

**Universidad de Holguín  
Oscar Lucero Moya  
Facultad de Derecho**

# **Tesis en opción al título de Licenciada en Derecho**

**Título: Un acercamiento de doctrina y legislación cubanas al  
contenido atípico del negocio jurídico testamentario**

**Autora: Heidys Rigñack Batista**

**Tutor: M.Sc. Guillermo Benítez Valdés**



**Holguín, 2012**

## EXERGOS

*“...En cambio, el progreso verdadero tiene necesidad de una ética que coloque en el centro a la persona humana y tenga en cuenta sus exigencias más auténticas (...). La regeneración de las sociedades y del mundo requiere hombres rectos, de firmes convicciones morales y altos valores de fondo (...) que respondan a la naturaleza inmutable y trascendente del ser humano...”*

*S.S. Benedicto XVI. Santiago de Cuba. 26 de marzo de 2012*

*“.....el testamento es normalmente, pero no totalmente y ni siquiera necesariamente, un acto de disposición patrimonial...”*

*Juan B. Vallet de Goytisolo*

## **DEDICATORIA**

A mis padres, sin dudas los mejores, por darle día a día un mejor sentido a mi vida

A mi tata Leydita, por esa preciosa sonrisa que siempre dibuja en mi rostro

A mis maravillosos abuelos, por siempre estar ahí, en mis momentos más importantes

A Yari, porque fue y siempre será alguien muy especial para mí

A Lily, por haber aparecido en mi vida y permanecer en ella por siempre

## AGRADECIMIENTOS

Todo cuanto he plasmado en esta tesis ha merecido gran parte de mi esfuerzo, sin embargo, elaborar los agradecimientos ha sido una cuestión que me ha generado mucha inquietud, por el temor de dejar de mencionar a alguna de las tantas personas que en este largo camino son hoy merecedoras de mis agradecimientos.

Dicho de un modo más claro y preciso, agradezco infinitamente a mi Dios, por darme las fuerzas necesarias para seguir adelante con este proyecto; a mis padres y a toda mi familia, por apoyarme siempre; a mi tutor Guillermo, porque sin ayuda este sueño no hubiese sido posible; a Lily, por toda su dedicación; a Oscarito, por su gran colaboración en la realización de esta investigación; a Anita, por su confianza en todos estos años; a Mari, Pepe, Rodrigo, Elia y Ruso, por darme la oportunidad de conocerlos y permitirme un lugarcito en su linda familia; a mis amigos, pocos, pero sin dudas, los verdaderos; a todos los choferes y demás personas que continuamente me apoyaron en momentos bien difíciles; a todo el equipo médico que participó en mi rehabilitación; a los profesores de la Facultad de Derecho y a los de la beca, por contribuir en mi formación profesional, pues a ellos también les debo parte de lo que soy hoy; a mis vecinos, por su constante preocupación y aliento.

A todos los que de una forma u otra, con mucho o poco, hicieron posible que este proyecto llegara a ser una realidad.

De todo corazón **GRACIAS, GRACIAS Y GRACIAS.**

## **RESUMEN**

El testamento por su especial relevancia, en tanto patrimonial, en el ámbito de las sucesiones, ha sido una de las instituciones que desde el incipiente Derecho Romano atravesó por una rica y en ocasiones controversial polémica. De ahí que la apertura de tal dogma a nuevas consideraciones, en cuanto al reconocimiento legal del llamado contenido atípico en dicho instrumento jurídico, constituye hoy en día una cuestión que genera inquietud para muchos estudiosos del tema.

En este sentido, resulta ser la ley sustantiva cubana omisa e indefinida, por lo que la connotación del presente tema radica en considerar sobre la pertinencia de incluir en la citada norma, los elementos atípicos del testamento, como ejercicio de la libre y más amplia autonomía de la voluntad del causante.

Es por ello que en la presente investigación se determinó como objetivo general: fundamentar sobre la base de los aspectos doctrinales y legislativos la necesidad de reformular la regulación jurídica civil con relación al contenido del negocio jurídico testamentario, de manera que se otorgue reconocimiento legal y total a los elementos extra-patrimoniales dentro de dicho contenido.

Como estrategia para lograr el cumplimiento de los objetivos trazados, se emplearon distintos métodos de la investigación científica, tales como: el análisis-síntesis, la inducción-deducción, el histórico-jurídico, el estudio comparado y el exegético de normas.

Tomando como base lo anterior, la investigación queda estructurada en dos capítulos, el primero dedicado a los fundamentos teóricos e históricos del testamento, y el segundo dirigido al estudio sobre la tipicidad y atipicidad en el contenido del negocio jurídico testamentario en la legislación civil cubana.

## **ABSTRACT**

The testament for its special relevance, as much as patrimonial, in the environment of the successions, has been one of the institutions that from the incipient Roman Right has gone through a rich and in occasions a controversial polemic. Hence, the opening of such a dogma to new considerations, as for the legal recognition of the atypical content within this juridical instrument, constitutes today a question that generates a great concern for many specialists of the topic.

In this sense, the Cuban substantive law turns out to be remiss and undefined, so the connotation of the current topic it resides in considering on the relevancy of including in the above-mentioned standard, the atypical elements of the testament, as exercise of a free and wider autonomy of the originator's will.

For this reason it was determined as a main goal in the following investigation: to base on the foundation of the doctrinal aspects and legislatives the need of formulating the civil legal regulation with relationship to the content of the probate juridical business, so that legal and total recognition is granted to the extra-patrimonial elements within the content.

As strategy to achieve the execution of the objectives layouts, different methods of the scientific investigation were used, such as: the analysis-synthesis, the induction-deduction, the historical-juridical, the compared study and the exegetics of standards.

Taking the above-mentioned into consideration, the investigation is structured in two chapters, the first one dedicated to the theoretical and historical foundations of the testament, and the second directed to the study on the tipicity and atypicality in the content of the legal juridical business in the Cuban civil legislation.

## ÍNDICE

<b>Introducción</b> .....	1
<b>Capítulo I. Enfoque teórico, doctrinal y legislativo del instrumento jurídico testamentario</b> .....	8
I.1. El instrumento jurídico testamentario o testamento. Denominación, conceptualización e historia del testamento como instrumento sucesorio.....	9
I.1.1. Origen etimológico del término testamento. Breve acercamiento a la denominación del testamento.....	11
I.1.2. Diferentes visiones conceptuales sobre el instrumento jurídico testamentario.....	12
I.1.3. Evolución histórica del testamento en el sistema de derecho romano-francés. Aportes de cada etapa histórica a la construcción técnico-jurídica de la institución del testamento.....	16
I.2. Naturaleza jurídica del testamento.....	19
I.2.1. La base fundacional y social del testamento y su relación con la autonomía personal de la voluntad privada.....	21
I.2.2. Rasgos o peculiaridades del testamento en tanto instrumento.....	24
I.3. El testamento como negocio jurídico o tipo especial de acto jurídico.....	26
I.3.1. La teoría general de la Relación Jurídica Testamentaria.....	30
<b>Capítulo II. Apreciación teórica sobre la tipicidad y atipicidad en el contenido del negocio jurídico testamentario</b> .....	34
II.1. Sobre las disposiciones típicas en el contenido del testamento y su patrimonialidad o no.....	35
II.2. Lo atípico en el contenido del testamento en tanto a su relevancia para los sujetos de la relación jurídica y como manifestación más plena del ejercicio de la voluntad del causante.....	37
II.3. Sobre el contenido atípico del testamento en la ley y la doctrina cubanas.....	43
II.3.1. Contenido atípico testamentario tutelado por la ley cubana.....	44
II.3.2. Contenido atípico testamentario no tutelado por la ley cubana.....	53
II.3.3. El contenido testamentario atípico y el ejercicio de la personalidad jurídica pretérita o post mortem.....	63
II.4. Un análisis de derecho comparado sobre el contenido atípico del testamento en algunos ordenamientos de Iberoamérica y del sistema de derecho anglosajón.....	71
II.4.1. Un análisis sobre la significación y los efectos jurídicos del contenido atípico en el instrumento jurídico testamentario.....	78
<b>Conclusiones</b> .....	82
<b>Recomendaciones</b> .....	85
<b>Bibliografía</b> .....	86

## INTRODUCCIÓN

Dos son las acepciones que con plena propiedad ha tenido en técnica jurídica la palabra *sucesión*, entendiéndose por ella, en uno de dichos conceptos, la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones de una persona; y en otro, la universalidad o conjunto de los bienes, derechos y obligaciones transmitidos por alguna de las formas de suceder admitidas en Derecho. De hecho es así que entonces el vocablo *sucesión* tiene proyección como acción y como objeto.

De dichas acepciones, a modo de ver de la autora, la más propia y adecuada es la primera definición, toda vez que la misma trata la sucesión como uno de los modos de adquirir la propiedad.

Por tal se afirma que el Derecho de Sucesiones es hijo legítimo del Derecho de Propiedad. Esta definición también es la más conforme a su sentido o significación etimológica, pues suceder quiere decir *sustituir, subrogarse o ponerse una persona en lugar de otra*.

Varios han sido los motivos que en el sucesivo desenvolvimiento del derecho histórico justificaron la admisión de este modo de adquirir; pero perfeccionadas con el transcurso del tiempo las instituciones, bien pronto quedaron reducidos dichos motivos a uno solo, o sea, a la muerte como única causa capaz de producirla.

Así es que, aun cuando en el antiguo Derecho Romano se conocieron verdaderas sucesiones en vida, desde que éstas fueron abolidas por *Justiniano*, sólo quedó para siempre como exclusiva la sucesión por causa de muerte.

Para, en un razonamiento general e introductorio, dejar bien determinado el concepto de sucesiones, conviene distinguir cuidadosamente la *sucesión* de la *herencia*, a fin de no incurrir en el error común de confundirlas.

*Herencia* es la universalidad o el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones de una persona que ha fallecido, según opina Manresa<sup>1</sup>, a lo que considera la autora menester añadir la peculiaridad de su transmisibilidad, pues sabido es que no todos los bienes que conforman el patrimonio del causante son susceptibles de ser transmitidos a sus causahabientes, con mayor motivo los personalísimos definidos

---

<sup>1</sup> MANRESA Y NAVARRO, José M. "Comentarios al Código Civil español". Tomo V. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid. 1896. p. 182

dentro de los llamados *ius in corpus*. *Sucesión*, por distinción, es el modo legal por virtud del cual se transmite la herencia a las personas que sobreviven al difunto, en otro decir, por el cual se adquieren los bienes, derechos y obligaciones que en vida correspondieron a una persona.

El carácter distintivo de la *sucesión* es, pues, el ser modo, casi metafóricamente pero no por ello menos exacto, por el cual se transfiere la *personalidad jurídica* (o *subjetividad*, como denominan algunas doctrinas foráneas) de un individuo que ha fallecido, a sus herederos. Como tal modo de adquirir, es universal y derivativo en cuanto reconoce como causa la muerte, de la cual se deriva.

La sucesión puede ser, como generalmente se conoce, testada o intestada, según la forma en que se transmita, si se difiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, o, a falta de éste, por disposición de la ley.

Lo que en definitiva permite la primera de estas formas de la sucesión, es la posibilidad que toda persona capaz tiene de disponer, del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto jurídico frente a terceros después de sus días, como máxima expresión de la última y deliberada voluntad de su ser, exteriorizada solemnemente, conforme con la ley.

Pero no sólo para **disponer** de los bienes es que sirve el testamento; también es un medio idóneo para, a juicio de la autora, **declarar**, cuando, por ejemplo, se reconoce a un hijo natural, se deshereda a una persona (si se dan las causales que prevé la ley), es revocado otro testamento, se nombra tutor, curador, o un administrador de los bienes, entre otras declaraciones, que a pesar de no contemplar su contenido normal son bien entendidas y admitidas en el derecho moderno. Quiere decir esto además que tales declaraciones, al igual que las disposiciones, surten efectos jurídicos; aunque incluso en el derecho histórico se admitían otras que no surtían efectos jurídicos como son las protestas de fe religiosa. En fin, al sentir de la autora, la naturaleza jurídica del negocio jurídico testamentario debe ser doble: dispositiva y declarativa.

De ahí que, la polémica surge a tenor de si considerar estas disposiciones accesorias, o si por el contrario pudieran formar parte única del contenido testamentario. En esta polémica, inconveniente, formal, y aun no zanjada, halla su sede la presente

investigación, es decir, en cuanto al verdadero sentido del contenido del instrumento jurídico testamentario.

Radica tal, en lo referente a si sus cláusulas tienen un carácter meramente patrimonial, consideradas como *principales*, o si, por el contrario, al representar el testamento un acto personalísimo, que encuentra su razón de ser en la manifestación de voluntad del causante para surtir los efectos jurídicos deseados por éste a su deceso; pudieran ser admitidas otras disposiciones no patrimoniales, que al igual que las anteriores puedan ser cumplidas tal y como han sido dispuestas.

En ello resulta ser la ley sustantiva civil cubana vigente, dicho *a priori*, omisa, indefinida, y en ocasiones incluso contradictoria, dado el marcado carácter patrimonialista que muestran las disposiciones testamentarias; lo que ha dado lugar a que se obvien otras declaraciones relativas a cuestiones no susceptibles de evaluación pecuniaria, que igualmente denotan una acentuada trascendencia al ámbito jurídico, al ser veneradas por diversos tratadistas<sup>2</sup>.

Al tenor considera la autora que la verdadera relevancia del presente tema radica en considerar la inclusión de los elementos atípicos en el testamento y su reconocimiento por la ley, como un ejercicio de la libre y más amplia autonomía de la voluntad del causante, del derecho al libre y pleno desenvolvimiento de su personalidad jurídica, y de la acción necesaria para garantizar la total Seguridad Jurídica de las transacciones que significa la relación sucesoria entre el causante y sus causahabientes.

Por lo que, reformular el tradicional concepto de *testamento*, llevándolo de ser solamente un instrumento de ordenamiento de la sucesión patrimonial a futuro, a ser una extensión más integral del ejercicio de la personalidad del causante con fines de ordenar los efectos patrimoniales, no patrimoniales pero con consecuencias patrimoniales o puramente personales, derivados de las relaciones jurídicas civiles en

---

<sup>2</sup> En materia de contenido testamentario resulta además interesante lo planteado por el tratadista SÁNCHEZ ROMÁN quien ha proseguido la postura de que el testamento no obstante de ser un acto jurídico, su contenido no siempre es jurídico, es decir que resultará jurídico en cuanto a la forma de la especie jurídica testamentaria, pero no es forzoso que lo sea en el fondo de todas sus disposiciones o declaraciones de aquella última voluntad. El autor establece una distinción entre aquellas disposiciones que pueden formar parte del contenido testamentario y en este orden se refiere en primer lugar a las que son de aplicación directa al patrimonio, referidas a los actos en que directamente se dispone de los bienes en el testamento; a otras con aplicaciones indirectas al mismo, entre las que ejemplifica los actos de reconocimiento de hijo natural, y por último hace referencia a algunas que no son de aplicación, como las protestas de fe religiosa, de conducta y otras semejantes. *Vid.* SÁNCHEZ ROMÁN F, *Estudios VI*, cit p. 207

las que tuvo participación en vida; reafirmaría las actuales tendencias sobre la relatividad de los extremos de la personalidad jurídica del ser humano, que implican el reconocimiento y respeto de su autonomía, personalidad y dignidad más allá de su muerte física, o bien llamada personalidad pretérita o post-mortem.

Conoce la autora sobre el diseño actual de una línea de investigación relativa a los elementos atípicos en el contenido del testamento, en el Departamento de Derecho Civil y de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana; así como la existencia de una investigación ya agotada sobre el contenido del testamento en la Universidad José Martí de Sancti Spíritus; pero en el primer caso las investigaciones no se han ejecutado y en el segundo la investigación fue centrada en la revocación del contenido de los testamentos. Por todo ello, puede afirmarse que el planteamiento descriptivo del objeto a tratar, resulta totalmente novedoso.

Lleva a la autora entonces a preguntarse: ¿en qué medida es pertinente reformular la regulación jurídica sustantiva en la ley civil sucesoria cubana, de manera que incluya una enunciación directa, positiva y más amplia sobre los contenidos típico y principalmente atípico del negocio jurídico testamentario?; interrogante consistente por demás con el **problema científico**.

Al primer ser, de sucesión mediante voluntad testada, por el instrumento del *testamento* con vida, naturaleza y efectos jurídicos, y a sus elementos atípicos en sentido particular, dedica la autora la presente investigación.

Al tenor es el **objetivo general** del presente trabajo de diploma: fundamentar sobre la base de los aspectos doctrinales y legislativos la necesidad de reformular la regulación jurídica civil con relación al contenido del negocio jurídico testamentario, de manera que se otorgue reconocimiento legal total a los elementos extra-patrimoniales dentro de dicho contenido, como expresión más plena de la personalidad jurídica del causante.

De esta manera se determinó como **objeto** de la investigación, al negocio jurídico testamentario.

En este sentido, se han trazado **objetivos específicos** con la intención de poder (1) identificar los supuestos doctrinales y legislativos del testamento y su evolución hacia las construcciones técnico-jurídicas modernas, en tanto a los aportes de cada etapa

histórica al respecto, además del fundamento sobre su especial carácter como negocio jurídico; (2) identificar las limitaciones en la normativa sucesoria cubana relacionadas distintamente con la tipicidad y atipicidad en el contenido del instrumento jurídico testamentario, y valorar el grado de reconocimiento legal que reciben, examinándolo, a partir de un análisis de doctrina, y derecho comparado y; (3) evaluar la pertinencia de que se realicen modificaciones legislativas a la regulación sucesoria en el vigente Código Civil cubano, en lo referido al contenido atípico del testamento; partiendo del análisis de la significación y los efectos jurídicos del mismo, en aras de obtener una más clara y precisa ordenación legal de tan importante institución jurídica y el integral reconocimiento a la personalidad y dignidad de las personas.

Paralelamente como **campo** de la presente, se establece al contenido típico y atípico del testamento en la legislación civil cubana.

En la estrategia para lograr el cumplimiento de los objetivos trazados, se emplearon distintos métodos de la investigación científica, por las diversas posibilidades que esta metodología ofrece en la comprensión y solución de lo todo lo abordado en el actual trabajo.

Para ello, dentro de los Métodos Generales de la Investigación Teórica se recurrió al **análisis-síntesis**, que implica descomponer los elementos conformadores de la construcción jurídica de la institución testamentaria, a saber: rasgos, naturaleza jurídica, estructura, aportes en el tracto histórico; con el fin de definir la interrelación entre ellos, de manera que nos permita establecer la naturaleza intrínseca de dicha institución, y por tanto valorar sobre la pertinencia en desmontar parcialmente la solemnidad de formas sin desnaturalizar la esencia testamentaria.

Por su parte el método de la **inducción-deducción**, permite una aproximación real y efectiva, tanto de doctrina como de legislación, a la verdadera esencia del negocio jurídico testamentario, a partir de la acción de generalizar el carácter de algunos de sus elementos, para determinar la esencia que asiste al testamento como un todo.

Como parte de los métodos de la Investigación Jurídica, se utilizó el análisis **histórico-jurídico** de normas, con el propósito de establecer los antecedentes históricos del testamento dentro de las sucesiones, desde su propio surgimiento, con el fin de determinar lo que aportó cada etapa a la construcción jurídica y definición de la esencia testamentaria.

En esta propia línea, el método del **estudio comparado** de normas, posibilita un diagnóstico acertado y diáfano en lo que respecta al tratamiento jurídico ofrecido por normativas legales vigentes en varios países, principalmente de Iberoamérica y del sistema de derecho anglosajón, con la intención de encontrar similitudes y diferencias importantes, que permitan establecer las tendencias más comunes si de testamento se trata en tales legislaciones.

Finalmente, por medio del estudio **exegético de normas** se puede evaluar la calidad técnica jurídica de la normativa civil cubana en materia de testamento y su contenido típico y atípico, identificándose particularmente las deficiencias en la redacción, contradicciones, antinomias, y concluir sobre el verdadero sentido de la norma.

Tomando como base todo lo anterior, la investigación queda estructurada en dos capítulos, el **primero** dedicado a los fundamentos teóricos e históricos del testamento, particularizando en cuanto a su origen y evolución, las principales visiones conceptuales ofrecidas por prestigiosos catedráticos e investigadores del tema, su naturaleza jurídica, su relación con la autonomía personal de la voluntad privada, rasgos o peculiaridades en tanto instrumento y como negocio jurídico o tipo especial de acto jurídico, en el que encuentra su razón de ser la teoría general de la Relación Jurídica Testamentaria.

En el **segundo** capítulo se examina todo lo concerniente al estudio sobre la tipicidad y atipicidad en el contenido del negocio jurídico testamentario en la legislación civil cubana y su relevancia para los sujetos de la relación jurídica. Asimismo se realiza un análisis de derecho comparado sobre el contenido atípico del testamento en algunos ordenamientos de Iberoamérica y del sistema de derecho anglosajón, para de esta forma poder detectar las tendencias legislativas actuales al respecto, identificando así las principales limitaciones en la regulación de las declaraciones de carácter extra-patrimonial en dichas normas sucesorias; lo que llevará a arribar a las conclusiones y recomendaciones plasmadas, para finalmente ofrecer alternativas de solución a dicha problemática en el ordenamiento jurídico civil cubano.

El más integral reconocimiento legal al ejercicio y desenvolvimiento pleno de la personalidad jurídica, la relatividad en los límites de la antedicha personalidad, y el indiscutible valor de la autonomía de la voluntad privada, aun con las solemnidades reguladas por la ley son, a la luz del Derecho moderno, los fundamentos más

garantistas para ejercer las disposiciones personales y patrimoniales dentro del contenido del negocio jurídico testamentario. A allanar el camino, en ley y doctrina nacionales, para lograr estos propósitos, aspira la autora que vaya dirigido el presente trabajo de diploma.

## **CAPÍTULO I. ENFOQUE TEÓRICO, DOCTRINAL Y LEGISLATIVO DEL INSTRUMENTO JURÍDICO TESTAMENTARIO**

Ha sido ciencia constituida en la doctrina jurídica que el Derecho de Propiedad en sede privada es transferible y transmisible por su naturaleza; es decir, el propietario puede traspasar durante su vida los bienes que le pertenecen, vendiéndolos, permutándolos, donándolos; y disponer de ellos para después de su muerte, dejándolos por testamento a sus parientes o a extraños.

La facultad de testar es el atributo más importante; es como el coronamiento del Derecho de Propiedad, porque lo prolonga hasta más allá de la muerte.

Es indudable que el hombre tiene el derecho de testar, como consecuencia de su derecho de dominio. Si todos le reconocen el derecho de transferir y aun de donar sus bienes en vida, ¿por qué no ha de poder hacerlo también en los últimos momentos de su existencia?

Considerado en su esencia, el testamento no se distingue de la simple donación, sino en que no produce sus efectos hasta después de la muerte del donante, y en que transmite al favorecido, al mismo tiempo que los bienes del testador, sus diferentes obligaciones. El derecho de propiedad quedaría anulado si no implicara el disponer de los bienes para después de la muerte.

El derecho de testar, como parte del Derecho de Propiedad, es un derecho natural; tiene su origen en la naturaleza y no en la ley civil. Quizás por ello, con su carácter pragmático e integrador, la Constitución de la República de Cuba<sup>3</sup> reconoce, con singular excepcionalidad, el derecho a heredar.

Con anterioridad a toda ley humana, se reconocía el derecho de disponer de los bienes para después de la muerte. *Abraham*, patriarca del pueblo de Israel, no teniendo otra ley que la natural, instituyó a su hijo *Isaac* como heredero de casi todos sus bienes, dejando a sus otros hijos, pequeñas donaciones.

El Papa León XIII, en su encíclica *Rerum Novarum*, hace notar que la naturaleza impone al padre el deber de alimentar y de cuidar de sus hijos, le inspira la preocupación de su porvenir y de crearles un patrimonio que les ayude a defenderse

---

<sup>3</sup> Como bien se expone en su artículo 24 "el Estado cubano reconoce el derecho de herencia sobre la vivienda de dominio propio y demás bienes de propiedad personal".

en la peligrosa travesía de la vida contra las sorpresas de la fortuna, y agrega que este patrimonio no podría crearlo sin la posesión de bienes permanentes que les pudiera transmitir por vía de herencia; y Pío XI, en su encíclica «*Cuadragesimo Anno*», de 15 de mayo de 1931, dice que el Estado debe respetar el derecho de transmitir los bienes, por medio de herencia.

En sede de derecho histórico, aseveraba Manresa, se reconoció la facultad de testar como de gran utilidad social, porque revestido el propietario de este poder, era tenido como un magistrado establecido para “...fomentar la virtud y reprimir el vicio...”, asegurarse la sumisión de los hijos y hacer más respetable la autoridad paterna, contribuyendo a afirmar el orden en la sociedad doméstica, que es la base principal de la buena organización del Estado.

Las leyes civiles pueden, es cierto, reglamentar la herencia, como lo hacen con la propiedad, con el fin de mantener el orden social, pueden prescribir determinadas formalidades, exigir que los testamentos se rodeen de ciertas garantías bajo pena de nulidad, gravar las sucesiones con determinados derechos; pero es abusivo y peligroso todo lo que tienda a menoscabar en su esencia tan fundamental derecho.

Sin desconocer lo que es debido a los herederos naturales, lo conveniente es, al considerar de la autora, asegurar la mayor extensión posible a la facultad de testar.

Merced a la influencia de los teólogos y canonistas de la Edad Media y aun de la Moderna, se ha desembarazado este derecho de muchas de sus trabas. Hoy día, a pesar de la creación efectuada en muchos países, de los herederos forzosos o reservatorios, es considerable la libertad que las leyes de algunos países dejan para disponer de los bienes por testamento.

Al análisis del grado de libertad de la autonomía de la voluntad privada en la disposición testamentaria, dedica la autora, en sentido general, este capítulo.

### **I.1 El instrumento jurídico testamentario o testamento. Denominación, conceptualización e historia del testamento como instrumento sucesorio**

Al iniciar cualquier estudio sobre la doctrina general del testamento, se impone la necesidad de su ubicación histórica como acto jurídico y, en especial de carácter *mortis causa*.

