curador de bienes.

Lo importante es garantizar el derecho de quien viene a éste planeta, tenga lo necesario para subsistir y no se encuentre desamparado o en condiciones desfavorables frente a terceras personas u otros herederos que en el futuro no puedan darle lo necesario, o lo que es peor, nada para su subsistencia, siendo peor el caso de dejarlo a su suerte.

## **2.6. CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES PARA QUE LA PORCIÓN CONYUGAL SE LA ENTREGUE A LA MUJER EMBARAZADA**

El Derecho actual, sobre todo en el Ecuador, que se centra en el llamado Estado constitucional de derechos y justicia social, como ya se señaló anteriormente, no solo se enmarca en el texto de la ley, sino que va mucho más allá. Se basa en la aplicación de la Constitución como fuente principal del Derecho, pero además, se tiene que aplicar sobre la base de los Derechos, los principios, las reglas y los valores.

Es, en este marco, que el artículo 11 de la Constitución, establece los principios para el ejercicio de los Derechos, donde cada uno de los nueve numerales que lo conforman, se centran en el hecho de que todos los Derechos son justiciables, entre ellos el derecho a la vida, el derecho a la vida digna, el derecho a la integridad, el derecho al bienestar, que son garantizados por el propio Estado, y que se deben proteger por medio de las autoridades (Asamblea Constituyente, 2008).

Es así que entre los principios señalados por el artículo 11 de la Norma Suprema se encuentra el que señala que los derechos se podrán ejercer, promover y exigir, no solo de forma personal por una determina persona, valga de redundancia, sino por una colectividad, las cuales se tienen que canalizar de acuerdo con el debido proceso y siguiendo los canales adecuados para tal efecto.

El hecho de que una persona esté por nacer, no impide que no tenga derechos y menos aún que sea discriminada, en vista de que la Constitución le garantiza los mismos, y señala las acciones que puede seguir para el caso de que esos derechos sean

vulnerados, puesto que nadie puede tener acciones a favor, mientras que otros no tengan acceso a esas mismas acciones y en las mismas condiciones.

Los derechos señalados en la Constitución de la República, pero no solo en ella, sino además constantes en los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos, son de inmediata aplicación, los cuales se los puede ejercer y hacer efectivos por medio de las acciones respectivas ante las autoridades competentes. Ante lo cual la doctrina señala lo siguiente:

Si la norma jurídica reconoce personalidad solamente a partir del nacimiento legal y declara además que antes de este hecho no hay persona alguna. Sería de toda lógica pensar que al Derecho en nada interesa aquel ser que está gestando durante el curso biológico que precede al nacimiento. (Concebido o *nasciturus*).

Sin embargo no ocurre así. En este caso el rigor técnico cede paso a la realidad incuestionable de que en el vientre materno palpita una forma de existencia –para algunos una verdadera vida- entorno a la cual pueden estar concentrándose intereses jurídicos, que el Derecho no puede ignorar absolutamente. Si bien no hay todavía una persona en sentido estrictamente jurídico, puede afirmarse que por lo menos existe un proyecto de persona o una persona potencial. De allí que el ordenamiento jurídico se preocupe de proteger su modalidad de vida y los derechos eventuales que puedan interesar (Parraguez, 1999, pág. 53).

De tal manera que el derecho de la persona que está por nacer existe y no se posterga al hecho mismo del nacimiento, sino por el contrario, existe desde el momento mismo de la concepción, y desde allí le corresponde el cuidado, no solo a la madre sino al padre. Sin embargo, si este fallece, no es menos cierto que el hijo que está por nacer se encuentra protegido y sus derechos tienen que ser reconocidos y respetados.

Se señala por parte de la misma Constitución que los derechos no se los puede restringir y son todos justiciables, sobre todo cuando los derechos y las garantías son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, más aún cuando el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos que la Constitución mismo reconoce. Al respecto la doctrina científica señala lo siguiente:

La primera consecuencia de la garantía de la vida consiste en la debida penalización de lo que puede atentar contra la vida. Esto es obvio. Sería ridículo formular el derecho a la vida y no sancionar, con suficiente severidad, el asesinato, el homicidio, el infanticidio, el aborto, el suicidio, el genocidio, las propagandas nihilistas, la apología del delito contra la vida, y todos los demás crímenes que atentan contra este precioso don de la existencia (...) Podría y debería perfeccionarse el sistema garantizando mejor la existencia, sobre todo a quienes más necesidad de protección tienen, a los más débiles, en este caso, a los que aún no han nacido, a los que no pueden defenderse.

Después de la vida, la integridad y la dignidad de la persona son los derechos que más directamente derivan de la naturaleza misma y deben ser garantizados en forma amplia y plena.

(...) Comprende fundamentalmente dos aspectos: el físico y el moral. Se opone a la integridad física la mutilación y a la integridad moral todo lo que afecta a la dignidad, la honra, y prestigio de las personas.

Concretamente, los espermatozoides y los óvulos y los correspondientes tejidos y órganos que los contienen, no pueden ser objeto de una utilización indebida; si ya se ha producido la fecundación, por la unión de aquellos elementos masculinos y femeninos, ya no se trata de simple material genético, sino de una persona humana, aunque sea diminuta, microscópica, la cual merece la misma tutela por parte del Derecho, que la persona adulta, puesto que los derechos humanos no dependen del tamaño o del desarrollo de la persona (Larrea Holguín, 2008, págs. 134-139).

Como se puede observar, si el que está por nacer, desde el mismo momento que es formado con la unión del óvulo y el espermatozoide, ya tiene derechos, con mayor razón estos tienen que ser respetados y mantenidos, para lo cual se necesitan de recursos, los mismos que tienen que ser consignados por parte de los padres, pero si el padre muere, el hijo que está por nacer tiene derecho para que se le entregue parte de los bienes a la madre para que ella cubra con todo lo necesario durante el embarazo, el parto y los años de vida del hijo póstumo.

Por otra parte el artículo 35 de la Constitución de la República reconoce los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria entre los cuales se encuentran las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de la libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, los cuales recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado (Asamblea Constituyente, 2008).

Efectivamente, de lo anterior se deduce que le corresponde estar dentro de este grupo a la mujer embarazada, que en esta etapa no solo se ocupa de ella, sino que tendrá que responsabilizarse de su futuro hijo y todo lo que eso conlleva. Esta viene a ser la razón primordial por la cual la Constitución de la República la clasifica como grupo prioritario o vulnerable, ya que la mujer al encontrarse en ese estado, está inmersa en uno de los momentos más frágiles que tiene en su vida al tenor de lo cual, debe ser protegida más que nunca.

En lo que respecta al artículo 44 de la Constitución, éste señala que el Estado es el encargado de proteger los derechos de los niños y los adolescentes, situación en la cual la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá

en consecuencia, al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas (Ibídem).

Es evidente que los niños, niñas y adolescentes son lo más importante de una sociedad ya que se los considera el futuro de la misma y van a ser los encargados en un futuro de trabajar y desarrollar al país en cada una de sus actividades como profesionales. Es por esto que los derechos establecidos en la Constitución, van a ser los encargados de guiar y precautelar sus actividades e intereses en el transcurso de sus vidas, asegurando además de garantizar, una vida digna y un buen vivir, tal cual lo asevera la Constitución.

El niño o la niña que está por nacer, tiene derechos, desde el momento de la concepción, como se lo ha señalado a lo largo de este trabajo; y, es por tanto responsabilidad de los jueces cumplir y hacer cumplir la Constitución y garantizar éstos derechos mediante las reformas que sean necesarias, para que se acaten las disposiciones concernientes a llevar a cabo este cometido.

Además, el artículo 66 de la Constitución, que se refiere a los derechos de libertad, que en lo principal, reconocen el derecho a una vida digna, resultan en que las personas tienen que ser consideradas para el derecho como un fin en si mismo y no como un medio para la consecución de otros ideales (Ibídem). Es por esto que la vida de la persona debe ser respetada en todos sus ámbitos, tantos privados como aquellos públicos que se van a desarrollar en sociedad. Este es un deber del Estado, como garante de la seguridad social, el cual tiene que mantenerlo inalterable.

## **2.7. LA MUJER EMBARAZADA COMO GRUPO DE ATENCIÓN PRIORITARIA**

En este subtema del presente trabajo de investigación, se desarrolla el por qué la mujer embarazada se encuentra dentro del grupo que la Constitución del Ecuador considera como vulnerable o prioritario en su artículo 35 y, específicamente, en el artículo 43 de la misma Carta Suprema del Estado, en el cual están detalladas las garantías de la mujer embarazada.

Los derechos de los grupos de atención prioritaria contemplados en la nueva Constitución, garantizan a las mujeres embarazadas el respeto a acceder a la educación

y el respeto en los ámbitos social y laboral. Este artículo incluye para ellas los siguientes derechos:

- No ser discriminada por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral.
  - La gratuidad de los servicios de salud materna.
  - La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto.
  - Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el período de lactancia.
  - La no discriminación por la condición del embarazo en el ámbito estudiantil.
- Tiene la posibilidad de acudir a la Corte Constitucional si no se respeta este derecho. Con la atención prioritaria se busca proteger a la madre que está a cargo de sus hijos, en todo el proceso de su embarazo.

Su reconocimiento, viene a ser el resultado de la lucha contra la discriminación, favorable a la mujer embarazada, lo cual también se conoce como acciones afirmativas<sup>5</sup> que son una herramienta para la inclusión social y para la eliminación del rechazo. Esto conlleva a que se realicen ciertas acciones, que la doctrina ha denominado acciones afirmativas, que

(...) están orientadas a la promoción de determinados grupos socialmente fragilizados, por lo cual la igualdad pasa de ser simplemente un principio jurídico respetado de manera formal por todos, a considerarse como un objetivo constitucional a ser alcanzado por el Estado y la sociedad... (Barbosa Gomes, 2003, pág. 21).

El Estado deberá brindar mayores garantías de convivencia igualitaria, sobre todo en justicia y bienestar social, de la mano con la coexistencia de sistemas de protección universalistas que incorporen enfoques diferenciados en la puesta en marcha de políticas públicas sociales.

El panorama del Derecho en la actualidad, está mostrando un adelanto acerca del reconocimiento de los derechos, que giran acerca de los logros de las corrientes y grupos que luchan en pro de los derechos de la mujer y, no solo eso, sino que van en

---

<sup>5</sup> “Entendidas en la teoría jurídica como el conjunto de medidas encaminadas a lograr la igualdad material respecto de determinados grupos o personas que han sido objeto de discriminación históricamente...” (Peñas & Lozano, 2003, pág. 26).

busca de los derechos de género, en vista de que todas las personas merecen ser cuidadas por el Estado y no solo un determinado grupo, de allí que la Constitución de la República considera a varias personas dentro de los grupos de atención prioritaria.

En este momento, interesa concretar el análisis de la mujer embarazada, quien ya está de por sí en desventaja por el hecho de su gravidez, por lo que no solo debe cuidar de sí misma, sino además tiene que proteger al ser que se encuentra en su vientre, lo cual ya es objeto de reconocimiento, no solo por parte del Estado, sino por parte de las personas allegadas, de su pareja, de su familia.

Lo expresado anteriormente es el deber ser de la norma jurídica, es lo que debería suceder, pero lastimosamente, muchos casos de mujeres embarazadas quedan en el total desamparo, en vista de que son abandonadas a su propia suerte y las propias familia las estigmatizan.

Tal como se ha señalado en el texto del presente trabajo, muchas veces quedan viudas con su hijo póstumo, razón por la cual se requiere que el Estado las proteja, y se les reconozca como grupo prioritario amparado por la Carta Magna. Es importante que se incorporen al Derecho Material del Ecuador los conceptos actuales, con el objetivo de que se encuadren dentro de los planteamientos de la teoría jurídica de protección a las mujeres embarazadas en el Ecuador. Es por esto, que se tiene que legislar siempre en pro de los derechos de las mujeres embarazadas en lo que se refiere a las perspectivas de ayuda, solidaridad, protección, cuidado, con seguridad de todo tipo, ya sea familiar, social y, sobre todo, jurídica.

La mujer embarazada, no solo debe tener el cuidado de la familia sino la protección del Derecho. Además, ésta protección debe abarcar los aspectos fundamentales amparados por la Constitución, y más aún al encontrarse la mujer en gestación en un Estado constitucional de Derechos, se tiene que sancionar a las personas que no cuidan o protegen los mismos, especialmente cuando son grupos de atención prioritaria como las mujeres embarazadas.

Sobre esta base, las mujeres embarazadas que quedan viudas, tienen derecho, en este caso, para que las personas que son los padres de los hijos, les dejen lo correspondiente a la porción conyugal, no solo para solventar sus gastos por concepto de ayuda prenatal, sino para asegurar a su hijo el derecho a una vida digna, por lo menos durante los primeros años de vida que es cuando más lo necesita. Sobre este punto es necesario señalar que:

Si bien hay un paralelismo natural entre la Teoría del Derecho y la Teoría Feminista, pues la segunda reivindica, para las mujeres los presupuestos planteados por la primera, el florecimiento de la llamada teoría feminista del Derecho (o Teoría Jurídica Feminista), se ubica en los países anglosajones en los años 80, desde el cuestionamiento a la norma que invisibiliza las diferencias de género y perpetúa la discriminación: el derecho es un producto cultural y como tal reivindica las aspiraciones de una sociedad históricamente patriarcal y masculinizada. En el caso específico ecuatoriano, por ejemplo, la legislación civil está fundamentada sobre las estructuras del derecho romano, que conceden a la patria potestad el papel predominante (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008: 288). Bástenos recordar la no muy antigua legislación ecuatoriana del estado civil de la mujer —a quien se consideraba incapaz desde que contraía matrimonio—, para mostrar como el Derecho ordena las relaciones entre mujeres y varones, asignándole a cada uno un rol y distribuyendo los papeles de ambos sexos en base a estereotipos. Esta diferenciación establecida en razón del sexo se hace patente no solo en las reglas y las normas, sino también en la forma como estas son interpretadas de un modo general, y aplicadas de un modo específico por la administración de justicia, razón por la que la posición crítica de la teoría de género se mantiene incluso cuando se ha derrotado formalmente el planteamiento, del texto legal (Tapia de Tuven, 2013, pág. 38).

