



UNIVERSIDAD
CIENFUEGOS
Carlos Rafael Rodríguez

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANÍSTICAS.

TRABAJO DE DIPLOMA
EN OPCIÓN AL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO.

Título: *La Tutela testamentaria como disposición necesaria de última voluntad.*

Autora: *Laima Betancourt Echevarria.*

Tutora: *Lic. Vivian Varona Santiago.*

Consultante: *Lic. Milady Delgado Rodríguez.*

Ciudad de Cienfuegos, 2013
“Año 55 de la Revolución”

RESUMEN.

El testamento constituye el negocio jurídico perfecto para encuadrar la voluntad del causante, revocable por excelencia, siendo la designación del tutor una manifestación de la voluntad que puede formar parte del contenido del testamento. La Tutela es la vía para lograr la protección de aquellas personas que inmersas en una relación jurídica concreta se convierten en sujetos de derecho y que no pueden ejercer plenamente su capacidad. El Código Civil cubano ha diferenciado entre quiénes tienen restringida su capacidad y quiénes carecen de ésta. Este fenómeno tiene gran repercusión social, lo que exige estudiar las normas de familia en torno a la institución. Con ese fin se realizó un estudio del contenido del testamento y la tutela en Cuba, siendo el objeto de estudio de este trabajo. Como objetivo general se trazó la determinación de los fundamentos teóricos-jurídicos que posibilitarían la inclusión en el contenido del negocio jurídico testamentario de la designación de tutor en ejercicio de la plena autonomía de la voluntad privada, en la normativa civil sustantiva cubana. Sistematizar doctrinalmente el contenido del acto jurídico testamentario y de la tutela, constituye un objetivo específico, al igual que confrontar el tratamiento ofrecido en legislaciones foráneas y valorar el contenido del testamento y la institución de la tutela en Cuba, para identificar sus presupuestos teóricos-jurídicos que posibiliten la inclusión de la designación de ésta última en un acto de última voluntad con efectos mortis causa. Para lograrlo se emplearon los métodos Histórico- lógico, Análisis y Síntesis, Exegético-Analítico y Teórico-Jurídico.

ÍNDICE

	PÁGINA
INTRODUCCIÓN.	1
CAPÍTULO I: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA. SU EXPRESIÓN EN EL DERECHO SUCESORIO.	12
1.1. La Autonomía de la voluntad privada. Principio rector del Derecho Privado.	12
1.2. La Voluntad del causante como ley de la Sucesión.	15
1.3. El Testamento como expresión de la autonomía de la voluntad privada. Cuestiones definitorias.	19
1.4. Contenido del Acto jurídico testamentario. Disposiciones de carácter patrimonial y no patrimonial.	24
1.5. La tutela como acto de jurisdicción voluntaria. Los sujetos sometidos a tutela.	29
1.6. Testamento y Tutela. Apuntes de Derecho Comparado.	36
1.6.1. Código Civil de España	37
1.6.2. Código Civil de Venezuela	38
1.6.3. Código Civil de Argentina	39
1.6.4. Código Civil de Chile	41
1.6.5. Código Civil de Cuba	42
CAPÍTULO II: LA DESIGNACIÓN DE TUTOR EN TESTAMENTO.	45
2.1. El papel de la autonomía de la voluntad privada en el Derecho Sucesorio Cubano.	45
2.2. Acto jurídico testamentario. Su regulación en Cuba.	50
2.3. Contenido del acto jurídico testamentario en Cuba.	52
2.4. La tutela como proceso de designación exclusivamente judicial en Cuba. Regulación de la capacidad.	57
2.5. Designación de tutor en testamento. Una necesaria y protectora disposición.	70
CONCLUSIONES.	76
RECOMENDACIONES.	77
BIBLIOGRAFÍA.	78
ANEXOS.	

INTRODUCCIÓN

La Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, establece que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, nacimiento o cualquier otra condición. En esta Convención y en el acto de San José de Costa Rica, firmado en el año 1969, se enumeran los siguientes derechos: el reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad física y psíquica, a la libertad y a la seguridad personal, a la protección de la honra y de la dignidad, a la libertad de conciencia, de religión, de pensamiento y de expresión.

La Real Academia Española define la libertad como la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra o de no obrar, siendo por ello responsable de sus actos. Es la facultad de elegir o de determinarse. Por ella se puede hacer o no hacer, por ella el hombre se autodetermina, haciendo muchas cosas que no las haría si no las quisiese hacer. La conducta procede de la propia voluntad, sin que exista coacción insuperable. (CASIELLO, J. 1954:346)

La autonomía de la voluntad, como manifestación de la libertad, ha sido definida como la decisión de una persona derivada de sus propios valores y creencias. (PIERRI PAOLA J..., *et al.*2008)

En la filosofía kantiana la autonomía de la voluntad privada es un concepto procedente que va referido a la capacidad del individuo para dictarse sus propias normas morales. El concepto constituye actualmente como ya se ha venido indicando un principio básico en el Derecho Privado, que parte de la necesidad de que el ordenamiento jurídico capacite a los individuos para establecer relaciones jurídicas acorde a su libre voluntad. Son los propios individuos los que dictan sus propias normas para regular sus relaciones privadas.

En un sentido muy general, se entiende por autonomía privada, el poder de autodeterminación de la persona. El sentido inmediato del término se amplía así hasta comprender todo el ámbito de la autarquía personal. Se piensa entonces en la esfera de libertad de la persona, para ejercitar facultades y derechos, y también para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen. De modo que podría ser

definida, como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social. (DE CASTRO Y BRAVO, F. 1985:11-12)

El reconocimiento de la autonomía privada es una exigencia que lleva consigo la misma condición de la persona humana; por eso es inadmisibles considerarla como simple ocasión para que actúe la máquina del Estado (concepción normativista). También es inexacto decir que se trata de algo que, como de cosas suyas, sólo a los interesados importa, por lo que se le ha de negar toda justificación a las normas imperativas que la limiten (concepción individualista); porque, si se solicita la intervención resolutoria del Estado, con el despliegue de todas sus fuerzas (jueces, funcionarios de la administración, agentes ejecutivos, policía), dicha intervención habrá de tener su propia justificación, y ésta habrá de ser valorada desde el punto de vista de la comunidad (criterio del bien común). (DE CASTRO Y BRAVO, F. 1985:11-12)

La autonomía privada es un principio General del Derecho en el que se basa la organización del Derecho privado, lo cual quiere decir que las personas pueden crear libremente las relaciones jurídicas que entiendan así como establecer el régimen de estas relaciones en principio, cuando no haya una ley o costumbre en contrario.

En el ámbito jurídico, la voluntad se define como la aptitud legal para querer algo. Es uno de los requisitos de la existencia de los actos jurídicos. Es por ello que ha sido definida como una de las potencias creadoras del hombre.

Entonces, la autonomía privada es un poder de creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas, y tiene doble sentido:

1.- Es un poder de constitución de relaciones jurídicas: aquí se concretiza la autonomía privada. En otros términos, la autonomía de la voluntad se ejercita mediante la constitución o no de relaciones jurídicas,¹ es decir, a través de actos o negocios jurídicos.

2.- Es un poder de regulación de la relación jurídica: la autonomía de la voluntad no

¹Cuando se habla de constitución de relaciones jurídicas, se hace referencia a que los actos jurídicos siempre crearán, modificarán o extinguirán una relación jurídica.

es sólo crear, modificar o extinguir una relación jurídica, sino también determinar el contenido del mismo, es decir, establecer los derechos, obligaciones, deberes y objetos. En otros términos, precisar el contenido del negocio jurídico que se celebra: un testamento, una compraventa. El Código Civil cubano en el artículo 312, recoge esta función de la autonomía de la voluntad.²

Tras las huellas del Derecho Romano, el Ordenamiento Jurídico Sucesorio cubano recoge varios principios, y entre ellos el principio conforme con el cual la voluntad del causante es la que ordena la forma y manera en que se regirá su sucesión, a cuya voluntad tendrán que sujetarse los herederos y legatarios, a menos que ésta contravenga las normas del ius cogens. Principio, que por sus características denota extrema importancia y que se halla sustentado principalmente en la primacía de la voluntad del causante como fuente de las sucesiones, en el reconocimiento del testamento como corolario de esa expresión de voluntad mortis causa, y en el carácter supletorio o complementario que tiene la sucesión intestada.

El Derecho de Sucesiones es un derecho necesario e inevitable, que persigue por objeto, la transmisión de las relaciones jurídicas, fundamentalmente patrimoniales, así como otras que nacen por la muerte de una persona. Por ello, ha revestido una indudable importancia en el Ordenamiento Jurídico Civil cubano, al constituir una parte indispensable del mismo. (PÉREZ GALLARDO, L. B.,2004:9)

El testamento constituye el negocio jurídico perfecto para encuadrar la voluntad del causante, revocable por excelencia. Amplio ha sido el debate por los tratadistas de derecho en todas las latitudes en cuanto a su verdadero contenido. En este sentido las opiniones versan desde un marco estrecho, de considerar el testamento como puro acto dispositivo patrimonial, hasta valorarlo, en función de la autonomía de la voluntad privada, principio caracterizador de las normas de derecho sucesorio, como un acto que puede ser otorgado por aquellos que a pesar de no disponer de bienes materiales para distribuir después de su muerte, si cuentan con personas bajo su amparo legal.

En este sentido, la profesora VALDÉS DÍAZ, ha dejado por sentado que al ser el

²Artículo 312: "En los contratos las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, salvo disposición legal en contrario".

patrimonio una categoría abstracta que indica unificación de una serie de objetos, pero no algo diferente a los propios objetos que lo integran, ni ser realidad ontológica sino lógica, no constituye, por tanto, objeto de derecho subjetivo, sino una suma de éstos. Por esta razón concluye, que debe entender como objeto de la relación jurídica sucesoria sólo aquellos bienes, derechos y acciones transmisibles por causa de muerte. (VALDÉS DÍAZ, C.C.,1999: 183-185)

Con gran agudeza práctica, sostiene SÁNCHEZ CALERO que es herencia “aquel conjunto de relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, constituida por las procedentes de la esfera jurídica de una persona, al no extinguirse por su muerte, y que, por su unidad de destino, quedan sujetas a un mismo régimen jurídico”. Plantea el autor español, que la unidad de la herencia se justifica por la necesidad de ser sometidas las relaciones jurídicas que la integran a un determinado régimen jurídico, impuesto por los fines que la sucesión está llamada a cumplir: garantizar la continuación de las relaciones jurídicas del causante, la asunción de aquellas otras relaciones nuevas nacidas al abrirse la sucesión y la adecuada ordenación de su distribución entre los sucesores. (PÉREZ GALLARDO, L. B., 2004: 62)

En razón de ello, 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. Se extinguen con la muerte, los derechos inherentes a la personalidad y las facultades morales del autor, en su faceta positiva o de ejercicio, las situaciones jurídicas familiares y los derechos derivados de ellas; v. gr., patria potestad, derechos y deberes personales entre padre e hijo, las sanciones que implican una prestación o deber de conducta personalísimo, los derechos y situaciones jurídicas políticas; y las relaciones jurídicas de contenido patrimonial pero de fundamento, ratio o constitución personal. (PÉREZ GALLARDO, L. B.,2004 :11-12)

En consonancia con el elemento real de la relación jurídica sucesoria, antes definido como herencia, mediante el testamento (como colorario de la manifestación de voluntad del testador), pueden ubicarse un conjunto de disposiciones que como derechos personalísimos se extinguen con el fallecimiento, pero puedan asegurar la vida y el destino futuro de personas con discapacidad y que se encuentran bajo el amparo legal del causante, v.gr, menores o enfermos mentales, y que constituyen

por demás sus herederos especialmente protegidos.³

Es indudable que el testamento es, sustancialmente, un acto dispositivo patrimonial, pero ello no quiere decir que pueda contener no sólo disposiciones de esta índole, sino también otras de carácter personal o familiar. Aunque existe una gran cantidad de Códigos civiles foráneos que abren un abanico de posibilidades para la inclusión en éstos de disposiciones de contenido no patrimonial. (Pérez Gallardo, L. B., 2004: 233)

Desde una perspectiva sustancial, se siguen manteniendo posiciones divergentes, en cuanto al contenido propio del testamento como acto de doble relevancia jurídica, en el sentido de que una parte de la doctrina actual lo concibe como negocio *mortis causa* de contenido amplio y variable patrimonial y no patrimonial. Otros, quizás los menos, defienden una concepción sustancialmente estricta del testamento, considerando que las disposiciones no patrimoniales contenidas en el testamento no son *stricto sensu* contenido testamentario sino actos que se asimilan a él por razones de forma; esto es, conciben el testamento, desde una perspectiva sustancial, como acto de atribución patrimonial a causa de muerte. (Lacruz Berdejo, J.L. y otros, 1991: 41)

De ahí la delimitación en disposiciones llamadas típicas y atípicas en dependencia si se vinculan o no al patrimonio del testador. Forma parte del contenido de las disposiciones típicas del testamento todo lo que concierne propiamente al ordenamiento de la sucesión *mortis causa* por parte del testador, o sea, lo relativo a la institución de heredero o la designación de legatario, que a su vez constituyen las disposiciones principales del testamento, a lo cual se unen las que clasifican como *accesorias*, por estar ligadas o vinculadas a aquellas.⁴

Frente al contenido típico del testamento, sitúa la doctrina el denominado atípico, es decir, aquellas declaraciones anómalas testamentarias que pueden figurar en la forma testamentaria, ya por preverlo expresamente la ley ya porque ésta no se oponga. (Jordano Barea, 1999: 9). Contenido o disposiciones atípicas o anómalas según se entienda como "tipo" el contenido propio del testamento o simplemente

³ Art. 495. Código Civil Cubano.

⁴ *Ídem*.

como "normal" que se desmarcan de lo típicamente o normalmente testamentario: la institución de heredero y su ordenación, pero que, por lo demás, resultan heterogéneas y no necesariamente extra patrimoniales (vgr. constitución de una fundación y reconocimiento de deuda). (Álvarez Lata, N. n.d: 116)

Compone el llamado *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. Entre las disposiciones atípicas en la doctrina se aluden a las siguientes: el reconocimiento de un hijo; la ordenación de la constitución de fundaciones; el reconocimiento de deudas; expresión del consentimiento para que pueda ser utilizado por su cónyuge *supérstite* el material genético del testador tras su fallecimiento; nombramiento de un tutor para el hijo menor o persona mayor de edad judicialmente incapacitada; disposiciones sobre el destino del cadáver, así como lugar de enterramiento de ser el escogido y sobre los sufragios y funerales. (PÉREZ GALLARDO, L. B., 2004: 234)

Las disposiciones testamentarias no patrimoniales se pueden definir 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. Estas deben ser cumplidas cuando ello sea posible, por los sucesores y albaceas. Son también manifestaciones del principio de autonomía de la voluntad del testador. (LEGRA GAÍNZA, O., PANADERO DE LA CRUZ, E.2012)

El legislador del código civil cubano imprimió al testamento, como negocio jurídico *mortis causa*, unilateral, de naturaleza no recepticia y esencialmente revocable, un carácter eminentemente patrimonial, mediante el cual no regula expresamente la posibilidad de que una persona estando en el pleno ejercicio de su capacidad de derecho, decida entre otras cuestiones, sobre el destino de las personas que tiene a su cargo, entiéndase los hijos menores de edad sujetos a patria potestad, o los mayores de edad declarados incapacitados para regir su persona y bienes, o sea, la posibilidad de nombrar tutor para de esta manera garantizar un destino feliz y agradable para estas personas, una vez devenida su muerte.

El reconocimiento del testamento como el acto jurídico perfecto que cumple la función de guardián de la última voluntad del testador, aparece reconocido en el artículo 476 del Código Civil Cubano, al disponer que por medio de éste una persona puede disponer de todo su patrimonio o de una parte de este para después de su muerte, con las limitaciones que éste y otras disposiciones legales establecen. Ello en consonancia con lo dispuesto en el artículo 466 del mismo, al disponer que el derecho de sucesiones comprende el conjunto de normas que regulan la transmisión del patrimonio del causante después de su muerte, y el 46.4 al regular el objeto de la relación jurídica sucesoria, nos da la medida del carácter eminentemente patrimonial que se arroga el testamento en la legislación cubana actual.

Es en esencia una definición incompleta y estéril, que omite las características del testamento y limita su contenido a lo meramente patrimonial, limitando la voluntad individual a la disposición de bienes. (LEGRA GAÍNZA, O., PANADERO DE LA CRUZ, E.2012)

El fundamento de ello radica, en que en la normativa de familia existen disposiciones relativas a la tutela, que la hacen inoperante en el orden sucesorio. A la sazón de estas normas la constitución de la tutela es un procedimiento llevado a cabo por órgano jurisdiccional⁵, en el que la ley propone un orden de prelación, a la hora de escoger y nombrar el tutor, atendiendo al interés superior del menor o incapacitado. Es de entender que aquellos menores o los mayores de edad declarados judicialmente incapaces que no se encuentran inmersos en una situación de aceptar, repudiar herencias, donar, enajenar, vender, ceder o permutar un bien, previo expediente de utilidad y necesidad según lo dispuesto en el artículo 156 del Código de familia cubano, no le es interesada, en la mayoría de los casos una tutela judicial. La tutela es una institución muy debatida entre los escritores e investigadores del Derecho Civil, y aunque antigua, no por eso los modernos civilistas dejan de tratarla con extensión, cada cual según su punto de vista. La atención que se le brinda obedece a razones elementales, pues constituye un remedio jurídico al que acudir

⁵ Código de Familia Cubano, artículo 137: La tutela se constituirá judicialmente y tiene por objeto la defensa de los derechos, la protección de la persona e intereses patrimoniales de los menores de edad no sujetos a patria potestad y además el cumplimiento de las obligaciones civiles de los mayores de edad declarados judicialmente incapacitados.

cuando las personas no puedan valerse por sí mismas, estando limitadas para ejercer derechos y obligaciones, ya sea por causa natural o legal.

La Tutela es en el Derecho de Familia, la vía para lograr la protección de aquellas personas que inmersas en una relación jurídica concreta se convierten en sujetos de derecho, y que no pueden ejercer plenamente su capacidad.

El Código Civil cubano ha diferenciado entre quienes tienen restringida su capacidad y quienes carecen de ésta. El artículo 137 del Código de familia cubano no supone la sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad, sino que está encaminado a la necesaria protección de los derechos de aquellas personas que, incluidas en alguno de los supuestos a que dicha norma se refiere, pueden ser inducidas a manifestar su voluntad en forma contraria a sus reales intereses, en momento en que aún no hubieren sido declaradas judicialmente incapaces para regir su persona y administrar sus bienes.

Sin perjuicio de lo expuesto en el artículo precedente, hace referencia al presente artículo 31 el Tribunal Supremo que expresa: “la incapacidad tiene un valor no simplemente declarativo, sino constitutivo, que determina que mientras una persona no esté declarada incapacitada es necesario probar la falta de capacidad en los actos que realice el presunto incapaz, en cambio una vez que se obtiene la declaración judicial al respecto, todos los actos en que intervenga serán por fuerza nulos sin necesidad de prueba alguna.

Puede suceder que la designación hecha por el tribunal no sea la más idónea, en sentido general para quien está inmerso en esta situación desventajosa, en la que tienen que compeler factores de orden afectivo, moral, y económico.

La designación de tutor, es una de las llamadas disposiciones de contenido no patrimonial que si bien no se prohíbe su consignación en un testamento como manifestación de la autonomía de la voluntad del testador, la posibilidad de que sea favorable la producción de sus efectos jurídicos, luego del fallecimiento del mismo, es nula, en tanto no hay precepto legal que garantice la efectividad de la citada disposición.

El papel de la voluntad en materia de familia es mucho más limitado que en el resto del Derecho. Casi todas las normas reguladoras de esta institución tienen carácter

imperativo, de ahí que a veces los derechos y deberes se impongan con entera independencia del deseo de quienes están sujetos a la norma; otras veces el papel de la voluntad se limita a expresar el consentimiento para que constituya una determinada relación jurídica, pero todos los efectos y consecuencias de esa relación están fijados imperativamente por la ley.

La designación de tutor es una manifestación de la voluntad que puede perfectamente formar parte integrante del contenido del testamento. Al ser una institución propia del Derecho de Familia, sería indispensable y obligatorio, realizar un análisis tanto del testamento, como institución del Derecho de Sucesiones, como de la tutela, entrelazando sus características, que permitirá arribar a argumentos precisos sobre el tema.

En la doctrina cubana el tema resulta novedoso por sí, y en este sentido PÉREZ GALLARDO, la considera frente a otras, como una de las disposiciones que no encuentra positivización en la normativa cubana. Además, no existe en la actualidad regulación alguna que indique la posible consignación en testamento del nombramiento de tutor, aunque en el anteproyecto de Código de familia, se prevé su posible incorporación, y será tenida en cuenta luego de que el tribunal verifique que se cumplen los requisitos exigidos en la persona designada. Complementario a ello, ha de tenerse en cuenta que el mayor de edad declarado judicialmente incapacitado y el menor de 7 años de edad⁶, no puede ser oído en la tramitación del proceso de tutela, en razón de la enfermedad o limitación que le impide manifestar su voluntad sobre la persona que quisiera que estaría a su cargo.

