



UNIVERSIDAD DE CIENFUEGOS.

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANÍSTICAS.

DEPARTAMENTO DE DERECHO.

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

LA DESPROTECCIÓN DE LOS HERMANOS, EN SEDE DE LEGITIMARIOS.

Autor(a): Tamara Pérez Cepero.

Tutor(a): Lic .Vivian de la Caridad Varona Santiago.

Cienfuegos, 2013.

“Año 55 de la Revolución.”

“El Derecho nunca puede estar en oposición con el amor que debe respetar como algo mejor, y superior, siempre y cuando sea verdadero, es decir no suponga amor para unos con desamor incluido para con quienes uno mismo está más obligado”.



J. B. VALLET DE GOYTÍSOLO

Dedicatoria

A mi familia, por el amor desmedido y apoyo incondicional.

A mi tutora por compartir conmigo toda su experiencia.



Agradecimientos

*A mis padres, por su apoyo incondicional, amistad fraternal y
confianza en mí.*

Al resto de mis seres queridos, gracias por existir.

A Rihosmyk, por el sacrificio y el amor.

*A los amigos que me brindaron, apoyo, sinceridad en sus opiniones,
y sugerencias.*

*A Vivian, mi tutora, quien a pesar de sus múltiples obligaciones,
dedicó horas para mis dudas, mostrándome las vías para concretar
mis ideas, por su apoyo incondicional. El compromiso moral
que me une a ella y la confianza que depositó en mí, motivaron la
realización de este trabajo.*

*A los profesores del Departamento de Derecho, que me ofrecieron
toda su sabiduría para formarme como profesional, durante los
cinco años.*

*A todas las personas que de una forma u otra han contribuido en la
realización de este trabajo diploma.*



RESUMEN

Los herederos especialmente protegidos han sido considerados desde la antigüedad como herederos forzosos, pero sólo se supeditaba esta condición al requisito del parentesco. En la actualidad el legislador cubano se orientó en dicha institución, cambiándole el nombre y puso en una balanza valorando tanto el requisito de orden subjetivo como objetivo. El Código Civil cubano no regula entre los parientes que pueden ostentar tal condición, a los hermanos incapacitados que dependan del causante, pues no están dentro del círculo de los parientes que pueden ser considerados con especial protección. Es propósito de la presente investigación determinar los fundamentos teóricos prácticos que permitan acertada la inclusión de los hermanos del causante como herederos con especial protección respecto al mismo. Los métodos utilizados son: el histórico lógico, el de análisis y síntesis, el de deducción inducción, el de derecho comparado y el exegético analítico. Como resultados, se determinan los fundamentos teóricos prácticos que permiten acertada la inclusión de los hermanos del causante como herederos con especial protección respecto al mismo, en los cuales se ha de auxiliar el legislador para poder incluir a los hermanos del causante como herederos especialmente protegidos, debido al estado de indefensión en que quedan los mismos tras el fallecimiento del hermano, que en muchos casos es el tutor del incapaz. Contribuye además a una correcta valoración de los fundamentos expuestos y en consecuencia a la correcta impartición de justicia por las personas facultadas para ello, para la protección de las personas antes comentada.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1-9
CAPITULO I: Los herederos forzosos o legitimarios en la doctrina.....	10
1.1. Cuestiones terminológicas conceptuales en torno a la definición de los herederos forzosos o legitimarios.....	10-15
1.2. Su regulación jurídica. Surgimiento y evolución histórica.....	15-22
1.3. Análisis histórico de los requisitos para ostentar la condición de herederos forzosos o legitimarios.....	22-24
1.4. Cuestiones conceptuales en torno a la capacidad.....	24-26
1.5. Los legitimarios y herederos forzosos en el derecho comparado.....	26-35
CAPITULO II: Los herederos especialmente protegidos en Cuba.....	36
2.1. Distinción entre herederos forzosos y legitimarios cubanos.....	36-41
2.2. Análisis de los requisitos para ostentar la especial protección.....	41-46
2.3. Protección de los parientes en la sucesión intestada. Los órdenes sucesorios.....	46-49
2.4. Ejercicio de la capacidad. Análisis conceptual y terminológico de los términos incapaz, incapacitado y discapacitado.....	49-58
2.5. Protección internacional a las personas con discapacidad y los menores de edad. Su aplicabilidad en Cuba.....	58-61
2.6. Protección legal de los hermanos en el ordenamiento jurídico civil y de familia cubano. Necesidad de su protección.....	61-68
CONCLUSIONES.....	69-70
RECOMENDACIONES.....	71
BIBLIOGRAFÍA.....	72-77
ANEXOS.....	78-79