Como se puede observar, la mujer desde los albores del Derecho siempre fue relegada, ante lo cual fue necesario que se realicen fuertes movimientos para alcanzar la igualdad, que hasta el momento no se alcanza, entre hombres y mujeres, por lo que es necesario señalar que resulta urgente que se ponga en práctica un sistema jurídico en donde se garantice los derechos de las partes por igual. Además, es necesario dar ciertos beneficios a la mujer embarazada, en vista de que no solo por el hecho de ser mujer, sino por su condición, por su estado de gravidez, por el estado civil en el cual queda después de que muere su marido, y por el hijo que está por nacer, merece un trato no privilegiado de la norma, pues esto generaría discriminación con respecto a los otros grupos prioritarios, pero si debidamente protegido, conforme a lo manda la norma constitucional.

Por estas razones, más que suficientes, la mujer viuda que queda embarazada de su cónyuge que fallece, tiene derecho a la porción conyugal, sin que para que ésta le sea otorgada, sea necesario que tenga o no bienes, puesto que éstos bienes que adquiere por el hecho de la porción conyugal, van a favorecer no solo a la madre sino al hijo que lleva en su vientre. De lo anterior se desprende a manera de conclusión, que es importante que se aplique la Constitución de una forma amplia, para que los derechos que tienen relevancia constitucional, sean debidamente protegidos y por ende aplicados en el campo del Derecho ecuatoriano.

## **2.8. LA PORCIÓN CONYUGAL COMO DERECHO A LA MADRE Y PARA EL *NASCITURUS*.**

Existe un hecho que se debe tener en cuenta y es el hecho del hijo póstumo y su derecho. Como se conoce, el hijo póstumo es aquel que nace después de la muerte del padre, de tal manera que el Código Civil, señala que muerto el marido, la mujer que se encuentra embarazada puede denunciar a los que, no existiendo el póstumo, serían los llamados a suceder al difunto, para lo cual tiene que realizar su denuncia dentro de los treinta días subsiguientes contados desde que tuvo conocimiento de la muerte del marido.

Este problema no se vería muy afectado cuando los herederos son los hijos del difunto y son menores de edad, en vista de que la misma madre sería la representante. El problema se suscitara si la madre tiene hijos mayores, o no tiene hijos y existen hijos de otro matrimonio o compromiso, o existen parientes que quieren desconocer la paternidad del hijo póstumo. Para lo cual se debe hacer las gestiones respectivas para determinar si el hijo póstumo tiene como padre al fallecido. Sin embargo, las pruebas biológicas no se las podrá realizar sino hasta que la criatura haya nacido.

En este caso se puede presentar otro problema en el cual se pueda presumir que la madre espera un hijo que no es del difunto, por lo que los interesados pueden protestar y reclamar, sin embargo, la madre tiene derecho para que se le asigne lo necesario para el parto, así como para los primeros años de vida, o hasta que se demuestre que el hijo que nace no es hijo del difunto, ante lo cual, los herederos, pueden reclamar lo pagado a ella, pero siempre y cuando se demuestre la mala fe de la madre, al tratar de, con dolo, engañar a los únicos legitimarios.

En el caso del derecho a la porción conyugal, la madre tiene este derecho de acuerdo con la presente propuesta, siempre y cuando el hijo que lleva en su vientre sea del cónyuge o conviviente fallecido. Sin embargo, perderá éste mismo derecho cuando se demuestre que el hijo que acaba de nacer no tiene por padre al difunto. Ante esta situación, tendrá la obligación de devolver todo lo que se le ha entregado si se le demuestra en legal y debida forma, que su accionar fue con mala fe y peor aún, con dolo

Por otro lado, el derecho del *nasciturus*, no solo debe quedar en lo necesario que se le entrega a la madre para el embarazo y el parto sino que además tiene derecho para que se le entregue lo necesario para la manutención del hijo o hija durante los años de

vida, para lo cual es necesario que se le otorgue a la madre el porcentaje respectivo por concepto de porción conyugal, en vista de que este fondo no va a ir a su patrimonio, sino que debe ir a favor del hijo póstumo, que no debe venir en condiciones desfavorables frente a los demás herederos o frente a terceros interesados.

Se tiene claro entonces que es la porción conyugal y como ésta debe ser considerada: como un derecho directo sin la necesidad de que exista presunciones de pobreza para que la misma sea ejecutada. A continuación, se analiza una parte fundamental de este tema que no es otra que la protección al *nasciturus*<sup>6</sup> que es el ser que aún no nace y que se encuentra dentro del vientre de su madre y cuya protección se encuentra expresada en la Constitución del Ecuador cuando afirmativamente prescribe: “Art. 45.- (...) El Estado reconocerá, garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción” (Asamblea Constituyente, 2008, pág. 21). Como se observa, la vida del no nacido posee relevancia constitucional y por ende debe respetarse y cumplirse so pena de sanción que debe ser establecida por uno de los cuerpos jurídicos del Ecuador, tal cual lo es el Código Orgánico Integral Penal, que de hecho establece sanciones de privación de la libertad en caso de atentar contra la vida del no nacido.

De igual forma, se tiene que el artículo 61 del Código Civil, señala que la ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará (Congreso Nacional, 2005).

El ordenamiento jurídico ecuatoriano, ampara y protege al que está por nacer, al no nacido, al que se encuentra al buen recaudo de su madre. Por todo esto, no puede ser que el proceso para acceder al derecho a la porción conyugal esté regido por una serie de trabas de carácter legal que promuevan prácticamente el dejar a la madre en estado de gestación, y a su hijo, sin derecho a éste 25 por ciento de los bienes del *De Cujus*.

Si bien es cierto que ésta tiene derecho al 50 % de sus gananciales por haber formado una sociedad conyugal, ¿qué sucedería, por ejemplo, en el caso de ser una madre que se casó sin recursos económicos y cuyo esposo sostenía el hogar, por bienes

---

<sup>6</sup> *Nasciturus* es el que va a nacer (participio de futuro en latín). Es un término jurídico que designa al ser humano desde que es concebido hasta su nacimiento. Hace alusión, por tanto, al concebido y no nacido.

que éste había adquirido en su soltería y que por ende no entran en la sociedad conyugal? Siendo ésta la pregunta, la respuesta se viene a la casuística del derecho demasiado fácil. Simplemente, en caso de una muerte prematura del cónyuge varón y estando la madre en proceso de gestación, se quedaría sin absolutamente nada, lo cual, desde todo punto de vista, es extremadamente injusto y no solo eso, es desde todo ángulo que se le vea inconstitucional.

Lo que sí evidencia toda esta normativa es, que el *nasciturus* ya es relevante, que su existencia ya incide sobre el ordenamiento normativo y jurídico que lo reconoce y cuya violación produciría efectos jurídicos – civiles en este caso - a ese ser. Se puede afirmar que, con independencia de la plena atribución de derechos sucesorios, que es posterior al nacimiento, el *nasciturus* tiene ya un reconocimiento a nivel constitucional, y en consecuencia aparece como figura con relevancia jurídica en el ámbito civil.

Entonces las legislaciones tienen que expandir sus horizontes; no pueden jugar con la vida de un ser humano; no deben existir condiciones. La mujer embarazada, tenga o no recursos para llevar una vida digna, le tiene que ser concedido tal derecho por la vida que lleva en formación. El Estado y las leyes, no son solo ideas inútiles que necesita una sociedad, si no medios para que la misma se encuentre en armonía y tenga una vida centrada en la seguridad jurídica. Sin embargo, cabe señalar que el hijo póstumo no puede tener derecho, como se señaló anteriormente, en vista que se presentan determinados casos de la vida real que no lo permiten, tal como lo señala la doctrina:

Se ausenta un hombre a un país distante; permanece allí diez meses, regresa, y poco después muere. La viuda pretende estar encinta y de los bienes del marido se le conceden alimentos y se le provee de lo necesario para el parto. Pero el póstumo nace en tiempo tal que no pudo tener por padre al marido. El póstumo, entonces, no tiene ningún derecho a los bienes del marido y los que suceden en ellos deben ser indemnizados (Figuroa Yáñez, 1999, pág. 22).

Este caso se puede presentar, como en efecto se presenta, en situaciones donde la madre piensa que está embarazada del marido, o quiere aprovecharse de su estado civil, para lastimosamente actuar, como se señaló, con mala fe. Las pruebas no se pueden realizar en la criatura puesto que ésta se encuentra en el vientre materno. Por ende, es necesario esperar que ocurra el nacimiento y es ese el momento procesal idóneo para demostrar conforme a derecho que el niño o niña es hijo o hija del fallecido. Lo anterior se lo realizará con la respectiva prueba de ADN, prueba científica que omite ya

cualquier forma probatoria que tenga que ver con testigos u otra alternativa de probanza, establecidas por el Código de Procedimiento Civil o el nuevo Código Orgánico General de Procesos, el cual entrará en vigencia el 22 de mayo del año 2016.

Si bien la existencia del derecho de la persona empieza con el nacimiento, esto no significa que el derecho de la persona que está por nacer se encuentre desconocido o lo que es peor, que sea vulnerado por las personas y no sea garantizado y protegido por las autoridades competentes, más aún, cuando el derecho a la vida, el derecho al desarrollo, el derecho al buen vivir, dejan de ser derechos naturales o fundamentales, para pasar a ser derechos positivos y constitucionales del más alto grado, que tienen que protegerse y hacerse respetar.

Cabe señalar que nuestro ordenamiento jurídico establece que los derechos del *nasciturus* son garantizados, no solamente desde que principia la existencia legal, sino desde el momento mismo de la concepción. Además, estos derechos que tiene el hijo que está por nacer se mantienen latentes hasta que se produzca el nacimiento. De allí que, los derechos que se mantienen en latencia, se los entrega desde que el niño o niña nace, pero se les confiere con efecto retroactivo, desde el momento mismo de la concepción. Este es el efecto jurídico de la latencia. Esta produce retrotracción de la ley.

## **CAPITULO III**

### **PROPUESTA JURÍDICA Y EFECTOS**

#### **3.1. REFORMA NECESARIA AL CÓDIGO CIVIL PARA QUE LA MUJER EMBARAZADA TENGA DERECHO A LA PORCIÓN CONYUGAL SIN EXCEPCIÓN**

Las asignaciones forzosas son aquellas que el testador está obligado a hacer, aún con perjuicio de sus disposiciones expresas o de su voluntad. Anteriormente ya se refirió y analizó en este proyecto lo que son las asignaciones forzosas. Sin embargo, es imprescindible definir las de manera más prolija para tener una idea más clara de lo que ellas significan. Es así que, para el gran tratadista Bossano, éstas son:

(...) aquellas que imperativamente tiene que hacerlas el testador a favor de ciertas personas, y si no las hace o las hace indebidamente, la propia ley suple la omisión y corrige el error, aun contrariando la voluntad expresa de él. De manera que quien tiene asignatarios forzosos no puede dejar de cumplir este mandato ineludible; y si pretende burlar tal emanación legal, disponiendo de su patrimonio arbitrariamente, la misma ley garantiza su fiel práctica mediante la institución conocida con el nombre de reforma del testamento, que es el acto jurídico por el cual los asignatarios forzosos deducen ante el juez competente la respectiva acción para exigir que se restablezca el derecho violado, cuando el testador ha prescindido de ellos a través de disposiciones a favor de personas extrañas a quienes no les asistía derecho alguno (Bossano, 1983, pág. 15).

Por consiguiente, el testador o la persona tienen derecho a disponer de sus bienes, pero no de cualquier manera, sino de la forma concreta que se encuentra establecida en la ley. Por ende, no puede disponer a su antojo de lo que tiene, como sucede en países con tendencia anglosajona, sino de la forma correcta. En ese instante se tiene que determinar los bienes que le corresponden a los legitimarios, de acuerdo a los órdenes de la sucesión, para luego establecer las mejoras, y la porción conyugal.

Es en este sentido que la porción conyugal, que es materia de este análisis, entra en juego, en vista de que es una asignación forzosa, pero que realizando un estudio más profundo, no es tan forzosa tal como señala el artículo 1194 del Código Civil, en vista que se encuentra sujeta a ciertas condiciones, tal como se lo ha analizado hasta la saciedad.

El artículo 1196 del Código Civil, señala que la porción conyugal “(...) es la parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente

que carece de lo necesario para su congrua sustentación” (Congreso Nacional, 2005, pág. 60). Como se puede observar, la porción conyugal no es tan forzosa como lo señala la ley, en vista de que esta es forzosa solamente cuando el cónyuge no tiene bienes para su congrua sustentación, de conformidad con lo que señala el Código Civil. Sin embargo, la norma va más allá cuando señala en su artículo 1199, que la porción conyugal no se la entrega a una persona que tenga bienes, y se la entrega en forma proporcional si el cónyuge sobreviviente tiene bienes, pero éstos no superan a lo que le corresponde como porción conyugal, lo que se conoce como ‘porción conyugal de complemento’.