En este sentido, es dable comenzar hablando que, en *Egipto* no se conocieron los testamentos, la propiedad era de la familia, y ésta una especie de asociación de copropietarios, de tal modo, que si alguno quería disponer a favor de extraños, tenía que meterles en la familia por medio de la adopción.

Lo mismo sucedía en la *India* y en el pueblo hebreo; pero en éste el padre podía hacer la distribución de los bienes, y se cita el antedicho caso de Abraham, que entregó a Isaac toda su herencia, y a los hijos de concubinas les otorgó donaciones, lo cual ha originado la opinión de algunos, de que conocieron los hebreos los testamentos. Contra este hecho particular está la institución del *jubileo*, que es la demostración más palmaria de que la propiedad era familiar y el padre distribuía la herencia.

En Grecia, la sucesión tenía el sello de la familia oriental y el testamento se conoció en época muy avanzada. En Esparta no existió la institución del testamento hasta la guerra del Peloponeso, y en Atenas lo introdujo Solón para el caso de que no hubiera hijos legítimos.

En Roma, sin embargo, se considera muy antiguo este instrumento jurídico, y se justifica con el texto de las XII Tablas. En un principio, el antiguo derecho no admitió más el testamento hecho ante la Asamblea del pueblo (*calatis*), pues la institución de heredero era una adopción debilitada.

Posteriormente, apareció el testamento privado, el *mancipatorio*, en el que vendía el testador la herencia a un tercero *familiae emptor* y éste se convertía en dueño, no en propiedad, sino tan solo formalmente; es decir, como ejecutor de la voluntad, hasta que posteriormente el *familiae emptor* perdió ese carácter de *mandatario* y vino a sustituirle la institución de *heredero*.

El Derecho Pretorio convirtió el testamento en acto unilateral y bastó que el testador declarara su voluntad ante siete testigos rogados. Justiniano, por su parte, aceptó este carácter y fue admitido el testamento privado ordinario y los extraordinarios.

Entre los antiguos germanos, según dice *Tácito*, no se conoció el testamento. Se conoció la institución de la *afatomía*, que suponía una traslación solemne de la propiedad y que se hacía durante la vida a personas que no habían sido llamadas a suceder. Parece, según los datos históricos, que los primeros testamentos se hicieron a favor de las iglesias por los que morían sin hijos.

Al introducirse el Derecho Romano, y merced a la influencia de la iglesia, se generalizó el testamento entre los germanos, ordenándose que, se redactara el testamento estando sano el testador, para de esta manera evitar sugerencias.

Pero en el Derecho Germano no se admitió la institución de heredero en el sentido del Derecho Romano, o sea, con la solemnidad interna, y permitió que se pudiera morir parte testado y parte intestado.

En los códigos españoles, nos basta recordar lo dicho anteriormente respecto al espíritu que informaba a nuestras leyes en materia de sucesión, y sin perjuicio de plantear que, fue propio de los códigos de procedencia española no distinguir entre solemnidades internas y externas, y admitir múltiples formas de testar.

De todo lo expuesto hasta el momento, se puede apreciar claramente como el instrumento jurídico testamentario fue antecedido por una rica historia, ajustada a cada cultura en particular.

Ello, a partir de los aportes ofrecidos por la iglesia y fundamentalmente por el Derecho Romano, lo hizo merecedor de un importantísimo lugar dentro de las sucesiones, como máxima expresión del respeto a la voluntad de toda persona en su libre decisión de disponer en vida de todo o parte de su patrimonio, e igualmente de otras cuestiones no portadoras tal carácter, en vistas de surtir los efectos jurídicos deseados por éste a su deceso.

Sin dudas puede afirmarse que, cualquier reflexión histórica que se pretenda realizar sobre la institución jurídica del testamento, muestra la innegable importancia que reviste el hecho de testar, de ofrecer al sujeto la posibilidad definida de señalar su voluntad libre y espontánea sobre el destino que deberá darse al momento de su muerte a sus bienes, derechos y obligaciones; en suma a su patrimonio. Patrimonio que de cualquier forma es y será la acumulación de sus esfuerzos, de sus luchas, de sus metas y objetivos trazados en el devenir de la vida.

### **I.1.1 Origen etimológico del término testamento. Breve acercamiento a la denominación de testamento**

Se ha dicho, con toda razón, que el testamento es el principal tipo dentro de los actos de última voluntad. Que a su vez es especie de los actos *mortis causa*, siendo el

instrumento por demás, que mayores ventajas ofrece para disponer de determinadas cosas, como plena manifestación de la libertad humana.

Etimológicamente el vocablo *testamentum* se deriva de las voces latinas *testatio mentis*, “testimonio de la voluntad”, porque, efectivamente, es una manifestación de voluntad hecha delante de testigos<sup>4</sup>, con la excepción de licencia en las solemnidades que se ofrece con el testamento ológrafo.

Sin embargo, otras acepciones le hacen derivar de *testatio et mens*, o sea, *testimonio de la mente o de la voluntad*, origen que ya era rechazado desde los albores del Derecho Romano.

### **I.1.2 Diferentes visiones conceptuales sobre el instrumento jurídico testamentario**

De las definiciones reconocidas en las fuentes romanas sobre el instrumento jurídico testamentario, destacan la de Modestino<sup>5</sup> “...*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententiae de eo quod quis post mortem suam fieri velit...*”<sup>6</sup>, y la de Ulpiano<sup>7</sup> diciendo que, “*mentis nostrae iusta contestatio in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat*”<sup>8</sup>.

Según doctrina sentada por Manresa, en sede de derecho histórico español, testamento “...es el acto por el cual se expresa la voluntad del testador y se deja consignada en él para que pueda surtir sus efectos después del fallecimiento del que lo otorgó...”<sup>9</sup>.

Clemente Diego, atendiendo al Derecho común español lo define como “un acto unilateral, personalísimo, solemne, revocable, *mortis causa*, enderezado a disponer lo que queremos que se haga después de nuestra muerte en los límites y condiciones impuestas por el derecho objetivo”.

---

<sup>4</sup> (Ley 1ra, título 1, partida 6ta) de la Ley de las Siete Partidas.

<sup>5</sup> (Digesto. 28, 1, 1)

<sup>6</sup> “Testamento es nuestra voluntad en justa sentencia llamada a verificarse después de la muerte”.

<sup>7</sup> (Reg. XX, I). Ley de las XII Tablas.

<sup>8</sup> “Vemos [en el testamento] nuestra justa respuesta en un acto solemne para que valga en tanto a nosotros luego de nuestra muerte”.

<sup>9</sup> MANRESA Y NAVARRO, José M. “Comentarios al Código Civil español”. Tomo V. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid. 1896. p. 384

En general, el testamento ha sido definido en la doctrina clásica como “el acto jurídico por el cual una persona dispone de todo o parte de sus bienes para después de su muerte”. Tanta influencia ha tenido tal definición, que es la adoptada por la letra de la mayoría de los códigos civiles decimonónicos en sus libros de sucesiones.

El tratadista Sánchez Román critica esta definición, con lo cual coincide la autora, y plantea en primer lugar que no es exacta, en cuanto hace del testamento algo equivalente tan solo a una fórmula jurídica de ejercicio del poder de libre disposición de bienes, atribuyéndole un sentido exclusivamente patrimonial. Además refiere que no es completa, en virtud de no contener los caracteres esenciales del testamento (ser un acto personalísimo, solemne, revocable, etcétera.), de los cuales depende su validez y eficacia. Por último, la considera poco útil, planteando que de ésta no resulta aplicación práctica alguna<sup>10</sup>.

Según su posición, el mismo Sánchez Román ha concebido el testamento como un acto jurídico *mortis causa*, personalísimo, singularmente individual y unilateral, otorgado por persona con la capacidad especial legalmente necesaria, y con sujeción estricta a las formas de la ley, esencialmente revocable hasta su muerte, por virtud del cual declara su última voluntad acerca de la disposición de todos o parte de sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, y de cuantas otras manifestaciones de aquella se establezcan en el mismo, aunque no tengan aplicación patrimonial.<sup>11</sup>

Este, a juicio de la autora, es un concepto muy acabado en cuanto brinda una pormenorizada idea del instituto, acogiendo no sólo sus más peculiares caracteres, sino dando el más amplio alcance a su contenido.

Ha accedido la autora además, a diferentes conceptualizaciones del instituto testamento, que con mayor o menor detalle son contenidas en normas jurídicas y doctrina legal de países euroasiáticos. Sus enfoques van en el siguiente sentido: (1) “...testamento es una declaración de voluntad, en la cual se definen los herederos y la herencia (....)”; (2) “....es un acto creado durante la vida del sujeto para tomar efectos

---

<sup>10</sup> A decir del autor “no sería reprochable que las definiciones legales comprendieran de todos los elementos esenciales y característicos de cada institución.” *Vid.* SÁNCHEZ ROMÁN, *cit pos* .RIVAS MARTÍNEZ, José Juan. Derecho de Sucesiones Común y Foral. Tomo I, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2005, p.79

<sup>11</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. Estudios de Derecho Civil, tomo VI, volumen I, 2 edición, Sucesores de Rivadeneira, Madrid, 1910, pp. 207-208

solo luego de su muerte...”; (3) “...es la manera de crear, manifestar y asegurar la realización de la voluntad del testador; (4) “...el testamento representa la expresión de la formal voluntad del testador, sobre hacia quiénes y cómo sería su propiedad dividida en caso de su muerte<sup>12</sup>...”; (5) “...el acto del testamento toma la facultad de emitir provisiones legales, y empodera con ella a la voluntad del testador...”; y (6) “...el instituto del testamento representa el instituto básico para transferir derechos y obligaciones con efecto luego de la muerte...”<sup>13</sup>

Considera remarcable la autora, por la visión antropológica que ofrece, además de su completud, la definición de testamento ofrecida por la profesora *Shpresa Ibrahim*, cuando dice: “...es el instrumento, similar al contrato, cual un elemento de circulación de los derechos civiles, que crea el instituto básico para la transferencia de derechos y obligaciones con efecto *mortis causa*, basado en el espíritu de generosidad del individuo, en sus motivos internos para determinar el destino de sus propiedades, principalmente en consonancia con los valores emocionales para él sobre la persona que poseería tales propiedades en el futuro...”

El artículo 69.1 de la Ley de Sucesiones de Kosovo, dice que el acto de testamento “...significa la expresión de la postrera y libre voluntad, manifiesta en la forma prevista por la ley, por la cual el testador prevé cómo va a ser tratada su propiedad luego de su muerte...”

El Código Civil de la República Argentina, tal como el cubano, hijo legítimo del derecho tradicional español consideró al testamento como “...un acto natural de la vida, que, expresado con más o menos solemnidad, sirve para transmitir la propiedad, o como un medio de disponer de los bienes para después de la muerte...”.

El artículo 999 del Código Civil de Chile define que el testamento es “...un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva...”

---

<sup>12</sup> Puhan dr Ivo, Roman Law, (Etmmsak), Prishtina,1980, p. 415

<sup>13</sup> Gams dr Andrea.”Introduction to Civil Law”, Key instruments of civil law, p. 60

El artículo 476 de la Ley 59/87 *Código Civil de la República de Cuba*<sup>14</sup>, no es sino un trasunto del artículo 667<sup>15</sup> del *Código Civil* español, definiendo el precepto cubano que: “*Por el testamento, una persona dispone de todo su patrimonio o de una parte de éste para después de su muerte, con las limitaciones que este Código y otras disposiciones legales establecen*”, pero con el exceso de celo, característico de las leyes cubanas, deja sentadas genéricamente las limitaciones a tal definición.

Los autores cubanos Pérez Gallardo y Cobas Cobiella ofrecen sobre la institución del testamento, como dicen, una “definición aproximada”, conceptualizándolo como “...la expresión de la última y deliberada voluntad de un ser humano, exteriorizada solemnemente, conforme con la ley, por persona capaz, para que surta efectos jurídicos frente a terceros sólo después de la muerte de su otorgante, sin necesidad de que llegue a su conocimiento, por el cual se ordena la sucesión *mortis causa* de su autor, pudiendo ser reservorio de otras manifestaciones de voluntad de carácter no patrimonial...”<sup>16</sup>

Según la autora cubana García Arce, el testamento es, evidentemente, un negocio jurídico unilateral, personalísimo y solemne, esencialmente revocable, en virtud del cual una persona física, con capacidad suficiente, según su arbitrio y las normas legales, dicta disposiciones, ya sean patrimoniales o no, para surtir efectos después de su muerte.<sup>17</sup>

Si bien los rasgos y caracteres del testamento pudieran enunciarse al establecer un concepto de éste, buscando una verdadera aproximación al instituto, deriva la autora también trascendental el reflejo en su conceptualización del carácter extensivo de las disposiciones que forman el contenido testamentario.

---

<sup>14</sup> Ley 59 de 20 de julio de 1987 *Código Civil de la República de Cuba*. Publicado en la gaceta Oficial Extraordinaria número 9 del 15 de octubre de 1987. Impreso para la Universidad de La Habana Facultad de Derecho en ISPJAE Empresa Nacional de Producción del Ministerio de Educación Superior, Libro Cuarto. Capítulo I. Sección Primera p. 141

<sup>15</sup> Artículo 667 “El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes, o de parte de ellos, se llama testamento”. *Código Civil del Reino de España de 1889*. Ley de Bases del 11 de mayo de 1888, con el proyecto de 1851. Promulgado por Don Alfonso XIII, Rey de España y en su nombre durante su menor edad la Reina Regente del Reino, María Cristina. Publicado por Real Decreto del 6 de octubre de 1888 y a regir a partir del 11 de febrero de 1889. Gaceta de Madrid.

<sup>16</sup> PEREZ GALLARDO, Leonardo, y COBAS COBIELLAS, María E.” El acto jurídico testamentario. Contenido e interpretación. Capítulo V. del texto *Temas de Derecho Sucesorio Cubano*. Tomo I. Ed. Félix Varela. 1999. p. 155

<sup>17</sup>GARCIA ARCE, Idalmis."Disposiciones atípicas testamentarias. Incidencia de la revocación del testamento en las mismas.". Tesis de pre-grado. Universidad de Sancti Spíritus “José Martí”. Julio 2011.

De ahí que deje para acápites posteriores un razonamiento por enjuiciamiento crítico al restrictivo y excluyente artículo 476 de nuestra principal ley civil sustantiva.

Pero sí es claro, a pesar de las indefiniciones de Clemente Diego y Manresa al tenor, que la doctrina moderna de sucesiones (Sánchez Román, Pérez Gallardo, Cobas Cobiellas, García Arce, Panadero de la Cruz) se manifiesta a favor de incluir en el contenido del testamento, los llamados elementos atípicos de matiz no patrimonial aunque no necesariamente exentos de consecuencias de este carácter, conclusión que es directamente consistente con la posición sustentada por esta autora.

Finalmente, a modo de ver de la autora, testamento es aquel instrumento de derecho privado y manifestación de las últimas voluntades del causante, patrimoniales o no, con naturaleza y efectos jurídicos, mediante el cual dispone personalísimamente el destino de todos sus bienes, derechos y acciones transmisibles, como expresión de su autonomía y dignidad personal en tanto ley suprema de ordenación de este proceso sucesorio, para que dicho resultado de disposición sea ejecutado luego de su muerte.

### **I.1.3 Evolución histórica del testamento en el sistema de derecho romano-francés. Aportes de cada etapa histórica a la construcción técnico-jurídica de la institución del testamento**

El Derecho Romano, por la especial constitución de aquel pueblo, estableció como primeros y esenciales caracteres de la sucesión por causa de muerte: (1) la universalidad, (2) la unidad, y (3) la indivisibilidad, según los que era considerado el heredero como el continuador de la personalidad jurídica del finado.

De estos principios eran consecuencia necesaria, entre otras reglas, la incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la legítima, que dio lugar a la máxima jurídica jamás rota *nemo pro parte testatus decedere potest*; así como la de que el heredero, una vez adida la herencia, no podía dejar de serlo *semel hoeres semper hoeres*; y la importancia dada a la institución de heredero, la cual era considerada *caput et fundamentum totius testamenti*, hasta el punto de que, si la institución no prevalecía, el testamento tampoco podía prevalecer; y si bien con el tiempo se relajó algún tanto el rigor de estos principios, siempre quedó como doctrina invariable que el testamento no podía subsistir sin la institución de heredero.

El *testamentum* en el Derecho Romano no era válido sin una *institutio heredis* que resultara efectiva; pues, si ninguno de los herederos instituidos aceptaba la herencia, todo el testamento quedaba *irrito*, o sea, roto. Un testamento podría contener solamente una *institutio heredis*, pero no tan sólo legados.

Resume Vallet de Goytisolo los principales prototipos de testamentos reconocidos en su evolución histórica por el Derecho Romano. Así, en el derecho más arcaico hubo dos formas de testamento: el *testamentum calatis comitium* en forma de ley pública y el *testamentum in procintu*, ante la *comitia curiata* e *in acie pro-cincta*, o sea, comunicado a las personas más próximas al testador equipados con las armas de combate, dispuesto para la batalla.

El primero de los testamentos mencionados requirió en un principio la consulta de la asamblea popular y más concretamente a los *comitia curiata*, motivando un decreto de éstos o una moción o propuesta del pontifex maximus con el consentimiento del *pater familias*, y limitándose el pueblo a atestiguar el acto. Desaparecidos los comicios curiados, treinta lectores sustituyeron simbólicamente a las treinta curias<sup>18</sup>.

La tercera forma de testamento – nos describe Vallet- fue el *testamentum per aes et libram*. Se trataba de un artificio de la antigua jurisprudencia cautelar romana, formalizado del siguiente modo: el testador enajenaba todo su patrimonio, presente y futuro (*familiae pecuniaque*), mediante una *mancipatio nummo uno*, a otra persona (*familiae emptor*), a quien ya sea oralmente, en la *nuncupatio familiae*, o bien por escrito, en las *tabulae testamenti* – en la que se refería la *nuncupatio*-, daba instrucciones relativas a la distribución que debería efectuar a su muerte.

En este mismo orden puede apreciarse como en la época feudal se infiltra el Derecho Romano, y se usaron los testamentos en forma de donación irrevocable, siendo esta referencia de trascendental valor, pues para este entonces el testamento se llegó a otorgar ante un notario religioso o cura del lugar, o sea que ya se hablaba del término notario y éste escuchaba del testador su dictado y lo escribía en pliegos para entregar dicho pliego al otorgante como constancia de su voluntad.

Sin embargo, en la época monárquica, fue precisamente la Iglesia Católica, Apostólica y Romana, la que contribuyó para que se ampliara la importancia del testamento; pero

---

<sup>18</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. Panorama del Derecho de Sucesiones, Tomo I – Fundamentos, 1ª edición, Civitas, Madrid, 1982, pp. 961 - 964

cuando se consolidaron las grandes monarquías modernas y los tribunales eclesiásticos perdieron su fuerza, el testamento dejó de ser un acto religioso para convertirse en un acto puramente civil.

Es entonces que, el testamento adquiere su fisonomía propia, y se le reconoce como un acto unilateral de última voluntad, siendo usado en las regiones de derecho escrito únicamente el testamento místico o cerrado, y en las zonas de derecho costumbrista el ológrafo, conocido desde la época feudal.

A pesar de esto, la historia jurídica del instrumento testamentario tuvo su verdadero origen a fines de la edad media, con la invasión de los pueblos godos, aplicándose en el *breviario de Alarico* normas que se utilizaban en el imperio romano, con la diferencia que al hablar de testamentos escritos, no se requerían testigos, así como, no se hablaba de testamento militar.

Igualmente en este devenir histórico aparecen entre otros, los fueros constitucionales, fuero viejo, fuero real, desprendiéndose entre algunas de las formalidades: que el testamento debía hacerse por el escribano debiendo poner un sello ante buenos testigos, la publicidad del testamento, su revocabilidad, la no coacción o violencia hacia el testador.

Además, en las leyes de enjuiciamiento civil de 1885, se exigió como formalidad protocolizar los testamentos ante escribano público, y en algunos casos se exigió la comparecencia hasta de quince testigos, pudiéndose señalar como formalidades aplicables al mismo: que el testador tuviera plena capacidad, que los testigos fuesen idóneos y estuviesen presentes el tiempo que durara el otorgamiento, y que éste se realizara en un solo acto.

Pero, no fue hasta las *Leyes de Partidas* que se llevaron al derecho español, del que se derivó posteriormente nuestro derecho nacional, y la mayor parte del sistema sucesorio de la legislación romana; si bien pronto fue transformado en el siglo XIV con la publicación del Ordenamiento de Alcalá, reforma radical en cuanto a la mezcla y compatibilidad de las sucesiones testamentarias y legítimas, fundamentalmente, procurando con total empeño facilitar todo lo concerniente a la manifestación de voluntad de los involucrados en dichos actos.

En virtud de estas reformas sucesivas introducidas al derecho español de sucesiones, la testamentifacción tanto activa como pasiva dejó de ser facultad de derecho público y privativa del ciudadano, para convertirse en derecho privado y común a todas las personas *sui iuris*, y desapareció asimismo el principio de universalidad de la herencia, que, con la necesidad de la institución y la adición, constituían la base principal y especialísima del régimen romano.

Inspirada la legislación española a partir de entonces, en el único propósito del respeto a la voluntad, expresa o presunta del causante, admitió como la mayoría de las otras legislaciones dos clases de sucesiones: la testamentaria, cuando el testador transmitía mediante la expresión de su voluntad a los herederos instituidos los bienes de su herencia, y la legítima, cuando no existía testamento o éste era ineficaz, y cuando el heredero instituido no quería o no podía aceptar la herencia.

El respeto a la voluntad del testador se convirtió a partir de estos momentos, según constante doctrina y jurisprudencia, en la ley por la que habría de regirse la sucesión testada, suprimiendo requisitos y solemnidades que las Partidas habían reproducido del Derecho Romano.

En este sentido, cualquier persona de ambos sexos que no estuviera comprendida en ninguno de los casos de incapacidad o de excepción establecidos por la ley, podía hacer testamento, por sí u otorgándole su poder a otro, a fin de que en su nombre lo ordenase o concluyera el ya comenzado.

De este modo, se amplió considerablemente la capacidad para ser instituido como heredero, estableciéndose como tal, a aquellos que podían serlo siempre que no tuvieran prohibición alguna para ello.

Como es de percibir, el notable avance que iba experimentando la institución del testamento condujo al despojamiento de todo aquel carácter privilegiado que le había sido otorgado por la legislación romana, para atribuirlo, lo mismo al varón que a la hembra, al noble que al vasallo, sin otra limitación que las taxativamente marcadas por las leyes.

## **I.2 Naturaleza jurídica del testamento**

En sede del derecho histórico español, los tratadistas del siglo XIX discutían acerca de la verdadera naturaleza jurídica del testamento. Unos opinaban que constituía un

verdadero contrato; otros, que tiene los caracteres de una obligación condicional, y otros, que parece más una donación, aunque a veces puede ser forzosa y no nacida de pura liberalidad, sino impuesta por la ley.

Al final coincidieron en que no era, el testamento en modo alguno, ni contrato, ni obligación condicional, ni donación, sino puramente un acto de la voluntad, como expresa la definición española, mediante el cual una persona dispone de sus bienes para después de su muerte.

En conclusión, de acuerdo a la doctrina española sobre la naturaleza jurídica de la construcción del testamento, se definió que el mismo (1) es un acto de la voluntad, y por tanto, tiene que ser libre y espontánea la determinación de ésta, (2) es un acto personalísimo del testador, y así se deduce, al decir que por dicho acto una persona *dispone de todos sus bienes o de parte de éstos*, puesto que dichos términos excluyen la posibilidad de que el testador disponga de los bienes de otro, (3) es revocable como consecuencia de ser acto de la voluntad, la cual, como es libre, puede cambiar hasta el momento en que se produzca la muerte misma del testador, (4) éste no se desprende luego de disponer de los bienes, porque la disposición hecha sobre los mismos es para después de su muerte, y (5) puede ser general o parcial dicha disposición.

Por otra parte, la doctrina que ha estudiado el tema ubica a Jordano Barea, quien ha seguido a la más selecta doctrina científica italiana, como el principal exponente de las tesis que se han disputado la construcción dogmática del testamento.

Barea aprecia que la doctrina sobre el particular se mueve en tres concepciones fundamentales del testamento<sup>19</sup>, a saber: en sentido formal; en sentido sustancial y amplio; y en sentido sustancial y estricto. En sentido formal lo más importante en el conceptuar el testamento no en su consideración de negocio jurídico, sino el concebirse como una simple forma documental apta para recoger en sí la más disímil gama de negocios a causa de muerte admitidos en el ordenamiento jurídico. Lo que caracteriza al testamento más que un determinado contenido es la forma. De esta manera se contempla al testamento como un simple caparazón en que pueden tener cobija las más variadas manifestaciones de última voluntad con designio normativo.

---

<sup>19</sup> BAREA, Jordano. "El testamento y su interpretación". Comares, Granada, 1999.p. 4-5

En sentido sustancial y amplio se concibe al testamento como un tipo negocial a causa de muerte, de carácter general y contenido variable, patrimonial y no patrimonial. Según esta variante el testamento se asimila con el acto de última voluntad y éste con aquel, donde tienen cabida las más variadas disposiciones del testador, no ligadas necesariamente con el patrimonio<sup>20</sup>.

En sentido sustancial y estricto el testamento, es el negocio jurídico unilateral *mortis causa*, típico, por el cual se dispone del patrimonio para después de la muerte.

En un enjuiciamiento crítico sobre la construcción teórica del testamento a partir de los enfoques anteriores, el autor Pérez Gallardo considera más acertada y completa la consideración del testamento en su sentido sustancial y amplio, dando por demás, apoyo a la tesis del testamento en cuanto a acto jurídico contentivo no solo de las disposiciones patrimoniales, sino de las no patrimoniales no necesariamente ligadas a éste de manera directa, y que dan reconocimiento a la inclusión de los llamados elementos atípicos dentro del contenido del testamento, posición descriptiva que constituye objetivo de este trabajo de diploma, a pesar de que nuestra ley sustantiva de mayor ratio en sede civil no se defina específicamente a tal menester.