Nada podría resultar más acertado que el causante en vida, pudiese decidir sobre este particular, y fuera tomada en cuenta su voluntad por el Tribunal competente en el momento de asignar el cargo de tutor.

Tomando como base las referencias anteriores, se precisó como **OBJETO DE INVESTIGACIÓN**: el contenido del testamento, y la tutela.

EL PROBLEMA CIENTÍFICO se formuló en los siguientes términos: ¿Cuáles son los fundamentos teórico-jurídicos que permitirían a la persona natural, en razón del ejercicio de la plena autonomía de la voluntad privada, efectuar la designación de

⁶ Artículo 145 del Código de Familia cubano.

tutor en el acto jurídico testamentario y que sea apreciada por el tribunal competente?

Para resolver el problema antes planteado, se partió de la siguiente **IDEA CIENTÍFICA A DEFENDER:**

- Concebir el testamento como acto o negocio jurídico mortis causa, de carácter general, y de contenido tanto patrimonial como no patrimonial.
- Protección eficaz a personas incapacitadas.
- Herramienta eficaz para el órgano jurisdiccional que resuelva el proceso de tutela.

En función del problema planteado se define como **OBJETIVO GENERAL** el siguiente: Determinar los fundamentos teórico-jurídicos que posibilitarían la inclusión en el contenido del negocio jurídico testamentario de la designación de tutor en ejercicio de la plena autonomía de la voluntad privada, en la normativa civil sustantiva cubana.

Para ello fueron plantearon los siguientes **OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

- 1.- Sistematizar doctrinalmente las cuestiones en torno al contenido del acto jurídico testamentario y de la tutela como institución protectora.
- 2- Confrontar el tratamiento ofrecido en otras legislaciones foráneas con respecto al objeto de estudio trazado.
- 3.- Valorar el contenido del testamento, y la institución de la tutela en Cuba, para identificar los presupuestos teórico-jurídicos que posibiliten la inclusión de la designación de ésta última en un acto de última voluntad con efectos mortis causa.

Los **métodos** de investigación que se emplearán son los siguientes:

- 1- El **Histórico-Lógico** que permitirá conocer el surgimiento y evolución histórica de algunos aspectos relacionados con el contenido del testamento y la tutela.
2. El de **Análisis y Síntesis** que facilitará la descomposición mental del objeto de estudio en sus partes integrantes: el testamento y la tutela.
3. El **Exegético-Analítico** que permitirá verificar la correspondencia de la norma jurídica analizada, Código civil y de familia y la verdadera realidad existente.
4. El **Teórico-Jurídico**, método jurídico que se utilizará durante toda la investigación, para relacionar los conceptos y las interpretaciones que se realizaron en torno al contenido del testamento y la designación de tutor en el mismo, como disposición

atípica, además permitirá definir adecuadamente las variables que posibilitaron la materialización del diseño.

La novedad de la investigación está dada por la falta de un análisis profundo en la teoría en cuanto a este tema entre los operadores del derecho en Cuba, a partir de una valoración a través del Derecho Comparado, lo que permite encontrar puntos de conexión y desencuentros con la realidad cubana, así como la identificación de las limitaciones que pueden determinar la aplicación de las disposiciones relacionadas con la tutela testamentaria.

Resultados esperados:

Valorar las limitaciones que impone el Ordenamiento Jurídico Cubano en las disposiciones testamentarias sobre la tutela en cumplimiento del principio de la autonomía de la voluntad, a partir de la regulación sustantiva y de su solución en la práctica. Contribuir a ampliar los conocimientos sobre la tutela testamentaria, a partir del método teórico, comparado y exegético realizado, pudiendo contar con un material bibliográfico sobre el particular. En el orden práctico, mostrar la necesidad de propiciar la reformulación sustantiva en relación al contenido del testamento, para propiciar la inclusión de disposiciones atípicas como la tutela.

El presente Trabajo de Diploma consta de dos Capítulos, el primer Capítulo aborda la evolución histórica de la tutela, del testamento y su contenido y al propio tiempo distinguir la tutela en el derecho comparado en las legislaciones de Chile, Venezuela, Argentina, España y Cuba, observándose de esta forma su regulación en sus respectivas normativas referentes a la materia.

En el segundo Capítulo se realiza un análisis de la tutela testamentaria en el Código Civil Cubano, así como del carácter patrimonial del testamento. Un análisis de los artículos dedicados a esta institución en el Código de Familia. Se expone además, la realidad cubana en su aplicación en la práctica. Finalmente aparecen las Conclusiones, Recomendaciones, Bibliografía y Anexos.

CAPÍTULO I: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA. SU EXPRESIÓN EN EL DERECHO SUCESORIO.

1.1- La Autonomía de la voluntad privada. Principio rector del Derecho Privado.

El Derecho atiende en un primer momento al hombre, como existencia dotada de razón, convirtiéndolo en centro de la vida social y jurídica. Por lo que el Sistema Jurídico en su totalidad le presta atención a éste, pues representa su razón de ser; pero es preciso agregar que, a pesar de que él sea centro de atención del Derecho, es el Civil el que lo acoge en su seno con más fuerza, desarrolla sus atributos materiales y espirituales y lo eleva a la categoría de persona, lo atrae a la esfera jurídica, al menos así ha sido desde la Revolución Francesa y desde el *Code* Napoleón y por qué no, desde el *ius civile* de los romanos. La Revolución Francesa con sus postulados de igualdad, fraternidad y hermandad llevaron a que la categoría hombre y persona pudieran fusionarse.⁷(CASTIELLA RODRÍGUEZ, J.2003:21)

La autonomía de la voluntad, como manifestación de la libertad, ha sido definida como la decisión de una persona derivada de sus propios valores y creencias. (PIERRI PAOLA J., el at., 2008). La voluntad es fundamental para el ser humano, pues lo dota de capacidad para llevar a cabo acciones contrarias a las tendencias inmediatas del momento. Sin voluntad no se pueden lograr objetivos planeados. Pero la voluntad por sí sola no crea derecho, debe estar subordinada a la ley. Ella actúa en el ámbito jurídico subordinada a la norma y es ella la que le reconoce fuerza obligatoria; puede ser mayor o menor la injerencia del estado en el negocio, pero siempre está presente: ello no podría ser de otra manera ya que de esta manera cumple su función de tutelar, con el debido respeto a la personalidad humana, el interés de la comunidad. (FERRI, 1969: 35)

LUIGI FERRI considera que la norma general habilita a los individuos para crear derecho objetivo, y por ello son estos quienes crean derecho objetivo en cuanto

⁷ Criterio éste que comparte CASTIELLA RODRÍGUEZ, al decirnos: “la persona es el eje alrededor del cual gira el Derecho, en el sentido de que todo el derecho existe en función de las personas. A su vez, el ser humano es el sustrato natural del concepto de persona. El derecho existe para el hombre. El servicio de justicia al hombre es el objetivo, la finalidad del Derecho.

habilitados por la norma general, y el derecho así creado es expresión de su querer. (FERRI, 1969: 36)

Por encontrarse en estrecha relación el término voluntad con autonomía, es necesario hacer una breve referencia en cuanto a la conceptualización de este último, concretando que por sí sola, es la facultad de las personas o las instituciones para actuar libremente y sin sujeción a una autoridad superior dentro de un marco de valores jurídico determinado. (BORGES, J. L. N.D: 188)

El concepto de autonomía de la voluntad constituye actualmente un principio básico en el Derecho Privado. Parte de la necesidad que el ordenamiento jurídico capacite a los individuos para establecer relaciones jurídicas acorde a su libre voluntad. Son los propios individuos los que dictan sus propias normas para regular sus relaciones privadas.

Por lo que se puede definir de manera general al principio de la autonomía de la voluntad como el poder de autodeterminación de la persona; como el poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, ya sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, o bien sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social. (DE CASTRO, F., 1967: 295).

La autonomía de la voluntad privada constituye un principio general del Derecho Civil, que se traduce en la libre disposición que posee el individuo sobre sus propios actos, y que reorientado en materia sucesoria significa la posibilidad del mismo de ordenar su sucesión para cuando ocurra su deceso. Es la libertad de disponer de su patrimonio; por cuanto ésta ha de ser reconocida, constituyendo el recipiente que la resguarda un documento que le ofrece seguridad, publicidad, solemnidad y en consecuencia la debida legalidad, para que se cumpla acorde a los términos redactados, siempre que no contravenga una prohibición legal. (ORTEGA MEDRANO, D. R., 2011:91)

El término *autonomía privada* ha venido siendo criticado, desde tiempos de SAVIGNY, el uso de la frase autonomía privada, en el sentido de poder de auto-determinación de la persona individual; y ello porque no corresponde a su sentido etimológico (nomos = ley; autos = propio, mismo) y porque ordinariamente se le reserva para

designar la potestad normativa de las corporaciones y demás cuerpos intermedios. Censura cuyas razones acrecen frente al sentido amplio que aquí se le ha dado. A pesar de todo ello, se le ha empleado así porque ha parecido ser de más peso que tales consideraciones, su utilidad para evocar el significado general de la cuestión central del Derecho privado: la del ámbito de independencia y libertad dejado a cada persona. (DE CASTRO, F., 1985: 12).

El reconocimiento de la autonomía privada es una exigencia que lleva consigo la misma condición de la persona humana; por eso es inadmisibles considerarla como simple ocasión para que actúe la máquina del Estado (concepción normativista). También es inexacto decir que se trata de algo que, como de cosas suyas, sólo a los interesados importa, por lo que se le ha de negar toda justificación a las normas imperativas que la limiten (concepción individualista); porque, si se solicita la intervención resolutoria del Estado, con el despliegue de todas sus fuerzas (jueces, funcionarios de la administración, agentes ejecutivos, policía), dicha intervención habrá de tener su propia justificación, y ésta habrá de ser valorada desde el punto de vista de la comunidad (criterio del bien común). (DE CASTRO, F., 1985: 12).

Dentro de la autonomía privada en sentido amplio, se pueden distinguir dos partes: el poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas y el poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos. Las que se han concretado en torno de las figuras más típicas. La primera, considerada también como autonomía privada en sentido estricto autonomía de la voluntad, referida al ámbito del negocio jurídico. La segunda, concretada en la autonomía dominical o ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos.

La esfera de la autonomía privada en sentido amplio (libertad), en su contraste con la heteronomía (subordinación), ofrece puntos y principios comunes; tanto del lado de la persona (capacidad, legitimación, responsabilidad), como desde el de las reglas imperativas que controlan y limitan sus poderes. No se pretende con lo dicho afirmar que el concepto de autonomía en sentido amplio, tenga el valor de un concepto técnico; se ha querido, tan solo, llamar la atención hacia el substrato ideológico común de las distintas concepciones legales y teóricas sobre el negocio jurídico y

sobre el ejercicio de los derechos subjetivos. (DE CASTRO, F., 1985: 12).

La autonomía privada es relevante, y en la normativa civil y de familia en Cuba, encuentra positivización, un ejemplo de ello lo constituye la libertad de contraer matrimonio en dependencia de la edad de los cónyuges, aunque no para decidir el régimen patrimonial que regirá respecto a los bienes adquiridos durante el mismo, asimismo la libertad de testar, en caso de no existir herederos especialmente protegidos, que actúan como un freno a la misma.

1.2. La Voluntad del causante como ley de la Sucesión.

La voluntad, en la filosofía contemporánea se presenta como valor fundamental, como un apetito intelectual, o la capacidad de decisión propia a un ser dotado de inteligencia y capaz de auto determinarse a sí mismo desde las ideas. La voluntad es la potencia del ser humano, que le mueve a hacer o no hacer una cosa. PLATÓN considera que las elecciones concretas de los hombres son responsabilidad de cada uno, es decir, dependen de la propia voluntad. Por su parte, ARISTÓTELES distingue entre actos involuntarios (realizados por ignorancia o bajo una fuerza externa que nos mueve sin que lo queramos) y voluntarios (escogidos con conocimiento de causa y sin constricción exterior). Otros, entienden que la voluntad es la realidad última subyacente al mundo de la percepción sensible y tienen una especial atención sobre la "voluntad de poder". (SCHOPENHAUER, A. Y FRIEDRICH N., 2011: 3-4)

A través del ejercicio de ella, el hombre desarrolla su personalidad; desplegar esa actividad creadora es el derecho más elevado del hombre, que lo diferencia de toda otra criatura. Es el medio indispensable para su educación como ser moral ya que solo se puede considerar que algo es creación de alguien cuando procede sólo de su personalidad; cuando todas sus potencias están en acto, precedidas de un acto de razón (CARTARDO, 1998: 22).

Para MARZIO LUIS PÉREZ ECHEMENDÍA y JOSÉ LUIS ARZOLA FERNÁNDEZ, la voluntad es como aquella acción humana encaminada y dirigida a consagrar una relación jurídica. La hay vituperable y antisocial, cuando se dirige a infringir las leyes de orden público, incurriéndose en delito; la hay, en cuanto a la relación civil, cuando la persona, como sujeto de ésta, investida de capacidad y legitimación, exterioriza su

voluntad de perfeccionar un contrato o, en general, una relación jurídica. Y en la teoría contractual es un elemento esencial, colmado de pureza y limpieza (PÉREZ ECHEMENDÍA & ARZOLA FERNÁNDEZ, 2009: 242).

La función de la voluntad es un aspecto de la llamada vida de tendencia, o sea, de la aptitud general para reaccionar ante los estímulos externos o internos, pero se diferencia de las demás actividades propias de la vida, de la tendencia en que la voluntad involucra la representación intelectual del objeto y es deliberada, si bien obra a base de hábitos e instintos. O también puede conceptualizarse como la facultad de gobernarse por sus propias leyes. Territorio que se gobierna así mismo. (Diccionario de la Lengua Española, 1995:33)

La voluntad, libremente determinada, no es apta, todavía, para crear derecho ya que ella no puede desconocer al orden jurídico. Éste establece el ámbito donde la voluntad se va a desarrollar y es el marco donde ella tiene realidad.⁸ Pero, se ha de tener en cuenta que la voluntad por sí sola no crea derecho, debe estar subordinada a la ley (La Voluntad, 2011).

Para el Derecho, y coincido muy acertadamente, la primacía de la voluntad del causante, no es más que la prioridad que se tiene en cuenta para que ésta sea cumplida y ejercitada luego de su fallecimiento, tal y como fue expresada en su acto de última voluntad, es decir, es utilizado el término de primacía porque la voluntad del causante es lo primero que ha de cumplirse, constituye primer lugar en el tiempo, prioridad, preferencia para ejecutar o llevar adelante algo. Es definida, por tanto como aquella superioridad, preponderancia, preeminencia, supremacía, prioridad (Primacía, 2011), e incluso dignidad o empleo de primado (Diccionario de la lengua Española, 1995).

Resulta evidente desde los inicios del surgimiento del Derecho la preeminencia de la sucesión testada. De hecho en el Derecho romano, se concebía que toda persona debiera nombrar un heredero a su fallecimiento. No obstante, resultaba admisible el distribuir la herencia en legados o fideicomisos, que se mantenían eficaces por haber utilizado la cláusula o forma de codicilar, pero entraba a jugar su papel la sucesión

⁸Aguiar. Hechos y Actos Jurídicos. En este trabajo se puede leer con provecho un serio análisis de las distintas etapas que se dan en el orden interno y externo por las cuales el sujeto se determina y actúa. -p.32

intestada o *ab intestato*.

La primacía de la voluntad sucesoria del *pater familias*, expresada testamentariamente, sobre las normas legales que regulaban la sucesión legítima resultaba ya en 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, posible sólo mediante testamento, lo que virtualiza la importancia social que tomó esta figura. (PÉREZ GALLARDO, L. B., 2004: 212).

De ahí el carácter personal que adquiere la herencia en el Derecho romano, el heredero se subroga en la posición jurídica del causante de la herencia, significaba una continuación de la personalidad del mismo. Lo que existía era una *successio*, el heredero se colocaba en el lugar jurídico que otra ocupaba antes, sucediéndola en la titularidad activa y pasiva, por tanto, las relaciones jurídicas permanecían intactas, a pesar de haber acaecido el fallecimiento del titular, a diferencia del Derecho germano, en el que sólo se adquieren bienes y derechos, no las deudas u obligaciones.

Al decir HERNÁN COELLO GARCÍA, el fundamento de la sucesión testamentaria radica en dos cuestiones fundamentales, primero se trata de una proyección del Derecho de Propiedad que tratándose de la sucesión por causa de muerte se ejercita a través de la disposición que de sus bienes hace el causante a través de su testamento y ubica en primer lugar la voluntad de la Ley que autoriza ésta forma de sucesión. A tales efectos la voluntad del causante no puede surtir ningún efecto por sí solo, pues al fallecer el causante ha dejado de ser persona y ha de haber dejado de existir, su sola voluntad no puede producir efecto jurídico de ninguna clase. Si de hecho ha formulado declaraciones mientras vivía, estas declaraciones se han extinguido para su persona y si no fuera porque la ley permite que ella perdure a pesar del fallecimiento del causante ella no podría tener efecto alguno.

Los principios de propiedad privada y de la autonomía de la voluntad no son lo suficientemente absolutos ni carentes de límites que sean capaces de fundamentar

una sucesión testada ilimitada. Si bien el testamento es el acto mediante el cual una persona dispone lo que quiere que se haga con su patrimonio después de su muerte, declaración en la cual prima su voluntad, no es menos cierto que debe ajustarse a los límites y condiciones impuestas por el derecho objetivo tal y como con atinado acierto enunció DE DIEGO en el concepto de testamento anteriormente consignado.

Para que esa voluntad, sea coincidente con la manifestación real del otorgante le corresponde al funcionario público a cargo, interpretarla para encuadrarla en marcos legales permitidos, adecuando los hechos al Derecho.

Uno de estos funcionarios es el notario, y una de sus funciones, y que constituye además uno de los principios rectores del Derecho Notarial, es la Interpretación. Según el sistema latino-germánico el notario es un profesional jurídico que ejerce la función pública de la dación de fe, previo control de la legalidad. Sirva de ejemplo la legislación alemana (artículo 17.1 y 2. del BEURKG) según la cual: “El notario debe conocer la voluntad de las partes, clarificar los hechos, instruir a las partes del alcance jurídico de la operación y reproducir en el documento sus declaraciones en términos claros y sin equívocos. Debe asegurarse de que no hay ningún malentendido y que las partes menos expertas no están en desventaja. En caso de duda sobre la legalidad de la operación o sobre la voluntad real de una de las partes el notario debe advertirlo y, en su caso, negar su actuación”. (PÉREZ GALLARDO, L. B., 2004: 234)

El notariado español forma parte del sistema mayoritario del notario latino-germánico, como profesional del Derecho que ejerce una función pública. El artículo 1º de la Ley del Notariado define al notario como “.el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”, y el artículo 1º del Reglamento Notarial reconoce explícitamente que: “Los notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos.” Este doble carácter del notario ha sido ampliamente recogido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. entre otras muchas, sentencia de 26 de enero de 1996) y por el Tribunal Constitucional (cfr. sentencia 87 de 11 de mayo de 1989), que, destacando el aspecto público, justifica la competencia del Estado respecto de la ordenación de los instrumentos públicos, a que se refiere el artículo 149.1.8 de la Constitución, en la naturaleza

pública estatal de la función notarial.(Pérez Gallardo, L. B., 2004: 234)

Estos dos caracteres –profesional y funcional- que explican la “especificidad” de la actividad notarial, son inescindibles. En este sentido es rotundo el Tribunal Supremo que, entre otras, en la sentencia de la Sala 3ª de 10 de junio de 2003, declaró lo siguiente. ”El notario no es un simple profesional del derecho. Es también una persona que ejerce funciones públicas, lo cual no quiere decir, ni dice, que el notario ejerza dos profesiones. Es una y la misma, montada a doble vertiente (...) Dos vertientes-privada y pública- que configuran una misma función, la notarial, dotándola de una especial coloración que la hace distinta de la una y de la otra”. (Pérez Gallardo, L. B., 2004: 234)

1.3. El Testamento como expresión de la autonomía de la voluntad privada. Cuestiones definitorias.

Desde la época romana, la voluntad privada fue reconocida a tal punto, que el Derecho Sucesorio reconoció dos formas de llamamiento a la herencia, la testada y la intestada o *ab intestado*, ubicando siempre en primer lugar la primera. De ahí se deriva el Principio de la voluntad privada como Ley de la sucesión, informante hoy del Derecho Sucesorio en Cuba.