INTRODUCCIÓN

Durante siglos, la familia como institución social ha sido una agrupación de personas conectadas por vínculos conyugales y de parentesco u otras circunstancias (Castro Mejía, Dina Esther, 2006, p. 53). Constituye la célula elemental de la sociedad en la que están presente e íntimamente entrelazados el interés social y el interés personal. Hubo familia antes de existir clases sociales, antes de que aparecieran las naciones, antes de que se concibiera siquiera cualquier otro tipo de vínculo humano (Castillo Mesa, Olga, 2004, p.p. 7-9). Cumple la función indispensable en la reproducción de una de las condiciones más importantes de la vida social, la población (Peral Collado, Daniel, s.d, p. 15).

Precisamente la familia se compone por algún vínculo de parentesco o conyugal. Dichas relaciones llevan implícita la adquisición de un conjunto de bienes, que conforman el patrimonio familiar. Todos estos bienes, al fallecimiento de uno de los miembros de la familia tienen que pasar a manos de sus sucesores, de ahí la importancia que reviste el Derecho de Sucesiones, al ser un derecho eminentemente necesario. Este constituye uno de los elementos que lo caracterizan, y el más importante, pues inevitablemente tiene que intervenir para ordenar la sucesión o hacer cumplir la voluntad del testador, al regular la transmisión de las relaciones jurídicas tanto de carácter patrimonial, así con otras que nacen con la muerte de una persona.

Tradicionalmente, la familia y la herencia han ido de la mano, incluso se ha entendido que la segunda es expresión prolongada de la primera, en el sentido de que con la herencia se protege *post mortem* la familia del autor de la sucesión. Históricamente la sucesión se ha incardinado a favor de la familia, de ahí que los fundamentos de la sucesión intestada han sido situados por un sector de la doctrina científica en la protección de la familia, que en definitiva ha sido quien ha contribuido en la formación del patrimonio que se transmite por causa de muerte. Como explica el profesor chileno TAPIA RODRÍGUEZ, la herencia es, ante todo, una relación de familia. Diferida preferentemente en favor de los hijos (Pérez Gallardo, Leonardo, 2012, p.p. 152-153).

De este modo, familia y herencia actúan como eslabones de una cadena, directamente engarzados. La sucesión por causa de muerte está en gran

medida erigida sobre las pilastras del edificio familiar. Los órdenes de la sucesión *ab intestato* están informados de los afectos familiares, los cuales se presumen. Lo que acontece es que esta presunción afectiva no es estática. En la misma medida en que el derecho extiende su manto protector a nuevas formas familiares, sus miembros deben cobrar igual protagonismo en las normas sucesorias. Si bien el testamento es la ley de la sucesión, el principio de solidaridad familiar cobra mayor protagonismo en las sucesiones legítima e intestada, incentivado por el *animus legislatoris* (Pérez Gallardo, Leonardo, 2012, p. 153).

La palabra sucesión se derivada del verbo latín *successio*, implica transmitir la titularidad de los derechos, las relaciones o las situaciones jurídicas (*El Derecho de Sucesiones*, s.d, p. 3). El Derecho de Sucesiones es un derecho necesario e inevitable, que tiene por objeto, la transmisión de las relaciones jurídicas, fundamentalmente patrimoniales, así como otras que nacen por la muerte de una persona (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004a, p. 9). Es el conjunto de principios, razones ideológicas y condiciones políticas, económicas y sociales que determinan y regulan a través de un conjunto de normas jurídicas el régimen aplicable para la transmisión por causa de muerte del patrimonio de una persona, así como de las relaciones personales no patrimoniales transmisibles por esta causa, y además, las reglas complementarias a dicha transmisión que se requieran para garantizarla.