### **I.2.1 La base fundacional y social del testamento y su relación con la autonomía personal de la voluntad privada**

El término autonomía se deriva del griego, donde *autos* significa propio y *nomos* quiere decir regla. Es decir, que se podría afirmar que quiere significar las “*propias reglas de la voluntad*”. Este término se ha utilizado a lo largo de la historia del mundo en distintos órdenes, como el político, el filosófico, el jurídico, etcétera.

Dice Romeo Casabona “...el principio de autonomía significa el reconocimiento de la libre (autónoma) decisión individual sobre sus propios intereses, siempre que no afecte a los intereses de un tercero, o respeto a la posibilidad de adopción por los sujetos de decisiones racionales no constreñidas. Supone que cada ser humano tiene el derecho a determinar su propio destino vital y personal, con el respeto a sus propias valoraciones y a su visión del mundo, incluso, aunque se tenga la plena convicción de que son erróneas y de que son potencialmente perjudiciales para él...”.

---

<sup>20</sup> Es la posición que adoptan los Códigos Civiles de Bolivia (artículo 1112), Perú (artículo 686), Portugal (artículo 2179) e Italia (artículo 587)

En el plano contractual la autonomía de la voluntad proviene de dos libertades fundamentales, que son, la libertad para concluir un contrato y la libertad para configurarlo, concluyendo que, todas las ideas respecto a la autonomía coinciden en que son dos los elementos esenciales que la integran: (a) la libertad, y (b) la capacidad de actuar.

En este orden, cuando la ley reconoce fuerza obligatoria a los contratos, tiene en cuenta el respeto debido a la voluntad humana, considerando además otros factores como: la seguridad del comercio jurídico y el deber moral de respetar la palabra empeñada, pero tratándose del testamento, el problema es distinto.

La validez que la ley reconoce a las disposiciones testamentarias no tiene otro punto de apoyo que la voluntad del causante. Aquí no puede hablarse de comercio jurídico ni de palabra empeñada; estos elementos que limitan el libre imperio de la voluntad en materia contractual no juegan en los testamentos. No hay, en el acto, frente al testador, otra parte, cuyos derechos sean tan respetables como los de él mismo, tal como ocurre con los contratos.

Por ello, al destacar el papel que ha desempeñado la autonomía de la voluntad personal, expresada testamentariamente, puede enmarcarse desde el incipiente Derecho Romano, en las normas legales que regulaban la sucesión legítima en la persona del *pater familias*, dentro de la Ley de las XII Tablas, que sólo daba lugar a la sucesión legítima *si intestato moritur*.

Prevalencia que tiene su *ratio* en que el testamento, concretado primigeniamente a la institución de heredero, tenía la finalidad de asegurar la unidad de la familia mediante la designación de su nueva cabeza, evitando su disolución. De ahí, la necesidad de designar un sucesor o heredero, lo que no era posible sino mediante testamento, lo que virtualiza la importancia social que tomó esta figura.

Por su parte, nuestro ordenamiento jurídico le ha otorgado gran preeminencia a la voluntad del causante, aunque con otra dimensión, mucho más afín al contexto actual, manifestándose de forma positiva en el *Código Civil cubano*.

Así, se reconoce a la voluntad del causante como primera fuente de las sucesiones (*vid.* artículo 467.1); la sucesión testamentaria se regula con preeminencia a la *ab intestato*, cumpliendo esta última funciones supletorias o complementarias de la

primera (*vid.* artículo 476 en relación con artículo 509); la voluntad del testador incide en la determinación de si estamos en presencia de un heredero *ex re certa* o de un legatario simple (*vid.* artículo 468.3); y corresponde únicamente al testador rehabilitar a los incapaces para suceder reconocidos en el artículo 469.1 (*vid.* artículo 469.2); la amplia libertad de testar (*vid.* artículo 492.1).

Continúa nuestra ley reconociendo la preeminencia de la voluntad del testador en la regulación de que puede el testador distribuir todo el patrimonio en legados (*vid.* artículo 499); tiene la posibilidad el testador de imponer un modo a herederos o legatarios instituidos (*vid.* artículo 496.2) o de imponer sublegados a los legatarios (*vid.* artículo 497); le compete al testador el nombramiento de albaceas, con las facultades expresamente conferidas por él, en el término también señalado al efecto (*vid.* artículos 505.2, 506.1 y 3); y le está atribuido al causante el poder ejecutar por sí mismo la partición, ya sea por actos entre vivos o *mortis causa* (*vid.* artículo 534); entre otras.

Lo anteriormente expuesto nos permite concluir que, al tratar la incidencia de la autonomía de la voluntad privada en los actos jurídicos en general, debemos destacar que el verdadero sentido que la misma comprende asume criterios distintos, según se trate de contratos o testamentos.

Justamente en materia testamentaria, lo que más interesa es la voluntad del causante, lo cual nos dará la medida de la libertad de la que dispone el referido a la hora de ordenar en el testamento todo lo que desee, ajustándose para esto a las prescripciones legales que en materia de sucesiones prevé su legislación civil, como máxima expresión del respeto a su auténtica voluntad al sobrevenir su deceso.

El inicio del siglo XXI ha venido a ofrecer una mayor amplitud a la personalidad jurídica del individuo. Tal se ha reflejado en una relativización de los extremos máximo y mínimo de ese atributo. Ya no es totalmente exacto decir que “la personalidad comienza con el nacimiento y se extingue con la muerte”, porque los ordenamientos jurídicos están reconociendo ciertos derechos (aunque condicionales y relativos, formadores de la llamada *personidad*) al concebido aún no nacido; y ciertos derechos a futuro más allá de la extinción de la persona física, que forman la llamada *personalidad pretérita o post-mortem*.

En ese escenario la autonomía privada de la voluntad tiene el papel protagónico, aunque aun subsistan los límites establecidos tanto por las leyes, como los generalmente indefinidos como la moral, las buenas costumbres, el orden público y la utilidad social. Es lo que ha creado, por ejemplo, el dilema de la prevalencia entre los principios de beneficencia y autonomía de la voluntad, en la biojurídica.

Puede, en este punto, crearse un paralelo con la afirmación de Peces-Barba "...la fundamentación más adecuada de los derechos humanos (...) es la ética racional. Los derechos fundamentales son la realización histórica de una determinada concepción moral que sitúa como eje la dignidad del hombre y los valores libertad e igualdad como cauces para alcanzarla..."<sup>21</sup>. En esa misma cuerda puede afirmarse que la autonomía de la voluntad como expresión del reconocimiento a la dignidad personal, manifiesta a través de los derechos reales (en lo patrimonial) y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (en lo no patrimonial), es lo que constituye la esencia sustantiva del negocio jurídico testamentario moderno.

### **I.2.2 Rasgos o peculiaridades del testamento en tanto instrumento**

En sentido general es frecuente usar el término, instrumento, por extensión, para denominar dispositivos o procedimientos que aumentan la capacidad de hacer ciertas tareas.

Un documento, en tanto instrumento, es el testimonio material de un hecho o acto realizado en el ejercicio de sus funciones por instituciones o personas físicas, jurídicas, públicas o privadas, en lenguaje natural o convencional. Es el testimonio de una actividad del hombre fijado en un soporte. Las características intelectuales son el contenido, la finalidad y el tema.

Tradicionalmente se afirma la existencia de una clasificación bipartita en orden a los instrumentos, en *públicos* y *privados*, requiriendo los primeros, según la doctrina, de la intervención de oficial público, y se constituyen, además, de extraordinaria importancia por los efectos que producen en la seguridad jurídica que brindan, al formar prueba fehaciente de la realidad de los actos que contienen, no siendo objetados por falsedad y gozar de una notable certidumbre entre los otorgantes y frente a terceros, con cierta eficacia *erga omnes*.

---

<sup>21</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales. Teoría general. BOE-Universidad Carlos III. Madrid. Madrid. 1999. p. 322

A diferencia de éstos, los *privados o particulares*, al no estar rigurosamente pautados en ningún procedimiento y reuniendo los caracteres de todo instrumento, no requieren la intervención de un oficial público, lo que no obstaculiza la gran relevancia que adquieren en el tráfico jurídico.

En este sentido al testamento le son aplicables estas dos modalidades, bien disponga la persona cumpliendo las formalidades exigidas por la ley sucesoria, relativas al testamento notarial, es decir, ante Notario Público facultado para dar fe de tan trascendental acto jurídico y ante la presencia de dos testigos idóneos para asegurar la veracidad y solemnidad de dicho acto; o bien disponer de todo su caudal con apoyo del testamento ológrafo, por disposiciones hechas de su puño y letra en acto privadísimo, sin menoscabo del cumplimiento de posteriores requisitos que exige la ley para reconocerle validez en el tráfico.

A este tenor, resulta insoslayable poder afirmar que, la forma escogida a la hora de instrumentar el negocio jurídico testamentario dependerá, sin dudas, de la soberana voluntad del testador en su derecho de opción por la vía que estime más adecuada al momento de realizarlo, del que se derivarán los efectos jurídicos deseados por el mismo al advenimiento de su muerte, siempre respetando las disposiciones legales que en materia de sucesiones contempla su ley sustantiva civil.

Resulta entonces incuestionable la idea de que sea cual fuera el instrumento utilizado por el individuo en el acto de otorgar testamento, sea público o privado, cada uno con las solemnidades y requisitos exigidos por la ley; dicha institución no perderá nunca su verdadera esencia, siempre y cuando se respete íntegramente la autonomía de la voluntad privada del causante, que sí se erige como principio rector y por demás inviolable en este sentir, pues la vía a emplear y en la que finalmente quedarían materializadas sus pretensiones, a pesar de ser nuestro Derecho Notarial un derecho de formas por excelencia, constituye sólo el camino que debe transitar todo autor de un testamento para hacer realidad su voluntad después de fallecido.

No importa el carácter de público o privado del testamento en cuanto instrumento, a opinión de esta autora en ambos documentos tiene cabida la inclusión de los elementos atípicos en el contenido del negocio jurídico testamentario; pues ellos no afectan la verdadera esencia del instrumento en aras de ser testigo de la voluntad del causante, excepto en determinadas disposiciones personalísimas que tienen que ver

con la personalidad jurídica de otros individuos, ejemplo: el reconocimiento de un hijo, y ante lo cual el causante tenga la intención de que se de a la publicidad tal circunstancia luego de su muerte.

### **I.3. El testamento como negocio jurídico o tipo especial de acto jurídico**

En este sentido, ya se ha explicado por qué el testamento es un acto jurídico como manifestación enteramente deliberada y libre de una persona física, único tipo de persona que para el Derecho tiene aptitud para testar. Acto en que la muerte juega el rol de ser elemento causal-funcional, *ratio* misma de su existencia. Por consiguiente, al testamento le resultan de aplicación todas aquellas normas del *Código Civil* reguladoras del acto jurídico, en lo que no se avenga en contra de su propia naturaleza, aunque quedarán excluidas las relativas a la representación, porque siendo el testamento un acto de excepcional importancia, en el que se manifiesta la última voluntad del testador, no cabe intervención de otra persona.

Por tanto, como tipo especial de acto jurídico, para la *communis opinio* dentro de los elementos que lo caracterizan encontramos:

#### **a) Su unilateralidad**

Es acto de una sola persona. Son nulas todas las disposiciones contenidas en el testamento otorgado por dos o más individuos a un tiempo, ya sean en beneficio recíproco de los otorgantes, o de una tercera persona.

De ahí que, se considere al testamento necesariamente como un acto unilateral, que sólo requiere una única declaración de voluntad: la del testador<sup>22</sup>. Atrás han quedado las tesis que se han fundado en una pretendida contractualidad del testamento, al intentar equiparar la aceptación por el heredero al valor que tiene la aceptación del destinatario en la oferta contractual<sup>23</sup>. Ni el testamento es una oferta, ni la aceptación del heredero es una respuesta a esa institución de heredero, en la que el testador se limita a nombrar al designado, para que a su muerte tenga lugar a su favor la vocación

---

<sup>22</sup> Así se ha pronunciado expresamente la jurisprudencia argentina: “El testamento es un acto unilateral, es decir, que para su formación basta la voluntad de una sola persona sin requerirse el concurso de la voluntad de otro. Ello es así, aunque se afirme que acaecido el fallecimiento del otorgante se requiere la aceptación de los institutos en el testamento para que se perfeccione el acto, ya que la vigencia de las disposiciones testamentarias no depende de dicha aceptación sino del fallecimiento”. (CNCiv., sala C, marzo 15-1995). ED, 164-225.

<sup>23</sup> Así, CIMBALI, *cit. pos.* BAREA, Jordano. El testamento..., *cit.*, p. 38

y delación hereditarias. Testamento y aceptación son dos negocios jurídicos distintos y autónomos.

Como expresa Jordano Barea la *ratio* de esta unilateralidad viene dada como vía para garantizar la absoluta independencia en la formación libre y espontánea de la voluntad. Por ello, la unilateralidad no es sólo condición suficiente, sino también necesaria, para que el acto despliegue sus efectos. Se establece imperativamente la estructura *ex uno latere* de la declaración de última voluntad testamentaria<sup>24</sup>.

#### **b) Ser una declaración de voluntad de naturaleza no recepticia**

Muy vinculada a la unilateralidad, la declaración de voluntad testamentaria no requiere del conocimiento de los herederos o legatarios instituidos para que surta plenos efectos jurídicos para éstos, tras el deceso del testador. Se trata de una declaración de voluntad que por sí sola da vida al testamento. Tal declaración de voluntad *per se* es suficiente para crearlo.

La aceptación de los beneficiarios, sólo es necesaria para la adquisición de los bienes hereditarios, pero tal negocio es independiente del testamento. Ello es aplicable aun se trate de testamento epistolar.

El testamento siempre se dirige a la posteridad (terceros *supérstites* en general). La comunicación al tercero, eventual interesado (ya heredero o legatario) o no, simplemente tiende a facilitar el conocimiento de la declaración de voluntad testamentaria para su ulterior ejecución.

#### **c) Ser un acto *intuitu personae***

La llamada personalidad del testamento implica el carácter personalísimo que este tiene. Su otorgamiento es indelegable, insustituible. Están proscritos los poderes testatorios. Tampoco se admiten los testamentos por comisario o mandatario. Quienes resulten incapaces para testar, simplemente no tienen *testamentifactio* activa y, en consecuencia, su sucesión se rige inexorablemente por la sucesión *ab intestato*.

Este carácter viene regulado en el artículo 477.1 de nuestro *Código Civil*. En este sentido el ordenamiento jurídico cubano no admite excepción de tipo alguno.

---

<sup>24</sup> *Vid.* BAREA, Jordano.op y loc. ult. cit., p. 38

#### **d) Ser un acto individual**

No solo se trata de que el testamento sea un acto unilateral. La unilateralidad responde al número de declaraciones de voluntad que estructuralmente conforman al acto. El carácter individual o unipersonal del testamento es el sustento por el que la mayoría de los ordenamientos jurídicos prohíben bajo nulidad radical o absoluta la mancomunidad testamentaria, esto es, el que más de una persona otorgue testamento conjuntamente, lo que ha sido también pronunciado a través de la jurisprudencia<sup>25</sup>. No obstante, en tales casos seguirá siendo el testamento unilateral cuando dos o más personas testan en un mismo instrumento en beneficio de un tercero (testamento mancomunado conjuntivo). Tiene su expresión normativa en el artículo 477.2 del *Código Civil cubano*.

La razón de su prohibición la sitúa la doctrina en evitación de disposiciones captatorias y para asegurar la libre revocabilidad del testamento, que resultaría comprometida en el caso de disposición mancomunada bilateral o hecha en provecho recíproco (testamento mancomunado mutuo). Su violación, al igual que el del carácter individual genera la nulidad absoluta y total del testamento ex artículo 67 inciso ch) en relación con el artículo 477, ambos del *Código Civil*.

#### **e) Ser un acto esencialmente revocable**

Basado en el principio de que *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*<sup>26</sup> se ha sustentado el carácter esencialmente revocable del acto jurídico testamentario. Sólo con ello se logra de que *suprema voluntas potior habetur*.

El testamento es revocable *ad nutum*. El fundamento de su revocabilidad lo vamos a encontrar precisamente en su naturaleza jurídica que justifica su irrelevancia jurídica externa antes del fallecimiento. Su positivización se sitúa en el artículo 479 del *Código Civil*.

---

<sup>25</sup> Así, en la jurisprudencia argentina se ha dicho: “La mancomunación en el testamento por acto público ocurre cuando se otorga una sola escritura, conteniendo dos voluntades testamentarias, pero valen los testamentos independientes otorgados por dos o más personas, el mismo día y en el mismo protocolo unos a continuación de los otros, y aun cuando sean correspectivos, recíprocos o a favor de un tercero, pues en ese caso, cada acto tiene su propia individualidad y puede ser revocado automáticamente”. (CAPEL.CC Azul, sala I, marzo 29-1996). ED, 168-453; - “Del carácter unipersonal del testamento surge la prohibición de efectuar testamentos conjuntos o mancomunados, establecida con claridad en el art. 3618 del Código Civil, que son aquéllos que otorgan dos o más personas en un mismo acto. Haciéndolos en distintos actos, los testamentos son válidos aunque los testadores se instituyan recíprocamente”. (CApel.CC Azul, sala I, marzo 29-1996). ED, 168-453

<sup>26</sup> ULPIANO: 1. 4, D., de adimendis legatis, 34, 4

La revocación del testamento es como la derogación de la ley en período de *vacatio*: un acto que elimina el valor del testamento como precepto de Derecho privado.

Frente a la revocabilidad esencial de los testamentos se han considerado opuestas las cláusulas *derogatorias* de testamentos posteriores y las denominadas *ad cautelam*, dirigidas a obstaculizar anticipadamente el efecto derogatorio ejercido por los testamentos ulteriores sobre alguno anterior mediante la inserción en éste de cláusula de este tipo.

Para Vallet de Goytísolo "...la finalidad de estas cláusulas era la de prevenir determinadas circunstancias personales del testador, tales: su necesidad de ocultar sus verdaderas determinaciones; el temor de influjos posteriores de las personas que le rodearon o de su debilidad en la última enfermedad, o cualquier otro accidente que pudiera influir en que se viera compelido a efectuar alguna disposición testamentaria que no correspondiere a su serena reflexiva y libérrima voluntad. Para ello recurría el testador a la previsión de que el testamento que otorgaba no se entendería revocado si el posterior no contuviese la específica cláusula derogatoria prevista al efecto, ya sea reproducida entera o en cuanto a ciertas palabras o expresiones, señaladas como contraseña de la verdadera voluntad derogatoria..."<sup>27</sup>.

#### **f) Ser un acto solemne**

Tal solemnidad es aplicable a todo tipo de testamento común u ordinario (*vid.* artículo 483 del *Código Civil*) e, incluso, atisbada, también a los testamentos especiales (*vid.* artículo 487 del *Código Civil*).

La constancia de la voluntad del testador debe revestir las formas jurídicas estimadas necesarias para su validez y eficacia, cuyo quebrantamiento da lugar a la nulidad (*vid.* artículo 67 inciso d) del *Código Civil*), sin que quepa confundir el testamento en sí con la forma que le cubre, si bien ésta juega un rol *ad solemnitatem*. El incumplimiento de las formalidades exigidas *ex lege*, trae aparejada su nulidad como tendremos ocasión de apreciar, cuya imperatividad viene dada por el interés del legislador de proteger la manifestación de voluntad ante comportamientos que denoten ligereza por parte de éste, o actos que supongan presiones externas. Las solemnidades de cada tipo testamentario vienen reconocidas en el *Código Civil* en los artículos 484 y siguientes.

---

<sup>27</sup> VALLET DE GOYTÍSOLO, Juan B. Panorama...I, cit., p. 971

En general, es ciencia constituida entre los estudiosos cubanos, con lo que también coincide la autora, en cuanto a considerar al testamento como un negocio jurídico, y por tal denominarle entonces negocio jurídico testamentario.

Este mismo sentido es reafirmado por la autora Ediltrudis Panadero de la Cruz cuando dice que "...el testamento es un acto jurídico, lo cual no excluye la posibilidad de que solamente se le considere negocio jurídico pero con su apellido (mortis causa), unilateral, formal, solemne..."

No obstante a ello, como negocio jurídico, el carácter unilateral y no recepticio del testamento es relativo. La relatividad de su unilateralidad radica en que existen dos manifestaciones de voluntad, o concierto de voluntades entre el causante y los causahabientes, pero ambas no se manifiestan al unísono, como es tradicional en los contratos, sino que se exteriorizan en dos momentos diferentes: el causante la exterioriza al momento de testar, y el causahabiente al momento de aceptar o repudiar la herencia. No se constituye el negocio jurídico testamentario hasta que el heredero llamado no acepta, o no aceptando se transmite el derecho de suceder al próximo en la línea sucesoria. En tanto no exista aceptación por alguien, no tiene vida propia el instrumento jurídico testamentario aunque esté revestido de validez jurídica, pues su finalidad en tanto instrumento es sencillamente transmitir.

### **I.3.1 La teoría general de la Relación Jurídica Testamentaria**

Con el nombre de relación jurídica sucesoria se designa al expediente o recurso teórico-metodológico que explica el tránsito de las posiciones jurídicas, sean activas o pasivas, de causante a causahabiente como consecuencia de la muerte del titular de los derechos y (u) obligado al cumplimiento de una prestación determinada (*vid.* artículos 22 y 23, todos del *Código Civil*).

Considera Royo Martínez que "la relación jurídica entre el muerto y el sucesor es una relación exclusivamente causal o sucesoria, es decir, justificativa de la adquisición de titularidades por parte del segundo".

Sabemos que una relación jurídica, como objeto de regulación de una disciplina normativa concreta, es aquella relación social o de hecho entre personas que el Estado eleva a la categoría de jurídica sometiéndola al imperio del Derecho.

Sin embargo, la relación jurídica sucesoria es una excepción al concepto (y en esto radican sus peculiaridades), pues es sólo una creación artificiosa de la ley (cfr. artículo 22 del *Código Civil*) que permite diseñar la adquisición derivativa traslativa que se produce entre dos sujetos de Derecho que no coexisten en el tiempo, de ahí que no pueda hablarse de polos activo o pasivo como partes del vínculo jurídico o sujetos situados uno frente al otro, en posiciones jurídicas contrarias; ni es generadora de derechos y obligaciones recíprocos. Constituye un instrumento de ficción que permite describir el *íter* de las titularidades y (u) obligaciones de causante a sucesor. La auténtica relación jurídica sobrevive a la muerte, habiendo sólo una mutación en su elemento personal.

Se denomina *causante*<sup>28</sup> (testador o simplemente *de cuius* si ha muerto intestado) al sujeto *del cual se trae causa*, aquel que con su muerte origina la necesidad jurídica de ofrecer un cauce o destino al conjunto de relaciones de Derecho en las cuales intervenía como sujeto activo y (o) pasivo, que no se extinguen con el fallecimiento, integrando el patrimonio hereditario.

En el otro lado de la relación jurídica sucesoria se encuentra el sujeto que, sea por voluntad del causante o por ley, recibe las titularidades y (u) las obligaciones; aquel que subentra en la posición jurídica, activa o pasiva de su causante. Se denomina *causahabiente*<sup>29</sup>, y será heredero cuando no sólo adquiere los derechos o facultades sino también las obligaciones transmisibles *mortis causa*; o *legatario*, en caso de que se constituya *ex voluntate* en un mero perceptor de bienes o de una fracción del caudal relicto (*vid.* artículo 23 inciso a) del *Código Civil*).

El objeto de la Relación Jurídica Sucesoria es la herencia misma. La herencia como objeto nuclear de la sucesión *mortis causa* comprende el conjunto de derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte de su titular.

Cuando preguntamos por la causa de la relación jurídica sucesoria pensamos inmediatamente en la muerte, acontecimiento natural de que depende la apertura de la

---

<sup>28</sup> Es causante solamente la persona natural cuya muerte ha sido debidamente acreditada, dando lugar necesariamente a la apertura de su sucesión, deviniendo su patrimonio en herencia o *universitas iuris* objeto de regulación independiente.

<sup>29</sup> Causahabiente o sucesor es aquella persona natural o jurídica que adquiere, por causa de muerte y en virtud de un título sucesorio válido, los derechos y(u) obligaciones que conforman la herencia del fallecido. A tenor del artículo 480.1 *Código Civil*, puede ser instituida heredera o legataria cualquier persona natural o jurídica, norma que no contiene sino un corolario de la personalidad jurídica en sede sucesoria.

sucesión. Sin embargo, para responder con exactitud técnica, debemos cuestionarnos a partir de qué momento queda válidamente constituida la relación jurídica sucesoria. Si además tenemos presente que ésta no es una relación jurídica real sino *ficta*, resulta un tanto difícil encuadrarla en alguna de las causas reconocidas en el artículo 47 del *Código Civil* en relación con el artículo 23 inciso c) del propio texto legal.

El vínculo jurídico causante-causahabiente no se apoya en bases objetivas desde el momento en que ha desaparecido el presupuesto natural que condiciona la personalidad jurídica, y con ello, su carácter de sujeto de derecho: la vida. Constituye un expediente explicativo que ofrece limitantes teóricas importantes si queremos asimilarla a las demás relaciones jurídicas reguladas. El fenómeno real es la sucesión: ¿cuál es, pues, la fuente generadora de la sucesión?

La muerte provoca la apertura de la sucesión, la necesidad jurídico-social de búsqueda de un sujeto que sustituya al extinto, y así evite la vacancia de todo un patrimonio<sup>30</sup>. La existencia de un título sucesorio (testamento o declaratoria de herederos) válido en sus requisitos constitutivos y eficaz por quedar actualizado por la muerte del sujeto, da lugar al llamamiento u ofrecimiento de la herencia a quien corresponda por voluntad o por ley (delación). El llamamiento no deriva necesariamente en sucesión, pues el destinatario tiene un derecho de optar entre aceptar o repudiar la herencia. Es precisamente la aceptación (sistema romano seguido por nuestro *Código Civil*) lo que origina la adquisición de la herencia, operándose el efecto de modificación o sucesión en sentido estricto.