La doctrina tradicional dice que el testamento se conoció en Esparta desde el tiempo de la guerra del Peloponeso, que en Atenas lo introdujo Solón para el caso de que no hubiera hijos legítimos, y que en Roma existió desde antes de la XII (doce) tablas; pero es preciso tener en cuenta que no era entonces lo que es hoy, ni siquiera lo que fue en la Roma del tiempo de Justiniano. Donde la evolución del testamento aparece mejor diseñada es en Roma, que fue también la que lo perfeccionó, hasta el punto de servir de modelo a las legislaciones posteriores, que lo heredaron de ella. Así, pues, en el Derecho Romano imperial y en el Justiniano puede definirse el testamento: un acto más o menos solemne, de última voluntad, por el que se instituyen uno o más herederos directos, con lo cual queda expresado la diferencia no sólo con el codicillo, sino con el fideicomiso universal, pues en éste, además de no ser necesaria solemnidades, no se instituía herederos sino indirectamente. (Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana, 1928)

La definición de testamento en el Derecho Romano ha quedado de dos fuentes, un texto de ULPIANO y otra de MODESTINO. ULPIANO dijo al efecto que el testamento es la justa expresión de nuestra mente, hecha en forma solemne para que valga después de nuestra muerte. MODESTINO afirmó que testamento es la justa expresión de nuestra voluntad respecto de lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte. (FERNÁNDEZ BULTÉ, J., 1998) Declaración que de su última voluntad hace una persona, disponiendo de bienes y de asuntos que le atañen, para después de su muerte. Documento donde consta en forma legal la voluntad del causante. (Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana, 1928:101)

El testamento no se muestra hasta que aparece la facultad de testar, y no nace de golpe tal que hoy existe, sino que es el resultado de una lenta evolución. Mientras la propiedad fue puramente familiar, siendo los parientes herederos únicos y necesarios, no podía existir sino la sucesión que hoy llamamos legítimas; pero en el caso de que uno no tuviera herederos necesarios, para que los bienes no quedasen abandonados era natural que se crease un heredero. Más adelante se distinguió entre la propiedad de la familia y las cosas propias del jefe de ésta (res sua) administrándose la facultad de disponer de ésta para después de la muerte. (FERNÁNDEZ BULTÉ, J., 1998:103)

La transformación de la propiedad en puramente individual trajo consigo la libertad de testar y acabó de dar al testamento el carácter que hoy tiene, si bien por los abusos que se cometieron fue necesario limitar aquella libertad, aunque conservando el testamento su carácter como acto de disposición mortis causa de los bienes que el testador podía transmitir. Esta evolución comprobada por la historia del Derecho y la Legislación Comparada. En las legislaciones arcaicas la función del testamento se llenó imperfectamente por otras instituciones, de las cuales el testamento se derivó por un proceso evolutivo. (FERNÁNDEZ BULTÉ, J., 1998:103)

Son varios los autores que han pretendido definir al testamento, con una concepción real y exacta, para encuadrarlo en la teoría del acto o negocio jurídico. Así, autores como GOYENA define al testamento como la disposición en que manifiesta el otorgante su última voluntad, principalmente respecto de sus bienes y derechos para que se cumpla después de su muerte. Se considera que este también es un

concepto incompleto y defectuoso pues en primer lugar no da una idea cierta de los caracteres del testamento, y en segundo lugar solo es extensiva a los bienes y derechos del testador. (FERNÁNDEZ BULTÉ, J., 1998:103)

Por su parte FALCÓN brinda una definición muy distinta de la anterior al considerar el testamento como una manifestación solemne de la última voluntad del hombre en la cual decide sobre los asuntos más importantes de la familia y dispone de los bienes para después de la muerte. Ciertamente el autor expresa una de las características del testamento, el carácter solemne de este, sin embargo omite las demás. Por otro lado suscribe la facultad de disposición a los bienes y a los derechos de familia, excluyendo los deberes que el hombre puede cumplir por medio de este. (FERNÁNDEZ BULTÉ, J., 1998:103)

RICCI también ha conceptualizado al testamento entendiéndolo como la facultad concedida al individuo de disponer de sus bienes para después de su muerte. Es en esencia una definición incompleta y estéril, que omite las características del testamento y limita su contenido a lo meramente patrimonial, limitando la voluntad individual a la disposición de bienes. (FERNÁNDEZ BULTÉ, J., 1998:103)

VALVERDE Y VALVERDE lo define como un negocio jurídico de disposición mortis causa, unilateral y autónomo, el cual no confiere ningún derecho actual al beneficiario o sucesor del causante y por el que el otorgante trasmite sus derechos y obligaciones a otra persona para después de su muerte. Para este autor definir al testamento como un acto meramente dispositivo de bienes resulta “*un concepto estrecho de testamento*”, en virtud de considerar que otras declaraciones que afectan a la conciencia y al deber moral pueden formar parte de este. (VALVERDE Y VALVERDE, C.1939: 52-55)

MORATÓ sustentado en las definiciones romanas de testamento lo considera como la solemne manifestación de nuestra voluntad, acerca de lo que queremos que se haga después de nuestra muerte. Es una definición concebida en términos bien generales, pero indiscutiblemente es una de las más acertadas teniendo en cuenta que si bien omite los caracteres del testamento, no restringe el objeto de las disposiciones testamentarias. (LEGRA GAÍNZA, O., PANADERO DE LA CRUZ, E., mayo 2012)

Según el tratadista (LÓPEZ R. GÓMEZ, D. M., N.D: 50) el testamento es un acto

personalísimo, solemne, revocable, y libre por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de la muerte. De igual forma reduce la libertad de disposición aún estipulando sus variados caracteres. En general ha sido definido el testamento en la doctrina como “el acto jurídico por el cual una persona dispone de todo o parte de sus bienes para después de su muerte”. En este sentido muy seguida es la crítica del tratadista SÁNCHEZ ROMÁN, la que se asume en la presente investigación, referente a la definición antes expuesta. Plantea en primer lugar que no es exacta, en cuanto hace del testamento algo equivalente tan sólo 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 y revocable), de los cuales depende su validez y eficacia. Por último la considera poco útil, planteando que de esta no resulta aplicación práctica alguna. (LEGRA GAÍNZA, O., PANADERO DE LA CRUZ, E., mayo 2012)

En tal sentido el propio 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. Desdeñar tal afirmación sería hurgar sobre lo incompleto e insuficiente. Es un concepto muy acabado en cuanto brinda una pormenorizada idea del instituto, acogiendo no solo sus más peculiares caracteres, sino dando el más amplio alcance a su contenido. (PÉREZ GALLARDO, L., B. 2004:205),

Así, (PÉREZ GALLARDO, L., B. 2004:205), para llegar a una definición exacta del testamento y ubicarlo en la teoría general de los actos y negocios jurídicos, parte del análisis que la doctrina italiana hace del testamento y su contenido y refiere que para GIAMPICCOLO el acto *mortis causa* es aquel acto que tiene por función propia el regular las relaciones patrimoniales y no patrimoniales del sujeto para el tiempo y en dependencia de su muerte, y que ningún efecto, ni siquiera prodrómico o preliminar

y, por ello destinado a producir, es derivado, antes de tal evento. La muerte no aparece prevista, como un evento cualquiera, extraño a la estructura del acto, es más bien un elemento inseparable, característico de su función, funge como una *conditio iuris*, compone, junto al acto, una especie objetivamente compleja, es presupuesto legal, elemento constitutivo del acto, requisito inmanente de su eficacia, requisito para la existencia del vínculo que de él se origina.

El acto *mortis causa* es aquel que tiene por su propia función la regulación de las relaciones y situaciones que vengan a formarse en vía originaria con la muerte del sujeto y que a su muerte de alguna forma tiene su autónoma calificación. En efecto, lo que distingue al acto *mortis causa* de cualquier otro acto no es tanto el hecho que el evento muerte de su autor sea elevado a la categoría esencial del acto, cuanto el hecho que tal evento está afirmado en el esquema, a punto de referencia de los efectos, o de uno de los efectos del acto, si bien como punto de origen y de individualización de la misma situación regulada, que es la situación que vendrá a subsistir después de la muerte del sujeto. (PÉREZ GALLARDO, L.,B. 2004:206),

Dentro de los actos jurídicos *mortis causa* se ubica la figura de los actos de última voluntad, definidos como aquellos en que la muerte no es solo el elemento causal-funcional del acto, sino que son expresivos de la última voluntad del sujeto. Acto de última voluntad no es sinónimo de última voluntad expresada en el momento de la muerte, pues significa además que éste ha de ser eficaz después de la muerte y por ello éste ha de expresar la última de entre varias voluntades que el testador haya manifestado de forma sucesiva. (PÉREZ GALLARDO, L.,B. 2004:205),

El acto *post mortem* es aquel en que la disposición patrimonial obedece a un momento en que el sujeto atributivo está aún con vida, si bien se difiere su ejecución o agotamiento para cuando sobrevenga su muerte. Se trata, por tanto, de actos en que la muerte es punto de referencia para la adquisición, modificación o extinción de un derecho, nunca su elemento causal-funcional. Por lo que se puede afirmar entonces y, 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*. Reconocido en el Derecho histórico español, y en los ordenamientos que traen causa de éste, la mayoría de los Códigos Civiles tienden a reconocer una definición aproximada de

testamento que, igualmente suele ser criticada por la doctrina científica, por tratarse de definiciones incompletas. (PÉREZ GALLARDO, L.,B. 2004:207-210), Más preciso es (PÉREZ GALLARDO, L.,B. 2006:211), cuando define que *el testamento*, es 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 solo 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.

Sin embargo, en general este acto jurídico ha sido definido y asimilado en el Código Civil Cubano en su artículo 476 que preceptúa “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”; al igual que en la doctrina. (BRITO RODRÍGUEZ, D., 2012: 22)

A juicio de la autora, es evidentemente el testamento 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.

1.4. Contenido del Acto jurídico testamentario. Disposiciones de carácter patrimonial y no patrimonial.

A los hombres preocupados por sobrevivir le es natural que se le presenten incertidumbres acerca del destino que deberán seguir las relaciones jurídicas de que era titular en vida, como expresión de los fenómenos de la naturaleza y de la vida cotidiana, pues la vida es un devenir continuo de acontecimientos, utilizando de cierta forma como vía para ello el testamento y el derecho de testar; siendo cada vez más común el uso de esta institución jurídica como forma de manifestación de la última voluntad de las personas en relación al destino de su patrimonio. (BRITO RODRÍGUEZ, D., 2012: 20)

Cuando la persona titular de un patrimonio, ordena lo concerniente a los bienes y derechos que le pertenecen con el carácter de transmisibles; ejercita derechos

personalísimos e intrasmisibles a terceros, designa libre y voluntariamente a quién o a quiénes le han de suceder, después de la ocurrencia de su muerte, estamos en presencia de la sucesión voluntaria o testamentaria, esta declaración de voluntad del causante la hace prevalecer a través de un documento denominado testamento. (BRITO RODRÍGUEZ, D., 2012: 22)

Para (PÉREZ GALLARDO, L. B., 2004: 212), define que en la doctrina se mueven tres concepciones fundamentales del testamento: en sentido formal; en sentido sustancial y amplio y en sentido sustancial y estricto.

Según la primera concepción: en sentido formal, lo más importante es concebir al testamento como una simple forma documental en la que se puedan recoger diferentes negocios a causa de muerte acogidos en el ordenamiento jurídico, y se caracteriza por la forma. La segunda concepción: en sentido sustancial y amplio, concibe que al ser el testamento un acto de última voluntad tienen capacidad las más diversas disposiciones del testador, ya que pueden tener un contenido patrimonial y no patrimonial.

Conforme a la tercera concepción: el testamento se concibe como un negocio jurídico unilateral por el cual se va a disponer después de la muerte del patrimonio del testador.

Según el Art. 667 del Código Civil Español, el testamento es "el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos." Y a pesar de convenir con SÁNCHEZ ROMÁN en que tal definición no es completa, ni exacta ni útil, quizás sí pone de relieve la esencia del negocio jurídico testamentario: su eficacia *mortis causa*, ya que surte efectos tras la muerte del testador, y su objetivo, en principio, destinado a la disposición de bienes y derechos patrimoniales según plantea el profesor PÉREZ GALLARDO y siendo ésta la que asimila el Código Civil cubano en su artículo 476.

La disposición de los bienes y derechos es considerada por algunos autores y tratadistas como el contenido típico del testamento, estableciendo la nota de patrimonialidad con la cual ha sido caracterizado en relación al objeto de disposición: el patrimonio, entendido este a decir de CASTAN TOBEÑAS como "el conjunto de derechos, susceptible 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.” (LEGRA GAÍNZA, O., PANADERO DE LA CRUZ, E., mayo 2012)

Según (VALVERDE Y VALVERDE, C.1939: 159-160), plantea que el contenido de los testamentos lo forman todas aquellas disposiciones que el testador puede ordenar, tanto en relación con los derechos que a su muerte han de ser trasmitidos como lo que se refiere al cumplimiento de deberes que han de ser realizados o consumados después de su fallecimiento, así como disposiciones de índole familiar o *cuasi* familiar.

El llamado contenido típico y principal en cuanto a disposición de bienes y derechos, se puede realizar por dos vías, como también la doctrina clasifica la sucesión por causa de muerte por razón del objeto sobre el cual recae, las que son: A título universal: institución de heredero, y A título particular: el legado. (LEGRA GAÍNZA, O., PANADERO DE LA CRUZ, E., mayo 2012)

Frente al contenido típico del testamento, sitúa la doctrina el denominado atípico, es decir, aquellas declaraciones anómalas testamentarias que pueden figurar en la forma testamentaria, ya por preverlo expresamente la ley ya porque ésta no se oponga. (JORDANO B., 1999: 11), Contenido o disposiciones atípicas o anómalas - según se entienda como “tipo” el contenido propio del testamento o simplemente como "normal"- que se desmarcan de lo típicamente o normalmente testamentario: la institución de heredero y su ordenación, pero que, por lo demás, resultan heterogéneas y no necesariamente extra patrimoniales (vgr. constitución de una fundación y reconocimiento de deuda). (ÁLVAREZ, N.,n.d: 116)

No integran la herencia, por tanto, determinadas relaciones *intuitu personae*, los derechos no patrimoniales, así como algunos patrimoniales de duración limitada o vitalicia, legal o convencionalmente establecida. Pero, ello no significa negar el que el sucesor *mortis causa* no suceda en algunos derechos extrapatrimoniales ni que éstos no se entiendan comprendidos en la órbita del Derecho de Sucesiones. (ÁLVAREZ, N.,n.d: 116)

Al admitir y reconocer que las disposiciones atípicas del testamento pueden formar parte de su contenido e incluso tener plena validez prescindiendo de la disposición de bienes, considerándolas también testamento en sentido material, conduciría ineludiblemente a la aplicación de los caracteres definidores del testamento, y sus requisitos (la revocabilidad, eficacia *mortis causa*, requisitos de capacidad del testador, vicios del consentimiento) Si por el contrario se estima que el testamento no es más que un vehículo formal de incorporación de tales disposiciones, a estas se le aplicaría un régimen jurídico perteneciente a su naturaleza jurídica, vinculándose sólo a las exigencias de forma del testamento. (LEGRA GAÍNZA, O., PANADERO DE LA CRUZ, E., mayo 2012)

La alternativa planteada no tiene una respuesta unívoca y general para todos los casos y menos aún pacífica, desde el punto de vista doctrinal. Por ello se ha preferido responder a esta problemática en cada una de las disposiciones atípicas: en algunos casos es fácil colegir que la forma testamentaria no es más que otra mediante la cual se llena el requisito formal del acto mientras que, otras veces, se advierte claramente la intención del declarante de dotar al acto de validez para después de la muerte, y no sólo cubrir las exigencias formales. Aún así, en una aproximación general al problema, y también por ello, a salvo de otras precisiones más específicas, es la naturaleza jurídica del negocio que formalmente se incorpora al testamento como contenido atípico la que va a condicionar, cuando no a decidir; la respuesta concreta; en defecto de particularidades, las disposiciones atípicas quedan sometidas al régimen del testamento. (ÁLVAREZ, N.,n.d: 116)

Las disposiciones testamentarias no patrimoniales se pueden definir 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. Estas deben ser cumplidas cuando ello sea posible, por los sucesores y albaceas. Son también manifestaciones del principio de autonomía de la voluntad del testador.

La extrapatrimonialidad del testamento ha sido superada, como definición del mismo al menos en un sentido formal, por casi la totalidad de la doctrina, la inclusión en el testamento de disposiciones denominadas anómalas o atípicas, entre las que se

encuentran disposiciones de carácter no patrimonial, es innegable. Sin embargo desde una perspectiva sustancial siguen manteniéndose posiciones diversas. No pocos autores mantienen el criterio de considerar al testamento un acto jurídico *mortis causa* con un amplio y variado contenido. (GUILLERMO A., 1994:120)

Así (PLANIOL, M., RIPERT, J., 1935: 661), han expresado que “los legados y las cargas patrimoniales constituyen las principales disposiciones testamentarias, pero frecuentemente el testamento contiene disposiciones puramente extrapatrimoniales, previstas o no por la ley. Más aún un testamento puede limitarse a disposiciones extrapatrimoniales, sin contener legado alguno.”

En ese mismo sentido (LEGRA GAÍNZA, O., PANADERO DE LA CRUZ, E., mayo 2012), ha planteado que aún y cuando el carácter patrimonial del testamento sea el más visible y virtual de su aplicación, no es el único según se ha dicho. Refiere además que el testamento lo mismo puede comprender sirviendo a las complejas necesidades de la vida civil, disposiciones acerca de los bienes, que declaraciones y derechos relativos a las personas. Lo mismo relaciones patrimoniales, que ético jurídicas tales como cláusulas de fines piadosos, de caridad o de instrucción, de revelación de responsabilidades morales o secretas de carácter personal, de reglas de conducta, consejo o admoniciones a otras personas y de otorgamiento de promesas para la realización de ciertos actos. Una cosa es considerar que en la práctica jurídica lo más visible sean los testamentos con contenido patrimonial y otra es plantear que las disposiciones de carácter patrimonial son principales respecto a otras de contenido no patrimonial.

Al decir (PLANIOL, M., RIPERT, J., 1935: 661), que resulta oportuno referirnos a dos categorías de disposiciones extrapatrimoniales planteadas en la doctrina, y estas pueden distinguirse de la siguiente forma:

- Disposiciones extrapatrimoniales que se traducen en simples consejos morales o directrices para la vida, dirigidas a aquellas personas que el testador deja a su muerte, y que carecen de importancia jurídica , salvo que constituyan la condición de alguna disposición patrimonial.
- Disposiciones extrapatrimoniales que por el contrario están previstas y sancionadas por la ley.

Entre estas declaraciones testamentarias no patrimoniales previstas por los ordenamientos jurídicos se pueden citar las que siguen:

El consentimiento para la fecundación *post mortem*, la designación del beneficiario del seguro de vida, reconocimiento de deudas, la designación de las personas que hayan de ejercitar ciertas acciones relativas a la protección del honor, la intimidad y propia imagen de la persona fallecida y a la divulgación, paternidad e integridad de la obra, la constitución de una fundación, Disposiciones sobre el destino del cadáver, el reconocimiento de hijos y la designación de tutor. (PLANIOL, M., RIPERT, J., 1935: 661), La designación de tutor en testamento, constituye una disposición necesaria, para aquellas personas que tengan a su abrigo hijos menores de edad sujetos a patria potestad, o hijos mayores de edad que padezcan de alguna enfermedad que los prive de un discernimiento total, con el objetivo de brindarles protección, ayuda, desde el punto de vista tanto económico como familiar.

En la mayoría de las legislaciones foráneas es admitida la posibilidad de nombrar tutores en testamento. De ahí que se considere como uno de los tipos de tutela concebida en la doctrina, la testamentaria, al igual que la dativa y la legítima.

1.5. La tutela como acto de jurisdicción voluntaria. Los sujetos sometidos a tutela.

La tutela es un tema muy debatido entre los escritores e investigadores del Derecho civil, y aunque antigua, no por eso los modernos civilistas dejan de tratarla con extensión, cada cual según su punto de vista. La atención que se le brinda a la tutela, obedece a razones elementales, pues constituye un remedio jurídico al que acudir, cuando las personas no puedan valerse por sí mismas, estando limitadas para ejercer derechos y obligaciones, ya sea por causa natural o legal. (CASTELLANOS LÓPEZ, 2004).

En virtud de lo antes expuesto, antes de exponer los criterios y observaciones acerca del tema, me parece acertado definir etimológicamente la figura de la tutela, que es un término que se deriva del verbo latino *tueore*, que significa “proteger, defender, amparar”. (IBARRADA DE, A., 1984:471)

Concretó Servio Sulpicio, en el Derecho romano, que la tutela era un poder sobre

una cabeza libre, dado y permitido por el derecho civil, para proteger a quien debido a su edad una no puede defenderse por sí mismo. LAURENT, por su parte, ha precisado que la tutela es una carga pública impuesta a una persona capaz de cuidar a otra incapaz y representarla en los actos de la vida social. (FERNÁNDEZ CAMUS, E., 1924: 243)

PENICHET, por su parte, ha considerado la naturaleza y alcance de esta institución en las siguientes palabras: “es aquella función privada y obligatoria mediante la que cierto número de individuos en pleno disfrute de sus derechos civiles suplen la falta de tales derechos en los incapacitados y menores que no están sujetos a la patria potestad y atienden al cuidado de su persona y bienes, o estos últimos solamente”. (FERNÁNDEZ CAMUS, E., 1924: 243)

A juicio de PLANIOL, la tutela es una función jurídica, confiada a una persona capaz, y que consiste en cuidar de la persona de un incapaz y administrar sus bienes. (PLANIOL Y RIPERT, J.,n.d: 115)

En el Derecho Romano surgió primero la tutela testamentaria, después la legítima, y posteriormente la dativa; la intervención de la autoridad en cada una de ellas fue diferente. La tutela testamentaria, es en el momento que se permite al *pater* la designación del heredero, se le reconoce el derecho para nombrar tutor a sus descendientes que fueran menores de edad a su muerte.⁹ La persona designada en el testamento inicia sus funciones como tutor desde el momento mismo en que aquél entra en vigor. No requiere confirmación por parte de la autoridad, ni aceptación por parte de la persona designada. (SCHULZ, 1960:158)

Todas las preocupaciones de la ley, han sido para evitar la desaparición y abandono de los bienes de los sujetos a tutela y, en cambio, ha descuidado el tomar medidas conducentes para la educación e instrucción de estas personas. Esto refleja una inhibición punible por parte del poder público —según expresa VALVERDE— pues la tutela ha sido un nuevo martirio por la infancia, en la cual si se ha orientado la administración, no se ha garantizado la educación y perfeccionamiento moral y espiritual del pupilo. (VALVERDE Y VALVERDE, C., 1926:520-521)

No se aprecia un consenso legislativo en cuanto al carácter oneroso o gratuito del

⁹ Digesto 26.2.1 con Referencia a la Ley de las XII Tablas.

ejercicio de la tutela, algunos cuerpos legales aceptan la institución como un cargo que debe ser retribuido, apoyándose en la necesidad de agradecer al tutor en su desempeño y esfuerzo; otros se acogen a la teoría de la gratuidad y de la voluntariedad del desempeño de dicho cargo, sobre la base del interés personal ante todo, pues la misma constituye una fórmula para ayudar a proteger y cuidar a las personas que no tengan capacidad jurídica de obrar, ya sea por causas legales o naturales (CASTELLANOS LÓPEZ, 2004).