Por ello, el Derecho de Sucesiones ha revestido una indudable importancia en el Ordenamiento Jurídico Civil cubano, al constituir una parte indispensable del mismo (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004a, p. 9). Tras las huellas del Derecho Romano, el Ordenamiento Jurídico Sucesorio cubano recoge diversos principios.¹ Entre ellos se evidencia 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 esta contravenga las normas del *ius cogens*.² Principio, que por sus características denota extrema importancia y que se halla sustentado

¹Los principios que informan el Derecho Sucesorio cubano son: La voluntad del causante como ley de la Sucesión; compatibilidad o coexistencia de las sucesiones testada e intestada; *favor testamenti*; perpetuidad del heredero; pluralidad de regímenes legales; protección del cónyuge supérstite; intervención cada vez más creciente del Estado en sede sucesoria.

²*Ius cogens*: es una locución latina que hace referencia a normas imperativas de derecho, en contraposición a las dispositivas de derecho.

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*, (*Legítima*, s.d, p. 12) y en el carácter supletorio o complementario que tiene la sucesión intestada (*El Derecho de Sucesiones*, s.d, p. 23).

La sucesión *mortis causa* produce efectos jurídicos sólo después de la muerte de una persona y se procede según lo señalado por el causante en el testamento o por lo dispuesto en ley. En la sucesión testada el causante tiene la facultad de instituir como único y universal heredero a la persona que él estime. Al amparo de lo establecido en el Código Civil cubano, al mismo tiempo la libertad de testar se ve limitada a la mitad de la herencia cuando existen herederos especialmente protegidos, según lo regulado en su artículo 492.1; siempre y cuando no estén aptos para trabajar, dependan económicamente del causante y cumplan los requisitos del parentesco. Sólo pueden ser considerados herederos especialmente protegidos los hijos o sus descendientes en caso de haber premuerto aquellos; el cónyuge sobreviviente y los ascendientes.

La sucesión intestada en Cuba al amparo de lo regulado en el cuerpo legal antes citado, tiene lugar cuando al morir una persona no ha otorgado testamento o éste se declara judicialmente nulo o ineficaz en todo o en parte, cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes derechos o acciones o no dispone de todos los que corresponden al testador y cuando todos los herederos instituidos premueren al testador, son incapaces de suceder o renuncian a la herencia; todo lo cual encuentra respaldo legal en el artículo 509. En dicha sucesión se tiene en cuenta los órdenes de suceder.

En el primer llamado vienen a la herencia los hijos y demás descendientes, sin perjuicio del derecho del cónyuge sobreviviente y los padres no aptos para trabajar y que dependan económicamente del causante heredando en iguales partes. En el segundo llamado los padres con la concurrencia del cónyuge a heredar a partes iguales. En el tercer llamado el cónyuge sobreviviente; en el cuarto llamado los abuelos y demás ascendientes. En el quinto llamado los hermanos y sobrinos, los cuales no resultan ser herederos concurrentes como los padres y la viuda en el primero y segundo llamado.

Los hermanos están en una situación desventajosa con respecto a los demás sujetos llamados a la sucesión, pues al no concurrir a los anteriores llamados, otorgándoles protección y al existir otros parientes con delación que concurren a la herencia antes del llamado de los hermanos, el mismo no tiene posibilidad alguna de adquirir la herencia; pues el grado más próximo excluye al más lejano o remoto. El causante hermano del incapacitado puede tener su familia, es decir, personas que pueden ser considerados sus herederos especialmente protegidos u otros; por lo que el incapacitado se encuentra en una situación difícil, pues al no tener otra persona que se ocupe de él, corre el riesgo de que se vea desprotegido totalmente, al no cumplir los requisitos de la especial protección.

La figura de los herederos especialmente protegidos como novedad indiscutible del Código Civil cubano ha de estudiarse, tomando como punto de referencia los legitimarios en Roma y los antiguos herederos forzosos que reguló el Código Civil de España de 1889, vigente en Cuba hasta el año 1987. Se considera que alguna vez estos gozaron de libertad plena para disponer del patrimonio por testamento a favor de quien se quisiera, instituyendo como herederos a cualquiera, incluso a personas ajenas a la familia, denominados por ellos extraños (González Ramírez, Dermis, 2001, p. 10). La clasificación histórica relacionada con el modo de adquisición de la herencia en Roma se evidenciaba en tres grupos: los necesarios, los herederos suyos y los herederos extraños.