De lo anterior podemos concluir que, el negocio jurídico testamentario como peculiar relación jurídica, que encuentra su razón de ser en la imperiosa necesidad de que perdure en el tiempo la utilidad de todo el patrimonio o parte de éste de un determinado individuo al advenimiento de su muerte, al igual que las demás relaciones jurídicas, se sustenta en tres elementos fundamentales, como son: los sujetos, objeto y causa, adaptados, por supuesto a su propia naturaleza.

Por tanto, podría decirse que ningún elemento de la historia, la teoría general o la construcción jurídica del negocio jurídico testamentario, impide otorgarle lugar a los llamados elementos atípicos u otros elementos en todo caso no patrimoniales pero con

---

<sup>30</sup> La Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo ha dicho en su Sentencia N° 281 de 30 de abril del 2003, respecto de la muerte, que se trata de un “(...) hecho natural (...) que genera las consecuencias jurídicas posteriores de carácter sucesorio (...)”

relevancia jurídica, dentro del contenido de la institución en cuestión, como reflejo de la más auténtica voluntad privada y expresión máxima de la personalidad jurídica del causante.

## **CAPÍTULO II. APRECIACIÓN TEÓRICA SOBRE LA TIPICIDAD Y ATIPICIDAD EN EL CONTENIDO DEL NEGOCIO JURÍDICO TESTAMENTARIO**

Para la doctrina en general el testamento es, principalmente, un acto de disposición de bienes. Esta es la función jurídica normal, típica, perfecta del testamento; disposición de carácter patrimonial que puede realizarse mediante la institución hereditaria, que tiene lugar cuando se deja a una persona todo el patrimonio o una parte alícuota de él, sin designar porciones, o a través de un legado.

Sin embargo, el reconocimiento y admisión de que las disposiciones que forman su contenido tengan un carácter extra-patrimonial, en la doctrina moderna es generalmente aceptado. La coexistencia de las disposiciones no patrimoniales junto a las de carácter patrimonial son bien entendidas y admitidas en el Derecho naciente. Existe un primer problema, descrito a priori, que radica en la valoración del grado de suficiencia con que la ley positiva cubana admite esas otras declaraciones. Una polémica de segundo grado surge a tenor de si considerar estas disposiciones accesorias, o si por el contrario pudieran formar parte única del contenido testamentario.

Es mayoritario el reconocimiento en considerar la definición de testamento, en sede de doctrina en sentido general y común, siendo un tanto restrictiva, puesto que sólo por lo general se reconoce el carácter testamentario a un acto que contenga disposiciones de carácter patrimonial, es por ello que la doctrina italiana realizó una ulterior distinción entre contenido típico y atípico del testamento.

Con tal expresión (contenido atípico), se entiende a todas las declaraciones de voluntad que, si bien realizadas en forma testamentaria y cualquiera que sea su naturaleza, no comparten alguna característica típica del testamento, que en sentido estricto son: el carácter patrimonial o el carácter de última voluntad.

El testamento, por tanto, puede albergar determinadas declaraciones no patrimoniales, que no constituyen su contenido normal, ligado con la institución de heredero y su ordenación. Si consideramos que tales cláusulas son también testamento en sentido material, habrán de aplicárseles todos y cada uno de los caracteres definidores del testamento y sus requisitos (esencial revocabilidad y formas de revocación, eficacia *mortis causa*, requisitos de capacidad del testador, vicios del consentimiento

testamentario, etcétera), con lo cual la autora no tiene contradicción alguna. A estas declaraciones son a las que se harán referencia en este capítulo, puntualizando en las peculiaridades que las distinguen.

## **II.1 Sobre las disposiciones típicas en el contenido del testamento y su patrimonialidad o no**

La disposición de los bienes y derechos, tal cual ya se dijo, es considerada por algunos autores y tratadistas como el contenido típico del testamento, estableciendo la nota de patrimonialidad con la cual ha sido caracterizado con relación al objeto de disposición: el patrimonio, entendido éste a decir de Castan Tobeñas, como “el conjunto de derechos, susceptibles de estimación pecuniaria, íntimamente ligados entre sí por su afectación a los fines generales de una persona, como centro de su poder jurídico o por su afectación a un destino especial y a los que la ley, en algunos casos, otorga la consideración de una unidad abstracta (*universitas iuris*) de la que forman parte también las obligaciones del titular.”<sup>31</sup>

Así, el llamado contenido típico, perfecto y “principal” en cuanto a disposición de bienes y derechos, se puede hacer por dos vías: (a) a título universal: institución de heredero, y (b) a título particular: el legado.

La disposición a título universal implica dejar a una persona la totalidad o una fracción del patrimonio del testador-causante. Al dejársele esta totalidad o parte del patrimonio, la persona a quien se le deja sucede en la totalidad de estos bienes y derechos como si continuase la relación que con ellos tenía el difunto.

La forma de esta disposición a título universal es la institución de *heredero*. Quien es nombrado heredero sucede, colocándose en el lugar del difunto, en la totalidad o parte de su patrimonio, y no sólo en la parte activa sino también haciéndose cargo del pasivo: deudas del difunto, llegando a decirse que el heredero continúa la personalidad del difunto.

Por el contrario, en la disposición a título particular, cuya principal figura es el *legado*, se sucede únicamente en el bien o derecho concreto, de tal forma que el que lo adquiere no se ve obligado a responder de las deudas del causante con su propio patrimonio.

---

<sup>31</sup> CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, Civil y Foral, tomo I, volumen II, 8ª edición, Reus, 1952, p. 423

Aparejado a estas disposiciones típicas principales se unen las que clasifican como accesorias, por estar ligadas o vinculadas a aquellas, entre las que se incluyen: las disposiciones accesorias al legado, a la institución de heredero y al nombramiento de sustitutos (entrega de legados, imposición de sublegados o modos testamentarios, etcétera.) (*vid.* artículos 478, 480, 482, 496, 497, todos del *Código Civil*); las cláusulas por las que el testador prohíbe el acrecimiento entre herederos o legatarios; disposiciones por las que el testador prohíbe expresamente la división de la herencia; disposiciones sobre la partición de la herencia (*vid.* artículo 534 del *Código Civil*); nombramiento de contador-partidor; nombramiento de albaceas, facultades conferidas, término del albaceazgo, etcétera. (*vid.* artículos 478, 505.2, 506.1 y 3 del *Código Civil*).

Al respecto, sobre estas últimas es válido acotar que, si la institución de heredero o herederos y el nombramiento de legatario o legatarios han sido consideradas el contenido típico principal, doctrinalmente se ha hecho referencia a otro contenido típico de carácter instrumental, teniendo como exponentes principales el nombramiento de albacea y el de contador-partidor, personas que cada una de ellas en su ámbito, se encargan de velar por el cumplimiento del testamento y el reparto del patrimonio.

Lo analizado hasta el momento permite afirmar que, tipicidad implica transmisión ejecutiva, todo lo que disponga ejecutar post-mortem una transmisión de todo o parte de los bienes del causante a determinada persona, es una disposición típica. Entonces las disposiciones testamentarias típicas incluyen en su contenido: a) identificar a los sucesores, b) disponer qué partes del patrimonio del causante serán transmitidas, y c) disponer de los arreglos necesarios para poder ejecutar esta transmisión.

A consideración de la autora, mucha doctrina ha confundido la patrimonialidad o no, con la accesoriedad de las disposiciones. Dicho de un modo más claro: existen disposiciones accesorias, o instrumentales, o complementarias (como el nombramiento de albaceas), pero en cualquier caso al criterio de la autora siguen siendo disposiciones patrimoniales, pues sirven de medio para el cumplimiento de la disposición testamentaria principal, eminentemente patrimonial, sin la cual aquellas no tendrían vida propia.

Existen, por demás, otras declaraciones de carácter patrimonial o no, pero que forman parte del contenido de la voluntad expresa del causante a ejecutarse luego de su muerte. Ellas son las declaraciones atípicas, de las que se hablará en el próximo acápite. Su atipicidad, a juicio de la autora, implica diferencia, excepcionalidad,

originalidad; pero en ningún caso accesoria, ya que se refieren a un objeto diferente, y no quiere decir tampoco que no deban tener lugar en el contenido del testamento, pues simbolizan distinción, mas no contradicción ni antagonismo con las disposiciones patrimoniales típicas, al no atentar contra la unidad y sistematicidad del testamento en tanto instrumento, además de que ambas forman parte de un contenido mayor, que es aquel que emana como expresión de la voluntad privada del causante.

En ánimo conclusivo puede decirse que la patrimonialidad o no de los contenidos en las disposiciones testamentarias, no tiene ninguna relación con su clasificación como típicas o atípicas. Patrimonialidad no es sinónimo ni condición exclusiva de tipicidad. Todo el contenido típico es de naturaleza patrimonial, pero no todo el contenido patrimonial es necesariamente típico.

## **II.2 Lo atípico en el contenido del testamento en tanto a su relevancia para los sujetos de la relación jurídica y como manifestación más plena del ejercicio de la voluntad del causante**

Una de las formas admitidas por el Derecho Romano y posteriormente por el Derecho español primitivo para la expresión de la última voluntad, era la conocida con el nombre de *codicilo*, por cuyo medio podía el testador suplir, variar o reformar alguna parte del testamento, y aún reservar para dicha forma la ordenación de su voluntad en todo aquello que no quería formase parte del mismo. Los codicilos tuvieron vida independiente junto con el testamento, las memorias testamentarias y las células testamentarias, como formas de ejercer la testamentifacio activa.

Nacido entonces el codicilo en la legislación romana<sup>32</sup>, por las limitaciones impuestas a la testamentifacio activa y por las dificultades que originaban el conjunto de solemnidades exigidas para el otorgamiento de los testamentos, fue trasladada dicha institución al derecho español por las Partidas, las cuales establecieron multitud de restricciones acerca de las cosas que podían ser objeto y materia de sus

---

<sup>32</sup> Los codicilos que en un principio eran meros encargos del testador al heredero sin fuerza de obligar, fueron introducidos por Lucio Léntulo en tiempo del emperador Augusto a quien aquel había instituido heredero y a quien rogó en los codicilos que entregase algunos fideicomisos, lo que no solo cumplió el emperador sino que le indujo a establecer de acuerdo con el jurisconsulto Trebacio que los herederos viniesen obligados a prestar los fideicomisos. Así fue considerado posteriormente en las leyes españolas de Partida y las Leyes de Toro estableciendo que tanto el codicilo nuncupativo como el cerrado debían revestir las mismas solemnidades que los testamentos abiertos.

disposiciones; pero dejaron de tener razón de ser al ordenar la Ley 3ra. de Toro, 2da, título 18, libro 10 de la Novísima Recopilación.

A virtud de dicha ley quedaron equiparados e igualados los codicilos y testamentos, toda vez que no existía diferencia esencial o sustancial entre ellos, y desaparecieron, por consecuencia de la modificación que introdujo la legislación de Partidas, las restricciones que la misma tenía establecidas respecto a los codicilos, según reconoció el Tribunal Supremo español en sentencias de 27 de Junio de 1864 y 21 de Junio de 1867, pudiendo, por lo tanto, hacerse por este medio todo lo que en los testamentos abiertos.

Desaparecida la razón de la diferencia que los distinguía de los testamentos, por la índole y el espíritu de la reforma introducida por la Ley de Toro citada, dejó de tener objeto y aplicación esta forma de ordenación de la última voluntad, y por eso el Código Civil español de 1887 prescindió de ella como forma especial e independiente del testamento abierto.

En este momento empezaron a ser admitidas dentro del contenido de los testamentos (al ser borradas las incompatibilidades formales de hasta entonces por la Ley de Toro), ciertas declaraciones atípicas indirectamente relacionadas con la sucesión patrimonial, que habían sido razón de vida de los codicilos.

Es por esa razón que, desde la historia misma de tan importante institución jurídica, como se ha venido planteando, pretender reducir el contenido del testamento a un patrón o estándar es en realidad inútil, porque su contenido es todo aquello que el autor quiera ordenar, y como las voluntades son muy diversas, un testamento podrá contener disposiciones muy variadas también.

En este sentido existen posiciones divergentes: ciertos autores<sup>33</sup> como Manresa, Sorio Morales, Díez Picazo y Antonio Gullón han adoptado una concepción del testamento como negocio *mortis causa* de contenido amplio y variable, patrimonial y no patrimonial, pues el testamento es normalmente, pero no totalmente y ni siquiera

---

<sup>33</sup> MANRESA, José M. Comentarios al Código Civil español. Madrid, Reus, 1951, T. VI-2<sup>o</sup>, p. 420; OSORIO MORALES, José. Manual de sucesión testada, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957, p. 28; DIEZ-PICAZO, Luis M. y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho civil, 8aed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 357

necesariamente, un acto de disposición patrimonial<sup>34</sup>, según argumenta Vallet de Goytisoló.

Otros, quizás los menos, defienden una concepción sustancialmente estricta del testamento: las declaraciones no patrimoniales contenidas en el testamento no son *strictu sensu* contenido testamentario, sino actos que se asimilan a él por razones de forma<sup>35</sup>; pues, conciben el testamento, desde una perspectiva sustancial, como acto de atribución patrimonial a causa de muerte, ya que es ésta la posición, según tal tesis, que se desprende del total sistema jurídico español, asimismo apoyada por la jurisprudencia<sup>36</sup>.

La doctrina jurídica euroasiática se manifiesta en el sentido de considerar que el testador tiene que estar apercebido de la diversidad de provisiones que pueden ser contenidas en un acto de testamento. Este acto le da la posibilidad de expresar lo mismo provisiones de naturaleza personal<sup>37</sup>, propiedades, órdenes, provisiones relacionadas a la voluntad expresada, y provisiones sobre las maneras de hacer cumplir las mismas.

La autora estadounidense Constance D. Smith, del bufete *Fairfield & Woods*, describe que, en cuanto al contenido atípico de los testamentos, existen varios tipos de declaraciones que puede realizar el testador: explicaciones, afirmaciones, expectativas, históricas, y de valores.

Las declaraciones explicativas describen en el documento legal las circunstancias y la lógica detrás de una acción determinada, encaminadas a cimentar las nuevas relaciones entre los familiares sobrevivientes y eliminar las tensiones en la familia, como por ejemplo: el reconocimiento a los éxitos de una persona, como puede ser el caso del hijo que ha tenido éxito en su lucha contra la adicción a las drogas, de reconocimiento por los éxitos en el estudio o en los negocios, de apreciación por el apoyo brindado por un miembro de la familia, por su persistencia o su talento.

---

<sup>34</sup> VALLET de GOYTISOLO, Juan B. Panorama de Derecho de Sucesiones. Madrid, Civitas, 1984, T. 1, p. 980

<sup>35</sup> LACRUZ BERDEJO, José L. y otros. Elementos de Derecho Civil, Barcelona, Bosch, 1991, p. 41

<sup>36</sup> BAREA, Jordano. El testamento y su interpretación, Granada, Comares, 1999, p. 17; también CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil español, común y foral, Madrid, Reus, 8ª. ed., 1989, Vol. VI-1, PP. 464 y 465

<sup>37</sup> Sc M. SHPRESA IBRAHIMI. Institute of legacy in the testament. Iliria International Review – 2011/1 © Felix-Verlag, Holzkirchen, Germany and Iliria College, Pristina, Kosovo p. 106

Las declaraciones de expectativas incluyen, cómo al testador le gustaría que el beneficiario utilizara la herencia que recibe o darle al beneficiario una meta aspiracional a lograr con la herencia. Por tanto, este tipo de declaraciones constituyen puentes intergeneracionales y dan a la herencia un matiz personal y no sencillamente monetario.

Las declaraciones históricas pueden tratarse sobre la genealogía de los miembros de la familia, geografía, experiencias o valores, o sobre las bases históricas de la familia, tradiciones, colecciones y otros bienes de valor histórico.

Las declaraciones de valores, incluyen declaraciones sobre la fe personal del testador y valores de reflexión sobre su propia vida. Estas declaraciones pueden incluir confirmaciones de fe religiosa, trabajo ético, creencia en la unidad de la familia, concepciones sobre caridad o educación; incluyéndose en estas declaraciones datos sobre los hechos que contribuyeron a crear tales valores, que luego fueron importantes para el testador.<sup>38</sup>

Asegura esta autora que el testamento ideal es aquel que tiene que ser legalmente preciso sin dejar de cuidar las necesidades emocionales de la familia supérstite.

El testamento, por tanto, puede contener una serie de declaraciones no dirigidas a regir el destino y reparto de la herencia, que se consideran atípicas o extrañas a la sucesión. Según Pérez Gallardo<sup>39</sup> es contenido atípico del testamento aquel conjunto de disposiciones suficientemente numerosas, frecuentes y representativas de los diversos actos jurídicos que pueden formar parte de un testamento por disposición legal o por decisión propia del testador.

Asimismo, Vicente Rapa, uno de los redactores de la Ley 59/87 define como testamento al “.....acto de disposición cuyos efectos se prevén para después de la muerte del testador, y que incluye bienes del patrimonio e incluso el reconocimiento de hijos....”<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> SMITH, Constance D. “TESTAMENTS FOR YOUR ESTATE PLANNING DOCUMENTS”. Fairfield and Woods, P.C. Denver, Colorado, <http://www.fwlaw.com/tabid/468/Default.aspx>.

<sup>39</sup> PÉREZ GALLARDO, Leonardo. Derecho... I, ob cit, p.234

<sup>40</sup> RAPA ÁLVAREZ, Vicente. Citado por Ediltrudis PANADERO de la CRUZ. 20 de marzo de 2007.

La propia Panadero de la Cruz, dice que "...testamento es un acto jurídico, lo cual no excluye la posibilidad de que solamente se le considere negocio jurídico, pero con su apellido (mortis causa), unilateral, formal, solemne; en el cual una persona dispone de todo su patrimonio o de parte del mismo a favor de personas naturales o jurídicas; u otros elementos de tipo no patrimonial como son el reconocimiento de hijos (artículo 75 del Código de Familia) y el reconocimiento o confesión de delitos, admitido en la LPCALE. A su vez, se admite disponer en el testamento por parte del causante, sobre el destino de sus documentos personales, sus memorias, diarios privados u otra papelería personal...." <sup>41</sup>

A partir de aquí la doctrina que ha estudiado el tema, distingue entre las disposiciones típicas y atípicas, tras clasificar en las segundas las previstas o no expresamente en la ley.

Puede entonces concluirse, que llegada la etapa moderna del derecho de origen romano-francés, en la cual se refundieron las instituciones de testamentos y codicilos, lo cual dio la posibilidad de incluir en el primero declaraciones de contenido atípico; ha hecho a los estudiosos de Iberoamérica y de Cuba en el presente, como se aprecia en el anterior análisis de la conceptualización testamentaria, admitir que es un contenido también inherente al testamento aquel referido a las declaraciones atípicas.

Aborda entonces la autora, en ánimo distintivo con el tema del acápite anterior, los elementos que considera significativos sobre el contenido atípico del testamento.

Ya se dijo que el matiz de la patrimonialidad es intrascendente en cuanto a la calificación de típico y atípico del contenido testamentario. Es a veces hasta de cierta forma polémico y controversial decir que tanto como hay disposiciones típicas, existen disposiciones atípicas. A juicio de la autora, en sentido estricto, no debe decirse que hay disposiciones atípicas, incluso hablar de disposiciones típicas y atípicas puede conducirnos hacia lo engañoso. Sería más acertado, hablar sólo de contenido típico y contenido atípico.

Como ya se ha afirmado, *tipicidad* implica transmisión ejecutiva. Todo lo que disponga ejecutar post-mortem una transmisión de todo o parte de los bienes del causante a determinada persona, es una disposición típica. Por tanto, las *disposiciones*, en

---

<sup>41</sup> PANADERO DE LA CRUZ, Ediltrudis." Notas al Módulo de Derecho de Sucesiones". Holguín. 25 de marzo de 2007.

sentido estricto, son propias del contenido típico. Y en tal sentido no es atinado hablar de disposiciones atípicas.

También se ha dicho que existen otros elementos de carácter patrimonial o no, que forman parte del contenido de la voluntad expresa del causante a ejecutarse luego de su muerte. Ellos forman parte del contenido atípico. Su atipicidad, a juicio de la autora, implica diferencia, excepcionalidad, originalidad. En fin, los elementos atípicos manifiestos por el causante en el testamento consisten en declarar sus intenciones no relacionadas directamente con la transmisión patrimonial de sus bienes, previstas en un especial momento para él en que es visible la posibilidad de su muerte, pero a publicitarse luego que se produzca ésta.

Por tanto, si el contenido típico está formado por disposiciones; el contenido atípico está constituido por declaraciones. La diferencia de intenciones del causante en uno y otro contenido, es lo que les da diferencia esencial a lo típico y lo atípico; pero como ya se dijo, en todo caso ambos tienen cabida dentro del testamento, al ser manifestación más plena de la voluntad del causante.

En este sentido, la patrimonialidad tiene matices diferentes en el contenido típico en distinción con el atípico, a pesar de ser un elemento común para ambos, aunque más característico del primero. En el contenido típico, las disposiciones buscan un efecto de transmisión patrimonial que es su objetivo directo y primario; mientras que en el contenido atípico, las declaraciones que se hacen no tienen el objetivo directo y primario de buscar una transmisión patrimonial, sino de publicitar o comunicar determinadas intenciones del causante luego de su muerte, pero que pueden tener un efecto patrimonial secundario e indirecto, o sea, consecuencias patrimoniales.

La transmisión patrimonial para el contenido típico es tenida como causa, y para el contenido atípico es tenida como consecuencia.

Es por ello, por ejemplo, que la disposición de transmisión sobre la propiedad de determinados bienes del patrimonio del causante a sus herederos o legatarios es parte del contenido típico; mientras el reconocimiento de deudas, la creación de fundaciones, el reconocimiento de hijos naturales, por ejemplo, forman parte del contenido atípico.

En los primeros se dispone primariamente la transmisión; en los segundos se declara primariamente la legitimidad de la deuda, el patrocinio a la fundación o la relación filial, lo cual tendrá secundariamente como consecuencias patrimoniales, el pago de la deuda reconocida, la cesión patrimonial correspondiente a la fundación, o la medida patrimonial para el sostenimiento del hijo reconocido, respectivamente.

No quiere decir lo anterior, a juicio de la autora, que no existan elementos atípicos sin efecto patrimonial secundario, tal es el caso de las decisiones sobre el manejo, ritos funerarios y enterramiento del propio cadáver.

### **II.3 Sobre el contenido atípico del testamento en la ley y la doctrina cubanas**

A pesar del carácter inexorable de la muerte y el temor que esto suscita, es mitigado dicho carácter por cierto tipo de vivir que se le da al testador, en términos de determinar por sí mismo la forma en que su patrimonio será dispuesto, quiénes serán sus herederos, y sus posiciones en relación con la propiedad heredada.

Es así que el instrumento jurídico testamentario vendría a jugar un rol preponderante en este sentido, pues constituye una de las instituciones más antiguas dentro de las sucesiones, que por la gran variedad de posibilidades que ofrece, ha sido la mayoritariamente empleada por el hombre en su afán de encontrarle para después de sus días, el destino más justo a todos sus bienes, derechos a ser transmisibles y otras declaraciones no necesariamente ligados a éstos.

En tales circunstancias, el propio devenir histórico en el que se han reflejado un sinnúmero de corrientes doctrinales, en ocasiones contrarias unas con las otras, pero delimitadas por su alto rigor científico, han permitido que tan polémica institución jurídica, sólo accesible a unos pocos desde el incipiente Derecho Romano, quien la dotó de un riguroso carácter privilegiado, dejara de ser una facultad de derecho público y privativa del ciudadano para convertirse en derecho privado y común a todas las personas.

Inspirada nuestra más selecta doctrina moderna a partir de entonces en el único propósito del respeto a la voluntad expresa o presunta del causante, admitió una serie de cuestiones dentro del contenido del instituto, no del todo desconocidas socialmente pero sí para el Derecho, denominadas atípicas, de matiz no patrimonial, aunque no necesariamente exentas de consecuencias de este carácter.

Ante tal menester, el panorama cubano resulta ser un tanto omiso e indefinido, pues, aunque acertadamente son admitidas por nuestros estudiosos del tema tales expresiones de última voluntad, su inclusión en la normativa sustantiva en sede civil, ha resultado ser marcadamente escueta, debido al evidente carácter patrimonialista que muestran las disposiciones testamentarias en nuestra legislación, lo que ha dado lugar a que se obvien tales declaraciones, que igualmente denotan una acentuada trascendencia en el ámbito jurídico.

De ahí, que se ha llegado afirmar que la ley sustantiva civil cubana, dicho a priori, es un tanto omisa, indefinida, y en ocasiones, incluso contradictoria, en cuanto al reconocimiento de las declaraciones atípicas que pudieran formar parte de este instrumento; con lo que se afecta en gran medida la verdadera relevancia que confina la inclusión de los elementos atípicos en el testamento y su reconocimiento por la ley, como un ejercicio de la libre y más amplia autonomía de la voluntad del causante, del derecho al libre y pleno desenvolvimiento de su personalidad jurídica, y de la acción necesaria para garantizar la total seguridad jurídica de las transacciones que significa la relación sucesoria entre el causante y sus causahabientes.

Por tanto, el respeto a la voluntad del testador, según constante doctrina y jurisprudencia cubanas, tendrá que erigirse como ley suprema que posibilite la apertura de tal dogma a nuevas consideraciones en cuanto a su contenido, a tenor con las concepciones contemporáneas sobre el respeto, reconocimiento y ejercicio más pleno de la personalidad jurídica del individuo.