En la actualidad, la institución de la tutela ha sido objeto de graves censuras por parte de algunos juristas y sociólogos, quienes reclaman radicales transformaciones en su organización, pues el legislador se ha preocupado hasta el momento exclusivamente de la administración de los bienes, olvidando por completo los cuidados y la educación (CASTELLANOS LÓPEZ, 2004).

Los niños son la semilla del presente y el futuro. Los derechos de la infancia permiten diseñar normas que comprenden aspectos propios de la niñez, como la educación, la relación de los niños con los adultos y la adopción, entre otros. Con el objetivo de combatir problemas tan penosos como la delincuencia juvenil, la prostitución infantil y la explotación laboral del niño; los países de Naciones Unidas, en la XIV Asamblea General, el 20 de Noviembre de 1959, proclamaron la Resolución 1386, “Declaración de los Derechos del Niño”, la que en sus diez principios persigue que el menor pueda tener una infancia feliz y goce en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncia e insta a los padres, individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales, a que conozcan esos derechos y luchan por su observancia, con medidas legislativas y de otra índole. (NARANJO GÓMEZ, J.,n.d)

Esta declaración tiene su antecedente en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por Resolución 217, del 10 de Diciembre de 1948, mediante la cual se protege la libertad, la justicia y la paz de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Lo anterior sirvió de fundamento para que en nuestra ley de leyes, “La Constitución de la República”, en su artículo 8.6 se proclama que no haya niño que no tenga escuela, alimentación y vestido; que no haya joven que no tenga oportunidad de estudiar (CASTELLANOS LÓPEZ, 2004)

La Convención Internacional de los Derechos del Niño (de 20 de Noviembre de 1989) ha revolucionado desde nuevos paradigmas el ancestral concepto de la capacidad de los menores al institucionalizar la doctrina de la protección integral sustentada en los principios básicos de considerar al niño como sujeto de Derecho y el de hacer prevalecer en todo caso el interés superior del niño. (MESA CASTILLO, O., 2005: 9)

Tradicionalmente, a los menores de edad e incapacitados se le han reconocido diversas formas de guarda legal destinadas a brindarle protección a su persona y/o bienes, teniendo en cuenta el grado de limitación de la capacidad que presenten por razón de la edad o enfermedad de carácter físico o psíquico que le impida gobernarse a sí misma. (LEÓN GARCÍA, L., Y VALDÉS CASTILLO, L.,2011:6)

La enfermedad física o mental fue considerada causa limitativa de la capacidad de obrar desde la antigüedad. En el Derecho Romano, la morfología de la cabeza era determinante para considerar que un individuo tenía figura humana y, en consecuencia, podía ser persona. Las personas afectadas por graves defectos físicos no llegaban a ser *sui iuris*, aunque poseyeran el *status libertatis* y el *civitatis*, quedando siempre en condición de dependencia familiar respecto al *pater* para el ejercicio de sus derechos. No obstante, en las clases sociales elevadas era posible que llegara a reconocérseles plena capacidad de obrar en algunas circunstancias, cual fue el caso del Emperador Claudio, que llegó a tal a pesar de su cojera, su tartamudeo y su supuesta debilidad mental. Los afectados por imbecilidad o locura también tenían limitado el ejercicio de su capacidad, necesitando siempre la asistencia de un tutor o curador. Se distinguió entre el *furiosus*, que era el loco con intervalos lúcidos, el demente, que padecía una enajenación ininterrumpida, y el *mente captus*, que era el imbécil con incapacidad continua, diferencias que se esfuman bajo Justiniano, aunque se mantuvo la posibilidad de considerar válido los actos realizados durante períodos en los que se recobrara el entendimiento. (VALDÉS DÍAZ, CARIDAD DEL C.,n.d)

El sexo también era tomado en cuenta para determinar la capacidad de obrar. Desde el Derecho Romano hasta época reciente, era apreciable el desigual tratamiento en cuanto al ejercicio de la capacidad que las legislaciones conferían al hombre y la mujer, en detrimento de esta última. Las féminas eran consideradas seres inferiores,

necesitados del “auxilio” del padre o del marido para poder ejercitar ciertos derechos o realizar determinados actos jurídicos. Su condición de absolutamente incapaces para obrar se hizo patente en algunas etapas, en las que eran sometidas siempre al poder tuitivo de un hombre. Tal situación degradante para la mujer, dentro y fuera del matrimonio, ha sido superada en nuestros días y los ordenamientos jurídicos se encaminan, cada vez más, a la total equiparación de los sexos, desterrando la discriminación antes evidente. (VALDÉS DÍAZ, CARIDAD DEL C., ,n.d)

La capacidad de hecho, también llamada *capacidad de obrar o de ejercicio*, es la aptitud o idoneidad para la realización eficaz de actos jurídicos, o sea, la posibilidad que tiene una persona de ejercitar por sí misma, sin la intervención de terceros, los derechos que posee y le han sido reconocidos por el ordenamiento jurídico. Esta manifestación de la capacidad no se da por igual en todos los individuos, algunos la poseen plenamente, otros de forma restringida y otros carecen totalmente de ella. (VALDÉS DÍAZ, CARIDAD DEL C.,n.d)

La capacidad de obrar se presume plena como principio general, gozan de ella todas las personas de mayor edad y, en nuestro medio, las que han contraído matrimonio siendo menores de edad, con la debida autorización.¹⁰ Las limitaciones, por tanto, han de establecerse expresamente por la ley o por sentencia y en casos dudosos deben interpretarse restrictivamente.

Las únicas causas limitativas de la capacidad de obrar que hoy reconoce el Derecho son la edad y la falta de aptitud de la persona, por enfermedad física o mental, para gobernarse a sí misma, circunstancias intrínsecas al individuo que pueden dar lugar a la capacidad restringida o a la total incapacidad.¹¹

La capacidad restringida se manifiesta como una limitación parcial de la capacidad de obrar, en la que se establece como presunción que el individuo tiene aptitud para el ejercicio de ciertos derechos y obligaciones sin auxilio de terceros y al mismo tiempo estará imposibilitada de actuar por sí en otros actos jurídicos, para los que

¹⁰ Según las disposiciones del artículo 29 de nuestro Código Civil, se alcanza la mayoría de edad a los dieciocho años cumplidos, y según el artículo 3, párrafo segundo, de nuestro Código de Familia, excepcionalmente y por causas justificadas podrá otorgarse a los menores de dieciocho años de edad autorización para contraer matrimonio, siempre que la hembra tenga por lo menos, catorce años cumplidos y el varón dieciséis años, también cumplidos.

¹¹ *Vid.* Artículos 30 y 31 del Código Civil cubano de 1987.

requerirá el auxilio de otra persona. La ley otorga a los sujetos en este caso una condición especial, que les permite un ámbito limitado de actuación. (VALDÉS DÍAZ, CARIDAD DEL C.,n.d)

Si la enfermedad física o mental que padece el discapacitado lo priva de raciocinio y enerva su posibilidad real de elegir un comportamiento asumiendo sus consecuencias, deberá ser declarado judicialmente incapacitado y no podrá ejercitar por sí sus derechos y obligaciones. La *incapacidad* ha estado vinculada siempre al proceso que tiene tal fin y ha sido descrita como “una limitación sobrevenida de la capacidad de obrar de la persona, que comporta además, la puesta en funcionamiento de la institución de guarda. Supone una restricción al libre desarrollo de la personalidad y al ejercicio de los derechos que afecta, en especial a los principios de igualdad y al de libertad”. (VALDÉS DÍAZ, CARIDAD DEL C.,n.d)

En verdad el término discapacidad es ajeno al idioma castellano. Al decir del reconocido jurista mexicano JULIÁN GÜITRÓN FUENTEVILLA¹² el término fue ofrecido por la Organización Mundial de la Salud al traducir al español la palabra inglesa “*disability*” sustentándose, tal vez, en que la preposición inseparable DIS, en español indica negación, con lo que podría indicarse lo contrario de capacidad, definiéndose entonces la discapacidad por ese organismo internacional¹³ como:

Toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano. Al mismo tiempo se definió el término deficiencia que integra el de discapacidad como: Toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. (MESA CASTILO, O., n.d)

Como afirma CASTÁN las incapacidades son restricciones de la capacidad de obrar, se fundan en circunstancias subjetivas de ciertas personas que obligan a la ley a retardar o suspender por cierto tiempo determinado o indefinido, la aptitud para realizar actos jurídicos, remediando entre tanto su defecto de capacidad con

¹² En Ponencia titulada “*Capacidad jurídica de las personas con discapacidad*” presentada al “IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia” celebrado en Ciudad de Panamá, Panamá, en septiembre de 1996.

¹³ En el Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 3 de diciembre de 1982 en su resolución 37/52 (inciso c – definiciones 6-7-8)

instituciones o medios supletorios y complementarios. Las prohibiciones, que no deben denominarse incapacidades especiales como hacen algunos autores, están fundadas en razones objetivas extrínsecas al individuo. (VALDÉS DÍAZ, CARIDAD DEL C.,n.d)

La carencia de capacidad se manifiesta como una excepción al principio general *pro capacitate*, que implica la presunción *iuris tantum* de plena aptitud para obrar de toda persona, acorde con su estado civil y como expresión del reconocimiento jurídico a la personalidad del individuo y su libre desarrollo. Así, la incapacidad supone la negación de tal aptitud requerida para el ejercicio de los derechos y la realización de actos jurídicos válidos o eficaces, que sólo se presenta en determinados supuestos, frente a la ausencia de los requisitos exigidos legalmente para considerar a una persona apta para autogobernarse y tomar decisiones concientes, con pleno entendimiento de sus efectos o consecuencias. (VALDÉS DÍAZ, CARIDAD DEL C.,n.d)

Teniendo en cuenta que la incapacitación conduce a una modificación de la situación de la persona en el grupo social donde se desenvuelve y que prácticamente anula la posibilidad de que actúe *per se*, indudablemente debe tener un carácter restringido, ya que la presunción general es precisamente lo contrario. Sólo por causas justificadas se privará al individuo de capacidad de obrar y se hará con el propósito de proteger su propia esfera jurídica, tanto personal como patrimonial, así como la de los terceros con los que pretenda relacionarse. (VALDÉS DÍAZ, CARIDAD DEL C.,n.d)

En resumen, la persona discapacitada, como cualquier otra, puede poseer plena capacidad de obrar, tener restringida su capacidad o carecer totalmente de ella. Su situación con respecto a la capacidad de hecho no depende en todos los casos de la discapacidad ni estará siempre asociada a ella. Podrá, en consecuencia, ejercitar *per se* todos sus derechos en algunos casos, sólo algunos derechos y necesitará el auxilio de otra persona para el ejercicio de los restantes, o no podrá ejercitar por sí ningún derecho y necesitará siempre de un representante legal. (VALDÉS DÍAZ, CARIDAD DEL C.,n.d)

El ordenamiento familiar cubano reconoce la tutela como única institución de guarda¹⁴, prevista para suplir la capacidad de las personas declaradas judicialmente

¹⁴ Cfr. Artículo 30 del Código Civil cubano: Tienen restringida su capacidad para realizar actos jurídicos,

incapaces; lo cual hace que se caracterice por una rígida e inacabada formulación jurídica de las instituciones de guarda a favor de las personas con capacidad restringida y discapacidad; teniendo en cuenta que el Código Civil no cuenta con normas adjetivas o de familia que complementen las figuras que modulan el ejercicio de la capacidad en el artículo 30 del precitado cuerpo legal. (LEÓN GARCÍA, L., Y VALDÉS CASTILLO, L.,2011:6)

La tutela y otras formas de guarda legal que pueden alcanzar a personas con discapacidades, han adquirido gran importancia en el tráfico jurídico contemporáneo dada la comprensión más o menos generalizada de la necesidad de proporcionar adecuada protección y atención a las personas incapacitadas. Así, vienen recibiendo singular protagonismo las que se han denominado disposiciones y estipulaciones respecto a la propia incapacidad, destacando la doctrina su indubitable trascendencia social y la multiplicidad de razones que permiten aconsejar que una persona, antes de llegar a la incapacidad para autogobernarse y comunicarse, pueda prever aspectos variados de su existencia, utilizando, entre otras, la vía de la autodelación de la tutela o autotutela. (TALANA DE BRANDI, NELLY Y LLORENS, L. R.,1998: 91-118).

La tutela, se convirtió en un deber que el Estado fiscalizaría por su trascendencia social, pero manteniendo inalterable su razón, entendiéndose que es una institución que forma parte del derecho universal, con el propósito de auxiliar, defender, proteger a las personas y bienes que no están bajo la patria potestad y que, por su incapacidad - nacida de la edad o de otras causas- no pueden valerse por sí mismos como sujetos de derecho.

1.6 Testamento y Tutela. Apuntes de Derecho Comparado.

Evidentemente se hace necesario analizar en algunos Códigos Foráneos de Latinoamérica como ha sido regulado el papel del testamento, o sea, valorar su comportamiento en el ámbito jurídico internacional mediante una comparación de sus

salvo para satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria:

- a) los menores de edad que han cumplido 10 años de nacidos, los que pueden disponer del estipendio que les ha sido asignado y, cuando alcancen la edad laboral, de la retribución por su trabajo;
- b) los que padecen de enfermedad o retraso mental que no los priva totalmente de discernimiento; y
- c) los que por impedimento físico no pueden expresar su voluntad de modo inequívoco.

legislaciones, y a su vez analizar brevemente la institución de la tutela.

Para el análisis se ha escogido el Código Civil de España, por la gran incidencia económica, política y jurídica que tuvo en el desarrollo del Derecho patrio, y además en su condición de metrópoli que fue no sólo de Cuba, sino de otros países latinoamericanos, el Argentino por estar contemplado dentro de las múltiples fuentes de las que absorbió el Código Civil Cubano, por ser de habla hispana y guardar similitud en cuanto a idiosincrasia, al igual que el de Chile y Venezuela.

Para realizar este análisis se han tenido en cuenta varios aspectos que son:

- a) Definición de testamento.
- b) Contenido que abarca el mismo.
- c) Tipos de disposiciones atípicas que pueden resguardarse en él.
- d) Tutela. Tipos

1.6.1- Código Civil de España.

El testamento en España se encuentra regulado en el Código Civil, específicamente en el Libro Tercero, De los diferentes modos de adquirir la propiedad, Título III- De las sucesiones, Capítulo I- De los testamentos, en su Sección Segunda- De los testamentos en general.

A partir de la lectura de los artículos referidos a esta Sección se deduce que el testamento es el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, ya sea a título de herencia o de legado.¹⁵ En esta definición queda plasmado claramente su contenido patrimonial, aunque recoge disposiciones de tipo no patrimonial como el reconocimiento de filiación, al disponer en su artículo 120 que el reconocimiento se puede efectuar por testamento o en otro documento público, resultando dicha disposición eficaz, aunque el testamento en que se hizo no contenga otras disposiciones, o éstas sean nulas.

Además se expone en el propio cuerpo legal que el testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario.

¹⁵ Artículo 667y 668 del Código Civil Español, p-140

Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente.¹⁶

Por su parte el artículo 669 del Código Civil Español plantea que no podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.

La institución de la Tutela se encuentra regulada en el Código Civil, específicamente en el Libro Primero, en su Sección primera, para la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados. Se regulan los tres tipos de tutela admitidos por la doctrina. Según el artículo 234 a falta de tutor testamentario corresponde la tutela legítima, y también se considera la tutela dativa según lo refrendado en el artículo 228 en relación con el 231. En el artículo 223 se regula que los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor. Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

1.6.2- Código Civil de Venezuela.

El Código Civil de Venezuela regula el testamento, en su Libro Tercero capítulo II – De las Sucesiones Testamentarias y la institución de la tutela, en su Libro Primero, capítulo I – De la Tutela. En esta legislación se dispone expresamente, quiénes son las personas capaces para otorgar testamento, apoyados en la definición de testamento que se encuentra regulado en el artículo 833 que expresa que: el

¹⁶ Artículo 670 del Código Civil Español, p-141

testamento es un acto revocable por el cual una persona dispone para después de su muerte de la totalidad o de parte de su patrimonio, o hace alguna otra ordenación, según las reglas establecidas por la Ley. También los artículos 835 y 836 regulan que no pueden dos o más personas testar en un mismo acto, sea en provecho recíproco o de un tercero y que pueden disponer por testamento todos los que no estén declarados incapaces de ello por la Ley.

Según la definición anterior se puede colegir que su contenido puede ser variable, es decir puede contener tanto disposiciones patrimoniales como no patrimoniales. Dentro de las disposiciones no patrimoniales se encuentran el reconocimiento filial en testamento y una vez realizado el mismo no puede ser revocado, es decir al redactar otro testamento solo se revocarían las otras disposiciones efectuadas no el reconocimiento.

Además queda plasmado cuáles son las disposiciones testamentarias patrimoniales y no patrimoniales, y dentro de ellas la importancia que requiere la designación de tutor en testamento. En esta legislación regula la tutela testamentaria, la dativa y la legítima. El artículo 307 expresa que ambos padres pueden nombrar un tutor y un protutor para uno o varios de sus hijos, y este nombramiento debe hacerse mediante una escritura pública o por testamento.

1.6.3- Código Civil de Argentina

El Código Civil de Argentina regula el testamento, en su Libro Cuarto-Derechos reales y personales, Disposiciones comunes, Sección Primera- De la transmisión de los derechos por muerte de las personas a quienes correspondían, Título XI- De la sucesión testamentaria. Este mismo cuerpo legal regula la tutela, en su Libro Primero- De las personas, Sección Segunda- De los derechos personales en las relaciones de familia.

En este Código civil se hace referencia a que toda persona legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla, podrá disponer de todos sus bienes, ya sea bajo el título de herederos o bajo el título de legados o cualquier otra denominación propia para expresar su voluntad mediante testamento con arreglos a las disposiciones de este código, según se encuentra estipulado en el artículo 3606 de este cuerpo legal.

Siendo así define al testamento como un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte.¹⁷

Teniendo en cuenta dicha definición se puede apreciar que puede contener disposiciones patrimoniales y no patrimoniales. Dentro de las no patrimoniales se encuentran el reconocimiento de filiación y según lo estipulado en el artículo 248 el legislador establece que el reconocimiento del hijo resulta, entre otras, de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se realizara de forma incidental, con motivo de otro acto; además se considera irrevocable según el artículo 249 que plantea que este acto no puede sujetarse a modalidades que alteren sus consecuencias legales, ni requiere aceptación del hijo. El reconocimiento del hijo ya fallecido no atribuye derechos en su sucesión a quien lo formula, ni a los demás ascendientes de su rama.

Además hace mención a las disposiciones testamentarias y dentro de ellas hace referencia a institución de la tutela y a los tipos de tutela que se regulan.

Siendo una de ellas la tutela especial que ese encuentra regulada a partir del artículo 397 que expresa que los jueces darán a los menores, tutores especiales, cuando los intereses de ellos estén en oposición con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentren; cuando el padre o madre perdiere la administración de los bienes de sus hijos; cuando los hijos adquieran bienes cuya administración no corresponda a sus padres; cuando los intereses de los menores estuvieren en oposición con los de su tutor general o especial; cuando sus intereses estuvieren en oposición con los de otro pupilo que con ellos se hallase con un tutor común, o con los de otro incapaz, de que el tutor sea curador; cuando adquieran bienes con la cláusula de ser administrados por persona designada, o de no ser administrados por su tutor; cuando tuviesen bienes fuera del lugar de la jurisdicción del juez de la tutela, que no puedan ser convenientemente administrados por el tutor; y cuando hubiese negocios, o se tratase de objetos que exijan conocimientos especiales, o una administración distinta. La tutela legítima aparece regulada en el artículo 389 que plantea que tiene lugar cuando los padres no han nombrado tutor a sus hijos o cuando los nombrados no

¹⁷ Artículo **3607** del Código Civil de Argentina, p-597

entran a ejercer la tutela, o dejan de ser tutores. También aparece refrendada la tutela testamentaria en el artículo 383 que plantea que el padre mayor o menor de edad, y la madre que no ha pasado a segundas nupcias, el que últimamente muera de ambos, puede nombrar por testamento, tutor a sus hijos que estén bajo la patria potestad. Pueden también nombrarlo por escritura pública, para que tenga efecto después de su fallecimiento.