Por otro lado, la ley prescribe que se imputará a la porción conyugal todo lo que el sobreviviente tenga derecho a percibir a cualquier título, incluso la mitad de los gananciales, sino los renunciare. Lo anterior se complementa con lo que ordena el artículo 1200 del Código Civil que impera que el cónyuge sobreviviente podrá a su arbitrio retener lo que posea o se le deba, renunciando a su porción conyugal y abandonando sus otros bienes y derechos (Ibídem).

Estos dos casos anteriores se aplican solamente a la situación en que la mujer fuere casada pero que no se encuentre embarazada, caso que debe ser revisado y tratado, no por el hecho de ser cónyuge, sino por el hecho de estar embarazada y esperando un hijo que conforme a derecho debe ser del difunto padre, para lo cual se deberá otorgar una cantidad de dinero, que equivale a la cuarta parte de los bienes del causante, con el objeto de que la criatura no quede desamparada durante la gestación, el parto y, sobre todo, durante sus primeros años de vida, si es factible, durante su desarrollo físico como psicológico del menor.

Es necesario entonces que se realice una reforma al Código Civil, con el propósito fundamental de hacer respetar la norma en el sentido de que debe entenderse a la porción conyugal como asignación forzosa a favor de la cónyuge sobreviviente, debido a encontrarse embarazada del marido que acaba de fallecer. Lo anterior se sustenta y fundamenta en sus derechos prescritos por la Constitución, los tratados y convenios internacionales además de las normas jurídicas ecuatorianas.

## **3.2. EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS A LA MUJER EMBARAZADA A LA PORCIÓN CONYUGAL**

En cuanto a los efectos que produce ese consentimiento legal al derecho a la porción conyugal directo a la mujer embarazada, eliminando aquella condición de demostrar pobreza de la misma, al aceptarse la propuesta, ésta tendría varias consecuencias jurídicas, entre las que se encuentran los siguientes:

### **3.2.1. En el aspecto jurídico**

La porción conyugal, como ya se observó anteriormente, es aquella que se la define como la parte del patrimonio de una persona fallecida que la ley asigna al cónyuge que le sobrevive y que carece de lo necesario para su congrua subsistencia, asignación que no es a título de heredero, pues su condición jurídica es distinta de la de éste, y que más que una prestación de carácter necesario es para la congrua sustentación, basada en un estricto criterio de necesidad, para afectar el patrimonio del cónyuge a través de una asignación forzosa, que le permite a la cónyuge sobreviviente contar con un patrimonio adecuado, teniendo como referencia el patrimonio del cónyuge difunto. Es una especie de crédito a cargo de la sucesión.

De lo señalado, se pueden anotar, a grosso modo, las características de la porción conyugal, las cuales no serían otras que las que a continuación se detallan:

1. Que tiene como beneficiario al cónyuge sobreviviente.
2. Que no está sujeta a un monto determinado, toda vez que depende del patrimonio del cónyuge fallecido. Lo que si se destaca es que el porcentaje, independientemente de la cantidad, asciende al 25 por ciento de ese patrimonio.
3. Que lo que se recibe por este concepto, pasa a incorporar el patrimonio del sujeto a favor de quien se reconoce
4. Que no está atada a la inexistencia de patrimonio del sobreviviente; sólo se requiere que lo que éste pueda percibir por otros conceptos sea o resulte inferior a la porción conyugal y así obtenga el derecho de recibir la de complemento.
5. Que este derecho se concreta al tiempo en que se abre la sucesión.

En este caso específico, analizar jurídicamente la posibilidad de que se conceda el derecho a la porción conyugal directo a la mujer embarazada, eliminando aquella condición de demostrar pobreza, que sería en primer lugar un acto de justicia, es primordial que se lo realice; y, en segundo lugar, se lograría un importante ahorro de tiempo, energía y dinero, en largos y penosos trámites de comprobación, para que la madre y la criatura que se está gestando en su vientre, puedan tener los medios y la tranquilidad que seguramente el cónyuge fallecido hubiera aportado, de estar con vida.

### **3.2.2. En el aspecto social**

¿Cómo afecta en el entorno social la condición de una mujer embarazada que no tiene los suficientes recursos económicos, luego de que por causas de infortunio o destino y de la noche a la mañana, llega a quedar viuda y sin los medios necesarios para subsistir y dar los cuidados necesarios que el hijo que lleva en su vientre necesita para sobrevivir?

Si se acepta que la porción conyugal es una asignación forzosa que tiene que entregarse a la mujer que se encuentre embarazada, se entiende que ésta podría cubrir necesidades que tienen que ser atendidas por medio de instituciones públicas o privadas de salud, trabajo, bienestar infantil, educación, seguridad social, alimentación, desempleo, vivienda, para salvaguardar y crear por ende una vida digna del niño que está por nacer.

Es por esta razón que la norma legal que prescribe que una mujer reciba en el tiempo inmediato y necesario su porción conyugal, que su estado actual de viuda requiere, definitivamente no refleja en la actualidad una política de bienestar infantil y salud materna que el Estado proclama y socializa a través de la Constitución y las leyes de la República.

### **3.2.3. En el aspecto económico**

Al aceptarse la propuesta, esta será de un buen impacto económico a favor de las madres que quedan viudas y embarazadas del cónyuge que acaba de fallecer, ya que de ésta manera se hace posible el proveer con dinero para los cuidados a los que una madre y su hijo póstumo deberán someterse.

No es justo que el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente, por una mala interpretación de los operadores judiciales y hasta quizás del legislador, impida que esos recursos que la madre y el niño necesitan de manera urgente, les sean arrebatados por el cumplimiento de meros requisitos legales que no guardan relación con los derechos que se encuentran considerados y reconocidos por la Constitución de la República.

Es lógico suponer la desazón que una mujer embarazada debe sentir cuando su marido acaba de fallecer y con él la posición económica a la cual estaba acostumbrada. Con este hecho producido, pierde todos esos beneficios que por su condición de cónyuge poseía y cuando queda viuda con un niño en camino, necesita de cuidados y atenciones que se traducen en gastos y dinero.

### **3.3. APLICACIÓN DE LA REFORMA LEGAL, FUNDAMENTOS Y FACTIBILIDAD**

Con los antecedentes expuestos, se desprende que si es factible que se pueda realizar una reforma legal, especialmente en el Código Civil, para que se reconozca el derecho a la mujer que se encuentra en unión matrimonial y que queda viuda, pero que se encuentra en estado de gravidez o gestación.

La reforma legal debe empezar sus considerandos desde el artículo 1 de la Constitución de la República, que reconoce que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y que entre éstos se encuentran la salud, la vida, la libertad, el buen vivir, la vida digna (Asamblea Constituyente, 2008, pág. 3).

Así mismo, el artículo 11, señala que para el ejercicio de los derechos que establece la Constitución de la República, se tiene que aplicar determinados principios, entre los que se encuentran la no discriminación. Que todos los derechos son justiciables, que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni las garantías constitucionales. De todo ello se desprende que todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía (Ibídem, pág. 5).

La Constitución, por otra parte señala que se reconocen los derechos al agua, al ambiente sano, a la alimentación, a la cultura y a la ciencia, a la educación de calidad, el derecho a la vida y a la vivienda. Todos estos derechos tienen que ser respetados y

cumplidos, para todas las personas, entre las que se encuentran las mujeres embarazadas cuyo cónyuge ha fallecido.

La Norma Suprema del Estado señala que, existen personas y grupos de atención prioritaria. Esta norma no debe ser considerada solo para efectos de atención en dependencias públicas sino para el disfrute de todos y cada uno de los derechos que se encuentran establecidos en la Carta Política. Entre las personas que se encuentran dentro de este grupo están: las mujeres embarazadas y los niños y niñas, pero hay que tomar en cuenta que no solo los niños y niñas, sino los seres que se encuentran en gestación, es decir los *nasciturus*.

El artículo 45 de la Carta Política del Estado, reconoce que ésta organización social protege a todas las personas (Ibídem, pág. 9). Sin embargo, este reconocimiento va más allá pues protege el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción, por lo que se cambia la forma de ver el derecho de las personas que están por nacer y los demás beneficios que tienen y los derechos de que pueden gozar con lo prescrito en la Constitución.

Con esta premisa, el Código Civil en lo que respecta a las asignaciones forzosas puede contener una reforma que establezca que la porción conyugal, que es una de ellas, sea otorgada de acuerdo con la norma legal pero con la excepción que prescriba que a la mujer embarazada que queda viuda, se la entregue sin ningún tipo de condicionamientos, como un reconocimiento a los derechos del hijo que lleva en su vientre y por las posibilidades desventajosas que pueda enfrentar en el futuro.

### **3.3.1. Ejemplificación**

La teoría se simplifica con un ejemplo objeto de análisis conceptual. Es así que se plantea un caso para entender de manera más fácil la problemática de la presente investigación:

El señor Jonathan Reyes adquiere los siguientes bienes: por parte del fruto de su trabajo, tiene ahorros por la cantidad de diez mil dólares (\$10.000USD); de soltero, adquirió una casa incluido garaje, ubicado en sector norte de Quito, que asciende a la cantidad de setenta y cinco mil dólares (\$75.000USD); además adquirió un auto marca Chevrolet, cuyo costo es de diecisiete mil dólares (\$17.000USD); su tío, el señor

Ricardo Reyes, le vendió un terreno cuyo valor es de veinticinco mil dólares (\$25.000USD).

Contrae matrimonio con la señora Jessica Jiménez, quien tiene propiedades y recursos que ascienden a la cantidad de cuarenta mil dólares de los Estados Unidos de América (\$40.000USD)

Fallece el señor Jonathan Reyes y deja una deuda en el Hospital de Especialidades Eugenio Espejo, por la cantidad de ocho mil dólares (\$8.000USD), producto de atención diaria, por el cáncer que lo aquejó, además de deudas con terceros por un total de cinco mil dólares (\$5.000USD).

Durante el matrimonio, procrearon dos hijos, quienes a la fecha del fallecimiento tienen 18 y 15 años de edad, y la cónyuge queda embarazada, de tres meses de gestación; por ende, la señora pertenece al grupo de atención prioritaria, amparada por el artículo 43 de la Constitución de la República.

El señor Jonathan Reyes, no otorgó testamento.

Es en este caso que los legitimarios acuden al Notario y con escrito de un profesional del Derecho, solicitan la posesión efectiva de los bienes, gastos que ascendieron a mil quinientos dólares (\$1.500USD). En lo que respecta a gastos funerales, la familia gastó la cantidad de cinco mil dólares (\$5.000USD).

Del problema planteado, es necesario calcular, si la cónyuge supérstite tiene derecho o no a la parte de la porción conyugal, como lo ordena el Código Civil.

### 3.3.2. Desarrollo matemático

#### CÁLCULO DE LA MASA COMÚN DE BIENES O CAUDAL RELICTO

Ahorros frutos del trabajo.....	<b>\$10.000,00 USD</b>
Casa (Norte de Quito.....	<b>\$75.000,00 USD</b>
Vehículo.....	<b>\$17.000,00 USD</b>
Terreno.....	<b>\$25.000,00 USD</b>
Bienes Sociedad Conyugal.....	<b>0,00 USD</b>
Bienes confundidos (sociedades, sucesiones indivisas).....	<b>0,00 USD</b>
<b>TOTAL CAUDAL RELICTO.....</b>	<b>\$127.000,00 USD</b>

**Bienes de la cónyuge sobreviviente..... 40.000,00 USD**

El caudal relicto o masa común de bienes, es el conjunto de todos los bienes, derechos que el *De Cujus* tenía confundidos con otras personas, sean éstas naturales o jurídicas o en otro tipo de relaciones contractuales como podrían ser las siguientes:

**SOCIEDAD CONYUGAL.-** En éste caso, la señora Jessica Jiménez, se casó joven, de 18 años de edad, tiene bienes por cuarenta mil dólares de los Estados Unidos, pero, dentro de la sociedad conyugal no adquirieron bienes, porque tenían todo lo necesario. Ante esto, no existen bienes confundidos por concepto de sociedad conyugal.

**SOCIEDADES DE DERECHO.-** No existió ningún tipo de sociedad mercantil como en comandita simple, por acciones, limitada, etc., con otras personas naturales o jurídicas, ante lo cual, se deduce del cuadro hecho anteriormente que la cantidad es cero.

**SUCESIONES INDIVISAS.-** La Sucesión del señor Jonathan Reyes, se realizó de debida forma, y luego de una partición judicial, se le transmitió una hacienda, por lo que no existe problemas de indivisión, ante lo cual, no se presenta ningún caso de la misma.

**DONACIÓN.-** En el caso de las donaciones y las herencias, por norma de derecho público, éstas no entran dentro de la sociedad conyugal, pero si se transmiten a los herederos, a menos que expresamente lo haya querido así el *De Cujus*.

**CÁLCULO DEL ACERVO ILÍQUIDO.-** Ante lo anteriormente explicado, se pasa al siguiente punto de éstos cálculos matemáticos, con el objetivo de encontrar el denominado acervo ilíquido, que es el cálculo de los bienes exclusivos del *De Cujus*, el cual, en el presente caso, será igual al caudal relicto, ya que como se analiza, nunca se confundieron los bienes del señor Jonathan Reyes, con otros bienes, sean estos de sociedad conyugal, sociedades civiles o mercantiles o sucesiones indivisas, todo lo cual fue explicado.

Ante esto el acervo ilíquido, previo a las rebajas de ley, asciende a la cantidad de ciento veinte y siete mil dólares, cantidad que aún no es repartible para los legitimarios, que son los hijos y a falta de éstos los padres, conforme lo señala el artículo 1001 del Código Civil, en vista que, se debe realizar una serie de disminuciones, conocidas con el nombre de rebajas de ley.