### **II.3.1 Contenido atípico testamentario tutelado por la ley cubana**

Frente al contenido típico del testamento, sitúa la doctrina el denominado atípico, es decir, aquellas declaraciones anómalas que pueden figurar en la forma testamentaria. Más explícitamente, pudiéramos definir las como aquellas manifestaciones de la voluntad de una persona, con eficacia post-mortem, relativas a cuestiones no susceptibles de evaluación pecuniaria o que no suponen disposición de bienes, y que en determinados casos afectan el Derecho de Familia.

Éstas, por su parte, deben ser cumplidas cuando ello sea posible por los sucesores y albaceas, constituyendo manifestaciones del principio de autonomía de la voluntad del

testador, que pueden aparecer por preverlo expresamente la ley o porque ésta no se oponga<sup>42</sup>.

Sin embargo, de la gran gama de declaraciones de carácter no patrimonial que pueden formar parte de un testamento, existen algunas que por su naturaleza no tienen trascendencia al ámbito jurídico. Si bien constituyen manifestaciones de la voluntad del testador, en la mayoría de los casos no poseen un carácter imperativo, y por tanto se traducen en simples expresiones de su autor, que pueden ser acatadas o admitidas por determinada o determinadas personas a las que van dirigidas, no siendo de obligatoria ejecución.

Por otro lado, existe un buen número de declaraciones no patrimoniales que denotan una marcada trascendencia al ámbito jurídico, siendo muchas de ellas previstas por los ordenamientos jurídicos, y en particular por el nuestro, entre las que se pueden citar:

**a) La rehabilitación del incapaz para suceder comprendido en cualquiera de las causales reconocidas en el artículo 469.1 del Código Civil, según lo establece el segundo apartado del propio precepto**

Toda persona legalmente capaz para ejercer sus derechos y realizar actos jurídicos, tiene la facultad de disponer de todo su patrimonio por medio de un testamento, al igual que aceptar o repudiar una herencia.

Sin embargo, no toda persona legalmente capacitada puede convertirse en un auténtico sucesor de una herencia, o sea, existen supuestos que vedan o imposibilitan a los llamados a la sucesión que a su favor se concrete la vocación y delación sucesorias. Se trata de sujetos que existen al momento del fallecimiento del causante, que llegan a sobrevivirle y, a pesar de ello, el ordenamiento jurídico les excluye de la sucesión.

En este sentido la más genuina doctrina ha esgrimido una inmensa variedad de opiniones, al confundir indistintamente los términos de incapacidad con indignidad, que a juicio de la autora no significan lo mismo, pues, como bien platea el profesor Leonardo Pérez Gallardo, al indigno no le es deferida herencia alguna; a su favor no existe delación, por no cumplir con el requisito de la aptitud para suceder, aunque

---

<sup>42</sup> BAREA, Jordano. El testamento..., Op. Cit., p. 9

posea plena capacidad jurídica. Quien le suple por sustitución vulgar o derecho de representación o, incluso acrecimiento, recibe una delación directa. Y si ya hubiera obtenido la herencia, los efectos ex tunc de la declaración de incapacidad sucesoria, borran tal adquisición sustentada en un título más aparente que real.

Asimismo Royo Martínez agrega que “la incapacidad sucesoria es, por tanto, un veto que el Derecho interpone y que obsta a la aceptación y adquisición de la herencia por la persona frente a la que dicho veto se alza, y excluye, por lo tanto, la delación”.

A tenor del legislador cubano, quien prefiere denominarlas como incapacidades, tal como lo regula nuestro *Código Civil* en su artículo 469.1, son incapaces para ser instituidos como herederos o legatarios: aquellos que hayan atentado contra la vida del causante o de otro heredero o beneficiario de la herencia; los que igualmente hayan empleado engaño, fraude o violencia para obligar a éste a otorgar una disposición testamentaria, así como a cambiar o dejar sin efecto la otorgada; y aquellos que hayan negado alimentos o atención al causante de la herencia.

Sin embargo, el veto que dichas incapacidades suponen, al representar un agravio contra el causante, puede ser derogado por la voluntad ya sea expresa o tácita del mismo causante, ya que nadie mejor que él para determinar si excluye o no a determinada persona de su propia sucesión.

De esto se deriva que, el perdón, remisión o rehabilitación como define Rivas Martínez “es aquella declaración de voluntad unilateral del agraviado, a cuyo tenor levanta la causal de incapacidad que se erige entre él y la persona que ha realizado el hecho reprochable, concediéndole la capacidad sucesoria que, en principio, ha sido arrebatada ex lege”.

En tales circunstancias, el perdón puede ser expreso o tácito; el primero se da cuando el testador exterioriza su voluntad verbalmente o por escrito, aunque la ley no exige la forma documental para manifestar tal voluntad. De utilizar la forma escrita, cabe que se haga por testamento, por documento privado o por documento público a tal fin, con tal que sea clara y precisa la voluntad del causante de rehabilitar al incapaz. El perdón tácito es más susceptible de controversias, derivadas de la interpretación del comportamiento o *facta concludentia* del causante.

Así, si el hecho ofensivo es anterior al otorgamiento del testamento, conociendo el testador la causal de incapacidad sobrevenida, se entiende que el puro hecho de

testar a favor del ofensor es una modalidad de perdón tácito, por lo que queda borrada la causal de incapacidad en que pudiera estar incurso el heredero o legatario beneficiado. De ser posterior, o bien anterior pero desconocida para el agraviado, entonces la remisión o perdón ha de ser expreso, preferentemente, aunque no se exija por ley en documento público, lo cual no quita que cualquier otro medio de prueba pudiera emplear el pretense incapaz para demostrar su rehabilitación, si así fuere.

Lo que sí no le es dable al causante es el perdonar con carácter anticipado a la ocurrencia de los hechos a quien pudiera en un futuro estar incurso en cualquiera de las causales de incapacidad reconocidas en el artículo 469 del *Código Civil*.

Para rehabilitar o perdonar será suficiente la capacidad general reconocida en el artículo 29 del *Código Civil* para realizar actos jurídicos, dentro de los que se inserta el de rehabilitación del incapaz para suceder. Manifestación de voluntad que pudiera estar afectada igualmente, por cualquiera de los vicios reconocidos en el artículo 69 del *Código Civil*.

El perdón además de su unilateralidad se caracteriza por su irrevocabilidad, ya se haga constar por actos entre vivos o por causa de muerte. De ahí que si está contenido en un testamento, su revocación no debe afectarle, pues sería repulsivo en el orden ético, que el perdón de una ofensa no fuera definitivo, sin reservas, ni condiciones. El perdón revocable, simplemente no es perdón.

De lo que se trata es de hacer prevalecer esa real declaración del testador, que revestida del poderío que la caracteriza y ajustada a derecho, será capaz de determinar si un individuo posee las aptitudes necesarias para convertirse legalmente en su heredero o legatario, constituyendo su perdón ante tales circunstancias el medio más efectivo que procure rehabilitar a sus causahabientes ante cualquiera de las incapacidades legales en que puedan estar comprendidos.

#### **b) La revocación de un testamento precedente, conforme con el artículo 479 del Código Civil cubano**

La revocación constituye una manifestación de voluntad destinada a dejar sin efectos otra voluntad opuesta o distinta que le precede, dejando de esta forma sin eficacia un negocio jurídico que hasta entonces había sido válido; manifestación que proviene del

mismo sujeto, que en uno y otro caso debe poseer plena capacidad<sup>43</sup>. Generalmente procede en los negocios jurídicos unilaterales que, como se recordará, son aquellos en los que la declaración de voluntad o el comportamiento que le da vida es obra de una sola parte<sup>44</sup>.

Por lo que, siendo el testamento un acto jurídico unilateral y esencialmente revocable, el que lo otorga conserva la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva, a no ser que exprese claramente en el mismo su intención de no hacerlo.

El *Código Civil* cubano reconoce la posibilidad de revocación del negocio jurídico testamentario, característica esencial de éste, estableciendo en su artículo 479.1 que: "*el testamento puede ser revocado en todo o en parte, con las mismas formalidades exigidas para su otorgamiento*".

Por tanto, la revocación del testamento constituye una nueva manifestación de voluntad que se opone, en todo o en parte, a una voluntad testamentaria precedente, a la cual priva de efectos; voluntad que también requiere del manifestante capacidad y exención de vicios. Se trata de un nuevo negocio jurídico también personalísimo, unilateral, contrario al anterior, que funciona, al decir de Sanso, "como causa externa de eliminación y de ineficacia del primero"<sup>45</sup>.

Aparejado a esto, esta nueva manifestación de voluntad es, como el testamento que revoca, no recepticia, por lo que no sería necesaria la formalidad de comunicarles a terceros la misma, lo que sería ponerles en conocimiento de la revocación de un acto de cuya existencia no tienen por qué conocer y que es para ellos jurídicamente irrelevante antes de la muerte.

Así, debido al carácter inter vivos que denota la revocación, no impide en absoluto que ella misma pueda ser, a su vez, revocada por otra manifestación de voluntad posterior,

---

<sup>43</sup> La voluntad de revocar, como cualquier otra, para que surta plenos efectos debe cumplir con los requisitos exigidos para ello: que provenga de persona racional y consciente, que no se oponga a una prohibición legal, que no esté viciada, que se exteriorice oportunamente, que exista coincidencia entre la voluntad interna y su manifestación. Para un análisis de estos requisitos de acuerdo con lo regulado por el Código Civil cubano, vid. VALDÉS DÍAZ, C., op. cit., pp. 221-230

<sup>44</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., op. cit., p. 494

<sup>45</sup> Vid. SANZO, B., op. cit., p. 113. Arguye este autor que la característica de revocabilidad que está presente en todo testamento no indica que en aquél el elemento volitivo constituya un requisito continuativo del acto, siendo la revocación una prueba de que llegue a faltar esa continuidad del elemento volitivo. La revocación se haya fuera del testamento y presupone no una simple falta del elemento volitivo, sino una voluntad negativa que constituye la esencia del negocio y que elimina la voluntad precedente.

con igual efecto inmediato que la anterior, para lo cual, como se expuso con anterioridad, el sujeto de dicha revocación tiene que ser, evidentemente el mismo que hizo el testamento, pues no sería lógico admitir que pueda quedar sin efectos por un acto de voluntad privada, emanado de persona distinta a quien lo creó.

En este mismo orden, conviene agregar que, la revocación puede tener por objeto dejar sin efecto todas o sólo algunas de las disposiciones testamentarias, y de igual modo, puede recaer sobre otras declaraciones distintas a la simple distribución de bienes, que constituyen su contenido atípico.

Se presenta entonces el problema de dilucidar si la revocación puede afectar solamente a las disposiciones patrimoniales o también a aquellas que no presentan tal carácter.

De lo que se entiende, de manera general, que pueden ser revocables las declaraciones atípicas que constituyen negocios jurídicos, en los cuales la voluntad del sujeto es enteramente libre para configurar sus efectos, no así aquellas que son consideradas actos jurídicos en sentido estricto, donde los efectos no dependen de la voluntad soberana del particular, sino están previstos y delimitados por las normas jurídicas; respecto a ellos, por tanto, no es admisible un poder revocatorio, salvo que la ley así lo prevea expresamente<sup>46</sup>.

Sin embargo, el *Código Civil cubano* no dice mucho en cuanto a la posibilidad de incorporar al testamento disposiciones no patrimoniales, mucho menos acerca de su posible revocación posterior, pero tal silencio no significa prohibición, siendo la doctrina patria partidaria de su aceptación.

Aparejado a la posibilidad de su revocación, conviene agregar que esas declaraciones extrañas a la disposición de los bienes, pueden ser por su naturaleza definitivas e irrevocables, y no pierden ese carácter, por el mero hecho de estar contenidas en un testamento.

Es por ello que en torno a las disposiciones extra-patrimoniales existe una polémica justificada, partiendo de que en ocasiones estas suelen incidir sobre asuntos que van más allá de un acto de última voluntad, de ahí la importancia de determinar qué efecto producirá la revocación del testamento en dichas declaraciones en cuanto a si será posible que sean revocadas paralelo al testamento o no.

---

<sup>46</sup> Vid. SANZO, B. op. cit., p. 127

### **c) La prohibición de intervención judicial en el proceso sucesorio, a tenor del artículo 536 in fine del Código Civil**

Actualmente suscita la duda de si el proceso sucesorio, por su situación legislativa, es un proceso contencioso (controvertido) o es una muestra de la llamada jurisdicción voluntaria. Al respecto, no parece acertada la ubicación del mismo entre los procesos contenciosos, debido a la naturaleza de toda su tramitación, y por ser transferidos dichos asuntos a la función notarial.

A pesar de esto, la ley reconoce la posibilidad de remisión del citado proceso sucesorio al proceso contencioso ante la ocurrencia de alguna pretensión controvertida y en caso de impugnaciones al mismo.

Es así que se infiere del propio articulado de nuestra ley sustantiva civil el requerimiento de intervención judicial cuando los herederos o sus representantes legales no llegan a un acuerdo sobre el modo de hacer la partición, aunque lo haya prohibido el propio testador.<sup>47</sup>

En este sentido en nuestra *Ley No.7 de 1977 de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*<sup>48</sup>, también se pueden encontrar en su normativa preceptos dedicados al proceso sucesorio, remitiendo al proceso de conocimiento las diligencias preventivas que pudieran presentarse en dicho proceso, estableciéndose en su Título V todo lo concerniente al Proceso de Testamentaría, entre otras cuestiones.

En tales circunstancias, pudiera surgir una notable contradicción, que puede ser malinterpretada por cualquiera de los sujetos involucrados en dicho proceso sucesorio, esto se traduce en que muchos consideran intrascendente la intervención judicial en el proceso sucesorio si ha sido declarado previamente en un testamento la intención del causante de que éstas no intervengan en el mismo, a tenor de lo estipulado en el ya mencionado artículo 536 de nuestro *Código Civil*.

Sin embargo, el objetivo de las autoridades judiciales con su intervención en el proceso, no es refutar la intención del testador, pues ésta será respetada y cumplida

---

<sup>47</sup> Ley 59 de 20 de julio de 1987 Código Civil de la República de Cuba. Publicado en la gaceta Oficial Extraordinaria número 9 del 15 de octubre de 1987. Impreso para la Universidad de La Habana Facultad de Derecho en ISPJAE Empresa Nacional de Producción del Ministerio de Educación Superior, Libro Cuarto. Capítulo III. Sección Tercera. Artículo 536 p. 141

<sup>48</sup> Ley No.7 de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, en Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Ordinaria, Año LXXV, No.34. La Habana, 20 de agosto de 1977. Impreso en la Empresa Poligráfica de Holguín, ARGRAF, noviembre, 2009, Libro Cuarto, Títulos I, II, III, IV, V, p.61

en la medida en que sea posible, lo que sí no les dable en este sentido al Notario, como juez de paz, es intervenir en tales circunstancias, pues la naturaleza y complejidad que suelen demandar estas diferencias entre los sucesores se salen del marco de las jurisdicciones notariales y demandan el conocimiento de otras autoridades legalmente autorizadas para su conocimiento y resolución.

Es por ello que aún cuando resulta ser válida y eficaz la declaración del causante de la no intervención judicial en su proceso sucesorio, existen supuestos reales que pueden darse y que escapan de la fuerza jurídica de tal cláusula, por lo que todo dependerá de la postura que asuman en el transcurso del proceso los herederos del finado.

#### **d) La revocación del beneficiario designado en una cuenta de ahorro**

Se entiende por beneficiario, a aquella persona que podrá disponer de una prestación bancaria que haya quedado establecida en el contrato del cliente que lo nombró como tal. En otras palabras, el beneficiario es quien podrá percibir los recursos depositados en la cuenta bancaria del cliente.

Aunque no es frecuente que la designación de beneficiario opere por vía testamentaria, en el orden dogmático nada impide que el titular del saldo depositado en cuenta bancaria nombre al beneficiario a través de su testamento.

Cabe también acotar, que a pesar de encontrar un pequeño respaldo legal en el artículo 545 de nuestro *Código Civil*, para la doctrina mayoritaria esta declaración es considerada una manifestación del contenido atípico del testamento, o sea, una declaración anómala testamentaria<sup>49</sup>.

En este sentido nuestro *Código Civil* tal y como lo establece en su artículo 545.1, plantea que: "*todo sujeto que posea cuenta de ahorro propia en entidad bancaria puede disponer que a su fallecimiento se entregue una porción de su saldo a la persona que designe, hasta el límite autorizado en la ley (\$5000.00), no formando parte de la herencia el saldo entregado al beneficiario*".

Ahora bien, respecto a la posible subsistencia de la eficacia de la designación o en su caso, revocación, cuando el testamento que la contiene es revocado, en principio, y a

---

<sup>49</sup> Tómesese en consideración que ni el Proyecto de Resolución que pondría en vigor las nuevas Reglas de Ahorro del Sistema Bancario establece expresamente la posibilidad de designar beneficiario vía testamento aunque sí admite la revocación por dicha vía, según Regla TRIGÉSIMOSEGUNDA, párrafo primero *in fine*.

tenor de lo dispuesto en el artículo 479.2 del *Código Civil*<sup>50</sup>, sería necesario que en el testamento posterior el titular de la cuenta manifestara su voluntad favorable a la subsistencia de la designación (o revocación) de beneficiario.

Esto quiere decir que, al igual que otras declaraciones atípicas, que constituyen negocios jurídicos, la designación por el testador de beneficiario de su cuenta de ahorro podrá ser revocada en cualquier momento, si cumple con las mismas solemnidades que tuvo en cuenta para otorgar testamento, pues nada impide que dicha declaración pueda ser revocada por otra posterior si así lo deseara el causante, quien es enteramente libre para determinar la vigencia de esta cuestión.

Asimismo, según lo formulado en la Regla Quinta de las vigentes *Reglas del Sistema de Ahorro Nacional*, le es admisible al titular que no ha designado beneficiario al momento de aperturar la cuenta, proceder a su designación en cualquier momento posterior<sup>51</sup>, mientras esté vigente ésta, para lo cual dispondrá de los mismos mecanismos que tenía a su alcance en aquella primera oportunidad. Esta designación *a posteriori* podría ser, entre otras por medio de una nueva designación que pudiera tener efectos revocatorios para la primera, siempre que se haga constancia de ella expresamente<sup>52</sup>.

De todo cuanto se ha expuesto resulta evidente el carácter *intuitu personae* que la facultad de designación tiene. Se ha reiterado que sólo al estipulante compete la nominación del beneficiario, “(...) facultad que no podrá ser delegada en ninguna otra persona” conforme con el N° 5 del MIP 280-25. Con lo que despeja toda duda sobre la posibilidad de designación de beneficiario en cuentas abiertas por los padres a favor de sus menores hijos<sup>53</sup>.

Por ende, la naturaleza *intuitu personae* de la facultad de designación y revocación viene dada, sin dudas, por el carácter *mortis causa* del acto mismo de designación del

---

<sup>50</sup> A cuyo tenor: “El testamento posterior revoca al anterior, excepto que el testador exprese su voluntad de que éste subsista en todo o en parte”.

<sup>51</sup> Que resulta complementado por lo dispuesto en el N° 5 del MIP 280-25 del MIP.

<sup>52</sup> La designación de beneficiario es una elección que podrá adoptar el titular de la cuenta de ahorro con toda libertad y que únicamente le corresponde a él. El carácter potestativo y unilateral de la designación queda expresado en el párrafo 1° de la Regla DÉCIMOCUARTA de la Resolución 76/1988 de 22 de abril sobre Reglas del Servicio de Ahorro Nacional que formula: “Los titulares de Cuentas de Ahorro individuales formadas con ahorros propios, podrán designar beneficiarios de su saldo (...)”.

<sup>53</sup> La que quedaría completamente despejada de aprobarse las nuevas Reglas de Ahorro del Sistema Bancario que en su Regla TRISÉSIMOPRIMERA prevé la exclusión de la facultad de designación de beneficiario, entre otros, a los menores de edad titulares de cuentas bancarias.

beneficiario. Como acto *mortis causa*, es racional que la *designatio* del beneficiario, como la del *heres*, sea estrictamente personalísima.

### II.3.2 Contenido atípico testamentario no tutelado por la ley cubana

En el orden de las *no reconocidas expresamente en el ordenamiento jurídico cubano* podrían ser incluidas:

#### a) El reconocimiento de un hijo

Mediante la vía testamentaria se declara la maternidad o paternidad de un hijo menor o mayor de edad no reconocido al nacer, siendo este un tipo de reconocimiento voluntario de filiación, que repercute en gran medida en el estado civil del individuo, y a los cuales el derecho no debería limitar los medios de acceso, aún estableciendo requerimientos para su eficacia.

El *Código Civil* cubano al regular lo pertinente a la sucesión testamentaria nada contempla respecto a la posibilidad del reconocimiento de un hijo como parte del contenido testamentario, las normas reguladoras del instituto hacen *mutis* en relación al carácter no patrimonial de las disposiciones que pueden formar parte del mismo.

Sin embargo, de la lectura del artículo 75.1 del vigente *Código de Familia*<sup>54</sup>, se puede apreciar, aunque de manera implícita, que no existe una omisión total de la referida declaración de eficacia *post mortem* en la legislación cubana, pues tal y como expresa el citado artículo “se presumirá la *paternidad: cuando pueda inferirse de la declaración del padre formulada en un documento indubitado*”, lo que se corresponde sin dudas con el testamento, como especial documento de esta índole.

Del mismo modo los efectos de este reconocimiento pueden invocarse como medio de prueba, que pudiera ser aportado en un proceso de filiación, en virtud de La *Ley No.7 de 1977 de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico* en su artículo 294<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Ley 1289 de 1975, Código de Familia, vigente desde el 8 de marzo de 1975. Publicado en Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Ordinaria, Año LXXIII, No.6. La Habana, 15 de febrero de 1975. Impreso en la Empresa Gráfica de Villa Clara, en el mes de septiembre de 2009, Título II, Capítulo I, Sección Primera, artículo 75.1, p.12

<sup>55</sup> Ley No.7 de 19 de agosto de 1977 ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral. Publicado en Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Ordinaria No.34, Año LXXV, La Habana. Impreso en la Empresa Poligráfica de Holguín, ARGRAF, Noviembre de 2009, Título II. Capítulo II. Sección Cuarta, p.36

Por tanto, la vía del testamento ofrece una serie de efectos queridos por el testador en su pretensión de que el referido reconocimiento tenga plena eficacia a su fallecimiento, como expresión más plena de su autonomía privada.

Cabe añadir entonces que, indudablemente en este sentido la labor asesora del Notario, en virtud del artículo 10, inciso II, de la *Ley No 50, Ley de las Notarías Estatales*, si se tratase de un testamento notarial deberá jugar un papel fundamental a la hora de advertir al testador sobre las consecuencias que se derivan del acto, en este mismo orden, se debería establecer una excepción a la revocabilidad testamentaria expresamente en la norma, que sirva de sustento a su advertencia legal.

De ahí que, como ya se expuso en el epígrafe anterior, la cláusula referida al reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal a pesar de admitir la posibilidad de ser revocado el testamento, pues, en este caso sí se da un derecho actual a favor del reconocido por el testamento, y constituiría una verdadera infracción de la obligación correlativa del testador.

De lo expuesto hasta aquí queda claro que el reconocimiento hecho en testamento es irrevocable, aunque ello no quiere decir que sea inatacable. De lo que se salva el reconocimiento testamentario es, sólo de la revocación, no de que pueda ser atacado por toda clase de causas.

Es por ello que, la utilización de la vía testamentaria para el reconocimiento de un hijo, existiendo otras posibilidades en vida del testador, no dejaría de ofrecer dudas a los operadores jurídicos, resultando indispensable la proyección de mecanismos para proteger a los sujetos involucrados, más si se trata de un menor, quien puede verse desprotegido jurídicamente, incluso por su representante legal.

## **b) La ordenación de la constitución de fundaciones<sup>56</sup>**

Un sector de la doctrina científica ha ubicado dentro de los supuestos que a simple vista pudieran apartarse del principio que exige la existencia del sucesor a la muerte

---

<sup>56</sup> Recuérdese, como ya se vio supra, que el Proyecto de Decreto-Ley Sobre Fundaciones en su versión No 10 de 12 de mayo de 1998 prevé en su artículo 8.1 al testamento como uno de los cauces formales para ordenar la constitución de fundaciones, por lo que de llegar a convertirse en algún momento en lege data, entonces tal disposición sería típica.

del sucedido, el caso de personas jurídicas cuya constitución se ordena por testamento.<sup>57</sup>

Si bien no el único, el supuesto más común es de las fundaciones cuya constitución se ordena por testamento. Las fundaciones como persona jurídica encuentran respaldo legal en el artículo 39.2 inciso d) del *Código Civil*, precepto que carece en el ordenamiento jurídico cubano de complementación legal, aun cuando en la actualidad se cuenta con un Proyecto de Decreto-Ley *Sobre Fundaciones*, cuya última versión (la Nº 10), data de 12 de mayo de 1998, sin que a la fecha se vislumbre sea convertido en norma positiva.

Es por ello que se configuraría el negocio jurídico fundacional como un negocio *sui generis*, destinado a crear una persona jurídica mediante la adscripción de un conjunto de bienes a un fin de interés general, que, aunque se realice en testamento, no significa que existen dos negocios, el fundacional y el de dotación, sino uno solo.

La dotación en la fundación creada *mortis causa* no se califica como herencia o legado a favor de la fundación creada en el testamento, y, consiguientemente, la disposición testamentaria en este sentido formaría parte de lo que calificamos, y por ello su tratamiento en esta sede, del contenido atípico o de las disposiciones anómalas testamentarias. Incluso se ha rechazado la configuración de negocio jurídico *mortis causa* para calificar a la fundación testamentaria; más bien se trataría de un negocio *post mortem*: la eficacia del negocio se defiere hasta la muerte del testador, pero no halla en ella su causa.<sup>58</sup>

Así, desde el momento del otorgamiento de la escritura fundacional, se entiende que el negocio fundacional es irrevocable. Pero ello no determina en absoluto que la declaración testamentaria en la que se constituye una fundación lo sea, y ello porque, aunque se haya optado por la modalidad directa de constitución, es decir, aunque en el testamento se haya completado con las menciones de la escritura fundacional, ésta no cobra eficacia hasta la muerte del testador, en tanto no es eficaz el testamento, no

---

<sup>57</sup> Así, PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos...V*, cit., volumen I, pp. 123 – 126; VALLET DE GOYTÍSOLO, J. B. *Panorama...I*, cit., pp. 415 – 434; en cierta manera ALBALADEJO, M. *Derecho...V*, cit., volumen I, pp. 176 – 178; LACRUZ BERDEJO, José L. et al. *Elementos...V*, cit., pp. 62 – 63

<sup>58</sup> A los efectos de profundizar en la constitución de fundaciones por vía testamentaria, vid. PLANIOL, M; RIPERT, J. *Tratado... V*, ob cit, p. 979

se constituye la fundación, por lo que hasta ese momento es revocable como cualquier otra declaración testamentaria.