Asimismo aparece reglamentada también la tutela dativa en el artículo 392 que expresa que los jueces darán tutela al menor que no la tenga asignada por sus padres y cuando no existan los parientes llamados a ejercer la tutela legal, o cuando, existiendo, no sean capaces o idóneos, o hayan hecho dimisión de la tutela, o hubiesen sido removidos de ella.

El nombramiento de tutor puede ser hecho por los padres, bajo cualquiera cláusula o condición no prohibida, o por los padres, o por la ley, o por el juez según los artículos 382 y 384.

1.6.4- Código Civil de Chile.

El Código Civil de Chile regula el testamento, en su Libro Tercero- De la sucesión por causa de muerte y las donaciones entre vivos, Título III- De la ordenación del testamento y a su vez regula la institución de la tutela, en su Libro Primero- de las Personas, capítulo I – De la Tutela.

En ésta legislación se dispone expresamente que el testamento sea 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.¹⁸

A su vez es un acto de una sola persona y su facultad de testar es indelegable, según lo estipula los artículos 1003 y 1004.

La tutela puede ser testamentaria, legítima o dativa. Son testamentarias las que se constituyen por acto testamentario, legítimas, las que se confieren por la ley a los parientes o cónyuge del pupilo, y Dativas, las que confiere el magistrado. Además queda regulado según el artículo 354 que el padre o madre puede nombrar tutor, por

¹⁸ Artículo 999 del Código Civil de Chile, p-181

testamento, no sólo a los hijos nacidos, sino al que se halla todavía en el vientre materno, para el caso que nazca vivo.

Además dentro de las disposiciones no patrimoniales en testamento se encuentra el reconocimiento de un hijo, que una vez realizado es irrevocable, es decir, al redactar otro testamento no queda revocado dicho reconocimiento pero si las otras disposiciones que se realicen.

1.6.5- Código Civil Cubano

La Ley Civil Sustantiva Cubana regula el testamento en el Libro Cuarto nombrado Derecho de Sucesiones, Título II- Sucesión testamentaria, Capítulo I - Testamento. El mismo se caracteriza esencialmente por ser un acto revocable lo que se encuentra indisolublemente ligado a su carácter unilateral, al hecho de que sus efectos comienzan a partir de la muerte del testador y que en el mismo se recoge su última voluntad, de lo que se colige que hasta en tanto no se produzca la muerte del testador le asiste el derecho de modificar en todo o en parte su disposición anterior, siendo en consecuencia válida la última otorgada, así lo instituye el artículo 479.1 apartado 2 y 3 del Código Civil. Es un acto jurídico, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 49.1, por el cual una persona puede disponer de su patrimonio o parte de éste para después de su muerte según el artículo 476 del Código Civil Cubano.

Partiendo de dicha definición se aprecia que el mismo posee un contenido eminentemente patrimonial pero a su vez no significa que no pueda contener otras disposiciones ya que no hay disposición contraria que lo prohíba.

También se caracteriza por ser un acto individual y personalísimo porque debe ser otorgado por una sola persona, como se regula en el artículo 477 apartado 2 del texto legal cubano.

La Tutela en Cuba se recoge en una norma independiente, el Código de familia, cuyas disposiciones son de carácter imperativo, por tanto, ello significa que no se admite otro tipo de tutela que no sea la designada por el órgano judicial competente al amparo del artículo 137, y aunque el notario, al otorgar un testamento, haciendo uso de su profesionalidad y facultad, autorice cláusulas relativas a la designación

tutor para personas dependientes de causante, éstas no serán tenidas en cuenta por el órgano que resuelve.

Referente a los tipos de tutela, la proclividad en las compilaciones modernas es reconocer a tres de éstas que son clásicas: testamentaria, legítima y dativa. La tutela testamentaria, es la designada por los padres en testamento, pero todos los fueros no admiten que la tutela sea consecuencia únicamente de la patria potestad, algunos, posibilitan que toda persona que deje herencia o legado al pupilo pueda nombrar tutor, es así como lo concibe el Código de España, siendo Argentina, un pueblo que adopta la tutela testamentaria sólo como derecho a nombrar tutor por los padres.

En cuanto a los otros tipos de tutela, la legítima, se asume en los supuestos que falte el tutor testamentario; dispone un orden excluyente diferente en cada reglamentación; mientras que la dativa se estipula en aquellos casos en que no haya tutor testamentario, ni legítima, donde el órgano correspondiente a lo refrendado en cada nación, será el encargado de designar tutor.

Según las legislaciones foráneas comparadas existe una gran similitud en cuanto al contenido del testamento y las cláusulas que se pueden redactar en el mismo, concibiéndose como un acto de contenido sustancial y amplio, contentivo de las más variables disposiciones, ya sea de contenido patrimonial o no, contrario a los que establece la normativa cubana al respecto, que le atribuye un marcado carácter patrimonial.

No obstante, el testamento como acto jurídico personalísimo y voluntario constituye la más alta expresión de la autonomía de la voluntad privada en el Derecho sucesorio.

Luego del análisis efectuado a lo largo del presente capítulo se concluye que:

La autonomía de la voluntad privada, constituye un principio fundamental dentro del Derecho Civil. En el Derecho Sucesorio, se traduce en la libertad que tiene el testador de disponer sobre sus bienes, de ahí que sea considerado como fundamental, entendiéndose como Ley Primera de la Sucesión.

La voluntad privada es autónoma, libre de determinar el otorgamiento de sus actos y las consecuencias de los mismos, siempre que se tenga la capacidad suficiente para

ello, establecida en ley. En consecuencia de esa libertad de decidir, de disponer, es razonable que la misma produzca los efectos requeridos por el sujeto, y por lo tanto, ha de jugar un papel fundamental, en el sentido que ésta sea cumplida en la forma dispuesta y por encima de cualquier otra disposición, entendiéndose de ello la primacía con la que se ha de manifestar, para que sea entendida como Ley primera de la Sucesión.

El testamento constituye un acto jurídico, de naturaleza *mortis causa*, por constituir la muerte el elemento causal funcional para que éste despliegue los esperados efectos jurídicos, y cuyo contenido puede abarcar no sólo disposiciones de marcado carácter patrimonial, sino eminentemente atípicas, no vinculadas a la designación de herederos o legatarios.

Las tutelas testamentaria, legítima y dativa, existieron desde el Derecho romano y aún se conservan en la universalidad de los Códigos, que han seguido esta tradición. La tendencia moderna concibe a la tutela como defensa y protección de los menores de edad y de los mayores incapacitados, declarados así judicialmente.

CAPÍTULO II: LA DESIGNACIÓN DE TUTOR EN TESTAMENTO.

2.1. El papel de la autonomía de la voluntad privada en el Derecho Sucesorio Cubano.

El Ordenamiento Jurídico Sucesorio Cubano recoge el principio conforme con el cual la voluntad del causante es la que ordena la forma y manera en que se regirá su sucesión, a cuya voluntad tendrán que sujetarse los herederos y legatarios, a menos que ésta contravenga las normas de *ius cogens*.¹⁹

De ahí, a que la primacía de la voluntad del causante, se ponga de manifiesto en el Ordenamiento Jurídico Civil Cubano, en el artículo 467.1 del Código Civil. Donde refiere que: "La sucesión tiene lugar por testamento o por Ley. Con ello está reconociendo en primer lugar a la Sucesión Testamentaria, y que sólo a falta de ella, en todo o en parte, puede abrirse la Sucesión Intestada. Además en el artículo 476 y siguientes, formando parte del Título II del referido Código, se reconoce al testamento como elemento identificador de la voluntad *mortis causa*, y la manera en que el testador puede disponer de todos sus bienes, para que ésta voluntad al momento de su fallecimiento y ulterior adjudicación de su bienes por sus causahabientes, sea perfectamente viable y correctamente interpretada de manera clara, exacta e inequívocamente por todas las personas o funcionarios que deban intervenir en el proceso sucesorio. (PÉREZ GALLARDO, L. B., 2004: 20)

Para comenzar el estudio de la autonomía de la voluntad privada en el Derecho sucesorio cubano, hay que partir de la importancia que como principio general del Derecho civil tiene.

En cuanto principio general del derecho, se habla del principio de autonomía de la persona —«autonomía de la voluntad»— o del principio de autonomía privada. Este principio tiene su fundamento en la dignidad y libertad de la persona. Por su dignidad la persona es sujeto de derechos y deberes; por su libertad, la persona posee un dominio sobre sus propios actos, y sobre aquellos bienes espirituales o materiales

¹⁹*Ius cogens*, o *jus cogens*, es una locución latina que hace referencia a normas imperativas de derecho, en contraposición a las dispositivas de derecho. De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, son aquellas normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario.

que le corresponden como persona y que pertenecen a eso que se llama su «esfera privada personal». En consecuencia, hay también un deber general de respeto a la persona y a su libertad que incumbe a todos: a los particulares y a la autoridad pública. (EDUARDO M.,2007: 442)

Existe autonomía cuando se ejerce un poder con libertad y capacidad para manifestar el propio designio y vincular a los demás a él. Como todo poder, entraña una elemental cuestión de límites, como toda libertad, limita con la libertad de los demás. Implica así la autonomía de la voluntad la cuestión de determinar el rango en que la voluntad puede expresarse y regir para los demás, su esfera de influencia, su marco de actuación y el ámbito en que es autónoma esa voluntad individual. (PÉREZ GALLARDO, L., 2000).

El Derecho de Sucesiones, se define por algunos tratadistas como ESPÍN CÁNOVAS citado por el profesor (PÉREZ GALLARDO, L., 2000).

“(…) el Derecho Hereditario o Derecho de Sucesiones por causa de muerte, es el conjunto de normas que regulan la sucesión en las relaciones jurídico-privadas, transmisibles, de que era titular una persona fallecida”. Asimismo DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN conceptualizan el Derecho de Sucesiones o Derecho Hereditario “como la parte del Derecho Privado constituida por el conjunto de normas que regulan el destino de las relaciones jurídicas de una persona cuando muere, y las que con este motivo se producen. (DÍEZ-PICAZO, L., Y GULLÓN, A.,1983:330)

Por tanto, al constituir el Derecho de sucesiones parte integrante del Derecho civil, por tener un mismo objeto que los regule, en tanto la naturaleza jurídica sucesoria es, en puridad, civil, siendo civiles también las normas jurídicas que le reglamentan. Además, al estar el método de regulación en estrecha atadura con el objeto y carácter de las relaciones sociales tuteladas jurídicamente, no pueden ser otros los medios o procedimientos de los que se vale el Derecho de Sucesiones para influir en las relaciones sociales que los propios del Derecho Civil, del cual es lógico componente. (PÉREZ GALLARDO, L. B., 2004: 9-10),

Por tanto, el Derecho de Sucesiones, es considerado una parte del Derecho civil, que unido a que tiene por objeto de regulación la transmisión de las relaciones jurídicas, fundamentalmente patrimoniales, así como otras que nacen en ocasión de la muerte

de una persona, así como la necesidad que lo caracteriza, constituyen los caracteres generales del mismo definidos por el profesor (PÉREZ GALLARDO, L. B., 2004: 10), a partir de la definiciones antes citadas.

Además, al considerarse las normas de Derecho sucesorio como normas de Derecho Privado, en tanto, predomina la voluntad del causante, es considerado este principio general de Derecho como una fuente supletoria, aplicable en defecto de la ley y costumbre y principio informador del ordenamiento jurídico.²⁰ Asimismo este principio es aplicable directamente en la labor jurídica: En efecto, el principio debe ser aplicado, como norma de derecho cuando no exista ley o costumbre que regula una cuestión, y también, debe estar presente en toda labor interpretativa del Derecho.²¹ Ya que esa facultad de libre disposición se traduce en el Derecho Sucesorio, en la libertad de testar, que se reduce o limita de acuerdo a los requerimientos empleados en ley.

Con este fundamento, resulta inevitable entonces, la trascendencia que la autonomía de la voluntad como principio general del Derecho civil tiene en el Derecho Sucesorio.

La positivización del mismo en el ordenamiento jurídico civil patrio, se encuentra en el artículo 312²², ubicado en la parte de la parte de contratos, por ser éste el paradigma de la autonomía de la voluntad. No obstante, dada su trascendencia a otras ramas del Derecho civil, resulta aplicable al Derecho sucesorio, en tanto, el testamento, reconocido como colorario de la expresión de voluntad *mortis causa*, al ser considerado como un acto jurídico con efectos post mortem, se redacta a modo de cláusulas, en las que el testador dispone con las limitaciones establecidas en ley la ordenación de su sucesión. Además de que ésta facultad de libre disposición se traduce en la libertad de testar, que se reduce o limita de acuerdo a los requerimientos empleados en ley. (PÉREZ GALLARDO, L. B., 2004: 43),

Esta constituye una de las manifestaciones, que positivizan el principio de la voluntad

²⁰En este sentido, una manifestación de ello es la importancia práctica de la autonomía en la interpretación de los negocios jurídicos, así como la presunción favorable al carácter dispositivo y no imperativo de las normas civiles.

²¹Vid. artículo 24 del Código Civil cubano.

²² Artículo 312: En los contratos las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, salvo disposición legal en contrario

del causante como ley de la sucesión, expresivo de la autonomía de la voluntad privada como principio general del Derecho civil. Unida ella a la primacía de la voluntad del causante como fuente de las sucesiones, reconocida en el artículo 467.1 del Código Civil que la coloca en el primer orden y el carácter supletorio o complementario que tiene la sucesión *ab intestato*, refrendado en los artículos 467.1, 507 y 509, de la citada norma legal.

En ese sentido el profesor (PÉREZ GALLARDO, L. B., 2004: 213), se refiere acertadamente en lo relativo a la preeminencia con que el ordenamiento jurídico civil cubano trata a la voluntad del causante, señalando como manifestaciones que positivizan las siguientes:

1º Se reconoce como primera fuente de las sucesiones²³. En este sentido, hay que aplicar la interpretación puramente analógica que indica la norma, al referir, de manera no casual, que la sucesión tiene lugar por testamento y en segundo lugar por ley.

2º La sucesión testamentaria se regula con preeminencia a la *ab intestato*, cumpliendo esta última función supletoria o complementaria de la primera²⁴. La supletoriedad no indica complementariedad, pues el verbo suplir implica sustitución, suplantación, reemplazar. Significa que la sucesión intestada nace a falta de testamento. Por contrario el hecho de que complemente a la testada, significa que pueden existir conjuntamente con respecto a la sucesión de un mismo causante.

3º La voluntad del testador incide en la determinación de si estamos en presencia de un heredero *ex re certa* o de un legatario simple²⁵. Hay que partir de la diferenciación entre ambas figuras, independiente de que en uno u otro caso, reciben asignaciones en concreto, pero su diferencia radica en la responsabilidad frente a las deudas y obligaciones del causante de la herencia.

4º Corresponde únicamente al testador la facultad de rehabilitar a los incapaces para suceder reconocidos en el artículo 469.1²⁶. Por la rehabilitación hecha por el testador a partir del perdón expreso o tácito que conciba, es que es considerada la relatividad

²³ *vid.* artículo 467.1

²⁴ *vid.* artículo 476 en relación con artículo 509 del Código civil cubano

²⁵ *vid.* artículo 468.3 del Código civil cubano

²⁶ *vid.* artículo 469.2 del Código civil cubano

de las citadas causales.

5º La amplia libertad de testar²⁷. Limitada cuando existan herederos especialmente protegidos.

6º Puede el testador distribuir todo el patrimonio en legados²⁸. En este sentido, si no se nombra, por asesoría del notario, un albacea que se encargue de distribuir la herencia, choca entonces con la disposición del artículo 501.1, pues el legatario no puede ocupar por sí la cosa legada sino que debe pedir su entrega al heredero, aunque se salva con la disposición posterior al solicitar la ejecución del legado después de conocer la disposición testamentaria a su favor²⁹

7º Tiene la posibilidad el testador de imponer un modo a herederos o legatarios instituidos³⁰ o de imponer sublegados a los legatarios

8º Le compete al testador el nombramiento de albaceas, con las facultades expresamente conferidas por él, en el término también señalado al efecto³¹.

9º Le está atribuido al causante el poder ejecutar por sí mismo la partición, ya por actos entre vivos o *mortis causa*³².

También se tratan con acierto otros principios que resultan ser informadores del Derecho sucesorio cubano, como son: La compatibilidad o coexistencia de las sucesiones testada e intestada, el Favor testamenti³³, Perpetuidad del heredero³⁴, Pluralidad de regímenes legales sucesorios³⁵, así como la protección del cónyuge supérstite, y la intervención cada vez más creciente del Estado en sede sucesoria.

Siendo así que la voluntad del causante constituye el principio rector del Derecho Sucesorio Cubano, que por sus características se sustenta fundamentalmente en las

²⁷ *vid.* artículo 492.1 del Código civil cubano

²⁸ *vid.* artículo 499 del Código civil cubano

²⁹ En este sentido, existen comunicaciones del Ministerio de Justicia aún en vigor, en materia de viviendas, en razón de la cual el legatario puede adjudicarse el bien ante notario sin necesidad de pedir al heredero su entrega, aunque resulta discutida.

³⁰ *vid.* artículo 496.2 y 497 del Código civil cubano

³¹ *vid.* artículos 505.2, 506.1 y 3 del Código civil cubano

³² *vid.* artículo 534 del Código civil cubano

³³ Prevalencia de la voluntad del testador ante cualquier duda sobre la ejecución de las cláusulas testamentarias, y que trascienda a las normas jurídicas sucesorias.

³⁴ No se pierde la condición de heredero, sólo por ceder los derechos hereditarios, Se materializa en el art. 524.3 al regular que la aceptación y la renuncia no pueden hacerse bajo condición o término.

³⁵ Con las modificaciones introducidas en materia de vehículos y viviendas, y su regulación por la norma sucesoria común aún sigue siendo un principio informador del Derecho sucesorio en Cuba, en relación a otros bienes como la tierra y bienes agropecuarios.

manifestaciones positivizadas expuestas con antelación, es que se comparte el criterio que para el Derecho, la primacía de la voluntad del causante, no es más que la prioridad que se tiene en cuenta para que ésta sea cumplida y ejercitada luego de su fallecimiento, tal y como fue expresada en su acto de última voluntad. Es definida, por tanto como aquella superioridad, preponderancia, preeminencia, supremacía, prioridad, e incluso dignidad o empleo de primado.

2.2. Acto jurídico testamentario. Su regulación en Cuba.

Una vez analizadas las disímiles definiciones del acto jurídico testamentario dadas por los diferentes autores en el capítulo anterior se demuestra que son incompletas e insuficientes en su mayoría, que muchas conceptualizaciones no expresan las características del testamento limitando su contenido a lo meramente patrimonial, y limita además la voluntad individual a la disposición de bienes. Por otro lado, algunos también suscriben la facultad de disposición a los bienes y a los derechos de familia, excluyendo los deberes que el hombre puede cumplir por medio de éste. Aunque existen definiciones concebidas en términos bien generales, indiscutiblemente las hay más acertadas teniendo en cuenta que si bien omite los caracteres del testamento, no restringe el objeto de las disposiciones testamentarias.

Los elementos que caracterizan al testamento en la doctrina según el profesor (PÉREZ GALLARDO, L. B., 2004: 213), son:

Ser un acto jurídico *mortis causa*: Significa que el testamento surtirá efectos jurídicos frente a terceros sólo después de la muerte de su otorgante; su unilateralidad: Necesariamente tiene que ser un acto unilateral, ya que sólo requiere la declaración de voluntad del testador. Por ello la unilateralidad no es sólo condición suficiente, sino también necesaria, para que el acto despliegue sus efectos.

Ser una declaración de voluntad de naturaleza no recepticia: está muy vinculada con la unilateralidad y se trata de una declaración de voluntad que por sí sola da vida al testamento, y no requiere del conocimiento de los herederos o legatarios instituidos para que surta plenos efectos jurídicos para éstos, tras el deceso del testador.

Ser un acto *intuitu personae*: La llamada personalidad del testamento implica el carácter personalísimo que este tiene. Su otorgamiento es indelegable e insustituible.

En este sentido ordenamiento jurídico cubano no admite excepción de tipo alguno.³⁶

Ser un acto individual: Está muy vinculado con el carácter individual o unipersonal del testamento, ya que aún y cuando dos o más personas testan en un mismo instrumento en beneficio de un tercero (testamento mancomunado conjuntivo) seguirá siendo un testamento unilateral³⁷.

Ser un acto esencialmente revocable: El fundamento de su revocabilidad se encuentra 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. 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.

Ser un acto solemne: La solemnidad es aplicable a todo tipo de testamento común u ordinario según lo regulado en el artículo 483 del Código civil cubano e, incluso, divisada, también a los testamentos especiales³⁸

Según el profesor PÉREZ GALLARDO la tesis sobre la naturaleza jurídica del testamento más acertada es la que lo define como acto jurídicamente relevante hasta tanto no acontezca la muerte del testador. Con el advenimiento de este hecho natural, devenido jurídicamente, se determinan los efectos externos del negocio jurídico testamentario. Tal evento actúa como condición para la relevancia jurídica externa del acto testamentario, que se convierte en algo más que un requisito legal de eficacia y menos que un elemento constitutivo del negocio, esto es, en un requisito de vigencia exterior de la *lex testamenti*.³⁹

En general este acto jurídico ha sido definido y asimilado en el Código Civil Cubano en su artículo 476 que preceptúa “*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*”.