**REBAJAS DE LEY.-** El artículo 1001 del Código Civil, señala que las rebajas de ley tienen que hacerse previo al cálculo del Acervo líquido tentativo, y por su sustancia, se entiende que es de carácter imperativo, disposición legal que se la transcribe a continuación:

**Art. 1001.-** En toda sucesión por causa de muerte, para llevar a ejecución las disposiciones del “difunto” o de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios:

Las costas de la publicación del testamento, si lo hubiere, las anexas a la apertura de la sucesión, lo que se debiere por la última enfermedad, y los gastos funerales;

Las deudas hereditarias;

El impuesto progresivo que causen las sucesiones indivisas; y,

La porción conyugal a que hubiere lugar en todos los órdenes de sucesión.

El resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley (Congreso Nacional, 2005, págs. 50-51).

Del artículo transcrito se colige que, estas disminuciones que la ley ordena, tienen que hacerse necesariamente, puesto que cuando la ley manda, pasa del ámbito privado al público, y no puede ser irrespetada, so pena de nulidad de todo lo actuado, tal como lo señala el artículo 10 del Código Civil<sup>7</sup>. Y en este caso, no es que la ley ordena que el acto sea nulo, sino que, la consecuencia jurídica sería la de nulidad, ya que por lógica jurídica, se deduce tal consecuencia.

Es así que siguiendo con el caso propuesto, el cálculo se lo haría de la siguiente manera:

Como se puede observar del articulado previamente transcrito, las rebajas de ley tienen que ser respetadas en su orden, ya que un cambio en las mismas provocaría, como ya se dijo, nulidad de todo lo actuado en cualquier campo, sobre todo en la emisión de títulos de crédito, cuando se los emita para extinguir el impuesto a la sucesión indivisa.

Es así que se realiza un análisis de las rebajas de ley, del artículo 1001 del Código Civil, con el objetivo de entender el proceso y la consecución hasta llegar al acervo líquido tentativo y posteriormente, si existen bienes al partible.

**PRIMERA REBAJA DE LEY:** La primera rebaja de ley se divide en tres, las cuales son sub-clasificaciones y que se las denominará (a), (b), y (c), respectivamente, y

---

<sup>7</sup> “**Art. 10.-** En ningún caso puede el juez declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo”. (Congreso Nacional, 2005, pág. 2).

que se encuentran dentro de ésta, cuyo orden debe ser respetado, por cuanto esta situación se encuentra ante lo que ordena una norma de derecho público.

Los gastos de apertura de la sucesión, por posesión efectiva solicitada al Señor Notario de la ciudad de Quito, ascienden a un monto de 1500,00 USD, los cuales tienen que ser deducidos del acervo ilíquido calculado, esto es los bienes exclusivos del *De Cujus*.

**PRIMERA REBAJA DE LEY (a): ACERVO ILÍQUIDO – GASTOS DE APERTURA DE LA SUCESIÓN**

$127.000,00 \text{ USD} - 1.500,00 \text{ USD} = 125.500,00 \text{ USD}$

Así mismo, dentro de la primera rebaja de ley, sub clasificación (b), vendría a ser los gastos que la familia realizó, que ascendieron a 8.000 USD, los cuales, por norma de derecho público, así mismo, tienen que ser deducidos del acervo ilíquido restante, ante lo cual se tiene:

**PRIMERA REBAJA DE LEY (b): ACERVO ILÍQUIDO RESTANTE – GASTOS MÉDICOS.**

$125.500,00 - 8.000,00 \text{ USD} = 117.500,00 \text{ USD}$

Continuando con el proceso, tenemos la sub-clasificación (c), que es la deducción de los gastos que la familia realizó por los funerales del *De Cujus*, cantidad que asciende a 5.000 USD, ante lo cual se tiene:

**PRIMERA REBAJA DE LEY (c): ACERVO ILÍQUIDO RESTANTE – GASTOS FUNERALES.**

$117.500,00 - 5.000,00 \text{ USD} = 112.500,00 \text{ USD}$

**SEGUNDA REBAJA DE LEY:** La segunda rebaja que forzosamente se debe hacer, está relacionada con las deudas hereditarias, que son las que el *De Cujus* dejó en vida, y que tienen que ser extinguidas por sus legitimarios, que son sus hijos y a falta de éstos, los padres y el cónyuge, que son los llamados a suceder, tanto jurídica como económicamente hablando.

Es por ello, que pueden los legitimarios aceptar la herencia con beneficio de inventario, lo que significa que ellos pagarán las deudas del *De Cujus*, pero solo hasta el monto de los activos de la sucesión, con lo cual, si la deuda es excesiva, no tendrán que cancelar ésta, utilizando sus propios peculios.

Ante ésta explicación, se tiene lo siguiente:

**SEGUNDA REBAJA DE LEY: ACERVO ILIQUIDO RESTANTE – DEUDAS  
HEREDITARIAS**

$$112.500,00 - 5.000,00 = 107.500,00 \text{ USD}$$

Como se puede observar, la cantidad resultante es positiva, debido a que los activos son mayores que los pasivos, de los cuales, para el caso concreto, se tiene que establecer la cuarta parte del mismo monto, por concepto de porción conyugal, la misma que asciende a los **\$26.875,00** dólares de los Estados Unidos de América.

Esta cantidad de dinero será entregada a la mujer que se encuentra en estado de gestación, sin necesidad, para el problema planteado, de que demuestre o justifique el requisito de pobreza, con lo cual el acervo líquido tentativo, que rige para el caso general, será obligatorio para la señora Jessica Jiménez, debido a su situación de embarazo. Con ésta reforma, se beneficia no solo a la madre sino al nuevo ser que espera.

Con lo cual se tiene que, el causante dejó como bienes hereditarios lo equivalente a ciento siete mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América, y la cónyuge supérstite, tiene cuarenta mil dólares en bienes propios, por ende, en el común de los casos, la señora Jessica Jiménez no tendría derecho a la porción conyugal. Pero, como se encuentra en estado de gestación, es necesario que reciba mencionada cantidad para cubrir cualquier necesidad que se le presente por su embarazo.

Por tal razón, la madre, puede adquirir, por concepto de porción conyugal, una parte de los bienes del cónyuge para así solventar de alguna manera las necesidades de su hijo que está por nacer, y del excedente, los hijos que le suceden, podrán dividirse la herencia en partes iguales, tal como lo señala el artículo 1029 del Código Civil.

Por tanto, se tendría las siguientes operaciones matemáticas: de los 107.500 dólares de los Estados Unidos, que es el acervo líquido, se descuenta la porción conyugal, a la que tendría derecho la madre que se encuentra embarazada, misma que asciende a la cantidad de **\$26.875** dólares de los Estados Unidos de América, ahora bien se procede a restar el acervo líquido (107.500) – la porción conyugal (26.875) lo que nos da como resultado **\$80.625** dólares de los Estados Unidos que les pertenece a los herederos legitimarios, que en este caso son dos, y que a cada uno le corresponde la cantidad de **\$40.312,50** dólares, que sería una repartición más justa y sin discriminación alguna.

### **3.4. PROYECTO DE LEY**

#### **REFORMA AL ARTÍCULO 1001 DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, EN LO CONCERNIENTE A LA PORCIÓN CONYUGAL COMO DERECHO PRIMORDIAL DE LAS MUJERES EMBARAZADAS.**

#### **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

El presente proyecto de ley tiene como propósito reconocer el derecho que tiene el cónyuge superviviente a que se le respete su derecho a la porción conyugal, y con aún mayor razón si éste pertenece a un sector de los grupos vulnerables amparados por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 43, que vela por los derechos constitucionales de las mujeres embarazadas.

Es en esta parte de la existencia del ser humano, que el cónyuge a más de enfrentar la devastadora pena de perder al compañero de toda su vida, al cual acompañó y auxilió, tal cual lo señala el artículo 81 del Código Civil ecuatoriano, se quede, en muchos de los casos sin parte del patrimonio formado a través de experiencias de esfuerzo, dolor y muchas veces lágrimas, para que tan solo los legitimarios, que son los hijos y a falta de éstos los padres, disfruten del esfuerzo conjunto de dos individuos.

Se debe entender, tal cual lo afirma el Doctor Guillermo Bossano, que los hijos son lo más grande en la vida de un ser humano, estando luego de ellos los padres, y de allí el razonamiento en nombrarlos asignatarios forzosos, en los numerales dos y tres del artículo 1194 del Código Civil de este país.

Sin embargo, el legislador – actual asambleísta – lo hizo también al cónyuge sobreviviente asignatario forzoso en un primer lugar, entendiendo el esfuerzo de éste en la formación del acervo ilíquido del *De Cujus* o antecesor, ante lo cual no cometió injusticia alguna para determinar tal situación de Derecho, a través de una norma de Derecho Público Interno.

A pesar de lo anteriormente expuesto, se olvidó de un elemento muy importante, el ser que está en el vientre de la madre, sabiendo que el artículo 1205 del Código Civil señala que los legitimarios son los hijos y a falta de éstos los padres afectando tremendamente no solamente el derecho de un grupo vulnerable descrito así por la Constitución si no también una nueva vida que de igual manera es amparada por ella

misma, con toda la fuerza garantista de una legislación sustentada en el neoconstitucionalismo, que no es otra cosa que una normativa de derechos y justicia, como único medio para alcanzar el tan mencionado *sumak kawsay*.

Por otra parte para poder ser exigida ésta porción conyugal se deberán cumplir ciertos requisitos que se llevarán a cabo al tiempo de la muerte del cónyuge:

1. que tenga carácter de cónyuge supérstite,
2. que sea capaz y digno, y
3. que sea pobre

De acuerdo con el caso presentado, a la mujer embarazada no se la puede poner como en una especie de “prueba”, si se lo puede llamar así, para que sea apta para acceder al derecho de la porción conyugal y tenga en consecuencia que demostrar la “pobreza” para hacerse de este derecho.

Lo anterior es algo contradictorio e irónico, ya que la Norma Suprema señala que los derechos “son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.

De igual forma como los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua y deben ser ejercidos sin ninguna clase de condición, lo son más a este grupo prioritario amparado por la Constitución.

Por todo lo anteriormente expuesto, es imprescindible reformar la ley civil para que no se considere la condición de pobreza y que se respete a sus legitimarios desde su concepción; además, se pretende que las mujeres embarazadas accedan a la porción conyugal sin el cumplimiento de condición alguna, ya que esto es inconstitucional.

## **LA ASAMBLEA NACIONAL**

### **CONSIDERANDO:**

Que el artículo 134, número 1 de la Constitución de la República del Ecuador imperativamente señala “la iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde: a las asambleístas y los asambleístas, con el apoyo de una bancada legislativa o de al menos el cinco por ciento de los miembros de la Asamblea Nacional”.

Que el artículo 43 de la Constitución de la República expresamente manifiesta: “El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a: 1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral; 2. La gratuidad de los servicios de salud materna; 3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto; 4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia”.

Que el artículo 1194 del Código Civil establece que la porción conyugal es una asignación forzosa cuando expresamente manifiesta: “DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS: Asignaciones forzosas son las que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Asignaciones forzosas son: 1. La porción conyugal; 2. Las legítimas; y, 3. La cuarta de mejoras, en las sucesiones de los descendientes”.

Que el artículo 1196 del Código Civil define a la porción conyugal de la siguiente manera: “es la cuarta parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para su congrua sustentación”.

Que el artículo 1001 del Código Civil expresa: “En toda sucesión por causa de muerte, para llevar a ejecución las disposiciones del “difunto” o de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el “difunto” ha dejado, incluso los créditos hereditarios: 1. Las costas de la publicación del testamento, si lo hubiere, las anexas a la apertura de la sucesión, lo que se debiere por la última enfermedad, y los gastos funerales; 2. Las deudas hereditarias; 3. El impuesto progresivo que causen las sucesiones indivisas; y, 4. La porción conyugal a que hubiere lugar en todos los órdenes de sucesión. El resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley”.

En uso de sus facultades constitucionales expide el siguiente:

**PROYECTO DE LEY PARA REFORMAR EL ARTÍCULO 1001 DEL  
CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR, EN LA PARTE QUE TIENE QUE VER CON  
LA PORCIÓN CONYUGAL, EN CUANTO ES REBAJA DE LEY**

Artículo (...) El artículo 1001 del Código Civil del Ecuador dirá: “En toda sucesión por causa de muerte, para llevar a ejecución las disposiciones del “difunto” o

de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el “difunto” ha dejado, incluso los créditos hereditarios:

1. Las costas de la publicación del testamento, si lo hubiere, las anexas a la apertura de la sucesión, lo que se debiere por la última enfermedad, y los gastos funerales;
  2. Las deudas hereditarias;
  3. El impuesto progresivo que causen las sucesiones indivisas; y,
  4. La porción conyugal a que hubiere lugar en todos los órdenes de sucesión.
- En el caso de estado de gravidez comprobado de la cónyuge supérstite al momento de la apertura de la sucesión, la mujer en esta condición no necesitará probar el requisito “pobreza” para hacerse acreedora de éste derecho y se le otorgará el mismo de forma directa.

El resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley”.

### **3.5. DERECHO DE LAS CONVIVIENTES EMBARAZADAS A UNA CUARTA PARTE DE LOS BIENES DEJADOS POR SU PAREJA DIFUNTA.**

En el año 2008 entró en vigencia en el Ecuador la Constitución de la República, que en su artículo 1 señala que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (Asamblea Constituyente, 2008, pág. 3), esto quiere decir, que en el Ecuador, nadie está por encima de lo que señala la Norma Suprema, y que se deben respetar los derechos que en ella se encuentran consagrados.