Por otra parte, la constitución de la fundación va a estar condicionada por los recursos que pueda destinar el testador para hacer cumplir su voluntad fundacional, y ello le da de hecho, un contenido patrimonial; de modo que al revocarse el testamento, sin manifestación expresa en contrario en el posterior, implicaría la revocación de la misma; sin embargo, sobre la base del peligro que puede conllevar la revocabilidad en las fundaciones testamentarias, ya que al ser admitida hasta el momento de la perfecta constitución de la fundación permitiría a los herederos hacer uso de una facultad que vulneraría la voluntad del fundador de constituir la fundación, se ha propugnado la irrevocabilidad del negocio fundacional *mortis causa*<sup>59</sup>.

Afortunadamente esta tesis parece ser la que sigue el artículo 8 de la última versión del Proyecto de Decreto-Ley *Sobre Fundaciones*, en que se dispone la ordenación vía testamentaria de la constitución de las fundaciones, pero sólo como negocio fundacional, independiente de la institución de heredero o del legado, o sea, se reserva el negocio testamentario únicamente como vía formal del negocio fundacional que constituirá, en tal caso, contenido atípico del testamento<sup>60</sup>.

### **c) El reconocimiento de deudas**

Se advierte la posibilidad para que el testador efectúe en su testamento, declaraciones en las que reconozca ciertas deudas o derechos en favor de otras personas. Como se ha reiterado, no existe obstáculo alguno en este sentido, pues la admisibilidad jurídica de tal declaración no se cuestiona ni doctrinal ni jurisprudencialmente<sup>61</sup>, pudiéndose configurar además, si ello se desprende de la voluntad del testador, como un legado de deuda, con lo cual se estará ante una declaración testamentaria atípica.

---

<sup>59</sup> NIETO ALONSO, Antonio. Las fundaciones: su capacidad. Especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales, A Coruña, Fundación Pedro Barrié de la Maza, 1996, p. 152

<sup>60</sup> Sobre el contenido atípico del testamento vid. infra. Respecto del tema estudiado en el Derecho cubano vid. LAZO LAZO, Yudaysis. "Constitución de fundaciones ordenadas en negocios mortis causa", Trabajo de Diploma, dirigido por Leonardo B. PÉREZ GALLARDO y Marta FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Ciudad de La Habana, 1998 (inédito) en Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

<sup>61</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis M. Dictámenes jurídicos, 1, Cit., p. 309. Vid. SSTS 12-3-58 (RJ 1075), acerca de la existencia de una sociedad mercantil irregular; 6-6-86 (RJ 3293), sobre un reconocimiento de dominio y la más reciente de 28-9-98 (RJ 7287), sobre reconocimiento de deuda y su comentario de DOMÍNGUEZ LUELMO en C.C.C., 0049, 1999, PP. 269 y S.S.

En definitiva, el reconocimiento de deuda efectuado por el testador trae como consecuencia el nacimiento de la obligación de satisfacerla a los herederos que acepten la herencia; y, de cierta manera, se constituye una garantía para el acreedor de la deuda, originándose una relación (entre acreedor y deudor) de interés para el Derecho.

De esta manera, ante la revocación del testamento, el referido reconocimiento de deuda no puede operar como declaración testamentaria y sí como legado de deuda, si es que ello puede deducirse de la voluntad del causante, más constituye entonces, una confesión extrajudicial, que podrá, en su caso, ser utilizada en el ámbito de la prueba, tal y como lo contempla en su articulado la *Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*.<sup>62</sup>

En este sentido, nuestra ley sustantiva civil no ofrece en su formulación ningún precepto que ampare legalmente al causante de la sucesión a realizar tal declaración de deudas en su testamento notarial, de ahí que esta declaración ocupe un lugar preponderante en las llamadas atípicas dentro del contenido testamentario, la que requiere al igual que las antes mencionadas un tratamiento positivo y directo que procure reconocer y proteger al causante en su decisión de declarar las deudas que ha su fallecimiento desea sean cumplidas por sus herederos, tal y como lo ha dispuesto, a tenor de lo establecido expresamente en el artículo 531 y siguientes del *Código Civil*, que plantea que "*los herederos instituidos son responsables de las deudas hereditarias siempre que la partición de la herencia no se haya efectuado o una vez realizada son responsables igualmente en proporción al valor de sus partes respectivas*".

Sin dudas, a pesar de nos ser reconocida por la jurisprudencia cubana la declaración de deuda por vía testamentaria, ésta constituye una innegable realidad que se viene manifestando con mucha más frecuencia a diario, de lo que se colige que verdaderamente estamos frente a una cuestión de notable trascendencia para el individuo, que demanda su adecuado tratamiento legislativo en sede de sucesiones.

---

<sup>62</sup> Ley No.7 de 19 de agosto de 1977 ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral. Publicado en Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Ordinaria No.34, Año LXXV, La Habana. Impreso en la Empresa Poligráfica de Holguín, ARGRAF, Noviembre de 2009, Libro Segundo,, Capítulo II, Secciones III y IV, artículos 280.2; 281.1; 294; 296 y 297

#### **d) La exclusión de posibles herederos ab intestato**

Es innegable que los legisladores de todo el mundo han asimilado que al hombre le es natural la facultad de manifestar su voluntad y preocuparse por sobrevivir de cierta forma a la muerte, siendo el testamento y el derecho de testar las vías factibles para ello.

De ahí, que la libertad de testar, como principio cardinal en el Derecho Sucesorio, represente un derecho inalienable que le permite a toda persona natural, apta para realizar en vida este peculiar acto jurídico, testar a favor de quien estime conveniente, así como excluir de su herencia a quien no desee que forme parte de la misma, cuestión que por su propia naturaleza y los efectos jurídicos que de ella se derivan, se coloca dentro del llamado contenido atípico testamentario.

Sin embargo, este principio de la libertad de testar, rara vez se ve acogido de modo absoluto. Generalmente se le encuentra en los ordenamientos jurídicos, sobre todo de Iberoamérica, sometido a restricciones más o menos intensas, las cuales, si bien no le aniquilan, le atenúan y le coordinan con otros principios opuestos, en variadas formas eclécticas<sup>63</sup>.

Tal confrontación ha hecho nacer un sistema mixto que combina la libertad de testar con el sistema de legítimas y que ha sido el que ha triunfado en la mayoría de los ordenamientos de corte romano-francés.

De ahí que, la absoluta libertad de testar, sin más cortapisas que la propia voluntad humana, no ha sido la tendencia acogida por los Códigos Civiles; amén de franquearse cierto margen de disponibilidad patrimonial, limitada entre otros por el sistema de legítimas, visto como una restricción a la facultad de disponer<sup>64</sup>.

En este sentido, el vigente *Código Civil cubano a contrario sensu* de su predecesor el *Código Civil* español, no alude expresamente a la existencia de los clásicamente llamados herederos forzosos y con ello tal parece, en una ilusión más aparente que real, que da al traste con el sistema legitimario, como límite o freno de la libertad dispositiva del testador. Ni tampoco ofrece reconocimiento alguno a esta facultad que

---

<sup>63</sup> ROYO MARTINEZ, Miguel. Derecho Sucesorio Mortis – Causa, 1era. Parte, s. ed., Editorial ENPES, La Habana, 1991, p. 267

<sup>64</sup> Cfr. VALLET DE GOYTÍSOLO, Juan B. Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer, tomo I – Las Legítimas, volumen I, 1ª edición, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, pp. 4 y ss.

ostenta el testador de manifestar su intención de excluir a ciertos herederos, que por imperio de la ley serían llamados a su sucesión.

Así, la propia ley sustantiva civil reglamentó el círculo de personas a los que se consideraba herederos indispensables o especialmente protegidos con derecho a la parte hereditaria obligatoria, dentro del que se incluían a todos los herederos incapaces para el trabajo y los incapacitados mentalmente. Así, el artículo 535 del referido *Código* dispuso que *"los hijos del testador menores de edad o incapacitados para el trabajo, incluyendo a los hijos adoptivos, así como el cónyuge, los padres (incluyendo a los adoptantes), incapaces éstos y los mantenidos por el fallecido, heredarían, independientemente de lo que se dispusiera en el testamento, no menos de los dos tercios de los bienes que correspondieren a cada uno de ellos al heredar por la ley"*.

Es por ello que al redactar el testamento el notario deberá interpretar al testador el contenido del *Código Civil*, en el que se restringen sus derechos con respecto a los menores de edad y otros herederos incapaces para el trabajo; por lo que el heredero indispensable no podrá recibir una parte menor de la establecida por la ley, teniendo derecho el testador de legar a este heredero una parte mayor que la obligatoria. Si resultaran violados los derechos de los sucesores a la parte obligatoria, se invalidaba el testamento.

En tales circunstancias, en el sistema de Derecho continental las legítimas se imponen como freno a la libertad de testar, dada la imperiosa necesidad de protección al núcleo familiar, ante lo cual, aún la mayoría de los Códigos Civiles en América, incluyendo por supuesto el nuestro, no se han atrevido a desmembrar de su sistema sucesorio la tutela que dispensa a los parientes más allegados el sistema de legítimas, lo cual limita en gran medida a la más autónoma voluntad del causante, contradiciendo de esta forma su aspiración de excluir a determinados herederos legales, que aunque estén amparados por la ley, no desea incluirlos en su herencia, si de lo que se trata es de respetar el lugar que verdaderamente ocupa su voluntad en lo que se refiere al negocio jurídico testamentario.

**e) El nombramiento de un tutor para el hijo menor o persona mayor de edad judicialmente incapacitada**

Consiste en la designación testamentaria de una o varias personas hecha por el padre, la madre o por terceras personas ajenas a los padres, pero no excluyendo la designación de éstos, para que a su muerte brinden protección y cuidado a sus hijos menores o incapaces.

En este sentido, la necesidad de constitución de la tutela puede responder a razones ajenas al deceso del testador, ya sea el fallecimiento del progenitor que no ha designado tutor testamentario o la privación o suspensión de la patria potestad del que ha consignado en testamento la designación tutelar; ante tales circunstancias cabría preguntarse, qué valor dará el tribunal a la designación de tutor para el hijo menor de edad o incapacitado judicialmente hecha por el finado progenitor, como manifestación de última voluntad en su testamento.

Por ello, el procedimiento para el nombramiento de tutor testamentario no traería grandes problemáticas en el orden procesal, si los mecanismos para la constitución de la tutela en estas circunstancias estuvieran bien articulados en nuestro ordenamiento.

De lo que se colige la urgente necesidad de que se le brinde a tan importante institución un tratamiento legal directo, positivo y más amplio, pues ni en el actual *Código Civil*, ni en el de *Familia* se alusión alguna a tal menester.

Por tanto, la permisibilidad en el ordenamiento jurídico de que el padre o la madre puedan nombrar tutor para sus hijos menores de edad o incapacitados se sustenta esencialmente en que nadie mejor que ellos puede designar quién es la persona con mejores condiciones morales y afectivas a los efectos de brindar la mayor protección posible a sus hijos tras su fallecimiento.

De esta forma, la naturaleza de la institución tutelar exige ineludiblemente que la designación se establezca sobre la mayor seguridad y selectividad permisible, pues se ponen en juego los intereses del menor o incapaz declarado judicialmente, por ende, la voluntad perpetuada en testamento del padre o la madre, deberá en todo momento estar sustentada en la seguridad de su designación y en la misma medida que pueden variar las condiciones personales del designado tutor, por lo que no habría por qué entender irrevocable tal declaración, máxime si entiende que su esencia figura en la protección suprema y absoluta del menor o incapaz.

De ahí que, la designación hecha siempre estará sujeta a la evaluación judicial, requiriéndose que la misma se haga sobre la mayor transparencia posible, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto, lo que no podría operar eficazmente si no es la última voluntad del testador la que llega a manos del juez.

#### **f) La confesión de un delito cometido por el testador**

Radica en la ocurrencia de una acción que atenta contra el orden público, por tanto, podemos decir que se trata de una expresión testamentaria de relevancia, incluso para la sociedad en sentido general, debido a que no es un simple acto de voluntad del testador sino que alcanza otras aristas.

La confesión de un delito es una cuestión igualmente polémica, porque el hecho de haber revocado el testamento no elimina su existencia. Esta declaración testamentaria atípica va a tener una relación directa con el tipo de testamento, pues por lógica se presentará con el tipo ológrafo, como su más certera forma de revelación, partiendo de su intención de surtir efectos después de la muerte del testador.

Acontecer lo contrario, y manifestarse tal voluntad ante Notario o autoridad competente para llevar adelante el otorgamiento del testamento, pondría al fedatario ante la disyuntiva de mantener la secretividad que requiere la declaración post-mortem o hacer cumplir la legalidad, denunciando el acto, por lo cual, por razones obvias no aparecerá en otro tipo de testamento.

Sin embargo, aunque doctrinalmente es reconocida esta declaración dentro del llamado contenido atípico del testamento, nuestra ley sustantiva civil no hace pronunciamiento alguno sobre tan difícil declaración del testador, que como se planteó con anterioridad, se debate en un marco jurídico y social mucho más amplio.

No obstante, en el artículo 280.2 de la ya mencionada *Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico* se plantea que: “la confesión prestada por el causante hará prueba plena en cuanto a sus herederos o causahabientes, respecto a los hechos relativos al proceso”; de lo que puede inferirse que la confesión de delito por parte del testador, a partir de la gran autonomía que ostenta éste al redactar su testamento, constituye una declaración de carácter extrajudicial que utilizada en este particular como medio de prueba en determinado proceso, se erige una vez más como expresión anómala dentro del contenido del instrumento jurídico testamentario.

### **g) Transmisión de la obligación del testador en materia de alimentos**

Este concepto define el deber recíproco que tienen determinadas personas de proporcionar a otras lo que resulte indispensable para su subsistencia, tales como, casa, vestido, comida, asistencia en casos de enfermedad y, tratándose de menores de edad, los gastos para sufragar su educación.

Al respecto nuestro *Código Civil* reconoce a este deber como un deber-derecho, de contenido tanto patrimonial como ético, pues a través de él se pretende proporcionar a un ser humano determinado, los recursos indispensables a sus necesidades físicas e intelectuales, de tal suerte que, satisfechas éstas, pueda cumplir su propio destino.

En tanto, este deber-derecho es regulado en la *Ley 1289 de 1975*, actual *Código de Familia*, a partir del artículo 121 y siguientes, donde se establece, entre otras cuestiones, “*la obligación recíproca a darse alimentos de los cónyuges, ascendientes y descendientes, los hermanos y demás personas con derecho a recibirlo, cuando careciendo de recursos económicos estén impedidos de obtener alimentos por sí mismos, por razón de edad o incapacidad*”<sup>65</sup>.

Sin embargo, en el la propia normativa del referido Código, claramente se expone en su artículo 135 que, “*la obligación de dar alimentos cesará:(1) por muerte del alimentante*”, de lo cual se colige que la obligación de dar alimento se extingue al expirar la vida de la persona que debía proporcionarlo; excluyendo toda posibilidad de ser transmitida a los herederos del difunto, cuando el mismo ha debido por ley a ciertas personas.

Aparejado a esto, en el citado artículo, en su apartado segundo, también se reconoce como causa de extinción de esta obligación “*la muerte del alimentista*”, es decir, si el derecho a pedir alimentos lo tenía el causante y que mira a una situación personal de éste, de igual forma no puede ser transmitida a su fallecimiento.

A pesar de este total vacío legal, que también se presenta en el *Código Civil* cubano en materia de sucesiones, gran parte de la doctrina moderna, al igual que la autora de la presente investigación, concuerdan en que no debería existir impedimento alguno,

---

<sup>65</sup> Ley 1289 de 1975, Código de Familia, vigente desde el 8 de marzo de 1975. Publicado en Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Ordinaria, Año LXXIII, No.6. La Habana, 15 de febrero de 1975. Impreso en la Empresa Gráfica de Villa Clara, en el mes de septiembre de 2009, Título III, Capítulo II, artículos 121; 122; 123, p.17

tanto en el orden jurídico como social, para que pueda ser transmitida la obligación que tenía el causante de dar alimentos a las personas debidas, toda vez que se consideran a los herederos como sucesores de la persona del difunto.

Por tanto, a tenor una vez más del profundo alcance que en sede de sucesiones despliega la autonomía de la voluntad privada, acertadamente por medio de un testamento el causante puede expresar su auténtica decisión de transmitir este deber a la persona que estime pertinente.

De ahí, que se abogue nuevamente por la modificación de la norma sustantiva civil, de tal manera que se incluya esta declaración atípica dentro del contenido del instrumento jurídico testamentario, evitando de esta forma posibles afectaciones que puedan poner en riesgo la seguridad y estabilidad de las personas que requirieron los alimentos ofrecidos en vida por el causante.

### **II.3.3 El contenido testamentario atípico y el ejercicio de la personalidad jurídica pretérita o post-mortem**

La personalidad constituye aquel conjunto de características o patrones que definen a una persona, es decir, sus pensamientos, sentimientos, actitudes, hábitos y su conducta en general, que de manera muy particular, hacen que las personas sean diferentes unas de las otras.

Sin embargo, vista en el plano jurídico, sería reconocida, con apellido homónimo, como la capacidad suficiente de una persona, entidad, asociación o empresa, para contraer obligaciones y realizar actividades que generan plena responsabilidad jurídica frente a sí mismos y frente a terceros; aunque tratándose de la realización de un testamento, como acto individual y personalísimo, sólo importaría a las personas naturales.

Pero, muerta la persona no puede ya hablarse de derechos de la misma y cabe preguntarse entonces, si el interesado tiene en vida un derecho que le permita declarar para el futuro cuestiones de gran trascendencia en su ámbito más bien subjetivo, inherentes a su propia personalidad, como lo constituyen las relativas al destino de su cadáver o partes del mismo; los funerales o la forma y lugar de enterramientos; el consentimiento para donar órganos y tejidos, así como el material genético a ser utilizado por su cónyuge supérstite; la transmisión de los derechos que ostente sobre una obra, ya sea científica, artística o intelectual; y todo lo concerniente a la defensa

de su honor, honra y reputación, que se apartan en cierta medida de las declaraciones usualmente plasmadas en un testamento.

De ahí que, por medio del instrumento jurídico testamentario se logre extender la personalidad jurídica del causante, lo que nos colocaría frente a la personalidad jurídica pretérita o post mortem del individuo, según la doctrina naciente, cuestión ésta que sólo tendría cabida dentro del contenido atípico del testamento.

**a) Declaraciones sobre el destino del cadáver, así como lugar de enterramiento de ser el escogido y sobre los sufragios y funerales<sup>66</sup>**

Entre otras cuestiones de notable trascendencia que pueden ser dispuestas por el testador, la posibilidad de que por medio del testamento se declare su voluntad con relación al destino de su cadáver, el lugar y forma de los funerales y el enterramiento, representa un hecho notablemente antiguo en el ámbito social, aunque no así en el jurídico.

Esta inconveniencia encuentra su fundamento en que la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos en el mundo, sobre todo los iberoamericanos, en materia de enterramientos y funerales, como derecho inherente por demás a la personalidad jurídica del individuo, sólo hacen un breve intento por reconocerlo en sus legislaciones; ante lo cual surge la interrogante de extender y desarrollar tan importante facultad a otros ámbitos, como el sucesorio, a partir de las implicaciones y efectos jurídicos que pudieran denotar igualmente para la dignidad humana.

En este aspecto nuestra legislación tampoco adopta ningún comportamiento diferente, pues resulta nula la posibilidad de encontrar en la normativa cubana y sobre todo en la civil, algún precepto que respalde legalmente la declaración concerniente a los funerales y entierros, manifestación que cada día aumenta el número de implicados en ella, por la considerable relevancia que tiene para el individuo.

---

<sup>66</sup> Disposiciones de este tipo han sido tradicionales en la historia. Testamentos otorgados por próceres y personajes célebres así lo acredita. En el testamento del General José Francisco de San Martín en la cuarta de las cláusulas se lee: "Prohíbo el que se me haga ningún género de funeral, y desde el lugar en que falleciere, se me conducirá directamente al cementerio sin ningún acompañamiento, pero sí desearía, el que mi corazón fuese depositado en el de Buenos Aires". Algo parecido sucede en el testamento del Libertador Simón Bolívar en que se dispone: "Es mi voluntad: que después de mi fallecimiento, mis restos sean depositados en la ciudad de Caracas, mi país natal".

De lo cual, se deriva la urgente necesidad de recibir un óptimo y adecuado tratamiento legal, dada su relevante interrelación con el instrumento jurídico testamentario, pues como ha sido concebido por muchos estudiosos del tema, que mejor vía, que la del testamento, para que toda persona capaz pueda expresar su última voluntad sobre el destino que desea darle al advenimiento de su muerte a su cuerpo, y de igual forma cómo desea que se realice su funeral y entierro, en aras de que sea acatado y cumplido de la forma que ansía por sus herederos y albaceas, como máximos ejecutores de lo expresado y ordenado en este especial instrumento jurídico.

### **b) Reglas especiales para la transmisión del uso y goce de las capillas y cementerios**

Relacionado con el dominio que pueden ostentar las personas naturales sobre los diversos bienes que existen en el tráfico jurídico, se presenta un nuevo desafío no contemplado hasta el momento en la legislación cubana, tal es el caso del uso y goce de capillas y cementerios.

Sobre tan introvertido planteamiento, los autores que comparten el razonable criterio de su inclusión en la normativa civil; por su repercusión en el derecho patrimonial y de sucesiones, alertan sobre la joven tendencia actual de muchos sujetos de expresar en documentos privados, sobre todo en testamentos, cuestiones relacionadas con la transmisión del uso y goce de capillas y cementerios a sus herederos, una vez que no se encuentren en este mundo.

Realmente este asunto resulta un tanto novedoso para los operadores del Derecho, los que pudieran verse un poco limitados a la hora de conocer alguna cuestión relacionada con esta declaración personalísima, realizada en vida por el testador. De ahí, su inclusión entre las denominadas declaraciones atípicas testamentarias no tuteladas por la ley cubana, que al igual que las antes tratadas merecen un total y oportuno reconocimiento legislativo, que permita dar solución a tan cuestionada problemática dentro del contenido del negocio jurídico testamentario, si de veras se desean respetar las aspiraciones del causante expresadas en su testamento.

### **c) Expresión del consentimiento para disponer de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano**

En la donación de órganos está de por medio el cuerpo, el cual tiene un estatuto muy diferente a los bienes u objetos materiales. Hoy la ciencia considera al cuerpo como un

objeto dissociado del sujeto, sin embargo para el Derecho representa una expresión clara de un objeto adscrito a la propiedad privada, por lo que toda persona puede abrogarse el derecho de propiedad de sí mismo, de su cuerpo, de sus células y de su esperma.

Años atrás, bajo el Derecho Consuetudinario, una persona podía donar su cuerpo por testamento, ya que el mismo no estaba considerado como una propiedad legal y por tanto, no formaba parte de los bienes testamentarios.

En Cuba el artículo 476 del *Código Civil* establece la facultad de testar del ciudadano, por lo que puede ser utilizada este tipo de donación, aunque es preciso señalar que reconoce el propio precepto que sólo se podrá disponer en el testamento del patrimonio del causante o parte de éste, siendo cuestionable en este sentido por el carácter extra-patrimonial de la donación de órganos y tejidos.

Es por ello que, actualmente la donación de órganos es una práctica habitual en el sistema de salud cubano. La vigente organización del modelo sanitario nacional permite que muchas vidas sean salvadas a partir de la realización de donaciones de órganos y tejidos vitales de una persona a otra persona, bajo el auspicio y colaboración de los médicos y funcionarios encargados de realizar y velar por esta actividad, tal como lo ha dispuesto la *Ley 41 de la Salud Pública de 1983*, que regula el desarrollo de las donaciones de órganos y tejidos en nuestro país, junto con otras estrategias de trabajo de este Ministerio.

En tales circunstancias la citada Ley de Salud Pública, en su Reglamento, desarrolla la forma en que se puede realizar esta actividad en nuestro país, por lo que en su Capítulo IV "*De la donación de órganos, sangre y otros tejidos*", refiere el artículo 80 que: "*la donación de órganos, sangre y tejidos será un acto de libre y expresa voluntad del donante o de quien lo represente, según el caso, realizado con fines humanitarios, y se acreditará en el Carné de Identidad del donante*".

El mismo artículo 80 prevé que *ningún familiar de un fallecido o persona podrá revocar la decisión de donación expresada por éste en vida*. La voluntad se entiende vinculada a la disposición de sus órganos, reafirmando su carácter personalísimo por su vinculación a los derechos individuales con el derecho a la integridad física y corporal.

De ahí que, cuando se está en presencia de declaraciones testamentarias relativas al consentimiento para la disposición de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano, se

considera que tienen la condición de ser irrevocables, salvo que expresamente se renuncie a ellas por el testador, lo que implicaría una manifestación contraria de su voluntad.

También se precisa que los fines serán humanitarios. Aunque no hay una prohibición expresa en esta Ley sobre el tráfico de órganos o su comercialización, estas posibilidades se entienden excluidas como finalidad para la realización del acto.