Teniendo en cuenta la definición antes planteada a juicio de la autora se considera que el artículo 476 no define el testamento como tal, sino que solamente especifica

³⁶ *vid.* artículo 477.1 del Código civil cubano

³⁷ *vid.* artículo 477.2 del Código civil cubano

³⁸ *vid.* artículo 487 del Código civil cubano

³⁹ Vocablo que hace alusión a la ley testamentaria.

su contenido reduciéndolo a un marcado carácter patrimonial, por lo que ofrece una definición acabada y mucho menos exacta.

2.3- Contenido del acto jurídico testamentario en Cuba.

Partiendo de la definición que sobre el testamento ofrece al artículo 476 del Código civil cubano, como afirma el profesor PÉREZ GALLARDO, está encaminada a ofrecer más el contenido del testamento que su definición. Este marcado carácter se ratifica con las disposiciones contenidas en los artículos 466 en relación con el 46.6, al disponer que el Derecho de sucesiones comprende el conjunto de normas que regulan la transmisión del patrimonio del causante después de su muerte, y que las relaciones jurídicas de sucesiones implican la transmisión del patrimonio de una persona, por el hecho de su muerte, a otra. (PÉREZ GALLARDO, L. B., 2004: 213), Dicho razonamiento resulta acertado, en tanto, marca el contenido eminentemente patrimonial que tiene el testamento como acto jurídico en Cuba, cuestión de la que adolecen otros ordenamientos jurídicos, por ejemplo, el español, al regular en su artículo 667, una definición casi exacta a la que se ofrece en el Código civil cubano, siendo éste último una transcripción del anterior.

En ese sentido, el profesor SÁNCHEZ ROMÁN hace una crítica al citado artículo 667, calificada de antológica en la doctrina científica española. En efecto, dicha definición no es exacta porque atribuye al testamento un carácter exclusivamente patrimonial, teniendo en cuenta que éste puede contener disposiciones de otra índole, no vinculadas a la institución de herederos o legatarios, como tampoco es exacta ni útil. El fundamento de ello radica en que en primer lugar no resalta los caracteres definitorios del testamento que son esenciales, de los cuales depende su eficacia y el hecho de enmarcarse sólo en el patrimonio, no le brinda la utilidad debida.

Esta crítica del profesor SÁNCHEZ ROMÁN, resulta perfectamente válida y aplicable, a la que ampara la norma sustantiva cubana, con la diferencia que los caracteres del testamento si aparecen en el texto citado, con la interpretación de los artículos siguientes al 476, de los que se hace un análisis detallado en el epígrafe anterior.

No obstante, la doctrina cubana, a partir de los fundamentos tratados en otras legislaciones, amplía la extensión de la voluntad del testador, reconociendo que el

testamento como acto *mortis causa*, que expresa la última y deliberada voluntad del causante, puede contener otras disposiciones llamadas atípicas. Por ello el profesor (PÉREZ GALLARDO, L. B., 2004: 211), en el análisis del tema se afilia a la tesis de concebir el testamento como un tipo negocial a causa de muerte, de carácter general y contenido variable, patrimonial y no patrimonial, de última voluntad donde tiene cabida las más disímiles disposiciones del testador, no ligadas necesariamente con el patrimonio, tesis que comparto.

El testamento en Cuba, adopta dentro de las fórmulas definitorias codeadas por la doctrina española y representadas por el tratadista JORDANO BAREA, la que concibe al testamento como un negocio jurídico unilateral *mortis causa*, típico, por el cual se dispone del patrimonio para después de la muerte. No obstante, tampoco contiene otras disposiciones que prohíban que en el mismo se incluyan disposiciones atípicas. Ante ello se impone la disyuntiva si en caso de que sólo contenga disposiciones de este tipo, puede ser considerado testamento en sentido formal, o en sentido sustancial. En ese sentido habría que analizar si la revocación puede alcanzar a las disposiciones de contenido atípico, tal cual lo hace con las relativas al patrimonio. Habría que ubicar en una balanza, la atipicidad de las disposiciones testamentarias, y los caracteres generales del testamento como acto, pues pueden resultar contradictorias otras cuestiones referidas a la naturaleza propia del testamento como lo es su revocabilidad. Todo ello dependerá del tipo de disposición atípica, que se disponga en el acto.

En la doctrina se manejan múltiples posiciones al respecto, pero de cualquier manera son coincidentes en estimar que la única disposición atípica a la que no le resulta aplicable lo relacionado con la revocación como causa de ineficacia voluntaria es la que se refiere al reconocimiento de un hijo.

Cuando un acto jurídico se declara ineficaz, no se verificarán los efectos previstos para su consolidación, pero sería desacertado afirmar que el mismo no produce ningún efecto jurídico, pues es lo cierto que se producirán otros efectos. En general, puede conceptuarse la ineficacia como aquella situación o causa que agrede al acto jurídico y le priva de producir los efectos o consecuencias previstas por los sujetos que lo realizan para su consolidación y consumación. Siendo así que un acto jurídico

se declara ineficaz por disconformidad con la ley que provoca la ineficacia del acto jurídico, puede provenir de diferentes supuestos:(PÉREZ GALLARDO, L. B., 2004: 213),

- 1) Por la carencia de un elemento esencial para la formación del acto, que hace a éste inexistente desde el punto de vista legal.
- 2) Por celebrarse el acto violando un mandato o prohibición legal, lo que conduce a su nulidad de pleno derecho.
- 3) Por la existencia de un vicio o defecto en el acto, que lo hace susceptible de anulación posterior.
- 4) Por producir el acto una lesión o perjuicio económico a los sujetos que intervinieron en el acto o a terceros, situación de ineficacia denominada rescisión.

El Código Civil vigente recoge el régimen jurídico de la nulidad, la anulabilidad y la rescisión en su Parte General, resultando aplicables estos preceptos tanto a los contratos como a los testamentos, así como a cualquier otro acto jurídico que proceda, como aquellos propios del Derecho de familia, atendiendo en este último caso al carácter supletorio de nuestra principal ley civil, lo que no excluye la posibilidad de que puedan existir otras reglas específicas para ciertos casos.

La nulidad absoluta o radical, de pleno derecho, tiene sus orígenes en la nulidad *ab initio* regulada por el Derecho romano, que la concibió como sanción a los actos realizados *contra legem*, comprendiendo también en este concepto la inexistencia del negocio, entendida en nuestros días como variante distinta de ineficacia según algunos. El artículo 67 de la normativa civil cubana establece las causales por las cuales debe conceptuarse como nulo el acto jurídico.⁴⁰

La anulabilidad es también una sanción dispuesta por el ordenamiento jurídico para invalidar determinados actos que se han realizado estando presentes los elementos esenciales necesarios, sin contravenir lo prohibido por la ley, pero padeciendo un

⁴⁰ artículo 67: Son nulos los actos jurídicos realizados:

- a) En contra de los intereses de la sociedad o el Estado;
- b) por personas que no pueden ejercer su capacidad jurídica;
- c) con violencia física;
- ch) en contra de una prohibición legal;
- d) sin cumplir las formalidades establecidas con carácter de requisito esencial;
- e) sólo en apariencia, sin intención de producir efectos jurídicos;
- f) con el propósito de encubrir otro acto distinto. En este caso el acto encubierto o disimulado es válido para las partes si concurren los requisitos esenciales para su validez; y
- g) por una persona jurídica en contra de los fines expresados en sus estatutos o reglamento.

defecto o vicio que afecta a la voluntad, nervio central del negocio, que hace que pueda perder sus efectos jurídicos. Según el artículo 69 del Código Civil plasma cuáles son las causales por las que se pueden anular los actos jurídicos.⁴¹

La rescisión es un remedio jurídico que se establece para reparar un perjuicio económico o efecto injusto que origina el negocio a determinadas personas, cuya esencia consiste en hacer cesar su eficacia. Es una forma de ineficacia que obra por virtud de la ley, y que se asemeja a la anulabilidad en que los actos rescindibles pueden ser convalidados si no se ejercita la acción de impugnación por quien está legitimado para ello. Las causas que pueden dar lugar a la rescisión se establecen en los artículos 76 y 77 del cuerpo legal cubano.⁴²

La Ineficacia voluntaria procede, como indica su denominación, de la propia voluntad de los sujetos que realizan el acto y se identifica con la ineficacia en sentido estricto, en la cual el acto deja de surtir efectos no porque carezca de los presupuestos legales exigidos para su validez, sino por causas extrínsecas a él, que pueden ser muy diversas.

Disímiles pueden ser las circunstancias que dan lugar a esa ineficacia voluntaria y las formas que ésta puede adoptar así como la revocación que constituye una manifestación de voluntad destinada a dejar sin efectos otra voluntad opuesta o distinta que le precede, manifestaciones ambas que provienen del mismo sujeto, que en ambos casos debe poseer plena capacidad.

⁴¹ Artículo 69: Son anulables los actos jurídicos en los que la manifestación de voluntad está viciada por error, fraude o amenaza.

⁴² Artículo 76: Son rescindibles los actos realizados validamente:

- a) Por los tutores sin autorización judicial, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de los bienes que hubiesen sido objeto de dichos actos;
- b) por los representantes de los ausentes, siempre que estos hayan sufrido la lesión a que se refiere el apartado anterior;
- c) por los deudores en fraude de acreedores;

ch) por el demandado sobre un objeto litigioso, sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la autoridad judicial;

d) por los causantes, en el caso de donaciones inoficiosas; y

e) por los adjudicatarios de la herencia, si la partición se hace con preterición de algún heredero.

Artículo 77: Son también rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos.

La revocación deja sin eficacia un negocio jurídico que hasta entonces había sido válido, y tal ineficacia se produce de forma voluntaria, no porque la ley imponga tal medida o sanción. Por lo que la representación voluntaria puede extinguirse por revocación, facultad que se reconoce al representado a tenor de lo preceptuado por el artículo 65⁴³, en relación con el inciso a) del artículo 409⁴⁴, ambos del Código Civil cubano.

La resolución también se reconoce como causa de extinción de la relación negocial cuando la ley la prevé como tal para cualquier contrato bilateral no para usarla a voluntad, sino como facultad de la parte que cumple frente a la que incumple, como se dispone en el artículo 306⁴⁵ del Código civil cubano.

Para la apreciación de la caducidad no es necesario tomar en cuenta elementos subjetivos, sino simplemente, sin interrupción ni suspensión, el transcurso objetivo del tiempo marcado por la ley o previsto por las partes, puesto que se admite que también ese período de vigencia provenga de la voluntad privada y quede plasmada en el negocio. Siendo así que en los artículos 125 y 126⁴⁶ del Código Civil se regula de forma general y breve la caducidad incluidos en su Parte General, refiriéndose a su incidencia en los derechos y no en los actos jurídicos.

El análisis realizado sobre las causas de ineficacia del testamento, ya sea, por voluntad o por disconformidad con la ley, se hacen precisas en cuanto, éstas pueden o no abarcar a las disposiciones de contenido no patrimonial. En razón de ello es

⁴³ Artículo 65: La representación legal se extingue por la terminación de la relación jurídica que la originó y, además, por las causas previstas en la legislación que la establece. La voluntaria se extingue por las causas previstas para la extinción del mandato.

⁴⁴ Artículo 409: Además de las causas generales de extinción de las obligaciones, el mandato se extingue por:

- a) Revocación;
- b) renuncia del mandatario;
- c) incapacidad, ausencia, inhabilitación o muerte del mandante o del mandatario;
- ch) extinción de la persona jurídica que lo otorgó o a la que le fue otorgado;
- d) terminación de la relación jurídica básica que determinó su otorgamiento; y
- e) haberse realizado el acto para el que se otorgó.

⁴⁵ Artículo 306: En las obligaciones recíprocas, el que ha cumplido la que le corresponde puede exigir el cumplimiento o la ejecución a costa del otro obligado, o la resolución de la obligación, con indemnización de daños y perjuicios en todo caso.

⁴⁶ Artículo 125: En los casos expresamente determinados en la ley o en el acto jurídico, los derechos caducan por el simple transcurso del tiempo.

Artículo 126: Los plazos de caducidad se aprecian de oficio por los órganos jurisdiccionales y no son susceptibles de interrupción ni suspensión por causa alguna.

criterio unánime en la doctrina que éstas causales afectan a todo tipo de disposición atípica excepto el reconocimiento de hijos, concebido como un mero acto de reconocimiento en sí, cuya revocación iría en contra de su propia naturaleza, y el reconocimiento de deuda.

Siendo así, el resto de las tratadas en el capítulo anterior, estarán sujetas a las formas de ineficacia, sea cuál procediera al respecto, por tanto, será necesario a la hora de revocar una determinada disposición, o al redactar una posterior que de hecho revoca a la anterior, que el testador manifieste su conformidad de que las referidas a otras cuestiones como la designación de tutor persista. En la legislación cubana, este análisis, resulta muchas veces improcedente, por cuanto los notarios como funcionarios públicos, en su mayoría, al redactar y otorgar el testamento, siguen a ciegas, sin otra interpretación, la concepción eminentemente típica que define al testamento.

2.4- La tutela como proceso de designación exclusivamente judicial en Cuba. Regulación de la capacidad.

La Ley Civil Sustantiva Cubana en sus artículos 29,30 y 31 refrenda todo lo referido a la capacidad del individuo siendo así que el artículo 29 del mencionado cuerpo legal regula que la plena capacidad para ejercer los derechos y realizar actos jurídicos se adquiere por arribar a la mayoría de edad, que comienza a los 18 años cumplidos; y por matrimonio del menor, con la excepción del establecimiento de otras edades para realizar determinados actos.

La capacidad de ejercicio presupone que la voluntad e inteligencia del individuo han alcanzado un grado de madurez indispensable para conducirse libre y racionalmente en la vida social, y tomando como base el encabezado general del artículo 29, autoriza legalmente a las personas que luego enumera a ejercitar sus derechos y realizar actos jurídicos de acuerdo a ello y; como regla, declara que se encuentran en aptitud de tal todos los mayores de dieciocho años. Y es que la ley no exige que en cada caso individual se compruebe la capacidad natural de querer y entender del sujeto, lo que trastornaría gravemente el tráfico jurídico, sino que la presume en todo aquél que ha arribado a la mayoría de edad.

Por ello la capacidad de obrar es contingente y variable, requiere inteligencia y voluntad “conciencia actual”, y como esas condiciones no existen por igual en todos los seres humanos, ni siempre en el mismo grado, el Derecho se encarga de sentar las pautas para su reconocimiento pleno o restringido, incluso para negarla absolutamente en ciertas circunstancias. Siendo así que han sido varios los autores como DIEZ PICAZO, HUALDE SÁNCHEZ Y ROGEL VIDE, entre otros que han expuesto sus definiciones acerca de la capacidad de obrar y en general la caracterizan de la siguiente forma: es una cualidad de la persona, se manifiesta como aptitud o idoneidad, se vincula al modo intrínseco de ser o estar en la vida social, se reconoce por el ordenamiento jurídico de acuerdo a la concurrencia de determinados requisitos, permite el ejercicio de los derechos y obligaciones de los que se es titular, se establece en función de relaciones jurídicas concretas y determina la eficacia de los actos jurídicos realizados por la persona natural. (Valdés Díaz C., n.d)

El artículo 30 refrenda que tienen restringida su capacidad para realizar actos jurídicos, salvo para satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria, los menores de edad que han cumplido 10 años de nacidos, los que pueden disponer del estipendio que les ha sido asignado y, cuando alcancen la edad laboral, de la retribución por su trabajo; los que padecen de enfermedad o retraso mental que no los priva totalmente de discernimiento; y los que por impedimento físico no pueden expresar su voluntad de modo inequívoco.

Aunque la figura de la capacidad restringida, como manifestación de la capacidad progresiva, no es creación de las legislaciones modernas y desde el Derecho Romano se establecieron gradaciones en cuanto a las posibilidades de actuación jurídica de la persona, el artículo 30 del actual Código Civil cubano no tiene antecedentes en el Derecho patrio. El Código civil español anteriormente vigente en Cuba no contaba con un precepto similar, de carácter general, aunque admitía la participación de menores de edad en algunos actos de la vida jurídica, permitiendo que pudieran formalizar matrimonio con la debida dispensa, otorgar testamento y administrar los bienes que hubieran adquirido por su trabajo o industria, entre otros. (Valdés Díaz C., n.d)

PÉREZ GALLARDO señala como elementos distintivos de la capacidad restringida, la condición intermedia que fluctúa entre capacidad e incapacidad, conformando un *status* especial que difiere de los extremos; el establecimiento de una esfera de actuación parcial, que no incluye todas las actuaciones permitidas por el ordenamiento jurídico; la validez de los actos depende de su inclusión en su esfera de actuación o de si los realiza con el debido complemento a la capacidad, pues de lo contrario, podrán ser declarados nulos, salvo ratificación posterior de quién ostente su guarda⁴⁷; y requiere de un régimen especial de protección y complemento de su capacidad. En la mayoría de los casos, la capacidad restringida es apreciada como una especie de “antesala” para declarar la incapacidad total.⁴⁸

La enfermedad o retraso mental que padecen las personas a que se refiere el inciso b) del artículo 30, si bien no ha sido definida por el legislador, si está claro por la letra de la norma que no la puede privar totalmente de discernimiento, pues si así fuera estaríamos en presencia de una situación jurídica que conduce a la incapacitación, no a la simple restricción de la capacidad. Se precisa, por tanto, clarificar qué afectación psíquica del individuo puede mermar su discernimiento o cabal juicio sólo parcialmente, sin privarlo absolutamente de tal, para luego, en consecuencia, limitar en el grado que corresponda la capacidad de obrar.

En cuanto a las enfermedades mentales, otras legislaciones hacían distinciones, en ocasiones incluso no muy precisas, entre locura, demencia e imbecilidad, que no aparecen hoy en el Código Civil. La Ley procesal, por su parte, solo habla de enajenación mental y en ella engloba todas aquellas enfermedades que se

⁴⁷ Al respecto Pérez Gallardo afirma que aunque doctrinalmente los actos realizados por un incapaz o una persona con capacidad restringida pueden ratificarse por su representante legal o quien ostente su guarda, en nuestro ámbito tal medio de convalidación sería, cuando menos, de dudosa aplicación, toda vez que los actos realizados por personas que no pueden ejercer su capacidad jurídica son decretados nulos de pleno derecho por el artículo 67, inciso b) del Código Civil, a diferencia de lo dispuesto anteriormente por el Código Civil español, que en sede contractual preveía la simple anulabilidad o nulidad relativa en tales casos. La nulidad absoluta no admite convalidación *a posteriori*, como después establece expresamente el artículo 68.1 del propio cuerpo legal.

⁴⁸ “(...) el artículo treinta del Código Civil, cuyo claro tenor pone de manifiesto estar encaminado a la necesaria protección de los derechos de aquellas personas que, incluidas en alguno de los supuestos a que dicha norma se refiere, pueden ser inducidas a manifestar su voluntad en forma contraria a sus reales intereses, en momento en que aún no hubieren sido declaradas judicialmente incapaces para regir su persona y administrar sus bienes (...)” *Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia No. 836 de 20 de diciembre del 2000. Primer Considerando. Ponente: Bolaños Gassó.*

caracterizan por producir trastornos o perturbaciones en la psiquis del individuo que le impiden manifestar su voluntad de modo consciente, racional e inteligente. Tales enfermedades pueden dar lugar a la declaración judicial de incapacidad de la persona, pero si afectan de modo menos grave al individuo pueden simplemente implicar una restricción al ejercicio de la capacidad, impidiendo su participación en determinados actos jurídicos.

El artículo 50 del Código Civil brinda cobertura a todo discapacitado para realizar actos jurídicos respecto a los cuales no tenga un impedimento en razón de la discapacidad física o sensorial padecida. El precepto establece en su primer apartado que los actos jurídicos expresos pueden realizarse oralmente o por escrito, de modo que si la discapacidad afecta el habla, pero la persona puede expresarse por escrito, no existirá dificultad alguna para dar a conocer su voluntad, y ya se sabe que en nuestro país existen escuelas especiales para atender las deficiencias de éstas personas que necesitan atenciones pedagógicas especiales, que reducen al mínimo la posibilidad de que no sepan leer y escribir. Si la discapacidad afecta la posibilidad física de escribir pero se mantiene el lenguaje oral, podrá exteriorizarse la voluntad de esta forma. (Valdés Díaz C., n.d)

Si capacidad y discapacidad no son términos contrarios para el Derecho civil obligadamente y muchas veces la persona con discapacidades está apta para el ejercicio de sus derechos y la realización de actos jurídicos, es preciso admitir que el problema de la integración de ésta a la vida socio jurídica depende no sólo de aspectos biológicos, sino que se trata de un tema dinámico que hay que analizar partiendo del contexto político, social y económico de cada Estado, así como de los valores éticos y culturales de la comunidad. (Mesa Castillo, O., 2005: 10-11)

Discapacidad e incapacidad no son términos sinónimos, al menos como regla. Al Derecho corresponde establecer las normas que permitan la adecuada distinción y proteger a la persona que padece anomalías, ofreciendo vías para su completa incorporación a la sociedad y el libre desarrollo de su personalidad. (Mesa Castillo, O., 2005: 10-11)

El artículo 31 estipula que están carentes de capacidad para realizar actos jurídicos los menores de 10 años de edad; y los mayores de edad que han sido declarados

incapaces para regir su persona y bienes.