En el artículo 11, en el numeral 3), inciso tercero, se señala que los derechos serán plenamente justiciables, por ende, no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento (Ibídem, pág. 5); en el artículo 66 se encuentran señalados los derechos que reconoce la Constitución, dicha enumeración no es taxativa, sino que existen otros derechos que también son reconocidos y que se encuentran en los artículos 67, 68 y 69 de la propia Carta Magna (Ibídem, pág. 9).

Dentro de estos artículos se encuentran, por ejemplo, el artículo 67<sup>8</sup>, que se refiere al derecho a la familia, sus tipos y el matrimonio. Dentro de esta disposición hay

---

<sup>8</sup> **Art. 67.-** Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas

que destacar que la Constitución reconoce la familia en sus diversos tipos, en otras palabras, en el marco jurídico ecuatoriano, ya no existe la familia tradicional, sino que hay muchas más, como las familias que se forman entre personas del mismo género, ya sean entre hombres o entre mujeres, y que están en completo desarrollo por los movimientos sociales de los grupos GLBTI<sup>9</sup>. Al respecto la doctrina señala:

Hasta ahora, detalladas normativas privilegian a la sexualidad reproductiva y al patrimonio producido y acumulado (la sucesión por causa de muerte) indicando que familiar transmite que al morir, a qué herederos y a cómo les toca. Las figuras de “matrimonio civil” y el “parentesco” consanguíneo y político o “por afinidad” completan el cuadro de vínculos jurídicos que aseguran la herencia de la propiedad y de la sangre. Pero no son los únicos que existen. La polémica sobre el matrimonio y a adopción GLBTI (como si no fuera absolutamente frecuente que las GLBTI tengan hijos biológicos en este país que adopta poco y se reproduce mucho) en ingenua en cuanto desconoce la desbordante diversidad de familias que existen y que no se fundan en los vínculos antes expuestos sino en otros simplemente distintos: otras solidaridades, circunstancias, arreglos de supervivencia, amores y hasta azares que, muchas veces, no tienen nada que ver con sexo. Son “las otras familias” que, en el proceso constituyente, reclaman protecciones básicas (Vázquez, 2010).

Son esas protecciones básicas, especialmente, cuando se forma una de estas familias, lo que se está reclamando, entre las que se puede encontrar el derecho a la cuarta parte de los bienes dejados por el conviviente, para que sean entregados a la conviviente superviviente que queda en estado de gravidez, situación que se daría únicamente, en aquellas familias que tiene como compañera a una mujer, ya sea lesbianas, bisexuales o transexuales. Cabe señalar que solo en el caso excepcional que la mujer quede embarazada, sea por cualquier medio<sup>10</sup>, se tendría derecho para que se le entregue la cuarta parte de los bienes dejados por su pareja que durante el proceso de gestación fallece; en los demás casos no opera, salvo los supuestos que la ley señala.

En lo que tiene que ver con la unión de hecho, que es una relación estable y monogámica, en la cual entran todo tipo de personas, ya sea, un hombre con una mujer, o personas del mismo sexo y de los demás géneros, que se encuentre constituida conforme a la ley, opera, para el caso de la cuarta parte de los bienes del causante, de la misma forma como opera en el matrimonio.

---

se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal (Asamblea Constituyente, 2008, pág. 9).

<sup>9</sup> Gais, lesbianas, bisexuales, transexuales e intersexuales.

<sup>10</sup> Inseminación artificial, concepción directa.

En este caso, si existe una relación de convivencia entre personas, ya sea del mismo género o de distintos, la conviviente –mujer, en este caso- que quede embarazada a la muerte de su conviviente –igualmente- sea del género que sea, tiene el derecho a que se le entregue la cuarta parte de los bienes dejados por su pareja, sin importar que la conviviente sobreviviente tenga o no bienes.

Con lo cual se podría analizar, que las parejas que viven bajo el régimen de unión de hecho, cuya conviviente (mujer) quede embarazada, tiene el mismo tratamiento que la mujer que se encuentra casada, en lo que respecta al derecho a obtener la cuarta parte de los bienes dejados por su conviviente o cónyuge fallecido.

Además, cabe ahondar, que no existe una desigualdad o desproporcionalidad en este derecho, ya que va estrictamente dirigido a la madre y a su vez en beneficio del hijo que tiene en su vientre, de la misma forma y con el mismo derecho que tendría el hijo de una madre que enviudó, es más, aquí se confirma el principio de igualdad, tal como lo señala el artículo 66, número 4) de la Constitución<sup>11</sup>. Sobre el principio de igualdad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala:

El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*<sup>12</sup>, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que pertenece a todo ordenamiento jurídico (...) Así como forma parte del Derecho Internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*... (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002).

De tal manera que, todas las mujeres, que queden embarazadas, y que hayan mantenido una relación consensual de pareja, ya sea heterosexual u homosexual, tiene el mismo derecho a tener la cuarta parte de los bienes del causante, de tal forma que se cumple con el principio constitucional de no discriminación, en vista que todas tienen el

---

<sup>11</sup> **Art. 66.-** Se reconoce y garantizará a las personas:

4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. (Asamblea Constituyente, 2008, pág. 8).

<sup>12</sup> La expresión *ius cogens* significa derecho común obligatorio, derecho impositivo o derecho necesario. El *ius cogens* o derecho imperativo o necesario fue definido por primera vez en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de fecha 23 de mayo de 1969, y concretamente en su artículo 53, en los siguientes términos: "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter" (Wolters Kluwer, 2014).

mismo tratamiento jurídico y el mismo derecho, no para ellas sino para beneficio de sus seres que llevan en el vientre.

Este derecho que tiene la madre que queda embarazada, para que se entregue la cuarta parte de los bienes de su pareja causante, va en beneficio de la madre y la para protección del ser que se encuentra en gestación, tal como lo señala el artículo 45 de la Constitución de la República<sup>13</sup>, pero este derecho no queda allí, sino que, si se realiza un ejercicio de ponderación y de proporcionalidad, de acuerdo con los argumentos presentados en el presente trabajo de investigación, los derechos de los niños y niñas, aunque estén por nacer o se encuentren en gestación predominan sobre los derechos de las demás personas, tal como señala el artículo 44 de la Norma Suprema<sup>14</sup>, en vista que se reconoce el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, pero no solo eso, sino que estos derechos prevalecen sobre los de las demás personas.

Por ende, sobre la base de los artículos antes anotadas, se justifica el derecho que tiene la madre a la porción equivalente a la cuarta parte de los bienes dejados –en este caso- por el conviviente, que bien es cierto esa cuarta es destinada para el beneficio y provecho de ella de igual manera resulta favorable al ser que tiene en su vientre. De allí que este trato que se le da a la criatura que está por nacer no es ni puede ser considerado como una exclusión de racionalidad, sino, por el contrario, viene a justificarlo y a darla valor, porque es lógico y racional que el ser que está por nacer, también tenga lo necesario para tener una vida digna, por lo menos, en sus primeros años de existencia.

Para justificar que este derecho prevalece sobre el de los demás, se puede realizar un test de proporcionalidad, con el cual se confirma que parte de los bienes del causante, dentro en unión de hecho, va para proteger a los seres que se encuentran en el vientre materno, así, la doctrina señala: “Ese principio general es el principio de proporcionalidad, que consta de tres sub-principios: los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto” (Becerra, 2012).

Para el problema que se presenta en el desarrollo de la presente investigación, se tiene que aplicar este principio de proporcionalidad, sobre la base de los tres sub-principios, como son de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, tal como se encuentra

---

<sup>13</sup> **Art. 45.-** Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción (Asamblea Constituyente, 2008, pág. 7).

<sup>14</sup> **Art. 44.-** El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas (Ídem).

indicado, en vista que son de mucha importancia y que se dirigen a proteger el derecho de la persona que está en el vientre materno, cuyo padre ha fallecido.

Al respecto, la doctrina establece que: “Los dos primeros principios – idoneidad y necesidad- están relacionados con las perspectivas fácticas de optimización de los principios en conflicto, mientras que el tercero se refiere a las perspectivas jurídicas de optimización” (Alexy, 2010, pág. 17), aunque cabría señalar que no existiría en primer lugar un conflicto, a menos que confluyan los derechos de la madre con los del *nasciturus* o los derechos de éste con los derechos de los otros hermano y hermanas. Al respecto, se señala que:

(...) En el Estado constitucional no puede valer cualquier restricción a los derechos fundamentales sino solo aquellas restricciones que sean: idóneas para contribuir a la obtención de cierto fin legítimo, necesarias, es decir, las más benignas entre todos los medios alternativos que gozan de por lo menos la misma idoneidad para conseguir la finalidad deseada; y proporcionales en sentido estricto, es decir, aquellas que logren un equilibrio entre los beneficios que su implantación representa y los perjuicios que ella produce (Bernal, 2008, pág. 82).

Con lo señalado por el autor, se puede verificar que el derecho que tiene la madre que queda sin su pareja por fallecimiento, tenga derecho a la cuarta parte de los bienes, pero si queda o está embarazada al momento de la muerte, esta medida cumple con los presupuestos de idoneidad, porque esos bienes van dirigidos a favor del hijo que está por nacer y que no puede ejercer los derechos que le corresponde como hijo póstumo, además, es necesario, porque es una norma benigna y que va en beneficio de todos los hijos de la pareja, sin importar del tipo de familia a la que pertenece.

Al respecto, la doctrina señala: “El principio de idoneidad excluye la aplicación de medios que, como mínimo, perjudiquen la realización de un principio sin favorecer al menos uno de los principios u objetivos a cuya consecución deben servir” (Alexy, 2010, pág. 17), en este caso, se protege los derechos de la criatura que se encuentra en gestación y que al nacer debe contar con todos los medios para solventar su existencia, en vista que no puede estar en desventaja con el resto de sus hermanos que tendrían todos los bienes de su padre o pareja de la madre, y el que acaba de nacer no tendría absolutamente nada, lo cual es una verdadera injusticia.

Esta solución no perjudica a nadie, tal como lo señala la doctrina, cuando explica que: “Si existiera un medio con menor intensidad de injerencia e igualmente idóneo, entonces puede ser mejorada una posición sin que se ocasionen costes para la otra”

(Ídem), en este caso, se tiene una solución más equitativa, y se mejora sobre la base de los principios de igualdad, justicia y equidad entre los herederos.

## **CAPÍTULO IV**

### **INVESTIGACIÓN DE CAMPO Y CONCLUSIONES**

#### **4.1. ENCUESTA**

Entre una de las técnicas de investigación propuestos para obtener datos precisos, acerca del conocimiento sobre el derecho a la porción conyugal que pueden tener las cónyuges que quedan embarazadas a la muerte de su marido, toda vez que pertenecen a un grupo de atención prioritaria, está la encuesta, que permitió conocer, por medio de una serie de preguntas cerradas, el criterio de profesionales del Derecho, madres y conecedoras del tema.

Esta encuesta facilitó obtener datos, los mismos que fueron cuantificables, y a la vez, estos datos se los representó en cuadros y gráficos de fácil comprensión, de los datos propuestos, los cuales son analizados para tener el criterio de lo que piensan estas personas acerca de un derecho que se debe entregar a la madre, no para ella misma, sino en representación del hijo, que se encuentra en gestación y, por ende, no puede suceder a su padre.

Cabe señalar además que, la encuesta, es una técnica universalmente reconocida, que sirve para conocer, de una manera indirecta, los criterios de las personas que se conoce, previamente, que dominan un tema y que pueden aportar para demostrar o rechazar la hipótesis planeada.

No se puede indicar que se aplicó una técnica diferente ni se inventó una nueva para obtener datos, sino que se aplica la encuesta que es la forma más apropiada de obtener datos para que éstos sean representados en forma gráfica y matemática, razón por la cual se utilizó esta técnica, que cualquier investigador usaría en los proyectos de investigación, sobre la base de ciertas preguntas específicas que se dirigen a esclarecer ciertos hechos que parten del tema de investigación, así como de los objetivos y la hipótesis.

Con los datos que se obtuve se facilitó la teorización de los resultados, que se plasman en el presente trabajo de investigación, el cual es de fácil acceso y que estará a disposición de la sociedad en general.

## ENCUESTA

La presente encuesta es para obtener información acerca del tema: EL DERECHO A LA PORCIÓN CONYUGAL COMO UNA FACULTAD GARANTIZADA POR LA CONSTITUCIÓN A LAS CÓNYUGES EMBARAZADAS COMO GRUPO DE ATENCIÓN PRIORITARIA.

1. ¿Conoce usted el alcance del Derecho sucesorio?  
SÍ ( )  
NO ( )
2. ¿Estima usted que nuestro Derecho sucesorio está a la altura de los últimos avances del Derecho?  
SÍ ( )  
NO ( )  
PARCIALMENTE ( )
3. ¿Conoce usted, cuáles son las asignaciones forzosas?  
SÍ ( )  
NO ( )
4. ¿Sabe usted, cuál es la naturaleza y alcance jurídicos de la porción conyugal?  
SÍ ( )  
NO ( )  
PARCIALMENTE ( )
5. ¿Conoce usted, cuáles son las personas integran los grupos de atención prioritaria?  
SÍ ( )  
NO ( )  
PARCIALMENTE ( )
6. ¿Estima usted que si al estar la mujer embarazada y queda viuda, ésta tiene derecho a la porción conyugal?  
SÍ ( )  
NO ( )  
PARCIALMENTE ( )
7. ¿Estima usted que las mujeres embarazadas se les debe otorgar directamente el derecho a la porción conyugal sin necesidad de cumplimiento de condición alguna?