Sin embargo, en cuanto a la legitimidad de las personas para disponer sobre su propio cadáver y sobre todo, de qué vías puede valerse para hacerlo, como es el caso del testamento, existe un notable vacío legislativo en la norma civil cubana, pero la jurisprudencia, ha sostenido la prevalecía una vez más de la voluntad del causante, sobre incluso las creencias religiosas de los herederos. En caso de que el extinto, no hubiere dejado instrucciones sobre su cadáver, serán sus parientes, en orden o grado sucesible, los que han de decidir, en un marco de respeto posible a las creencias del muerto y a los usos y costumbres en general.

En resumen, puede afirmarse que esta nueva experiencia plantea que, salvo manifestación expresa en contrario en testamento u otro documento privado, se presume la voluntad de donar órganos y tejidos por parte de las personas declaradas legalmente fallecidas; lo cual contribuirá a resolver en gran medida el problema de salud que tienen actualmente miles de cubanos en lista de espera por algún órgano o tejido. Realidad que debe ir acompañada de campañas educativas y una red de instituciones públicas y privadas sensibilizadas que apoyen esta labor.

#### **d) Expresión del consentimiento para que pueda ser utilizado por su cónyuge supérstite el material genético del testador tras su fallecimiento**

La denominada fecundación post mortem sólo puede encontrarse referida al hecho de que la mujer, viva, sea objeto de inseminación artificial con el semen de algún varón que, en el momento de realizarse la fecundación, se encontrara ya fallecido.

La posibilidad de que la fecundación se produzca tras la muerte del padre donante del material reproductor y sobre la base de un consentimiento por él emitido, puede tener

el cauce posible para la emisión de tal consentimiento, precisamente, en el testamento.<sup>67</sup>

En este sentido la experiencia actual del sistema de salud cubano, aunque apenas se encuentra en la fase de implementación y organización, ha contribuido a que el manejo de la pareja infértil en nuestro país vaya tomando mejores derroteros, a partir del *Programa Nacional de Atención a la Pareja Infértil*, que se desarrolla en la isla centroamericana como parte de su política sanitaria, constituyendo el programa más importante de implementación de medidas para contrarrestar la esterilidad en los habitantes de la isla.

Sin embargo, tal posibilidad de procreación artificial determina en todo caso que el hijo nacido carezca de un padre que pueda prestarle la asistencia a la que se refiere el precepto constitucional<sup>68</sup>. La admisibilidad de la fecundación *post-mortem*, al apartarse de la finalidad terapéutica de las técnicas de reproducción asistida, esto es, tratar la esterilidad de la pareja, y al realizar otra finalidad, cual es la realización póstuma de la mujer de alcanzar la maternidad, contraviene la *mens legislatoris* del texto constitucional, en tanto que exige a los padres que presten asistencia de todo orden a los hijos, por lo que podría concluirse que con ella se trasgreden los principios ordenadores de convivencia y situación familiar, condenando al hijo a una orfandad deliberada.

No obstante, se han defendido en la doctrina posiciones permisivas de la fecundación *post-mortem*; alguna de ellas sobre la base del argumento (jurídico) de que en la Constitución no existe un precepto que pueda invocarse para prohibirla.

Entre tales dilemas, los efectos de la utilización de estas técnicas reproductivas expresadas en testamento, para después de la muerte del padre, conlleva para la filiación del hijo "súper póstumo" una cuestionada situación dentro de la procreación médicamente asistida, porque se crea un niño programado de antemano huérfano de padre, asunto que aun no ha encontrado en la norma cubana respaldo jurídico alguno.

---

<sup>67</sup> Vid PÉREZ GALLARDO, Leonardo. Temas actuales de Derecho de Familia, matrimonio, procreación, filiación, bioética, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, p.142

<sup>68</sup> PANTALFÓN PRIETO, Federico. "Contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida", Jueces parata Democracia, 1988, p. 97

Por lo cual, resulta necesario legislar sobre la posibilidad que la mujer pudiese inseminarse artificialmente después de la muerte del marido. Entiende la autora que sería justo, siempre y cuando el matrimonio o pareja lo hubiesen decidido con anterioridad al fallecimiento y la fertilización o inseminación se hubiere realizado dentro de un determinado período de tiempo, el cual, coincidiendo con la legislación española, no podría exceder de "seis meses desde el fallecimiento del marido, y siempre que lo haya consentido en escritura pública o testamentaria, teniéndose en cuenta la supremacía que posee el consentimiento expreso por ambos cónyuges a la hora de hablar de fecundación o inseminación artificial de la mujer.

De esta forma el desarrollo biotecnológico estaría subordinado a los intereses esenciales de la persona humana; estableciendo la ley una diferenciación entre las diversas técnicas biomédicas para decidir cuáles deben ser aceptadas y cuáles no, a fin de garantizar el respeto a la dignidad de la persona humana y a sus derechos esenciales.

**e) La transmisión de los derechos sobre derecho de autor y la defensa de la integridad, significado y contenido de las obras científicas, artísticas o intelectuales en sentido general creadas por el causante**

Se ha debatido la posibilidad de que el testador pueda nombrar en testamento, a la persona natural o jurídica, que a su fallecimiento, ejercite los derechos relativos a la decisión sobre la divulgación de la obra y su forma, exija el reconocimiento de su condición de autor de la obra y el respeto a la integridad de la misma e impida cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella, que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.

En este sentido, la propiedad *literaria*, hoy llamada *intelectual* se transmite a los herederos del autor; pero expira a los cincuenta años después de su muerte, plazo que comenzará a contarse a partir del primero de enero del año siguiente al fallecimiento del mismo, según modificaciones establecidas por el *Decreto-Ley 156/1994* a la *Ley 14/1977 del Derecho de Autor* en nuestro país, reconociéndose en dicha normativa en su artículo 44, que "*puede ser transmitido por herencia el derecho de autor*".

De ahí que el derecho a exigir el reconocimiento de la paternidad sobre la obra y el derecho a la defensa de la integridad de la misma, corresponden igualmente a los

herederos o albacea del autor, sin perjuicio de que el Ministerio de Cultura pueda coadyuvar a esos fines.

Todo esto responde al interés superior que impone la necesidad social y jurídica de que se protejan los más elementales derechos que le son reconocidos a todo creador de una obra, sea cual fuera su modalidad, en aras de lograr la más amplia difusión de la ciencia, la técnica, la educación y la cultura en general.

Por ello, teniendo en cuenta que en sede testamentaria lo que más interesa es la soberana voluntad privada del causante, no existe obstáculo alguno para que éste pueda disponer por medio del instrumento jurídico testamentario sobre el destino futuro que quiere darle a su creación, una vez que se encuentre fuera de este mundo, como máxima extensión de buena parte de sus derechos como autor a sus causahabientes.

Al respecto el *Código Civil* cubano es un tanto omiso, pues no encontramos ningún pronunciamiento en su articulado que aluda a tal posibilidad por parte del testador, lo que nos indica que nuevamente estamos ante la presencia de una declaración atípica, no codificada, pero sí muy conocida y empleada por numerosos creadores en nuestro país, ante lo cual se presenta la premura de incluirla en esta norma civil, con el fin de lograr que un óptimo e integral reconocimiento legislativo dote de eficacia y certeza jurídica a los autores que deseen testar sobre tal menester.

**f) La defensa del honor, la honra y la reputación del causante, tanto en lo relativo a su persona como a los actos que realizó en vida**

El honor es un concepto ideológico que ha funcionado como justificación de las relaciones sociales en muchas civilizaciones, este importante derecho tiene su fundamento, entre otras fuentes, en *"el respeto a la persona humana"*, y en la sentencia del filósofo Immanuel Kant de que: *"Los seres humanos constituyen fines en sí mismos y no pueden ser utilizados solamente como medios de otras personas"*.

Aunque propiamente honra, honor y reputación, son conceptos diferentes, es muy común confundir honor con honra y con reputación, pues su deslindamiento es difícil. La honra es el equivalente a la reputación, el prestigio, la opinión, la gloria o la fama que se adquiere del reconocimiento social. Es por ello que, en el Derecho, el honor, la honra y la reputación son considerados atributos que devienen de la dignidad, como cualidad fundamental que le pertenece a toda persona humana.

Sin embargo, los derechos humanos tienen la característica de ser irrenunciables, es decir, nadie podría renunciar a sus derechos al honor, la honra y la reputación, aun después de muerto. Entonces cabría preguntarnos si el individuo tiene en vida algún mecanismo que le permita extender la protección tanto jurídica como social de dichos valores o derechos más allá de su muerte. En este sentir juega un papel fundamental el testamento, como principal recurso legal del que puede valerse toda persona a la hora de definir el destino de todo lo construido y alcanzado en vida, no sólo en el plano patrimonial, sino también más allá de este marco.

De ahí que, en la actualidad, a pesar de que estos derechos constituyen objeto de protección jurídica en muchas legislaciones nacionales como la nuestra, el derecho al honor, asociado a otros derechos, como los relativos a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar, no encuentran un reconocimiento completo que prevea la total realización y satisfacción de la personalidad jurídica del ser humano, en su aspiración a que sean conservados y respetados aun cuando no se encuentre en este mundo.

Esto quiere decir, que doctrinalmente no se ha negado la posibilidad de que el sujeto nombre en su testamento a la persona que promueva, en su caso, el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o imagen de la persona fallecida, nombramiento que puede recaer, asimismo, en una persona jurídica. Siendo prudente y atinado que en el actual *Código Civil cubano* esta atípica y poco usual, pero no desconocida cláusula, sea venerada dentro del contenido testamentario.

#### **II.4 Un análisis de derecho comparado sobre el contenido atípico del testamento en algunos ordenamientos de Iberoamérica y del sistema de derecho anglosajón**

Como bien se ha venido planteando con anterioridad, las declaraciones de voluntad del causante que forman parte del llamado contenido atípico de su testamento, han constituido a lo largo de la historia una innegable realidad compartida por muchos ordenamientos jurídicos. No se trata de un fenómeno perteneciente a un régimen económico social determinado, sino que por el contrario, ha demandado por su trascendental relevancia para el ser humano, un considerable reconocimiento legal dentro del ámbito de las sucesiones.

De ahí que, su minucioso comportamiento y respaldo legal a escala internacional, resulte de gran interés para aquellos que pretendan realizar una exposición más

detallada sobre tan importante cuestión, que deviene de la integridad y respeto absoluto de la personalidad jurídica del sujeto.

Por ello, con la intención de detectar posibles tendencias sobre las declaraciones atípicas testamentarias a nivel global, en aras de adquirir experiencia y así fortalecer aún más la tesis sobre el perfeccionamiento de nuestro sistema de derecho, se realizó un estudio de derecho comparado, examinándose en este sentir los códigos civiles y otras normativas especiales de varios países de Iberoamérica como: España, Chile, Venezuela, Ecuador, Argentina, Colombia, Nicaragua, Bolivia, Perú, Uruguay, así como del sistema de derecho anglosajón, teniendo como máximo exponente a los Estados Unidos de América.

En un primer orden, se pudo apreciar el marcado carácter patrimonialista que presenta la noción del testamento en estos códigos civiles, pues la mayoría coinciden al igual que el nuestro, en que, se trata de un acto personalísimo y esencialmente revocable, por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos; aunque exceptuando de tal denominación a Bolivia<sup>69</sup> y Perú<sup>70</sup>, los que agregan a tal concepto la inclusión de otras declaraciones de carácter no patrimonial, pero igualmente válidas, que forman parte del llamado contenido atípico del testamento.

Adentrados ya en su contenido específicamente, concordaron todos en cuanto a la cláusula referida a la facultad que ostenta el testador de revocar en todo o en parte su testamento, siempre que cumpla con las mismas solemnidades que tuvo en cuenta para otorgarlo, al igual que al tratar la revocación de beneficiarios designados en cuenta de ahorro.

Siendo así la ley sucesoria norteamericana especialmente minuciosa al momento de regular lo referido a la designación y revocación de beneficiarios en cuentas de ahorro. Admite la ley norteamericana (tan exquisita en los elementos patrimoniales) una amplia gama de modalidades de servicios bancarios con consecuencia en tanto a la muerte como acontecimiento natural. Tales son las llamadas Cuentas Individuales de

---

<sup>69</sup> Código Civil de la República de Bolivia, Decreto Ley N° 12760/1975 de 6 de agosto, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia de fecha 1 de enero de 1975. Imprenta del Colegio de Educandas. Libro IV, Título III, Capítulo I, artículo 1112.2, pág.219

<sup>70</sup> Código Civil de Perú. Decreto Legislativo No. 295. Publicado el 25 de julio de 1984. Ministerio de Justicia. Editora Escolar EIRL, Lima, 1984. Libro IV, Sección Segunda, Título I, artículo 686, pág.106

Retiro (IRA<sup>71</sup>), Contratos de Seguro de Vida, Cuentas Bancarias Reembolsables a la Muerte (POD<sup>72</sup>) y las Cuentas de Inversión Transferibles a la Muerte (TOD<sup>73</sup>).

No obstante, tienen preferencia los beneficiarios de estos servicios bancarios sobre los designados por el testador como herederos de las mismas, en la ley norteamericana esto solo sucederá si en el contenido del testamento el testador no revoca expresamente la condición del beneficiario anteriormente designado. Si lo hace, el nuevo beneficiario será el heredero instituido en dicho instrumento.<sup>74</sup>

Igualmente, la doctrina española, en relación al nombramiento de beneficiario de póliza de seguro de vida y de cuenta de ahorro, considera que, de acuerdo a la LCS (*Ley de Contrato de Seguro*) el tomador, hasta el momento del fallecimiento goza de la facultad de modificar la designación de beneficiario, salvo que hubiese renunciado a esa facultad.<sup>75 76</sup>

Por otro lado, el reconocimiento de hijos extramatrimoniales también constituyó un aspecto usual en estas normativas, y en otras leyes especiales, como fue el caso de Bolivia, quien remite tal consideración a su Código de Familia<sup>77</sup>, de manera que *la declaración que hiciera la madre o el padre con el fin de reconocer "la filiación de uno o varios hijos, para que surta efectos jurídicos a su deceso, resultará legalmente válida y no perderá su fuerza legal aunque sea revocado el testamento en que ésta se hizo"*.

Asimismo sucede con el nombramiento por parte del causante de tutores o curadores como otros suelen llamarles, a los hijos menores o los mayores incapacitados, para que los representen en todos aquellos actos jurídicos en que por estas limitaciones no puedan expresar válidamente su voluntad.

La ley norteamericana en este sentido les llama "guardians" a las personas que el causante designa para quedar a cargo de los hijos menores que sobrevivan al

---

<sup>71</sup> Individual Retirement Accounts.

<sup>72</sup> Payable-on-death (POD) Bank Accounts.

<sup>73</sup> Transfer-on-death (TOD) Investment Accounts.

<sup>74</sup> Joan Koonce, Ph.D., AFC y Lauren Shockley. Cooperative Extension. The University of Georgia.

<sup>75</sup> CALLEJO RODRIGUEZ, C.: "Notas de Derecho Sucesorio sobre el Seguro de Vida para caso de muerte". <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/13/dtr/dtr2.pdf>

<sup>76</sup> TIRADO SUÁREZ, M.J. y ALBALADEJO GARCIA, M.: "Sucesor universal o heredero, sucesor particular o legatario". Revista de Derecho Privado. 1978.

<sup>77</sup> Ley No. 996 de 4 de abril de 1988. Código de Familia de Bolivia. Edición 2129. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia. La Paz. OPS/OMS. 2001.

testador. La designación de tales, forma parte de los elementos llamados básicos en el contenido del testamento según la ley de Estados Unidos.<sup>78</sup>

Aparejado a esto, se encontraron en dichas leyes sustantivas civiles otras declaraciones relacionadas con la ordenación de fundaciones; el reconocimiento de deudas y la obligación del propio testador en materia de alimentos, siendo estas dos últimas reconocidas a través de legados; y respecto a la constitución de fundaciones a diferencia del Código Civil peruano, el venezolano y el colombiano, los restantes Estados contemplaron este asunto en una ley especial dedicada al efecto<sup>79</sup>.

En cuanto al reconocimiento de deudas en específico, las formas solemnes para dictar testamento establecidas por las normas sucesorias en Estados Unidos, incluyen la actuación de tales a través de albaceas testamentarios, por lo que el testador “*empodera*” al albacea para llevar adelante sus disposiciones en cuanto al contenido típico (distribuir las propiedades de acuerdo a sus instrucciones) y “*adicionalmente autoriza*” al albacea a ejecutar acciones que forman parte del contenido atípico, entre ellas “*reconocer cualquiera y todas mis deudas verdaderas y justas de naturaleza privada, pública o legal*”.<sup>80 81</sup>

En cuanto a la transmisión de los derechos sobre las obras científicas, artísticas o intelectuales creadas por el causante, así como la defensa de su integridad, significado y contenido, pudo observarse una breve referencia sobre tal menester en estas leyes civiles, remitiendo su conocimiento a normativas especiales, en este caso, a leyes de propiedad intelectual<sup>82</sup>.

Referido a las reglas especiales para la transmisión del uso y goce de las capillas y cementerios, sólo hacen alusión expresa a las mismas los Códigos Civiles de Chile<sup>83</sup> y

---

<sup>78</sup> LEWIS, Jill. Legal Zoom. Com. Legal Info by Demand Media. LegalZoom.com, Inc. is a registered and bonded legal document assistant, #0104, Los Angeles County (exp. 12/13) 101 N. Brand Blvd., 11th Floor, Glendale, CA 91203

<sup>79</sup> Art. 7 Ley 30/94 Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General en España, que autoriza la fundación testamentaria. Publicada en BOE No.282 de 25 de noviembre de 1994. España.

<sup>80</sup> Google Docs. Printable Contracts. Lasy Will and Testament.

<sup>81</sup> KOONCE, Joan Ph.D., AFC y Lauren Shockley. Cooperative Extension. The University of Georgia.

<sup>82</sup> Ley de Propiedad Intelectual en España. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

<sup>83</sup> Código Civil de la República de Chile de 14 de diciembre de 1855, edición oficial al 31 de agosto de 1976, aprobada por Decreto N° 1937/ 1976 de 29 de noviembre del Ministerio de Justicia, Editorial Jurídica de Chile. Libro II, Título II, artículo 587, pág. 91

Colombia<sup>84</sup>, no así los restantes códigos, los que nada abordan sobre este especial derecho.

De igual forma las disposiciones sobre el destino del cadáver, así como el lugar de enterramiento de ser el escogido y sobre los sufragios y funerales, fueron reconocidas legalmente por España<sup>85</sup>, Venezuela<sup>86</sup>, Argentina<sup>87</sup> y Perú<sup>88</sup>, lo que no quiere decir que no encuentren en los restantes ordenamientos un respaldo jurídico, aunque no necesariamente en la normativa civil.

Igualmente, las leyes norteamericanas que establecen las formas y el contenido del testamento, aunque tienen ligeras variaciones en dependencia de los Estados de que se traten, son unánimes en incluir dentro del contenido básico del testamento, a las llamadas *Special Request*, (o requerimientos especiales), dentro de los que se incluye si el cadáver será cremado o enterrado, y quienes corren con los gastos del funeral y de la cremación.<sup>89</sup>

Relacionado con la defensa del honor, la honra y la reputación del causante, tanto en lo relativo a su persona como a los actos que realizó en vida, es válido resaltar que sólo los Códigos Civiles de España, Bolivia y Perú hacen breves acotaciones en su normativa sobre tan significativa cuestión, aunque al respecto también se alza, aunque muy someramente la *Ley N. 2 de 8 de abril de 2010, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte en España*.

Afín con la expresión del consentimiento para que pueda ser utilizado por su cónyuge supérstite el material genético del testador tras su fallecimiento, pudo apreciarse el

---

<sup>84</sup> Código Civil de la República de Colombia, sancionado el 26 de mayo de 1873 y puesto en vigor por Ley 57 de 1887, edición a cargo de Luis César PEREIRA MONSALVE, Medellín, marzo, 1994. Libro II, Título I, Capítulo II, artículo 672, p.253

<sup>85</sup> Art. 902.1ª CC español, dispone la facultad del albacea para disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador con arreglo a lo dispuesto por él en testamento.

<sup>86</sup> Código Civil de la República de Venezuela, reformado en julio de 1982. Gaceta No. 2.990 Extraordinaria del 26 de julio de 1982. Imprenta Nacional. Caracas. Libro III, Sección VIII, artículo 973, p.206

<sup>87</sup> Código Civil de la República de Argentina de 25 de septiembre de 1869, edición al cuidado del Dr. Ricardo de ZAVALÍA, Buenos Aires, 1996. Libro III, Título XVII, Capítulo V, artículo 3795, p.675

<sup>88</sup> Art.13 del Código Civil peruano dispone que: A falta de declaración hecha en vida, corresponde al cónyuge del difunto, a sus descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden, decidir sobre la necropsia, la incineración y la sepultura sin perjuicio de las normas de orden público pertinentes.

<sup>89</sup> Free Last Will and Testament Form. Free Legal Document. Free Legal.com

<sup>89</sup> LEWIS, Jill. Legal Zoom. Com. Legal Info by Demand Media. Legal Zoom.

notable avance experimentado por España<sup>90</sup> en este tema, la cual dedica una ley especial encargada de normar todo lo concerniente a las técnicas de reproducción asistida, incluso más allá del período de vida que disfruta toda persona natural, dando lugar dicha ley a la disposición por testamento del uso del material reproductor por el testador para fecundar a su mujer post mortem.

Así la Ley No.35 de 22 de noviembre de 1988, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida en su artículo 9 se plantea que: “...(1) *no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón, (2) no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para la fecundación de su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial...*”. Consentimiento que, según el subsiguiente acápite 4 de la precitada norma, puede ser revocado por la misma vía, entendiéndose en testamento posterior.

Más recientemente en España, con la promulgación de una nueva Ley relacionada con esta materia, en este caso la No. 14 de 2006, se advierte la posibilidad de que la legislación española sólo acogerá la fecundación *post-mortem* con material genético propio del marido o conviviente fallecido, quedando fuera los casos de fecundación heteróloga *post-mortem*.<sup>91</sup>

Otra de las declaraciones atípicas del testamento lo constituye la expresión del consentimiento del causante para disponer de órganos, tejidos y partes de su cuerpo, ante lo cual cabe resaltar las leyes dedicadas al efecto en España<sup>92</sup>, Ecuador<sup>93</sup>, Bolivia<sup>94</sup> y Venezuela<sup>95</sup>, las que en la mayoría de los casos abogan por la obtención y

---

<sup>90</sup> Art. 9.2 Ley 35/88 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que permite la fecundación *post mortem* sobre la base del consentimiento emitido por el testador.

<sup>91</sup> ZURRIARÁIN. R. G.” Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado”. Universidad de La Rioja. Cuad. Bioét. XXII, 2011/2ª. <http://www.aebioetica.org/archivos/05-BIOETICA-75.pdf>

<sup>92</sup> Ley 41/2002, Ley relativa a la Donación de órganos y tejidos en España. Publicada en Boletín Oficial de las Cortes No.274 de 15 de noviembre de 2002. En ésta se indica que pueden incluirse instrucciones relativas al destino de su cuerpo o de los órganos del mismo una vez llegado el fallecimiento.

<sup>93</sup> Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en Ecuador, publicado en el Registro Oficial del 8 de julio de 1998.

<sup>94</sup> Ley No. 1716, de 5 de noviembre de 1996, Ley de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en Bolivia. Publicada por "El Deber".

utilización clínica de órganos, tejidos y células humanas como una nueva garantía del derecho a la salud.

Sin embargo se señala que no es práctico manejar al testamento público abierto como una opción para plasmar el consentimiento expreso, merced al tiempo con que se dispone para la disposición de órganos, que puede oscilar entre las 48 y las 72 horas antes de que éstos dejen de funcionar para los fines propuestos.

Por otro lado, la voluntad del testador de que no intervengan las autoridades judiciales en el proceso sucesorio; el perdón expreso o tácito como medio de rehabilitación para los declarados incapaces para sucederle; la exclusión de posibles herederos ab intestato y la confesión de delito por parte del causante, constituyeron ejemplos claros que demuestran algunas limitaciones actuales en materia de reconocimiento legal del contenido atípico del instrumento jurídico testamentario, pues forman parte de las declaraciones válidas que aunque no encuentran cabida en estos códigos civiles, deben de ser respetadas y admitidas como tal, si se trata de salvaguardar el poderío del que goza la voluntad privada del causante.

A modo de conclusión, puede afirmarse que, a la hora de tratar una cuestión tan polémica como lo ha constituido en la historia misma de la humanidad y con mucho más vigor en la actualidad la institución del testamento, se hace necesario e imprescindible que el análisis de su comportamiento en los diversos ordenamientos jurídicos examinados, nos permita una aproximación real y efectiva de su manifestación en el entorno social y jurídico a nivel internacional.

De ahí que, del estudio realizado en los ordenamientos antes expuestos se pudo apreciar que realmente cuando se habla del contenido del testamento, ya sea el típico o principal como muchos lo denominan y el atípico o extra-patrimonial como otros señalan, ha de tenerse en cuenta que en ambos casos no puede faltar la preeminencia de la voluntad privada y más plena del causante, como un elemento inherente al libre ejercicio de su personalidad jurídica; de lo cual se colige que su necesario y obligatorio

---

<sup>95</sup> Venezuela fue pionera en América Latina en el tema de la donación de órganos y tejidos. Para el año 1972, se promulga, por primera vez en nuestro país una Ley que regula este proceso hasta su derogación en 1992, cuando se inicia la vigencia de la Ley sobre Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos actual. Ley de Trasplante de Órganos y Tejidos de 2 de noviembre de 1992. Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 4.497, Extraordinario de fecha 3 de diciembre de 1992.

respeto debe constituir una prioridad y requisito fundamental a tener en cuenta por todo Estado en la protección jurídica que desea brindarle a dicha institución.

Es por ello que la existencia de vacíos en el instrumental jurídico para encauzar las manifestaciones de este fenómeno de índole esencialmente psicológica, es hoy en día una de las problemáticas pendientes de solución, pues, como se explicó con anterioridad, en el texto las leyes analizadas sólo se reconocen algunas de las declaraciones que forman parte del contenido atípico del testamento; lo cual ha traído consigo insuficiencias en el manejo y solución práctica de dichas cuestiones por parte de notarios, jueces y otros operadores del Derecho.