Es lógico que el Derecho, de acuerdo a su función protectora de la persona encaminada a organizar del mejor modo la convivencia humana, prevea una respuesta adecuada a los intereses en juego, tanto del sujeto que por determinadas circunstancias no llega a alcanzar la plena capacidad de discernimiento o la pierde posteriormente, en mayor o menor grado, como de la sociedad en su conjunto. Tal respuesta jurídica se da a través de la figura de la incapacitación que, como se verá, siempre va acompañada de las correspondientes instituciones de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado.

La carencia de capacidad siempre estará necesariamente vinculada a un hecho que la determina, a circunstancias que restrinjan o anulen la aptitud de la persona para comprender o querer, o que impidan una clara e inequívoca manifestación de voluntad. Sin embargo, tal incapacidad no conduce automáticamente a la incapacitación, que es cosa distinta, pues esta última requiere de previo proceso judicial que concluya con sentencia constitutiva, a partir de la cual se modifica el estado civil del individuo. Así, puede una persona ser incapaz de hecho o naturalmente y no estar incapacitada judicialmente, ante lo cual, en principio, sus actos jurídicos serán válidos.

Es claro que el acto jurídico realizado por una persona con carencia de entendimiento y voluntad debe ser nulo, porque la deficiencia o anomalía que sufre incide en su nervio esencialísimo, pero no lo es *ipsu iure*, salvo que medie la sentencia judicial que la incapacita. Si tal sentencia no ha sido pronunciada por el órgano jurisdiccional correspondiente, es dudoso que pueda invocarse, a mi juicio, la carencia de capacidad de ejercicio como causal de nulidad, prevista en el artículo 67, inciso b), del propio Código Civil, pues frente a la presunción general de capacidad, antes de la incapacitación la persona estaría en condiciones de *poder ejercer su capacidad jurídica*. (Valdés Díaz C., n.d)

El enunciado general del artículo 31 señala expresamente la carencia de capacidad que tendrán las personas que luego menciona “para realizar actos jurídicos”. Se trata de un pronunciamiento legislativo de alcance general, que abarca a todos los actos en los que pueda involucrarse un sujeto, de manera que toda su actuación queda

vetada y corresponderá al representante legal del incapacitado obrar en nombre de aquél. Sin embargo, llama la atención que el legislador, a diferencia de la técnica empleada en el artículo 29, se refiera sólo a la incapacidad para realizar actos jurídicos y no para el ejercicio de los derechos.

Considero que debe entenderse a la persona que carece de capacidad también impedida para ejercer *per se* cualquier derecho, pues indudablemente ello constituiría un acto jurídico, máxime teniendo en cuenta la definición genérica de tal que se consigna en el artículo 49. Empero, debe tenerse en cuenta que en el caso de los derechos inherentes a la personalidad, dado su carácter intransmisible, se entiende que su ejercicio es siempre personalísimo, de lo que se desprende una limitación de hacerlo a través de representante, tanto legal como voluntario. (Valdés Díaz C., n.d)

El inciso b) del artículo 31 dispone la carencia de capacidad para realizar actos jurídicos de las personas mayores de edad que han sido declaradas incapaces para regir su persona y bienes. Aunque no lo señala el precepto de forma expresa, es claro que esa declaración, como ya se apuntó, tiene que realizarla el órgano jurisdiccional, tomando en cuenta determinadas causas que, en cada caso, destruyan la presunción general *pro capacitate*. No aparecen reguladas en nuestra ley sustantiva civil las causas que pueden dar lugar a la incapacitación, ni en régimen de tipificación exhaustiva, enumerando todas ellas, ni siguiendo la tendencia más actual de establecer situaciones genéricas en las que puede encontrarse una persona que puedan generar la imposibilidad de autogobernarse.

Lo anterior fue, quizás, lo pretendido por el legislador cubano del Código de Familia vigente, que al señalar en el artículo 138 los supuestos de personas mayores de edad que deben someterse a la tutela, establece que lo serán aquellas “que hayan sido declarados judicialmente incapacitados para regir su persona y bienes, por razón de enajenación mental, sordomudez o por otra causa”.

Desde la declaración de incapacitación existe incapacidad, invirtiéndose la situación normal que presume la posibilidad de obrar jurídicamente en toda persona mayor de edad. Sin embargo, numerosas son las patologías que pueden dar lugar a la declaración de incapacidad de una persona, y no todas provocan igual afectación ni

se manifiestan de igual modo en cada sujeto, por ello la incapacitación no debe ser uniforme, sino graduarse en cada caso señalando el régimen jurídico que corresponda, atendiendo a la capacidad natural del individuo y a la protección que debe dispensársele. Como regla, un importantísimo efecto de la declaración de incapacidad es proveer de tutela o guarda a quien resulta incapacitado. (Valdés Díaz C., n.d)

En sede patrimonial, los incapacitados no pueden prestar consentimiento contractual eficaz en ningún caso, siendo nulos de pleno derecho los negocios que realicen luego de la sentencia que los incapacita, a tenor de lo dispuesto por el artículo 67, inciso b) del propio Código, a diferencia de lo preceptuado anteriormente por el Código civil español que los consideraba anulables, pudiendo convalidarse mediante la ratificación posterior del representante legal.

Aunque las causas que generen la declaración de incapacidad deben ser más o menos persistentes, de cierta estabilidad, pueden sobrevenir nuevas circunstancias que susciten que el incapacitado recobre el discernimiento y su aptitud para el autogobierno. El artículo 160, inciso 3), del Código de Familia establece que la tutela puede concluir por haber cesado la causa que la motivó. Empero, así como el hecho de estar enfermo o disminuido no implica directamente la incapacitación, siendo necesaria la declaración judicial que cambia el estado civil, su fin tampoco se produce por el simple retorno de la capacidad natural, sino que solo acaba con un nuevo fallo que restituye la capacidad de obrar que se había privado a la persona.

Hasta tanto no se realice el procedimiento que concluye con el pronunciamiento judicial que levanta la incapacitación, se mantiene el estado civil de incapacitado. Sin embargo, no existe en nuestra ley de trámites ninguna referencia a esta posibilidad, que debería discurrir por la misma vía procesal que el expediente de incapacidad, pero en sentido inverso, debiendo probarse que ha cesado la razón que dio lugar a la incapacitación.

La tutela y otras formas de guarda legal han adquirido gran importancia en el tráfico jurídico contemporáneo dada la comprensión más o menos generalizada de la necesidad de proporcionar adecuada protección y atención a las personas incapacitadas. Los avances científicos, médicos y sociales han permitido un

incremento de vida a la población y, por otra parte, ha dado lugar a que se presenten situaciones jurídicas especiales motivadas por enfermedades o acontecimientos que en el pasado eran poco frecuentes o desconocidas.

La necesidad de la tutela se deja comprender, desde luego, si se atiende a que el hombre en sus primeros años de vida u otra causa no provocada por el es débil e inexperto, imposibilitado de defenderse por sí mismo y de dirigir sus acciones; en consecuencia, es muy justo que, a falta del padre o de la madre, se le proporcione los medios de educación, defensa y protección. Así lo han reconocido todas las naciones del mundo, al asumir como un deber, el regular y organizar la institución de la tutela y aunque esta se fundamente en objetivos, caracteres y principios universales, se perciben alteraciones en las diversas regulaciones jurídicas, emitidas en el mundo. (PÉREZ VÁZQUEZ, JUAN M., n.d)

A pesar de que hay una tendencia a no plasmar en los Códigos una disquisición de la tutela, de lo regulado en cada cuerpo legal se puede afirmar que la misma se concibe como la institución que se va a encargar de proteger a las personas que no tengan capacidad jurídica de obrar, ya sea por causa natural o legal; es la autoridad o función que se le otorga a un individuo con capacidad y aptitud para que cuide, tanto de la persona como de los bienes del tutelado. (PÉREZ VÁZQUEZ, JUAN M., n.d)

Según lo estipulado en el artículo 138 del Código de familia cubano, estarán sujetos a tutela, los menores de edad que no estén sujetos a patria potestad. En esta categoría se considera el menor de edad que aún no ha cumplido los 18 años de edad, o el que contando con 14 años en el caso de las hembras y 16 en el caso de los varones, no ha contraído matrimonio, a tenor de lo dispuesto en el artículo 29.1, apartado a del Código Civil cubano. Estarán sujetos a tutela además los mayores de edad que hayan sido declarados judicialmente incapacitados para regir su persona y bienes, por razón de enajenación mental, sordomudez o por otra causa.

El Código de Familia cubano no ofrece una definición en cuanto a la Tutela, sino que se limita al expresar en su artículo 137 que se constituirá judicialmente y tendrá por objeto la guarda y cuidado, la educación, la defensa de los derechos y la protección de los intereses patrimoniales de los menores de edad que no estén bajo la patria potestad, la defensa de los derechos, la protección de la persona e intereses

patrimoniales y el cumplimiento de las obligaciones civiles de los mayores de edad incapacitados que hayan sido declarados judicialmente incapacitados.

Asimismo, el citado artículo deja bien claro que en Cuba la tutela, se constituirá judicialmente, además de la denominada en la doctrina como dativa referida a la función ejercida por los directores de los establecimientos asistenciales o jefes de las unidades militares o paramilitares⁴⁹, ya que la norma de familia cubana posee un carácter imperativo. Un aspecto a destacar en la legislación familiar cubana actual, y especialmente atendiendo al objeto de la Tutela, es que está entrelazado el carácter personal y patrimonial que encierra el ejercicio de la Tutela, no predominando una obligación sobre otra, sino que marchan ambas a la par.

Sin embargo, el Código civil español, anotado y concordado para Cuba, vigente hasta el año 1987, reconocía el deferimiento de la tutela no sólo judicialmente, sino por testamento y por el consejo de familia.

La tutela familiar, deferida por el Consejo de Familia, respondía a la dependencia de esas personas de la economía familiar en una sociedad carente de seguridad y asistencia social generalizada y de mecanismos de capacitación de minusválidos. He ahí el fundamento de su supresión, como también quedó eliminada la designación que hacían los padres en testamento, que se refrendaba en su artículo 206, dando la posibilidad de que el padre pudiera nombrar tutor para sus hijos menores y para los mayores incapacitados, con iguales facultades para la madre, haciendo diversos nombramientos, a fin de que se sustituyan unos a otros los nombrados.

Se suprimió el Consejo de Familia, estableciendo en su lugar el Tribunal, órgano que se encargaría de constituir la Tutela, teniendo en cuenta lo más beneficioso para el menor o el mayor incapacitado, resultando el tutor designado la persona idónea a tan altos fines. La figura del protutor fue también inhabilitado por el Código de Familia cubano, fundamentado en la razón de que era innecesaria su intervención, pues el tutor responde directamente de su gestión ante el Tribunal Municipal que lo designó, organismo encargado de supervisar su diligencia.

A tenor de lo establecido en la norma actual, la aceptación del cargo de tutor es voluntaria y a su vez no es renunciable si ha sido aceptado el cargo, sino a virtud de

⁴⁹ Artículo 147 del Código de familia

causa legítima debidamente justificada a juicio del tribunal según lo regula el artículo 139. No obstante, el artículo 157 dispone que el tutor pueda reembolsarse los gastos justificados que tuviere en el ejercicio de la Tutela, previa autorización del Tribunal, pero, las cantidades que se entreguen al tutor, únicamente son en concepto de reembolso por gastos realizados por él, por lo que de ello no debe derivarse una ventaja económica para él.

Sin embargo, en la legislación de familia actual en su artículo 147 se regula que los directores de los establecimientos asistenciales o de los de educación o reeducación, y los jefes de las unidades militares o paramilitares, serán los tutores de los menores de edad que vivan en dichos establecimientos, o que pertenezcan a dichas unidades y no estén sujetos a patria potestad o tutela, con las mismas atribuciones que confiere el artículo 85⁵⁰ con respecto a la patria potestad. Este tipo de tutela aunque no aparece conceptualizada como tal, es la que se designa como tutela dativa, al amparo de la cuál los directores de dichos centros serán sus tutores, cuidando y protegiendo la persona de los tutelados, así como sus bienes.

Siendo así que ésta legislación de familia suprimió lo estipulado en la legislación civil, y en cambio, en sus artículos extendió a todos los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad del que debía ser tutelado, a los funcionarios públicos que por razón del ejercicio de su cargo tengan conocimiento de la existencia del estado de necesidad de que se constituyera la Tutela, a todos los que convivan con el menor o incapacitado y a los vecinos próximos del mismo, o al Comité de Defensa de la Revolución más inmediato, el deber de informarle al Fiscal la necesidad de poner una persona bajo Tutela y este instará a promover la misma, según lo dispuso el artículo 140.

Como consecuencia de la imperatividad de la norma de familia, el tribunal escogerá dentro de un conjunto de parientes, según orden de prelación, quien ejercerá el cargo de tutor, que opera de manera indistinta para los menores de edad e incapacitados judicialmente.

Según lo refrendado en el artículo 145 existen varias reglas para constituir la tutela de un menor. Para ello el tribunal tendrá en cuenta los criterios de los parientes que hallan

⁵⁰ Vid. artículo 85 del Código de Familia en cuanto a los deberes y derechos de los padres.

sido citados y asistan a la comparecencia, y al menor si tuviere más de siete años de edad, en aras del interés superior del menor.

De acuerdo a ello el tribunal en primer lugar tendrá en cuenta la preferencia manifestada por el menor y la opinión mayoritaria de los mencionados parientes en cuanto resulte aceptable, a juicio del tribunal; en segundo lugar de no poder designar el tutor a tenor de la regla anterior, el tribunal decidirá guiándose por lo que resulte más beneficioso para el menor y, en igualdad de condiciones designará tutor al pariente en cuya compañía se hallare. De no encontrarse compañía de ningún pariente, o de hallarse en la de varios de ellos a la vez, preferirá, en primer lugar, a uno de los abuelos; en segundo lugar, a uno de los hermanos; y en tercer lugar a un tío.

Asimismo de manera excepcional, cuando razones especiales así lo aconsejen, el tribunal podrá adoptar una solución fuera del orden anterior e inclusive nombrar tutor a una persona que no tenga relación de parentesco con el menor. En este caso, designará a persona que muestre interés en hacerse cargo de él, prefiriendo a la que lo hubiera tenido a su cuidado.

La tutela de los mayores de edad declarados incapacitados, corresponderá por su orden, al cónyuge; a uno de los padres; a uno de los hijos; a uno de los abuelos; o a uno de los hermanos. Teniendo en cuenta que cuando sean varios los parientes del mismo grado, el tribunal constituirá la tutela teniendo en cuenta lo que resulte más beneficioso para el incapacitado.

Excepcionalmente, cuando existan razones que lo aconsejen, el tribunal podrá designar tutor a persona distinta de las relacionadas anteriormente. En este caso, preferirá a quien tenga a su cuidado al incapaz o a quien muestre interés en asumir la tutela.

Es necesario destacar, que las atribuciones conferidas al Fiscal en el Código de Familia en cuanto a las situaciones tutelares, está amparado por el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico el cual refrenda que, el Fiscal representará y defenderá a los menores e incapacitados, hasta que se les provea de tutores.

Por ello se hace ineludible precisar que el Código de Familia en su artículo 146 plasma cuáles son los requisitos necesarios para ser designado tutor de un menor de edad, concretados en que éste ha de ser mayor de edad y estar en el pleno goce de

los derechos civiles y políticos, tener ingresos suficientes para sufragar los gastos del menor en cuanto sea necesario, y no tener antecedentes penales por delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales, la familia, la infancia y la juventud, ni por otros que a juicio del tribunal inhabiliten para ser tutor; así como gozar de buen concepto público, ser ciudadano cubano, y no tener intereses antagónicos con los del menor.

Asimismo, en su artículo 149 regula cuáles son los requisitos que hay que tener en cuenta para ser designado tutor de un incapacitado, que no distan de los que se tienen que cumplimentar para el caso de los menores, con excepción de la solvencia en cuanto a los ingresos. No está clara la intención del legislador al respecto, pues si bien un menor necesita la satisfacción de sus necesidades económicas, más razón le atiende al incapacitado, por la propia deficiencia que padece.

En cuanto a las funciones del tutor, desde el Derecho antiguo, las mismas han sido limitadas, basadas en la autorización que tienen que solicitar para realizar determinados actos a los órganos correspondientes. En Cuba el tutor necesita aprobación del Tribunal para solicitar el auxilio de las autoridades al efecto de internar al tutelado en establecimiento asistencial o de reeducación, realizar actos de dominio o cualquier otro acto que pueda prometer el patrimonio del tutelado, repudiar donaciones y herencias o aceptarlas, hacer inversiones y reparaciones mayores en los bienes del menor o incapacitado, transigir o allanarse a demandas que se establezcan contra el menor o incapacitado.

Remover al tutor significa destituirlo del ejercicio de la Tutela por haber incurrido en determinadas conductas que dan motivo a ello. De acuerdo con el artículo 159, cuando el tutor, durante el ejercicio de la Tutela, hubiere dejado de reunir requisitos exigidos para su designación o cuando incumpliere con las obligaciones que le vienen impuestas, el Tribunal o a instancia del Fiscal, dispondrá su remoción.

A las mismas personas reconocidas en el Código de Familia en su artículo 140 que pueden informar de la necesidad de Tutela, se impone la tarea de poner en conocimiento del Fiscal los hechos que pudieren determinar la remoción del tutor.

Cuba, ha ratificado la Convención Internacional sobre los derechos del niño⁵¹ y ha ido atemperando su legislación a los postulados de aquella, como lo demuestra el Decreto- Ley 234/2003 de 13 de agosto, que responde al artículo 23.2 de dicha Convención conforme al cual “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él”.

Por su parte, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad no se limita a proclamar el reconocimiento de la condición de persona con personalidad y capacidad plena, sino que impone a los Estados signatarios la obligación de propiciar medidas que faciliten a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que necesitan para el efectivo ejercicio de su capacidad y medidas de salvaguardia que coadyuven al respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, velando porque no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona⁵².

Téngase en cuenta que el vigente Código ya tiene más de treinta años de existencia, aunque con algunas modificaciones parciales. Ciertamente se está en condiciones de cuestionar si la redacción del articulado respecto al tema tratado refleja las necesidades de cambio reales. En su momento éste constituyó un avance, al permitir que las normas de familia se excluyeran de un Código civil, que era el reflejo de una sociedad totalmente distinta a la que afloraba con el triunfo revolucionario. La importancia que se le concedió a la familia como la célula fundamental de la sociedad, constituyó la razón fundamental para las transformaciones realizadas. Luego fue modificado el Código civil, y en el año 1987 cobró vigencia el actual, que trató de atemperarse a lo que normativamente existía en materia familiar, pero aún están lejos de reflejar la verdadera realidad.

⁵¹ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, con entrada en vigor en 2 de septiembre de 1990.

⁵² Valdés Díaz Caridad del Carmen, Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana.

2.5- Designación de tutor en testamento. Una necesaria y protectora disposición.

La inclinación actual en las regulaciones del ejercicio de la tutela, es enlazar el interés personal con el patrimonial, no desnivelar la balanza en preferencia por ninguno de esas dos tendencias, pues ambas funciones son importantes y el objetivo de la actividad del tutor, es cuidar de la persona y bienes del pupilo a la par.

En función de ello, la protección a los menores de edad, e incapacitados, continúa siendo un tema de vital importancia, y los esfuerzos del legislador en esta materia han encaminarse a su perfección. La legislación de familia, necesita atemperarse a la realidad imperante, tal como lo hizo en los inicios del triunfo de la revolución. La propia práctica se ha encargado de demostrar que la eliminación de muchos preceptos civiles y de familia, han dado al traste con la plena autonomía de la voluntad, característica del Derecho privado.

Por supuesto, se exige de una concordancia en ambas materias, para adecuarlas a las condiciones sociales. El testamento como acto jurídico, de carácter voluntario, no posee sólo un contenido patrimonial, se ha demostrado que éste pueda contener disposiciones de otra índole no vinculadas al patrimonio, pero que son importantes para el testador y que reflejen la verdadera voluntad e intención del testador. En este sentido cabría preguntarse si un testamento contentivo de declaraciones sólo de índole no patrimonial pueda ser considerado como testamento en su sentido formal o material. Clara es la doctrina que ha tratado este tema, y es conteste al unificar criterios en torno a ello.

Desde la década del 50 del siglo pasado, los tratadistas italianos representados por GIAMPICCOLO, se dedicaron a la valoración del testamento, para encuadrarlo en un acto *mortis causa* específicamente de última voluntad, que puede ser revocada en cualquier momento.

La norma sustantiva civil cubana, en la forma concebida y redactada, le imprime al testamento un marcado carácter patrimonial. Solo basta la interpretación de algunos de sus preceptos. La relación jurídica sucesoria, como relación *sui generis*, está estructurada de manera tal que los sujetos intervinientes son el causante y los causahabientes, y su elemento real, lo constituye la herencia. Así lo dispone el

artículo 46.4 al estipular que esta implica la trasmisión del patrimonio de una persona, por hebrecho de su muerte, a otra, en concordancia con su elemento causal definido en el inciso a) del artículo siguiente.