SÍ ( )

NO ( )

PARCIALMENTE ( )

8. ¿De acuerdo con su conocimiento, cree que la porción conyugal debe ser entregada a la madre que enviudó, sin que sea necesaria la condición que no tenga bienes para poder hacer efectiva dicha porción?

SÍ ( )

NO ( )

9. ¿Cree usted que, como la mujer viuda queda embarazada, se le debe dar la porción conyugal en beneficio de su hijo póstumo?

SÍ ( )

NO ( )

10. ¿Conoce usted los derechos que tiene el hijo póstumo?

SÍ ( )

NO ( )

11. ¿Conoce usted, si sobre la base de lo que señala la Constitución, el Código Civil y los tratados y convenios internacionales, se puede entregar parte de los bienes del causante para que pueda subsistir su cónyuge que queda embarazada, sin necesidad de demostrar la pobreza o que los bienes que tiene son inferiores a la cuarta parte de los bienes dejados por el causante?

SÍ ( )

NO ( )

PARCIALMENTE ( )

12. ¿Con su conocimiento en derecho, estima que es justo que se le deje la porción conyugal a la mujer que enviuda, no solo para provecho de ella sino de su hijo que está en su vientre?

SÍ ( )

NO ( )

13. ¿Usted con su experiencia y por ser parte de la sociedad en la que vivimos ha propuesto alguna reforma jurídica con el objeto de que la porción conyugal sea un derecho directo para las mujeres embarazadas.

SÍ ( )

NO ( )

## 4.2. CUADROS Y GRÁFICOS

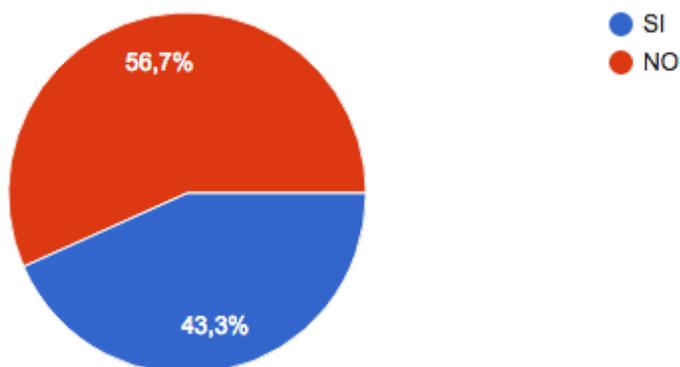
1. ¿Conoce usted el alcance del Derecho sucesorio?

**Tabla No. 1.** Tabulación de respuestas a la pregunta No. 1 de la encuesta.

FRECUENCIA	NÚMERO	PORCENTAJE
SÍ	44	43%
NO	56	56%
<b>TOTAL</b>	<b>100</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

**Gráfico No. 1.** Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 1 de la encuesta.



**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

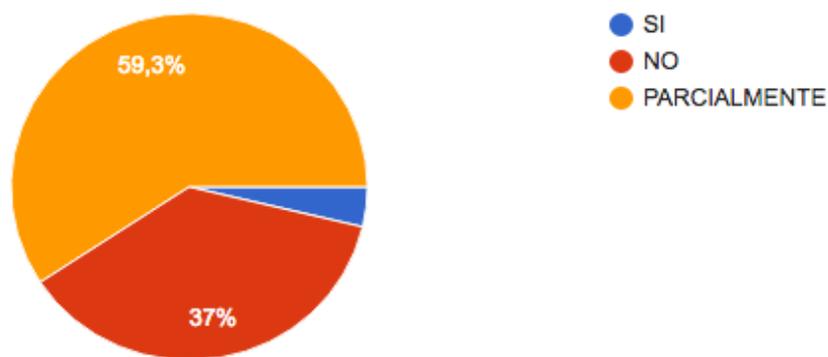
2. ¿Estima usted que nuestro Derecho sucesorio está a la altura de los últimos avances del Derecho?

**Tabla No. 2.** Tabulación de respuestas a la pregunta No. 2 de la encuesta.

FRECUENCIA	NÚMERO	PORCENTAJE
SÍ	4	4%
NO	37	37%
PARCIALMENTE	59	59%
<b>TOTAL</b>	<b>100</b>	<b>100,0%</b>

**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

**Gráfico No. 2.** Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 2 de la encuesta.



**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

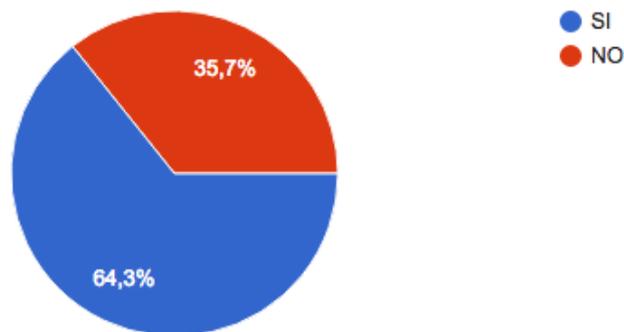
3. ¿Conoce usted, cuáles son las asignaciones forzosas?

**Tabla No. 3.** Tabulación de respuestas a la pregunta No. 3 de la encuesta.

FRECUENCIA	NÚMERO	PORCENTAJE
SÍ	65	65%
NO	35	35%
<b>TOTAL</b>	<b>100</b>	<b>100,0%</b>

**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

**Gráfico No. 3.** Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 3 de la encuesta.



**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

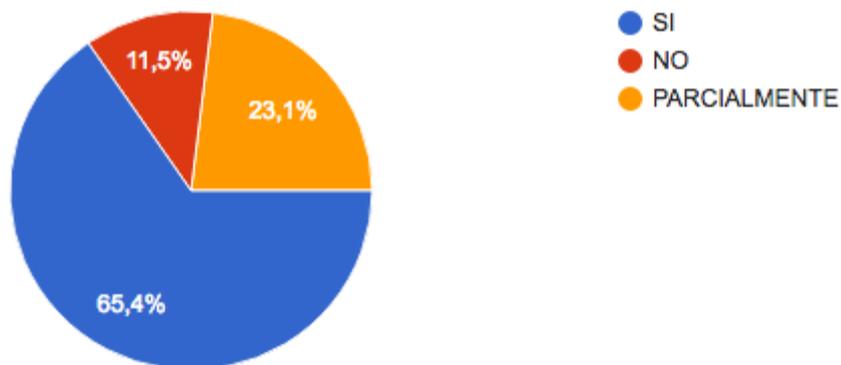
4. ¿Sabe usted cuál es la naturaleza y alcance jurídicos de la porción conyugal?

**Tabla No. 4.** Tabulación de respuestas a la pregunta No. 4 de la encuesta.

FRECUENCIA	NÚMERO	PORCENTAJE
SÍ	65	65%
NO	12	11%
PARCIALMENTE	23	23%
<b>TOTAL</b>	<b>100</b>	<b>100,0%</b>

**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

**Gráfico No. 4.** Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 4 de la encuesta.



**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

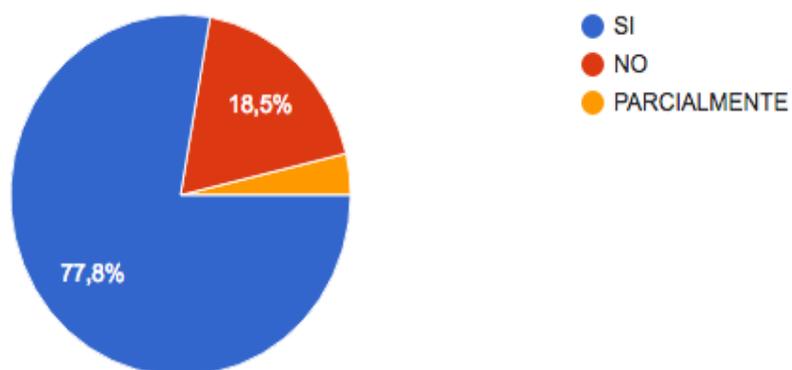
5. ¿Conoce usted cuáles son las personas que integran los grupos de atención prioritaria?

**Tabla No. 5.** Tabulación de respuestas a la pregunta No. 5 de la encuesta.

FRECUENCIA	NÚMERO	PORCENTAJE
SÍ	78	77%
NO	19	18%
PARCIALMENTE	3	3%
<b>TOTAL</b>	<b>100</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

**Gráfico No. 5.** Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 5 de la encuesta.



**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

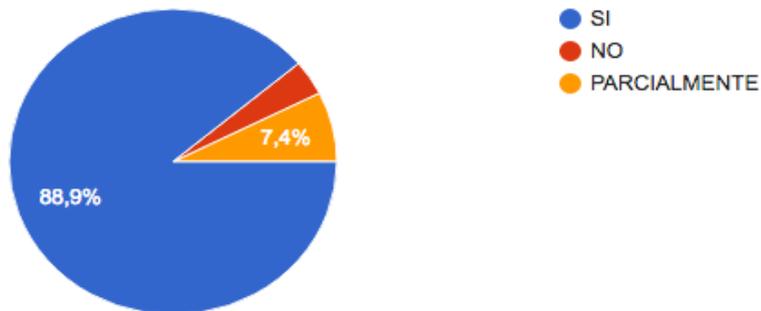
6. ¿Estima usted que si al estar la mujer embarazada y queda viuda, ésta tiene derecho a la porción conyugal?

**Tabla No. 6.** Tabulación de respuestas a la pregunta No. 6 de la encuesta.

FRECUENCIA	NÚMERO	PORCENTAJE
SÍ	89	88%
NO	4	3%
PARCIALMENTE	7	7%
<b>TOTAL</b>	<b>100</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

**Gráfico No. 6.** Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 6 de la encuesta.



**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

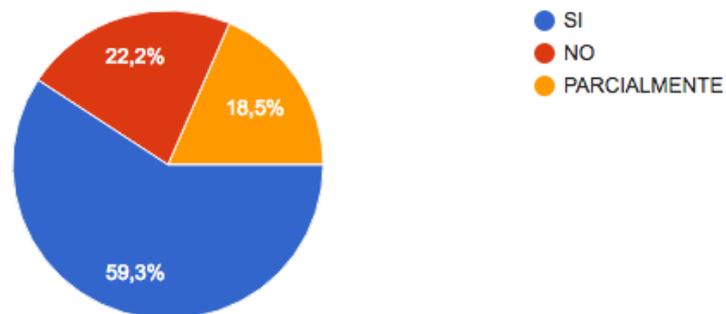
7. ¿Estima usted que las mujeres embarazadas se les debe otorgar directamente el derecho a la porción conyugal sin necesidad de cumplimiento de condición alguna?

**Tabla No. 7.** Tabulación de respuestas a la pregunta No. 7 de la encuesta.

FRECUENCIA	NÚMERO	PORCENTAJE
SÍ	59	59%
NO	22	22%
PARCIALMENTE	19	18%
<b>TOTAL</b>	<b>100</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

**Gráfico No. 7.** Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 7 de la encuesta.



**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

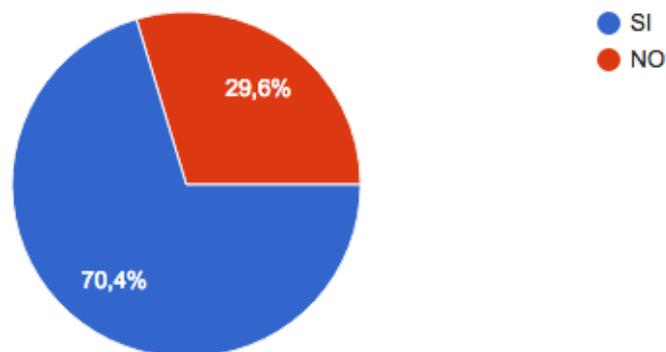
8. ¿De acuerdo con su conocimiento, cree que la porción conyugal debe ser entregada a la madre que enviudó, sin que sea necesaria la condición que no tenga bienes para poder hacer efectiva dicha porción?

**Tabla No. 8.** Tabulación de respuestas a la pregunta No. 8 de la encuesta.

FRECUENCIA	NÚMERO	PORCENTAJE
SÍ	70	70%
NO	30	29%
<b>TOTAL</b>	<b>100</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

**Gráfico No. 8.** Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 8 de la encuesta.



**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

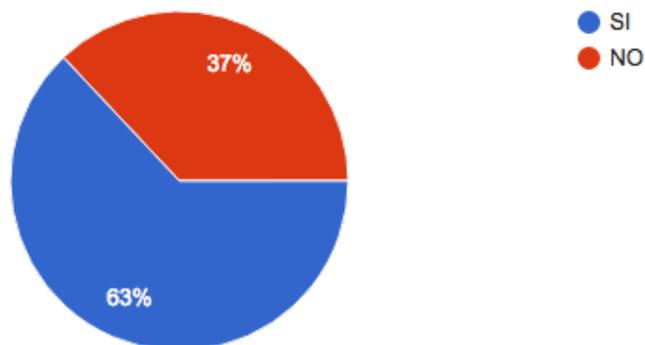
9. ¿Cree usted que, como la mujer viuda queda embarazada, se le debe dar la porción conyugal en beneficio de su hijo póstumo?