Tampoco puede negarse el extraordinario avance que ha ido experimentando en estos últimos años el negocio jurídico testamentario en las legislaciones de algunos de los ordenamientos jurídicos tratados, como fue el caso de España, Venezuela y Estados Unidos, sobre todo en lo relacionado con la inclusión en el contenido testamentario de una serie de expresiones poco usuales y un tanto desconocidas, pero igualmente válidas y novedosas, de ahí que, los nuevos retos a enfrentar por juristas y todas las personas involucradas en este proceso que se deriva de la muerte, ocupen apresuradamente espacios cada vez más profundos en la comunidad internacional.

#### **II.4.1 Un análisis sobre la significación y los efectos jurídicos del contenido atípico en el instrumento jurídico testamentario**

La autonomía de la voluntad de los sujetos, los habilita para transferir sus derechos a otras personas, mientras aun vivan, mediante un contrato como la base e institución clave para la transmisión de derechos y responsabilidades.

Es por ello, que la más grande expresión conocida de libertad personal que el sistema legal permite a una persona, es la de decidir sobre los derechos y obligaciones mientras ella vive, sin embargo, la pregunta se torna un poco más compleja cuando indagamos: ¿Qué sucede con esos derechos y obligaciones cuando cesa dicha subjetividad? ¿Cuál es el instituto para transferir esos derechos? ¿Cuáles derechos y obligaciones pasarían a otros sujetos? ¿Quiénes serían los titulares de esos derechos? ¿Qué propiedades serían transferidas a otros sujetos? ¿Qué posición asumiría cada heredero con relación a la herencia?

Sin lugar a dudas, la muerte resulta ser un hecho natural que genera una serie de consecuencias jurídicas, a saber, la apertura de la sucesión del fallecido, sucesión que como es conocido, tiene lugar bien por testamento o por disposición de la ley, prevaleciendo la vía testada sobre la intestada, al adquirir esta última un carácter supletorio y complementario.

En efecto, puede afirmarse que el testamento es un acto jurídico, dado el papel decisivo de la voluntad del causante no solo en el origen, sino en la producción de efectos jurídicos, resultando unilateral, mortis causa, revocable, formal o solemne, mediante el cual una persona establece su sucesión para después de su muerte, razón por la que es considerado la ley suprema de la sucesión.

De esta forma, el testamento como negocio de última voluntad, que rectorea la sucesión mortis causa, ha de ser considerado eficaz en todo caso, a menos que la causal impeditiva de la producción de sus efectos quede suficientemente demostrada. Por tanto, como negocio jurídico que ha transitado por una larga e interesante historia, en la cual se han manifestado diversas corrientes y posiciones teóricas, no solo diferentes, sino contrapuestas, resulta oportuno evaluar el alcance de sus efectos en el ámbito jurídico.

En tales circunstancias, conviene iniciar planteando que esta peculiar relación jurídica transmisible, consigue albergar una serie de disposiciones patrimoniales que el testador puede ordenar, tanto en relación con los bienes y derechos que a su muerte han de ser transmitidos, como lo que se refiere al cumplimiento de deberes que han de ser realizados o consumados después de su fallecimiento, colocándose así, frente a este contenido meramente patrimonial, de función jurídica normal, típica y perfecta, una serie de declaraciones no patrimoniales, conocidas como contenido atípico testamentario, que junto a las anteriores son bien entendidas y admitidas en el derecho naciente.

Esto se traduce en que, con tal expresión (contenido atípico) se entiende a todas las declaraciones de voluntad, que si bien realizadas en forma testamentaria y cualquiera que sea su naturaleza, no comparten alguna característica típica del testamento, que en sentido estricto son: el carácter patrimonial o el carácter de última voluntad.

Dichas declaraciones atípicas ostentan una acentuada relevancia para el ser humano, y dan al traste con una amplia gama de consecuencias jurídicas para todos aquellos

instituidos como herederos. En este sentido, se puede señalar en primer lugar, que su principal efecto jurídico recae precisamente en la intención que persigue el propio causante al exponerlas en su testamento, que consiste en comunicar o publicitar determinadas cuestiones personales, con el propósito fundamental de que sean legitimadas y cumplidas tal y como han sido dispuestas, al advenimiento de su muerte.

Por lo que, el acto del testamento lleva ventaja en cuanto a exactitud en la definición de tal heredamiento por medio de provisiones legales, desde el punto de vista de presunción y de prueba. Lo afirmaron los romanos desde la Ley de las XII Tablas al decir *nemo partium testatus partium in testatus decedere potest*.<sup>96</sup>

Aparejado a esto, se puede apreciar el carácter esencialmente revocable que ostentan dichas declaraciones, pues como se ha abordado en acápites anteriores, el que lo otorga, conserva la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva, a no ser que exprese claramente en el mismo su intención de no hacerlo, requisito que no pierde su valor jurídico para el caso del llamado contenido atípico.

Como excepción a tal carácter se encuentran: el reconocimiento de un hijo, la rehabilitación de un incapaz para suceder y en ocasiones la donación de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano, de lo que se deduce, que estas últimas no pierden su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hicieron, o éste contenga otras declaraciones, o sean nulas las demás que contuviese.

Conviene agregar, que este contenido atípico testamentario, al ser una extensión más integral del ejercicio de la personalidad del causante con fines de ordenar los efectos patrimoniales, no patrimoniales pero con consecuencias patrimoniales o puramente personales, derivados de las relaciones jurídicas civiles en las que tuvo participación en vida, no solo ha incidido su eficacia jurídica en el ámbito de las sucesiones, lo hemos visto presente además, en otras instituciones de índole familiar, penal, procesal, entre otras.

Es así, que existe un primer problema, descrito a priori, que radica en la valoración del grado de suficiencia con que la ley positiva cubana admite esas otras declaraciones de última voluntad. De ahí que, a partir de la inconveniente laguna jurídica existente en la norma sucesoria cubana vigente sobre este tema, se **proponga** con la presente

---

<sup>96</sup> Fuga dr (Latifi) Juliana, Testament Inheritance (comparative view) (Trashëgimi me testament (vështrim krahasues), Publishing House "Lilo", Tirana, 1999, pg. 17

investigación, la reformulación de nuestra regulación jurídica sustantiva, de tal manera que se incluya en la misma una enunciación directa, positiva y más amplia del contenido principalmente atípico del negocio jurídico testamentario.

Lo cual, no negaría al individuo el complejo intrincado de derechos y obligaciones, que como una parte indivisible de su subjetividad asume desde su nacimiento. Si esos derechos fueran adosados a una persona, entonces el elemento más importante para el individuo y la sociedad, sería la transmisión de esos derechos y obligaciones, sin lo cual habría imposibilidad de relaciones económicas y sociales, de las que, se desprenden una pluralidad de efectos jurídicos, que implican el reconocimiento y respeto a la autonomía, personalidad y dignidad más allá de la muerte física.

## CONCLUSIONES

Agotadas todas las direcciones planificadas en la investigación del tema, se pueden formular las siguientes:

**PRIMERA:** Los derechos y libertades fundamentales del individuo se han extendido, al menos formalmente, en consistencia con el enfoque cada vez más amplio de la personalidad y la sustantividad jurídica del ser humano, propio de la modernidad. La libertad de testar y ordenar las últimas voluntades es uno de ellos.

Una relatividad afirmativa (personeidad y personalidad pretérita) en los límites sobre el comienzo y fin de la vida humana; está cambiando la concepción instrumental del testamento. Ya la faz instrumental del testamento no es tan estrictamente transmisiva y patrimonial, sino ampliamente declarativa, de hacer saber la voluntad del causante; una expresión postrer más plena, más representativa, más expresiva y simbólica de su personalidad jurídica. Para el causante, entonces, es el testamento actual un cierto tipo de vivir, de perpetuarse más allá de su muerte física.

**SEGUNDA:** La nueva construcción jurídica del testamento, técnicamente implica que en su cuerpo puedan convivir, sin antagonismos, elementos pertenecientes al contenido llamado típico (visto desde la visión clásica) y elementos de un llamado contenido atípico. No solo para disponer se concibe el testamento, sino también para declarar, por lo que la naturaleza jurídica del mismo debe ser entendida doblemente: dispositiva y declarativa. Las declaraciones que forman el contenido atípico, no son ni accesorias ni indirectas (como les llama Sánchez Román), y tampoco son anómalas (tal cual les califica Jordano Barea).

Es entonces *testamento* en su concepción moderna, aquel instrumento principalmente de derecho privado, y manifestación de las últimas voluntades del causante, patrimoniales o no, con naturaleza y efectos jurídicos, mediante el cual dispone personalísimamente el destino de todos sus bienes, derechos y acciones transmisibles, y declara sobre otros hechos que merecen reconocimiento, como expresión de su autonomía y dignidad personal en tanto ley suprema de ordenación de este proceso sucesorio, para que dicho resultado de disposición y declaración sea ejecutado y conocido luego de su muerte.

**TERCERA:** En el contenido típico, las disposiciones buscan un efecto de transmisión patrimonial, que es su objetivo directo y primario; mientras que en el contenido atípico, las declaraciones tienden a publicitar o comunicar determinadas intenciones del causante luego de su muerte, pero que pueden tener un efecto patrimonial secundario e indirecto. Se afirma entonces que el contenido típico está expresado en disposiciones y el contenido atípico en declaraciones, por lo que, la transmisión patrimonial para el contenido típico es tenida como causa, y para el contenido atípico es tenida eventualmente como consecuencia.

Lo atípico está conformado además, por varios tipos de declaraciones del testador: explicaciones, afirmaciones, expectativas, históricas, y de valores, siendo el testamento ideal aquel que tiene que ser legalmente preciso, sin dejar de cuidar las necesidades emocionales de la familia supérstite. Por tanto, atipicidad implica diferencia, excepcionalidad, originalidad, distinción.

**CUARTA:** Ningún elemento de la historia jurídica del testamento, impide otorgarle lugar a los llamados elementos atípicos u otros elementos en todo caso no patrimoniales, pero con relevancia jurídica, dentro del contenido de la institución en cuestión.

Llegada la etapa moderna del derecho de origen romano-francés, en la cual se refundieron las instituciones de testamentos y codicilos, fue creada la posibilidad de incluir en el primero declaraciones de contenido atípico; tal tránsito ha hecho a los estudiosos de Iberoamérica y de Cuba (Pérez Gallardo, Cobas Cobiella, García Arce, Panadero de la Cruz) en el presente, admitir que es un contenido también inherente al testamento aquel referido a las declaraciones atípicas.

**QUINTA:** La ley sustantiva civil cubana vigente continúa, inconvenientemente, como partidaria de la aun influyente, pero obsoleta tendencia del derecho clásico, en cuanto a concebir el testamento, exclusivamente, como un instrumento de disposición transmisiva patrimonial, a juzgar por la letra del artículo 476 en el Libro de Sucesiones de la Ley 59/87. Mantiene silencio, por demás, en cuanto a la posibilidad de incluir elementos teóricamente considerados como pertenecientes al contenido atípico.

Excepto en lo relativo a la posibilidad, por testamento, de revocación de testamento precedente (artículo 479.1), y la revocación de beneficiario en cuenta de ahorro (artículo 545.1 y 479.2), ambos de la precitada ley; es un eufemismo jurídico afirmar,

cual cierto sector de la doctrina cubana, que existen elementos del contenido atípico tutelados por la ley cubana. Tales, en los mejores casos, son referencias remotas o implícitas a ellos, en normas de diferente ratio.

Existe una amplia gama de otros elementos, tenidos por la doctrina y las legislaciones foráneas como atípicos dentro del testamento, que no tienen ningún tipo de presencia en las leyes cubanas.

**SEXTA:** A pesar de la influencia del tradicional derecho latino en materia sucesoria, sobre el carácter eminentemente transmisivo patrimonial del testamento, algunos países del sistema de derecho romano-francés (España, Bolivia, Ecuador) han comenzado a admitir el contenido atípico dentro del negocio jurídico testamentario; y otros del sistema anglosajón, como Estados Unidos de América, muestran ya una tradición consolidada y depurada técnica en ese sentido. Puede decirse que el ordenamiento jurídico civil cubano sobre el particular, es obsoleto y atrasado en referencia a las tendencias mundiales en la actualidad.

De forma general la autora considera validado el objetivo formulado al inicio de la investigación, lo cual demuestra la necesidad de perfeccionar nuestra legislación en ese sentido.

## RECOMENDACIONES

1. A la Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales, de la Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba, que dentro de las múltiples propuestas que existen para reformar la Ley 59/87 Código Civil de la República, incluya una modificación sustancial al Libro Cuarto de la precitada, en específico en el artículo 466 del Título I, Disposiciones Generales, Capítulo II Sucesión y títulos para heredar; el artículo 476 del Título II Sucesión testamentaria, Capítulo I Disposiciones Generales, Sección Primera Testamento, que define al instituto testamento, y demás artículos que de alguna manera sean excluyentes a la posibilidad de incluir elementos atípicos dentro del referido instrumento jurídico. Al igual, que se incluya en el antedicho libro de la ley civil sustantiva, un acápite que defina lo que reconoce la ley como contenido del testamento, en tanto instrumento.
2. A la Comisión Nacional de la carrera de Licenciatura en Derecho, del Ministerio de la Educación Superior, que indique la elaboración y edición de un texto anexo al Manual de Derecho de Sucesiones, que se tiene como texto básico actualmente, donde sean compendiados los resultados de investigaciones existentes hasta el momento, sobre la nueva visión del instrumento jurídico testamentario, incluyendo aquellas que han sido expuestas en las Conclusiones y con mayor amplitud en el contenido del presente trabajo de diploma, con el fin de actualizar la obsoleta visión que se tiene hasta el presente de este instituto, heredada del derecho clásico latino.
3. A la Sociedad Nacional del Notariado Cubano y a la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia, ambas de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, que se le otorgue mayor prioridad a las investigaciones sobre el enfoque moderno del negocio jurídico testamentario, siendo asumida como una línea de investigación de estas instancias.

## BIBLIOGRAFÍA

### Fuentes doctrinales

1. ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil V - Derecho de Sucesiones, Volumen I. Bosch, Barcelona, 1979.
2. ALBALADEJO, Manuel. Curso de Derecho Civil. 7ma ed., Barcelona, Bosch, 1997.
3. BAREA, Jordano. El testamento y su interpretación. Comares, Granada, 1999.
4. BORRILLO, Donato. Estatuto y Representación humana en el sistema jurídico, en Revista electrónica REIS. URL. <http://www.reis.cis.es/REISWeb/PDF>.
5. CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, Civil y Foral. Tomo I, Volumen II. 8ª edición, Reus, 1952.
6. COBAS COBIELLA, María Elena, PÉREZ GALLARDO, Leonardo Bernardino y MENDOZA DÍAZ, Juan Ramón. Las incapacidades para suceder en la doctrina y en el Derecho Positivo, en Revista Cubana de Derecho No. 7, julio-septiembre, 1992.
7. CASADO, María. Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho. Papers: Revista de Sociología, 1997. N° 53: 37-44.
8. PÉREZ GALLARDO, Leonardo Bernardino et al. Temas de Derecho Sucesorio Cubano. Tomo I. Ed. Félix Varela. 1999.
9. GRILLO LONGORIA, Rafael et al. Derecho Procesal Civil III. Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
10. CORREA GONZÁLEZ, Eleazar. Donación de órganos y Aspectos Psíquicos. [eleazarcorrea@yahoo.com](mailto:eleazarcorrea@yahoo.com) o URL: [psicoanalisis2009.comoj.com](http://psicoanalisis2009.comoj.com).
11. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis María y GULLON BALLESTEROS, Antonio. Sistema de Derecho Civil. 8va ed., Madrid, Tecnos, 2001.
12. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis María y GULLON BALLESTEROS, Antonio. Conferencia en la Escuela Judicial. [www.gibioética@edunet.es](http://www.gibioética@edunet.es).
13. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta. Derecho Civil. Parte General. La Habana, 2002.
14. FLORES MÁRQUEZ, Víctor. El Testamento como Institución Jurídica. Revista digital de Derecho, Colegio de Notarios de Jalisco, México. [www.revistanotarios.com](http://www.revistanotarios.com)
15. GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio. La reproducción asistida en el derecho español. Elementos subjetivos "activos". Derecho y opinión; 1993. N° 1:223-236.
16. GARCIA ARCE, Idalmis. "Disposiciones atípicas testamentarias. Incidencia de la revocación del testamento en las mismas.". Tesis de pre-grado. Universidad de Sancti Spíritus "José Martí". Julio 2011.

17. GARCÍA CANTERO, José. La filiación en el caso de las técnicas de reproducción asistida. Cuadernos de bioética. 1999. V.10. N°39: 478 - 494.
18. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Luis. "Aspectos negociales en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida", en AA.VV, Homenaje a José María Chico y Ortiz, Madrid, 1995.
19. GODBOUT, Jacques. L'esprit du don, Éditions La Découverte/Poche, France, 2000.
20. HERNÁNDEZ GIL, Félix. "Indignidad de suceder por actos atentatorios a la libertad de testar", en Poder Judicial, N° 27, 2ª época, septiembre 1992.
21. LACRUZ BERDEJO, José Luis et al. Elementos de Derecho Civil. Barcelona, Bosch, 1991.
22. LACRUZ BERDEJO, José Luis et al. Elementos de Derecho Civil V - Derecho de Sucesiones. 5ª edición, Bosch, Barcelona, 1993.
23. LAZO LAZO, Yudaysis. "Constitución de fundaciones ordenadas en negocios *mortis causa*". Trabajo de Diploma, dirigido por Leonardo B. PÉREZ GALLARDO y Marta FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Ciudad de La Habana, 1998 (inédito) en Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.
24. MANRESA Y NAVARRO, José Manuel. Comentarios al Código Civil español. Tomo V. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid. 1896.
25. NIETO ALONSO, Antonio. Las fundaciones: su capacidad. Especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales, A Coruña, Fundación Pedro Barrié de la Maza, 1996.
26. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. Compendio de Derecho Civil, tomo V - Derecho de Sucesiones. 2ª edición, puesta al día, Editorial Revista de Derecho Privado - EDESA, Madrid, 1987.
27. OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás. Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, bajo la dirección de Manuel ALBALADEJO GARCÍA. Tomo IV, Revista de Derecho Privado, 2ª edición, Madrid, 1985.
28. OSORIO MORALES, José. Manual de sucesión testada. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957.
29. PANADERO DE LA CRUZ, Ediltrudis. "Notas al módulo de Derecho de Sucesiones". Holguín. 25 de marzo de 2007.
30. PANTALEÓN PRIETO, Federico. "Contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida", Jueces parata Democracia, 1988.
31. PÉREZ CONESA, César. El contrato a favor de tercero. Granada, Comares, 1998.

32. PÉREZ DUARTE, Alicia. Derecho de Familia. Universidad Nacional Autónoma de México, 1990, Primera edición 1990, DR © 1990, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Impreso y hecho en México. ISBN 968-36-17379.
33. PÉREZ FUENTES, Gisela. "Nuevo enfoque de la persona jurídica en el Derecho Civil" en Revista Cubana de Derecho, N° 5, enero-marzo 1992.
34. PÉREZ GALLARDO, Leonardo. Código Civil de la República de Cuba. Ley No.59/1987 de 16 de julio. (Anotado y Concordado). Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2011. Impreso en KROMA, Empresa Gráfica "Haydee Santamaría", enero 2012.
35. SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. Estudios de Derecho Civil. Tomo VI, volumen I, 2 edición, Sucesores de Rivadeneira, Madrid, 1910, pp. 207-208.
36. SHPRESA, Ibrahim. Institute of legacy in the testament. Felix-Verlag, Holzkirchen, Germany and Iliria College, Pristina. Iliria International Review, Kosovo. 2011.
37. VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. Panorama del Derecho de Sucesiones. Tomo I – Fundamentos, 1ª edición, Civitas, Madrid, 1982.
38. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. Tratado de Derecho Civil Español. Tomo V, Parte Especial. Derecho de Sucesión Mortis Causa, Cuarta Edición Talleres Tipográficos, Macías Picavea, Valladolid. 1939.
39. VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. Panorama de Derecho de Sucesiones. Madrid, Civitas, 1984.
40. ZURRIARÁIN, Regino. "Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado". Universidad de la Rioja. Cuad. Bioét. XXLL, 2011/2ª. <http://www.aebioetica.org/archivos/05-BIOETICA-75.pdf>
41. Primer Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. Jano: medicina y humanidades; 1999. V. 56. N° 1295: 21- 27.
42. Centro Nacional de Trasplantes. Organismo autorizado para el control, registro de trasplantes y donaciones de órganos. Información, requisitos para donadores y receptores, aspectos legales... Pág. web. URL: [www.cenatra.gob.mx/](http://www.cenatra.gob.mx/) - 22k - 18 Jun 2007.

### **Fuentes legales nacionales**

43. Constitución de la República de Cuba. Edición Oficial. Ministerio de Justicia, Editorial Orbe, Instituto Cubano del Libro. La Habana, 1976.
44. Ley 59 de 20 de julio de 1987, Código Civil de la República de Cuba. Publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 9 del 15 de octubre de 1987. Impreso para la Universidad de La Habana Facultad de Derecho en ISPJAE Empresa Nacional de Producción del Ministerio de Educación Superior.
45. Ley 1289 de 1975, Código de Familia, vigente desde el 8 de marzo de 1975. Publicado en Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Ordinaria, Año LXXIII, No.6. La Habana, 15 de febrero de 1975.
46. Ley No.7 de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, en Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Ordinaria, Año LXXV, No.34. La Habana, 20 de agosto de 1977.
47. Ley de Procedimiento Penal, Ley 5/1977 de 13 de agosto, en CD Información Jurídica Digital Cubana, 1ª edición, Félix Varela, La Habana, 2000.
48. Ley N° 50/1984 de 28 de diciembre, De las Notarias Estatales. Editada por el MINJUS, mayo de 1986 y su Reglamento contenido en la Resolución 70 /1992 de 9 de junio del Ministerio de Justicia.
49. Ley 51/1985 de 15 de julio, Del Registro del Estado Civil. Publicación del MINJUS, La Habana, 1998 y su Reglamento contenido en la Resolución 157/1985 de 25 de diciembre del Ministro de Justicia, publicación del MINJUS, La Habana, 1998.
50. Ley 62/1987 de 29 de diciembre, Código Penal (concordada y puesta al día), en CD Información Jurídica Digital Cubana, 1ª edición, Félix Varela, La Habana, 2000.
51. Ley No.41 del 13 de julio de 1983, de Salud Pública.
52. Decreto 139 del 4 de febrero de 1988. Reglamento a la Ley General de Salud Pública.
53. Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia No.168 de 30 de junio de 2010. Segundo Considerando. Ponente Acosta Ricart.
54. Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia No.87 de 28 de diciembre de 2010. Proceso Ordinario. Tercer Considerando. Ponente Alfaro Guillén.

## **Fuentes legales extranjeras**

55. Código Civil del Reino de España de 1889. Ley de Bases del 11 de mayo de 1888, con el proyecto de 1851. Promulgado por Don Alfonso XIII, Rey de España y en su nombre durante su menor edad la Reina Regente del Reino, María Cristina. Publicado por Real Decreto del 6 de octubre de 1888 y a regir a partir del 11 de febrero de 1889. Gaceta de Madrid.
56. Código Civil de la República de Chile de 14 de diciembre de 1855. Edición oficial al 31 de agosto de 1976, aprobada por Decreto N° 1937/ 1976 de 29 de noviembre del Ministerio de Justicia, Editorial Jurídica de Chile.
57. Código Civil de la República de Venezuela. Reformado en julio de 1982. Gaceta No. 2.990 Extraordinaria del 26 de julio de 1982. Imprenta Nacional. Caracas.
58. Código Civil de la República de Ecuador. 7ª edición. Codificación RO-S 104: 20 noviembre de 1970, actualizado a junio de 1997, editado por Corporación de Estudios y Publicaciones, S. L.
59. Código Civil de la República de Argentina de 25 de septiembre de 1869. Edición al cuidado del Dr. Ricardo de ZAVALÍA, Buenos Aires, 1996.
60. Código Civil de la República de Colombia. Sancionado el 26 de mayo de 1873 y puesto en vigor por Ley 57 de 1887. Edición a cargo de Luis César PEREIRA MONSALVE, Medellín, marzo, 1994.
61. Código Civil de Nicaragua. Reformado por Ley No.186 de 16 de noviembre de 1995. Tercera Edición Oficial, Managua, 1973.
62. Código Civil de la República de Bolivia. Decreto Ley N° 12760/1975 de 6 de agosto, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, de fecha 1 de enero de 1975. Imprenta del Colegio de Educandas, 1975.
63. Ley No. 996 de 4 de abril de 1988, Código de Familia de Bolivia. Edición 2129. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz. OPS/OMS, 2001.
64. Código Civil de Perú. Decreto Legislativo No. 295. Publicado el 25 de julio de 1984. Ministerio de Justicia. Editora Escolari EIRL, Lima, 1984.
65. Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Sancionado en 1914. Edición al cuidado de la Dra. Jacqueline BARREIRO DE GALLO, Barreiro y Ramos S. A. Editores, Montevideo, 1994.
66. Ley 30/94, Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General en España. Publicada en BOE No.282 de 25 de noviembre de 1994. España.

67. Ley de Propiedad Intelectual en España. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril de 1996.

Ley 35/88 sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Modificada por las leyes 10/1995, del Código Penal y 45/2003.

68. Ley 41/2002, Ley relativa a la Donación de órganos y tejidos en España. Publicada en Boletín Oficial de las Cortes No.274 de 15 de noviembre de 2002.

69. Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en Ecuador. Publicado en el Registro Oficial del 8 de julio de 1998.

70. Ley No. 1716, de 5 de noviembre de 1996, Ley de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en Bolivia. Publicada por "El Deber".

71. Ley de Trasplante de Órganos y Tejidos de Venezuela, de 2 de noviembre de 1992. Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 4.497, Extraordinario de fecha 3 de diciembre de 1992.