De igual forma, este criterio se sustenta, con la interpretación del artículo 466 en relación con el 476. El testamento es concebido como un acto mediante el cuál una persona dispone de todo su patrimonio o de una parte de éste para después de su muerte. En consonancia con ello la disposición del 466 es clara al estipular que el Derecho de sucesiones comprende el conjunto de normas que regulan la trasmisión del patrimonio del causante después de su muerte.

Si bien no existe en la norma ningún precepto prohibitivo de disposiciones de otra naturaleza, el notario podrá incluirlas en el otorgamiento. Pero no producirán los efectos jurídicos esperados, una vez que acontezca su fallecimiento, pues en materia de familia, las normas resultan eminentemente imperativas. El juez a la hora de decidir el fallo, no tendrá en cuenta la designación hecha en testamento, aunque la misma esté encaminada al desarrollo pleno e interés superior del menor.

El carácter exclusivamente patrimonial del testamento en Cuba es defendible, y a juicio de la autora resulta evidente que donde la ley no distingue, no cabe distinguir. Por ello, se afilia a la tesis expuesta por JORDANO BAREA, y defendida por PÉREZ GALLARDO, según la cuál el testamento se asimila con el acto de última voluntad y éste con aquél, donde tienen cabida las más disímiles disposiciones del testador, no ligadas necesariamente con el patrimonio. En razón de ello, define al testamento 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.

Ello significa entonces que puede un testamento contener solo disposiciones atípicas, y no deja de considerarse testamento en sentido material, pues contiene un negocio jurídico, en virtud del cual se crea una relación jurídica entre el causante y los designados. De esta manera las reglas de la ineficacia por voluntad del testador

le alcanzan. La designación de tutor efectuada por los padres en testamento, respecto a sus hijos menores de edad o mayores de edad incapacitados, o por los tutores con vistas a un nuevo nombramiento puede ser revocada en cualquier momento, con una designación o porque se otorgue otra disposición testamentaria, que de hecho revoque la anterior al no mantener la voluntad de que esta no fenezca. La revocación es una de las formas de ineficacia voluntaria admitida por el Código civil cubano según lo dispuesto en el artículo 479.1, para los testamentos comunes, como también lo es la caducidad para los especiales. En este caso, si el testamento caduca porque el testador no testó en forma común, sin tener impedimento para ello pasados treinta días en que pudo hacerlo, la designación resulta ineficaz, tal cual será considerado el testamento en sí.

Igual tratamiento se seguiría en el campo de la ineficacia por disconformidad con la ley. Ubicándose en terrenos de nulidad, ya sea de forma parcial o total, le alcanzan los presupuestos que para los actos jurídicos regula el artículo 67 del Código civil cubano por la propia naturaleza del testamento, y al ser concebido éste como un negocio de contenido variable abarcador de las más disímiles disposiciones, y por tanto, la designación de tutor que se ha hecho, queda bajo el manto de no producir el esperado efecto jurídico. Si la nulidad se advierte por la forma, según lo regulado en el artículo 16 de las Notarías estatales, revierte al contenido del testamento, por la propia incidencia que tiene los planos del instrumento público, y el negocio jurídico resultaría inexistente. Igual resultado sería si el testamento es declarado anulable.

Si se tiene en cuenta que el testamento está concebido como un acto jurídico, en él subsisten los elementos esenciales que subjetivamente caracterizan al negocio jurídico⁵³. Está presente la manifestación lícita de voluntad, sustentada en la actuación racional y consciente de la persona⁵⁴, que no debe estar viciada⁵⁵, exteriorizada oportunamente⁵⁶ y , por supuesto, debe coincidir con la que

⁵³ Téngase en cuenta que en la doctrina existen posiciones divergentes al respecto, unos defiende la distinción entre negocio jurídico y acto jurídico y en otros no resulta trascendental, dado el caso que tienen la misma naturaleza.

⁵⁴ La persona ha de tener la plena capacidad jurídica civil a tenor de lo dispuesto en el artículo 29 del Código Civil cubano.

⁵⁵ Son vicios del consentimiento el error, fraude o amenaza.

⁵⁶ Se entiende la forma de exteriorizarse y la oportunidad con que se manifiesta. En el caso del testamento se exige la forma escrita en cualquiera de las variantes que ampara el Código civil.

internamente tiene el sujeto, de lo contrario ocurre lo que doctrinalmente se conoce como discordancia entre la voluntad interna y su manifestación, que puede producirse inconscientemente⁵⁷.

Al ser considerado el testamento un acto eminentemente voluntario, reconocido así por la doctrina científica, la legislación sustantiva cubana le ofrece un aparte en cuanto a importancia. La voluntad constituye el elemento esencial, y se refrenda a partir de la supremacía que ostenta la misma en sede sucesoria y su preeminencia a la sucesión legal. Constituye éste uno de los principios que informan el Derecho de sucesiones, a través del cual se materializa el principio de la autonomía de la voluntad.

La tutela como institución protectora del Derecho de familia, es la encargada de proteger a los menores de edad no sujetos a patria potestad y a los mayores de edad incapacitados, en lo personal y patrimonial. Es un cargo voluntario, aunque una vez aceptado resulta de obligatorio cumplimiento. Merece advertirse, que el Código de Familia cubano eliminó la obligatoriedad de la aceptación del cargo del tutor según lo dispone en su artículo. No se concebió al Tribunal como sustituto del Consejo de Familia en las atribuciones que éste tenía, se instituyó a la Fiscalía Municipal como reemplazo del mismo, quién asumiría las funciones que a él le correspondían en el derogado Código Civil.

En materia de modalidades de Tutela, la legislación familiar cubana estableció la judicial, tratada como legítima en la norma anterior, la de los directores de establecimiento penitenciario, no dio oportunidad a los padres a decidir sobre el destino en cuanto al cuidado de sus hijos.

Al acogerse por el cuerpo familiar cubano, los Tribunales (autoridad judicial), para que se encargará de tan amplias facultades concedidas y reconocidas por la Ley, se estableció entonces un modelo de tutela de autoridad, quedando atrás el sistema de tutela familiar, con su piedra angular, el Consejo de Familia reconocido en el Código Civil español.

⁵⁷ En el caso del testamento puede materializarse la denominada como simulación, cuando éste pretende encubrir otro acto distinto, o para lograr otros fines, artículo 67 inciso f). CCC

Resulta de suma importancia que se tenga en cuenta que la designación de tutor mediante testamento es una necesaria y protectora disposición para aquellos padres de hijos incapacitados, quienes tienen una preocupación constante, en determinar quién se va a ocupar de ellos después de su fallecimiento, y fundamentalmente quién se va a ocupar de cubrir sus necesidades y administrar sus bienes, funciones que abnegadamente durante la vida desempeñan los padres. Para ellos nada sería más beneficioso que mediante testamento pudieran designar tutor a la persona que ellos creen idónea para este cargo, siendo ésta con la que sus hijos se sienten seguros y contentos dentro de un ambiente sano y agradable.

Esta designación resulta más relevante si se trata de menores de edad comprendidos entre las edades de 0 a 6 años, en los que no es posible proceder a la escucha del menor, dada la ausencia de capacidad de derecho que poseen⁵⁸.

A juicio de la autora incorporar al testamento la designación de tutor en ejercicio de la plena autonomía de la voluntad privada sería la vía idónea para resolver la preocupación de tantos padres que temen dejar a sus hijos desamparados en un futuro incierto. Ese nombramiento podrá hacerse para el caso de extinguirse la patria potestad por fallecimiento de los padres siendo el hijo menor de edad, siendo este el supuesto habitual. Pero también puede hacerse en previsión de una futura incapacidad o de una situación actual de incapacidad para aquellos casos en que los padres, quienes naturalmente se van a ocupar de su hijo incapacitado, ya no puedan ocuparse de él por fallecimiento o por haber perdido la aptitud para ello.

Una de las importantes modificaciones que prevé los anteproyectos del Código de Familia tiene que ver con el hecho de que brinda un amplio concepto de la Tutela. La define como una institución de protección familiar y social que confiere autoridad a una persona mayor de edad, a favor de un menor de edad que no esté sujeto a patria potestad o de un mayor declarado judicialmente incapacitado, para que ejerzan las facultades necesarias para la protección de su persona y bienes y los represente legalmente.

Incorpora en cuanto a los sujetos sometidos a tutela a los menores de edad que

⁵⁸ En ese sentido el artículo 145 del Código de Familia, en la comparecencia citada escucha al menor si tuviere más de 7 años de edad.

hayan sido declarados judicialmente incapaces por concurrir en ellos causas de incapacidad que hagan suponer razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad y que no estén bajo patria potestad prorrogada

Asimismo, admite la posibilidad de que la tutela pueda deferirse por testamento, siendo el tribunal el encargado de verificar si la persona nombrada reúne los requisitos previstos, aunque la ubica en segundo lugar, cuando en realidad tratándose de la voluntad del testador, y como una manifestación de su preeminencia en la norma, ha de estar contenida en primer orden. Así, a falta de designación efectuada, será procedente acudir a la tutela judicial. No obstante, corresponde al tribunal que resuelva decidir en cuanto al nombramiento de tutor, aún y cuando se haya deferido en testamento.

Dicha designación otorgada ante el notario se pondrá en conocimiento del Registro del Estado Civil en que se encuentre inscripto el pretense tutelado o en el que está inscripto quién ha dispuesto la delación voluntaria de la tutela o su revocación, para que se consigne este particular en nota al margen del asiento de inscripción de su nacimiento y el tribunal recabará en el proceso de otorgamiento de la tutela, en todo caso, certificación del Registro del Estado Civil a efecto de comprobar la existencia de las disposiciones aludidas.

Luego del análisis efectuado a lo largo del presente capítulo se concluye que:

El testamento es un acto jurídico de última voluntad con efectos *mortis causa*, que posee un carácter personalísimo y voluntario, que puede ser revocado en cualquier momento conteniendo el mismo un marcado carácter patrimonial según lo regulado en el artículo 476 del Código civil cubano. No obstante, este puede contener disposiciones de contenido atípico, como la designación de tutor por los padres y no dejará de considerarse un testamento en sentido material. Por tanto, le afectan las causas de ineficacia establecidas en ley.

La Tutela como institución protectora, reviste gran importancia para el Estado cubano, en virtud de la salvaguardia a los menores de edad y los incapacitados, no sólo en el orden patrimonial sino en lo personal. En la norma de familia cubana por el carácter imperativo de la institución, no admite la posibilidad de una delación en vida de los padres de los menores o incapacitados.

CONCLUSIONES

Finalizada la investigación se establecen las conclusiones en los términos que siguen:

PRIMERA: Definir al testamento, como acto dispositivo meramente patrimonial, constituye una limitación al ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, en tanto, aquellos que no dispongan de bienes que integren un patrimonio, no tienen una vía idónea para decidir sobre el destino de personas incapacitadas. El testamento es, sustancialmente, un mecanismo dispositivo de bienes, pero también es testamento el que pueda contener disposiciones de carácter personal o familiar.

SEGUNDA: La designación de tutor en testamento, contribuye a la especial protección que puede brindar el testador, a las personas incapacitadas que se encuentran a su amparo, no concibiendo solamente en la esfera patrimonial que ampara el Código civil, sólo a la mitad de todos sus bienes, derechos y acciones.

TERCERA: Su observancia en primer orden a la hora de resolver por el órgano jurisdiccional, colocará en manos de este, una herramienta útil y eficaz, para resolver el asunto con rapidez y seguridad.

RECOMENDACIONES

Sobre la base de las conclusiones expuestas se plantean las siguientes recomendaciones:

PRIMERA: Proponer a la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular la valoración de la modificación del artículo 476 del Código Civil cubano, en cuanto a la definición que brinda con respecto al contenido del testamento ,ya que éste puede contener disposiciones atípicas de carácter personal o familiar.

SEGUNDA: Proponer a la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular la valoración de que en el Código de Familia se incluyan otros tipos de tutela, como la testamentaria y la legítima.

BIBLIOGRAFÍA.

Enciclopedia Universal Ilustrada (1928). Europeo Americana, Madrid: ESPASA – CALPE, S.A.

En el Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 3 de diciembre de 1982 en su resolución 37/52 (inciso c – definiciones 6-7-8)

En Ponencia titulada “Capacidad jurídica de las personas con discapacidad” presentada al “IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia” celebrado en Ciudad de Panamá, Panamá, en septiembre de 1996.

Albaladejo, M., (1996). *Derecho Civil. Introducción y Parte General, Volumen primero*, Introducción y Derecho de la persona, 14ta edición, Bosch, Barcelona.

Álvarez Lata, N.,(n.d). “*Algunas cuestiones sobre el contenido atípico del testamento*”. Soporte digital.

Autonomía de la Voluntad. (2011). Disponible. [http://es.wikipedia.org/wiki/Autonomía de la voluntad/mw. head](http://es.wikipedia.org/wiki/Autonomía_de_la_voluntad/mw.head), 22 de febrero de 2013.

Borges, Jorge L.,(n.d). *Grijalbo Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. 1era Edición*, Barcelona: GrijalboMondadori (S.A).

Brito Rodríguez, D., (2012). *Apreciación de los requisitos de herederos especialmente protegidos al fallecimiento del testador*. Trabajo de Diploma, Universidad de Cienfuegos.

Casiello, J., (1954). *Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires:Ed. Perrot, En artículo sobre “La autoprotección como realidad cotidiana del ejercicio de la libertad”. *Doctrina Revista Notarial* No. 958 del 2008.

CastánTobeñas (n.d). *Derecho Civil español, común y foral*, t. V, vol. II, Derecho de Familia, Madrid: Ed. Reus S. A.

Castiella Rodríguez, Javier en: Juan Francisco, Delgado de Miguel, (coordinador general), *Instituciones de Derecho Privado*, tomo-I, Personas, volumen 2º, 1ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2003

Código Civil de Argentina actualizado

Código Civil de Chile, (2000)

Código Civil de Cuba, (1987)

Código Civil de España actualizado, (1889)

Código Civil de Venezuela, (1982)

Código de Familia, (1975)

De Castro Y Bravo, F., (1985). *El Negocio Jurídico*, Madrid: Editorial Civitas, S. A,

Diccionario de la Lengua Española, (1995). 1era Edición.

Díez-Picazo, Luis y Gullón, A., (1983). *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV - Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones, Madrid: Tecnos,

Eduardo M., (2007). *El principio de autonomía privada y sus consecuencias canónicas*. IUS CANONICUM, XLVII, N. 94.

Enciclopedia libre, Wikipedia. (2010). Disponible: http://es.wikipedia.org/wiki/Autonom%C3%ADa_de_la_voluntad/mw.head, 22 de febrero de 2011.

Fernández Bulté, J., (1998). *Manual de Derecho Romano*, La Habana: Editorial Pueblo y Educación.

Fernández Camus, E., (1924): *Código Civil Explicado*, La Habana.

Ferri, (1969). *La Autonomía Privada*, Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado.

Giampiccolo, (1954). *Il Contenuto atípico de testamento, Contributo ad una teoría dellatto di ultima volontà*, Milán. Santi Spiritus.

Guillermo A., (1994). *Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, tomo II*, Abeledo-Perrot,

Ibarrada de, A., (1984): *Derecho de Familia*, Ed. Porrúa, S. A., México, D. F.

J. M., (n.d). “Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad” en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, España, No. 50: 91 – 118

Jordano B., (1999). *El testamento y su interpretación*, Granada, Comares.

La cruz Berdejo, J.L. y otros, (1991). *Elementos de Derecho civil*, Barcelona, Bosch .En Álvarez Lata, N., “Algunas cuestiones sobre el contenido atípico del testamento”, p.116. Soporte digital.

Laurent, F., (1912). *Principios de Derecho Civil. t. IV* .Puebla.

Legra Gaínza, O., Panadero de la Cruz, E., (2012). *Disposiciones testamentarias no patrimoniales*. Revista Científica. Equipo Federal del Trabajo, Buenos Aires,

- Argentina. Edición N° 84.
- Legra Gaínza, O., Panadero De La Cruz, E.,(2012).“Disposiciones testamentarias no patrimoniales”. Revista Científica. Equipo Federal del Trabajo, Buenos Aires, Argentina.
- León García, L., Valdés Castillo, L., (2011). El adulto mayor en Cuba ante la previsión de la propia incapacidad /III Congreso Internacional Juriscuba 2011. VIII Jornada internacional del notariado cubano. Soporte digital.
- López R. Gómez, D.M, Tratado... I, cit, p. 50.
- Mesa Castillo, O., (2005).*El niño discapacitado en Cuba. Disquisiciones Jurídicas desde un enfoque de políticas públicas*.La Habana.: Editorial Félix Varela.
- Mestre Rodríguez, M. L.,(2003).*La interpretación Testamentaria: Notas a la Regulación del Código Civil, Colección de estudios de Derecho, Servicio de publicaciones*.
- Moreno Nápoles, R.J., (2007).*Análisis crítico de la actividad notarial en la previsión de la propia incapacidad: la auto tutela*. Tesis en opción al Grado de Especialista en Derecho Notarial desarrollada bajo mi dirección, La Habana: Universidad de La Habana.
- Ortega M., Diana R., (2011).*El requisito de la convivencia, una limitación a la autonomía de la voluntad privada del testador y un freno a su cumplimiento*. Trabajo de Diploma, Universidad de Cienfuegos.
- Oscar Rosales P., (2005). Director del programa de Posgrado de Actualización en Discapacidad de la Facultad de Derecho de la UBA, Director del Seminario de Investigación en Discapacidad del Instituto Rioja de la misma Facultad y autor del libro: “La discapacidad en el sistema de salud argentino: Obras Sociales, prepagas y estado nacional”., Edit. LexisNexis, Disponible. www.pablorosales.com.ar . Soporte digital.
- Pérez Gallardo, L. (2000). *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos*. La Habana: Editorial Félix Varela.
- Pérez Gallardo, L. B., (2004). *Derecho Notarial: Tomo 1*,La Habana: Editorial Félix Varela.
- Pérez Gallardo, L. B., (n.d). “*De la autonomía de la voluntad y de sus límites*”, Ponencia presentada en la III Convención Latinoamericana de Derecho, Universidad de

- Antioquia, Colombia, en LexSUM, Facultad de Derecho, U.H.
- Pérez Gallardo, Leonardo B., (2004). *Derecho de Sucesiones*: Tomo 1, La Habana: Editorial Félix Varela.
- Pérez Vázquez, Juan M.,(n.d). *La Tutela en el Derecho de Familia. Un análisis doctrinal*. Soporte digital.
- Pierrri Paola J., el at. (2008) " *La autoprotección como realidad cotidiana del ejercicio de la libertad*". Doctrina Revista Notarial No. 958.
- Planiol y Ripert, Jorge (n.d.). *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, t. I, Las Personas, La Habana.
- Planiol, M.,;Ripert, J.,(1935). *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, tomo V, traducido por Mario Díaz Cruz, del Colegio de Abogados de la Habana, Cultural, Habana.
- Puig P.,(1954). *Tratado de Derecho Civil Español*, Volumen 5:65.
- Rodríguez, J-, En: Delgado de Miguel, J.F., (coordinador general), (2003). *Instituciones de Derecho Privado*, tomo-I, Personas, volumen 2º, 1ª edición, Thomson-Civitas, Madrid.
- Schopenhauer, A. y Friedrich Nietzsche, (n.d). *La Voluntad*. Disponible: http://es.wikipedia.org/wiki/Arthur_Schopenhauer/Friedrich_Nietzsche, 22 de febrero de 2011.
- Schulz, (1960). *Derecho romano clásico*, trad. de la ed. inglesa, Barcelona.
- Talana de Brandi, N., y Llorens, L. R.,(1996). *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*,Astrea, Buenos Aires.
- Valdés Díaz, Caridad del C., et al., (1999). *Derecho Civil. Parte General*,La Habana.: Félix Varela.
- Valdés Díaz, Caridad del C., (n.d). *La capacidad de ejercicio. Generalidades*. Soporte digital
- Valverde y Valverde, C., (1939). *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo V, 4ª edición, Cuesta, Valladolid.

Anexo 1

Análisis de derecho comparado.

Objetivo: Confrontar el tratamiento ofrecido en otras legislaciones foráneas con respecto al objeto de estudio trazado.

Países	Definición de testamento	Contenido	Tipos de disposiciones atípicas que pueden resguardarse en él	Tipos de tutela
España	El testamento es el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos.	Contenido patrimonial	El reconocimiento de filiación y la designación de tutor.	Testamentaria, legitima y dativa.
Venezuela	El testamento es un acto revocable por el cual una persona dispone para después de su muerte de la totalidad o de parte de su patrimonio, o hace alguna otra ordenación, según las reglas establecidas por la Ley.	Su contenido puede ser variable, es decir puede contener tanto disposiciones patrimoniales como no patrimoniales.	El reconocimiento de filiación y la designación de tutor.	Testamentaria, legitima y dativa.
Argentina	El testamento como un acto escrito, celebrado con	Contenido patrimonial	El reconocimiento de filiación y la designación de	Testamentaria, legitima y dativa.

	las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte.		tutor	
Chile	El testamento sea 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.	Contenido patrimonial	El reconocimiento de filiación y la designación de tutor	Testamentaria, legitima y dativa.
Cuba	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.	Contenido patrimonial		Judicial