**Tabla No. 9.** Tabulación de respuestas a la pregunta No. 9 de la encuesta.

FRECUENCIA	NÚMERO	PORCENTAJE
SÍ	63	63%
NO	37	37%
<b>TOTAL</b>	<b>100</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

**Gráfico No. 9.** Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 9 de la encuesta.



**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

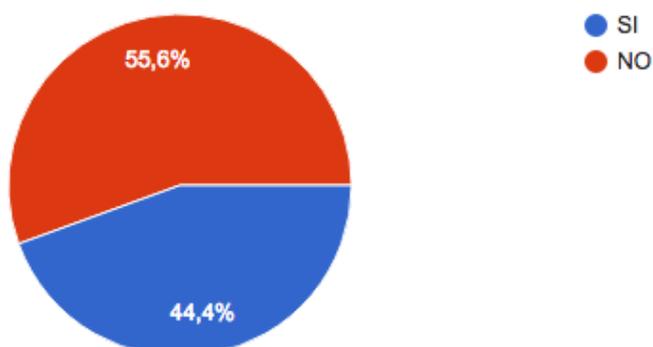
10. ¿Conoce usted los derechos que tiene el hijo póstumo?

**Tabla No. 10.** Tabulación de respuestas a la pregunta No. 10 de la encuesta.

FRECUENCIA	NÚMERO	PORCENTAJE
SÍ	56	55%
NO	44	44%
<b>TOTAL</b>	<b>100</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

**Gráfico No. 10.** Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 10 de la encuesta.



**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

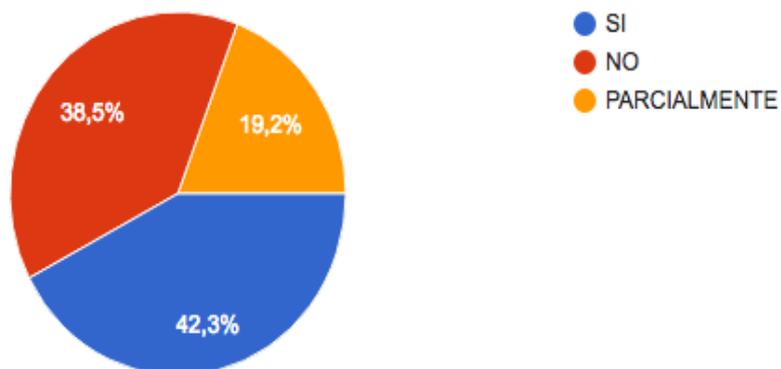
11. ¿Conoce usted, si sobre la base de lo que señala la Constitución, el Código Civil y los tratados y convenios internacionales, se puede entregar parte de los bienes del causante para que pueda subsistir su cónyuge que queda embarazada, sin necesidad de demostrar la pobreza o que los bienes que tiene son inferiores a la cuarta parte de los bienes dejados por el causante?

**Tabla No. 11.** Tabulación de respuestas a la pregunta No. 11 de la encuesta.

FRECUENCIA	NÚMERO	PORCENTAJE
SÍ	42	42%
NO	39	38%
PARCIALMENTE	19	19%
<b>TOTAL</b>	<b>100</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

**Gráfico No. 11.** Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 11 de la encuesta.



**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

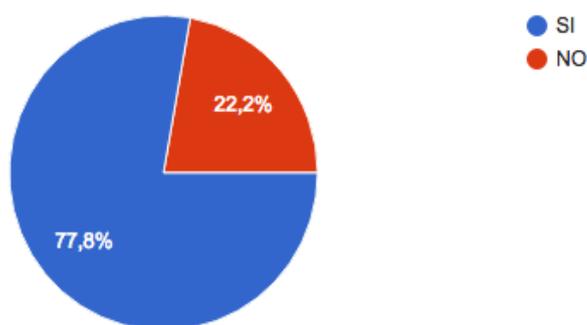
12. ¿Con su conocimiento en derecho, estima que es justo que se le deje la porción conyugal a la mujer que enviuda, no solo para provecho de ella sino de su hijo que está en su vientre?

**Tabla No. 12.** Tabulación de respuestas a la pregunta No. 12 de la encuesta.

FRECUENCIA	NÚMERO	PORCENTAJE
SÍ	78	77%
NO	22	22%
<b>TOTAL</b>	<b>100</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

**Gráfico No. 12.** Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 12 de la encuesta.



**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

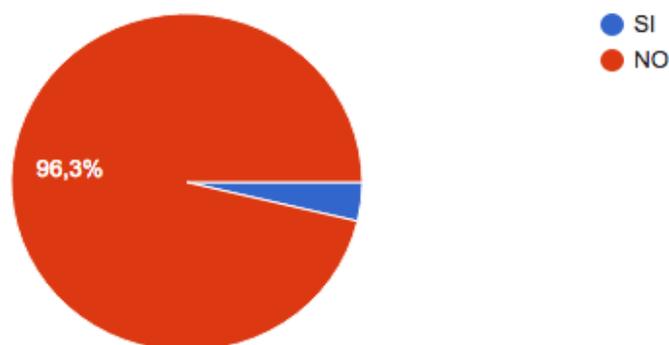
13. ¿Usted con su experiencia y por ser parte de la sociedad en la que vivimos ha propuesto alguna reforma jurídica con el objeto de que la porción conyugal sea un derecho directo para las mujeres embarazadas.

**Tabla No. 13.** Tabulación de respuestas a la pregunta No. 13 de la encuesta.

FRECUENCIA	NÚMERO	PORCENTAJE
SÍ	96	96%
NO	4	3%
<b>TOTAL</b>	<b>100</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

**Gráfico No. 13.** Expresión gráfica de las respuestas a la pregunta No. 13 de la encuesta.



**Fuente:** Encuestas realizadas, 2016.

### 4.3. ANÁLISIS Y COMPROBACIÓN DE OBJETIVOS

Al consultar a 100 personas acerca del tema del trabajo de titulación, respondieron con lo siguiente:

En la primera pregunta, un 56% respondió que no conocía lo que es el Derecho Sucesorio ni mucho menos sabía de su existencia, mientras que el 43% de las personas encuestadas sabían sobre el mundo de las Sucesiones y el alcance del Derecho Sucesorio.

En la segunda pregunta, a los 100 encuestados al responder, un 3% les pareció que el Derecho Sucesorio está a la altura de los últimos avances del Derecho, mientras que un 37% claramente señaló que el Derecho Sucesorio no contiene muchos avances en el derecho ni que está a la altura del mismo. Por último un 59% respondieron sin ninguna clase de interés sobre la pregunta planteada, creen que si está y a la vez que carece de soluciones de acuerdo a la actualidad.

La tercera pregunta consiste en saber si las personas conocen cuales son las asignaciones forzosas, algunos de los 100 encuestados con un 65% respondió que si conocían, la gran mayoría respondió correctamente pero un 35% no sabían cuales eran y que nunca antes habían escuchado tal término.

En la pregunta cuarta de la encuesta, al preguntar a sobre la naturaleza y alcance de la porción conyugal, 100 encuestados con el 65% respondió que si conocían tal naturaleza y alcance mientras que el 11% de los mismos señaló que no lo conocía. De igual forma alguna de ellos no estaban familiarizados con el término de porción conyugal y un 23% respondió sin ninguna clase de importancia y sus respuestas no eran muy concretas sobre el tema

Con la pregunta número cinco, la gran mayoría de los 100 encuestados respondió favorablemente con un 77% a la pregunta planteada, un 18,5% respondió negativamente a la misma y por último un 2% sus respuestas no concordaban de acuerdo a la pregunta.

Al llegar a la sexta pregunta, los 100 encuestados respondieron a favor de que la mujer al estar en estado de gravidez y viuda tenga derecho a la porción conyugal con 88,9% por una parte y un 3% de los encuestados no estuvieron de acuerdo que la mujer embarazada viuda tenga esa derecho, mientras que el 7% no estaban seguros de su respuesta, reflejando que si están de acuerdo y a la vez no.

En la pregunta número siete, de los 100 encuestados un 59% respondió favorablemente a que a las mujeres embarazadas se les debe otorgar el derecho a la porción conyugal sin ninguna necesidad de cumplir alguna condición, refiriéndose exactamente a la de considerarse pobre; en cambio, el 22% pensó diferente, estando de acuerdo con la normativa actual y que no por estar embarazada debería tener un privilegio. Por último un 18% reflejó poco interés en ésta nueva propuesta.

Los 100 encuestados con la pregunta número nueve con un 63% respondió positivamente a la pregunta planteada y estaban de acuerdo que se le debe otorgar la porción conyugal a la mujer embarazada en beneficio de su hijo. En cambio, resultó negativo saber que el 37% de los encuestados respondiendo negativamente a la pregunta demostrando algo de insensibilidad al caso expuesto.

Respecto a la pregunta número diez de la encuesta, estuvo no muy desequilibrado el porcentaje respecto a las respuestas de los 100 encuestados sobre esta pregunta, un 55% respondió favorablemente, en cambio el 44% respondió negativamente.

La pregunta número once tuvo 100 encuestados, los cuales en un 42% conocían que se puede entregar los bienes del causante sin la necesidad de demostrar pobreza. Por otro lado, un 38,5% respondió que realmente no conocían alguna de las fuentes legales señaladas u otras que favorezcan de tal manera al cónyuge, y por otra parte un 19% creían que existía o no información que concuerde con la pregunta planteada.

Con la pregunta número doce, el resultado de los 100 encuestados dio un 22% negativo hacia la propuesta de que sea entregada la porción conyugal a la mujer que enviuda no solo para su beneficio si no para su hijo, mientras que para el 77% fue muy lógico que sea obvia la entrega del derecho, ya que está en juego la vida de un nuevo ser.

De cierta manera es satisfactorio el resultado que se obtuvo con las 100 encuestas sobre la pregunta número trece, ya que con 96% reflejó que no se ha pensado nunca sobre ésta problemática y nueva propuesta legal, mientras con un 4% respondieron que si lo han pensado pero no la concretaron.

#### 4.4. CONCLUSIONES

- A modo de conclusión, la porción conyugal, siendo ésta una asignación forzosa, que al estar establecida como primera asignación, en el artículo 1194 del Código Civil, debería darse a la cónyuge supérstite directamente, que como vemos del presente caso es una persona en estado de gravidez, perteneciente a uno de los grupos de atención prioritaria reconocido por la Constitución, de lo cual se infiere que inclusive, con esta tremenda contradicción de la ley, se ha resquebrajado los derechos constitucionales.
- La porción conyugal al ser asignación forzosa, debe ser respetada y entregada al cónyuge que lo necesite, siempre y cuando haya cumplido con los dos de los tres requisitos que imperan en la ley, dignidad y capacidad para suceder. Está de más que exista el de demostrar pobreza ya que no se le pueda negar un derecho que por ley accede, peor aún sabiendo que es una madre que en su vientre espera una nueva vida, pues de lo contrario se estaría violentando una norma de Derecho Público y cometiendo una tremenda injusticia en contra de la persona que lo acompañó al *De Cujus* en su vida, llena de éxitos, fracasos, enfermedades, ilusiones, desilusiones, crianza de los hijos y todo lo que conlleva la vida matrimonial o en pareja, que prácticamente con la muerte del otro ser querido, también se lleva la vida del consorte o cónyuge supérstite, ya sea por la edad, o por el esfuerzo que se entregó de la una persona hacia la otra.
- Los derechos que establece la Constitución de la República tienen que ser garantizados, entre los que se encuentran el derecho a la vida digna, el derecho al buen vivir, que merecen experimentar todos, incluso los que están por nacer, que desde el momento que llegan al mundo, están investidos por todos los derechos que establece el ordenamiento jurídico ecuatoriano.
- Los requisitos que debe cumplir una persona para suceder son que sea capaz y digno para suceder, y la capacidad en Derecho Sucesorio no es la capacidad general, sino que se refiere al hecho de existir, y si el hijo que está en el vientre materno cuando muere el padre, no podría suceder, pero esto no es justo, y tendría derecho para que se le entreguen parte de los bienes de su padre, lo cuales estarían representados en la llamada porción conyugal que se le entregaría a la madre.

- Ahora bien, la madre que queda embarazada a la muerte del causante, tiene derecho que se le entreguen la cuarta parte de los bienes dejados por el causante, pero no por el hecho de ser cónyuge, sino por el hecho de estar embarazada.
- Por otra parte, estos bienes la madre no puede disponerlos sino para su hijo, pero si alguna persona tiene interés, y demuestra judicialmente, que el hijo no es del padre difunto, la madre tiene que devolver esos recursos para que sean repartidos entre sus herederos.
- El derecho del hijo póstumo, está dado, no solo por la Constitución, que señala que el Estado garantizará no solo la vida desde la concepción sino además la protección y cuidado, por otra lado, parte del derecho a la vida, es el derecho a la vida digna, tal como lo señala el artículo 66 número 2, y no se puede discriminar al hijo que está en el vientre de la madre a los bienes dejados por su padre que le permitirán obtener este tipo de vida.
- Por ende, es necesario que el derecho del *nasciturus* sea protegido, no solo por la Constitución, sino que está obliga al resto del ordenamiento jerárquico inferior a que se adapten y que se encuentren acordes con su marco jurídico imperativo, y parte de esos derechos que se reconocen es el derecho a la vida digna, el derecho al buen vivir, el derecho a la protección.
- Para que la madre pueda reclamar el derecho a favor de su hijo en gestación y se le entregue la cuarta parte de los bienes del padre, tenga o no derecho a la porción conyugal, debe obrar de buena fe, con el objeto de no perjudicar al resto de los herederos, y si alguien no está de acuerdo, tiene que demostrar lo contrario.

#### **4.5. RECOMENDACIONES**

- Que para ejercer este derecho a la porción conyugal, ésta solo opere en los casos que se encuentran establecidos por la ley, sino que se agreguen un casos más, como es el caso de la cónyuge supérstite que se encuentra en estado de gravidez para cubrir los gastos durante parte de su vida, por lo menos, pues estos, como se lo ha manifestado son vitales para el desarrollo tanto físico como psicológico del nuevo ser humano.

- Que se respete los derechos que se encuentran establecidos en la Constitución y que les son aplicables a todas las personas, entre los que se encuentran el derecho a la vida, el derecho a una vida digna, el derecho al bienestar, no solo para los seres humanos que se encuentran con vida fuera del vientre materno, sino a los que se encuentren gestándose en el mismo.
- Se tiene que respetar el derecho que se encuentra establecido y reconocido por la Constitución de la República, que señala que se garantiza y se protege el derecho a la vida, incluso desde el momento mismo de la gestación, por ende, esto sienta la base para que los seres que se encuentran en el vientre materno, tengan el derecho a tener lo necesario para su subsistencia durante los primeros años de vida.
- Es imperativo que a la madre se le conceda la porción conyugal para el caso en que se encuentre embarazada y que durante el tiempo de la gestación quede viuda, para lo cual es necesaria esta cantidad de dinero, para que no quede desamparada y el hijo póstumo se encuentre en situación desigual frente a sus hermanos y demás herederos.
- Que es factible realizar una reforma jurídica, mediante la cual se desprenda que la porción conyugal es una verdadera asignación forzosa, por lo que se la debe otorgar, sin bien no en todos los casos, pero si en los casos que se encuentran reconocidos por la ley, a lo cual hay que agregar que también la mujer embarazada que queda viuda tenga derecho a la misma.
- Aplicar y reconocer lo que señala la Constitución de la República así como los tratados y convenios internacionales, especialmente de Derecho Humanos y de protección de los Derechos del Niño, que contienen disposiciones que garantizan la vida desde la concepción, pero no solo se limitan a ello, sino que van más allá, y van a protegerlo en todo lo posible, física, psicológicamente, etc., y parte de esta protección es el cuidado y brindarlo de todo lo necesario para su normal desarrollo.
- Si la Constitución de la República es la norma suprema y prevalece sobre las demás, con mayor razón, existen normas del Código Civil –que es una norma ordinaria- para que esas normas que van en contraposición con las normas constitucionales no sean aplicadas, en este caso, que el hijo póstumo, por el

hecho de no estar vivo al momento de abrirse la sucesión quede desamparado, lo cual no es justo.

- Por ende, se tiene que aplicar la Constitución que garantiza el derecho a la vida, a la protección y cuidado de los mismos desde la concepción, y sobre esta base, se debe entregar parte de los bienes que su padre deja para estos fines.
- Cabe señalar que los bienes que se adquiere en vida de los padres es para el bienestar de sus hijos, por esta razón, más que legal sino justa y razonable, se tiene que todos los hijos tendrían el mismo derecho de ser beneficiados con los bienes que deja su padre, obviamente, realizadas las deducciones de ley.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2010). *Derechos Fundamentales, Ponderación y Racionalidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Andrade Falla, F. (4 de marzo de 2015). *Derecho y justicia*. Recuperado el 20 de enero de 2016, de Prezi: <https://prezi.com/t9t7z3ixthgz/derecho-y-justicia/>
- Anónimo. (2010). *Características*. Recuperado el 14 de febrero de 2016, de El Derecho y la Ciencia: <https://sites.google.com/site/03ivethceron/clasificacion/home/derecho>
- Aparicio, C. (1996). *Fuerza, Moral y Derecho*. México, D.F.
- Arango, R. (2007). Realizando la justicia global. En F. Cortés Rodas, & M. Giusti, *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad* (págs. 163-180). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de Antioquia y Universidad Católica de Perú.
- Asamblea Constituyente. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. *Registro Oficial*(449).
- Barbosa Gomes, J. (2003). O debate constitucional sobre Acoes Afirmitivas. En R. Dos Santos, & F. Lobato, *Acoes Afirmitivas. Políticas públicas contra as desigualdades raciais* (págs. 15-57). Río de Janeiro: DP&A.
- Barrera, D. (febrero de 2016). *Nociones básicas*. Recuperado el 5 de marzo de 2016, de Apuntes jurídicos básicos: [http://apuntesjuridicosbasicos.blogspot.com/2016\\_02\\_01\\_archive.html](http://apuntesjuridicosbasicos.blogspot.com/2016_02_01_archive.html)
- Becerra, O. (18 de febrero de 2012). *El principio de proporcionalidad*. Obtenido de Blog de Orlando Becerra Suárez: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/orlandobecerra/2012/02/18/el-principio-de-proporcionalidad/>
- Bernal, C. (2008). *El derecho de los derechos: escritos sobre aplicación de los derechos fundamentales* (Segunda ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. (2013). *Glosario*. Recuperado el 15 de mayo de 2016, de Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3270/24.pdf>
- Bobbio, N. (2003). *Teoría general de la política*. (A. de Cabo, & G. Pisarello, Trads.) Madrid: Trotta.

- Borja Cevallos, R. (2007). *Sociedad, Cultura y Derecho*. Quito: Planeta.
- Borja, R. (1997). *Enciclopedia de la política*. Michigan: Fondo de Cultura Económica.
- Bossano, G. (1983). *Manual de Derecho Sucesorio. Primera parte*. Quito: Universitaria.
- Citas en latín de Ulpiano. (2011). *Dominicio Ulpiano, Jurista Romano (¿170?-228 d.C.)*. Recuperado el 1 de marzo de 2016, de Citas en latín de Ulpiano: <http://latin.dechile.net/?Ulpiano>
- Congreso Nacional. (10 de mayo de 2005). *Código Civil (Codificación No. 2005-010)*. Recuperado el 8 de abril de 2016, de Fiel Web 13.0: <http://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2015/06/Codigo-Civil1.pdf>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2011). *Sentencia de 13 de abril de 2011 - Causa 283 de 2011*. Recuperado el 5 de marzo de 2016, de Corte Constitucional de la República de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-283-11.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de agosto de 2002). *Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Corte Interamericana de Derechos Humanos: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)
- Cunya Acuña, G. (14 de febrero de 2016). *Derecho*. Recuperado el 4 de mayo de 2016, de SlideShare: <http://es.slideshare.net/201622/actividad-de-aprendizaje-08-58255549>
- de la Cruz, D. (3 de marzo de 2016). *Licenciatura en Derecho*. Recuperado el 20 de febrero de 2016, de Prezi: <https://prezi.com/gfvezbpxvzbr/licenciatura-en-derecho/>
- Educación Religiosa. (16 de diciembre de 2010). *El valor de la justicia*. Recuperado el 30 de enero de 2016, de Orientación educativa: <http://orientacvalores.blogspot.com/2010/12/el-valor-de-la-justicia.html>
- Enciclopedia Jurídica. (2014). *Derecho*. Recuperado el 19 de enero de 2016, de Enciclopedia Jurídica: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho/derecho.htm>
- Enciclopedia Jurídica. (2014). *Facultad jurídica*. Recuperado el 20 de marzo de 2016, de Enciclopedia Jurídica: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/facultad-juridica/facultad-juridica.htm>
- Ferrero Costa, A. (2000). *Herederos forzosos*. Recuperado el 14 de abril de 2016, de Gli Articolli del Dr. Augusto Ferrero Costa: <http://www.peruana.org/personaggi/costa/herederos.htm>

- Figuerola Yáñez, G. (1999). *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas. Código Civil y leyes complementarias. Tomo II* (Tercera ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Gallegos Ortega, M. (2013). *Trabajo de ensayo de Derecho Civil III Sucesiones*. Recuperado el 18 de marzo de 2016, de [tupoeta.com/downloads.php?cat\\_id=2&file\\_id=5](http://tupoeta.com/downloads.php?cat_id=2&file_id=5)
- Hernández Alvarado, G. E. (2012). *El Código Civil y el desheredamiento*. Tesis de grado, previa a la obtención del Título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República de Ecuador, Universidad Técnica de Babahoyo, Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Educación, Babahoyo.
- Humanos, C. I. (2002). *Opinión Consultiva OC-17/2002 sobre la Condición Jurídica y derechos Humanos del Niño*.
- Ihering, R. v. (1886-1888). *El espíritu del derecho romano* (Vol. I). (O. de Meulenaere, Trad.) París.
- Justicia, P. S. (29 de abril de 2009). Sentencia No. 234-08, juicio especial No. 48-2008. *Registro Oficial, Suplemento*(580).
- Kelsen, H. (1997). *Teoría Pura del Derecho*" (Segunda ed.). Buenos Aires: Eudeba.
- Krugman, P., & Wells, R. (2007). *Introducción a la Economía. Microeconomía*. (S. Benito Muela, E. Fernández Casillas, J. Á. Jiménez Martín, R. M. Pérez Sánchez, & J. Ruiz Andújar, Trads.) Barcelona: Reverté, D.L.
- Larrea Holguín, J. (2008). *Manual elemental de derecho civil del Ecuador: Contratos I*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- León Peralta, M. G. (2012). *Propuesta de reformas a la sucesión por causa de muerte en el Código Civil ecuatoriano*. Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador, Universidad del Azuay, Facultad de Ciencias Jurídicas, Cuenca.
- Lucero Villarreal, L. E. (2016). *Institucionalidad económica y reformas legales en el ámbito monetario y financiero*. Disertación previa a la obtención del título de Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Quito.
- Luna, R. (27 de enero de 2013). *Asignaciones forzosas*. Recuperado el 22 de abril de 2016, de Derecho sucesorio: <http://derechosucesoriouce.blogspot.com/2013/01/asignaciones-forzosas.html>
- Melloni Eisner, D. (1983). *Diccionario Médico Ilustrado de Melloni*. Barcelona: Reverté, S.A.
- Ortiz, M. (2011). *Derecho a la porción conyugal de las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo*. Recuperado el 14 de abril de 2016, de <http://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/4488389/Derecho+a+la+porci>

%C3%B3n+conyugal+de+las+uniones+maritales+de+hecho+y+las+parejas+del+mismo+sexo/b2e0e21b-f694-4e12-a956-149340e0f156?version=1.2

- Parraguez, L. (1999). *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano* (Cuarta ed.). Quito: Gráficas Mediavilla.
- Peñas, A., & Lozano, A. (2003). *Promoción de la participación política de las mujeres a propósito del mecanismo de las leyes de cuotas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Pérez Ortiz, B. M. (2015). *Argumentación jurídica sobre la necesidad de tipificar las lesiones al nasciturus, garantizando así su cuidado y protección*. Tesis de grado previa a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales de la República, Universidad Regional Autónoma de Los Andes - UNIANDES, Facultad de Jurisprudencia, Tulcán.
- Pérez Portilla, K. (2005). *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*. México: UNAM-Conapred.
- Platón. (2008). *La República*. (R. M. Mariño Sánchez-Elvira, S. Mas Torres, & F. García Romero, Edits.) Madrid: Ediciones Akal, S.A.
- Ponce Esteban, M. E. (2005). Los conceptos de justicia y derecho en Kant, Kelsen, Hart, Rawls, Habermas, Dworkin y Alexy. *Jurídica - Anuario*, 211-234.
- Ramírez Fuertes, R. (2000). *Sucesiones* (Segunda ed.). Bogotá: Temis.
- Rincón Uscátegui, J. A. (2001). *La asignación forzosa de porción conyugal*. Trabajo de grado para optar al título de Abogado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas, Bogotá.
- Rousseau, J.-J. (2014). *El contrato social*. e-artnow.
- Ruiz Moreno, Á. G. (2007). La discriminación de la mujer por maternidad. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*(4), 130-146.
- Salazar Becerra, J. Y. (2006). *Inconvenientes jurídicos y legales en la regulación de la porción conyugal*. Tesis previa a la obtención del título de Doctor en Jurisprudencia, Universidad Técnica Particular de Loja, Escuela de Ciencias Jurídicas, Loja.
- Salgado, J. (2009). *Derechos sexuales en el Ecuador*. Recuperado el 25 de febrero de 2016, de Universidad Andina Simón Bolívar:  
<http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/File/derechos%20sexuales%20judith%20salgado.pdf>
- Sisniegas, C. (26 de octubre de 2015). *La introducción al Derecho*. Recuperado el 9 de enero de 2016, de <http://carlasisniegas.blogspot.com/>
- Somarriva, M. (1996). *Derecho Sucesorio*. Santiago: Nacimiento.

- Somarriva, M. (1996). *Derecho Sucesorio*. Santiago: Nacimiento.
- Tapia de Tuven, S. (marzo de 2013). Feminismo y derecho penal: los nuevos retos. *Novedades Jurídicas*(81), 38-45.
- Universidad Arturo Michelena. (5 de septiembre de 2008). *Diccionario Jurídico*. Recuperado el 30 de enero de 2016, de Derecho Sección 06: <https://derechouam.wordpress.com/2008/09/05/diccionario-juridico/>
- Vásquez, E. (s.f.). *Familias Alternativas*. Quito: telegrafo.com.ec.
- Vázquez, E. (19 de octubre de 2010). *Familias alternativas*. Obtenido de Género, Justicia y Derechos Humanos: <http://paralegalidades.blogspot.com/2010/10/familias-alternativas-editorial-diario.html>
- Wolters Kluwer. (2014). *Ius Cogens*. Obtenido de Guías Jurídicas: <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAE1OQU7DQAz8zV6QUBBS4bKXtBx6QQhC1auzsRKriw1rb9r8vob0gC8ezd gz81OxLB1eLFLVuyQjsgZdWHj5il2pGAx6jU2AZBXYtKKacYOesdSBizt4sjEIL-jxudN0EnOrzDTCEbCLZTVi4Yhvhyb33l4bDZNmLGoH8QDebBhAE>
- Zambrano Mutis, Á. M. (16 de febrero de 2012). *Porción conyugal y su importancia*. Recuperado el 3 de mayo de 2016, de Gerencie.com: <http://www.gerencie.com/porcion-conyugal-y-su-importancia.html>