La institución de herederos especialmente protegidos tiene como precedente indirecto la regulación de los herederos forzosos por la legislación española. Los mismos no son sino el punto de partida de los herederos especialmente protegidos de la legislación cubana; pues el legislador al desterrar del Código Civil de 1987 el clásico sistema legitimario español instituye a los citados herederos condicionándolos a dos circunstancias indispensables, o sea, dos requisitos *sine qua non* que el centenario Código Civil Español no contempló. Este sólo se limitaba a proteger a los llamados herederos forzosos que eran los más próximos al causante por el vínculo parental consanguíneo (Pérez Gallardo, Leonardo, 2000, p. 25).

El Código Civil ruso fue uno de los antecedentes más directos y que influyó notablemente en la regulación de los llamados herederos especialmente protegidos, pues suprimió la figura del heredero forzoso y lo redujo al concepto

de herederos con especial protección, condicionando su reconocimiento a la incapacidad para trabajar y a la dependencia económica respecto al causante. Sucesos que también tiene presente el Código Civil de Cuba de 1987 al reconocer la existencia de herederos especialmente protegidos y los requisitos para ser considerados como tal en su artículo 493.1.

Actualmente la legislación y la jurisprudencia cubana de forma idéntica reconocen la figura de los herederos especialmente protegidos. El Código Civil en su artículo 493.1 establece que son herederos especialmente protegidos las personas en las cuales concurren los requisitos de la inaptitud para trabajar y la dependencia económica respecto al causante, además de la exigencia del parentesco. Sin embargo en la *praxis* existe una desprotección de las personas en que concurren los requisitos de la especial protección y que no poseen la exigencia del parentesco, tal es el caso de los hermanos, pues el parentesco sólo se centra en los hijos o sus descendientes en el caso de haber premuerto, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente.

El legislador le añadió a la figura de los herederos especialmente protegidos, propio de la sucesión testada, los requisitos de la dependencia económica y la inaptitud para trabajar, que se pueden evidenciar ambos, cuando se es incapaz, discapacitado o se está incapacitado. Estos términos aunque a simple vista se puedan ver con alguna similitud, son diferentes. Puesto que como expresó DÍEZ PICAZO (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2007, p. 324) en la personas mayores de edad se presume la capacidad, hay una presunción general de capacidad. Por tanto la incapacidad hay que probarla.

Hay que distinguir entre incapacidad e incapacitación. La primera es una situación fáctica: es cuando una persona en principio, con arreglo a Derecho, goza de capacidad de obrar, pues es mayor de edad. Sin embargo, adolece de una serie de deficiencias que le impiden gobernarse de manera adecuada. La incapacitación aparece cuando se declara judicialmente ese estado. Hay una tercera categoría, la del discapacitado, que puede ser por causas psíquicas o físicas. Presupone una declaración administrativa y atribuye, en su caso, una serie de beneficios de índole diversa (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2007, p.p. 324-325).

El valor teórico de la investigación es notable, pues se determinaron los fundamentos teóricos prácticos que sirven de base para considerar la inclusión

de los hermanos del causante como herederos con especial protección respecto al mismo. Lo que contribuyó a una correcta utilización de la institución antes mencionada, en la práctica jurídica cubana. A pesar de que la figura de los herederos especialmente protegidos es un término nuevo utilizado por el legislador, su tratamiento es antiguo, pues en cuanto al tema se conocían los términos herederos forzosos, legitimarios y legítimas a la porción que se les otorgaba. Se desconoce la existencia de trabajos en los cuales su objeto de análisis versa sobre el tema, aunque existen trabajos que sirven de base para el tema en cuestión. Por ello, la investigación constituye la primicia de un estudio anhelado por juristas desprovistos de un material de orientación y ayuda, cuya base teórica se sustenta en las concepciones más modernas existentes sobre el tema.

Resaltan PÉREZ GALLARDO, Leonardo. Antecedentes directos de los herederos especialmente protegidos en la revista jurídica de junio del 2000 del CIABO número 18. COBAS COBIELLA, María Elena. Temas de Derecho Sucesorio Cubano en la revista jurídica de mayo del 2000 del CIABO número 17. PÉREZ GALLARDO con los tomos 1 y 2 del Libro de Derecho de Sucesiones. PÉREZ GALLARDO, Leonardo. Legítima y discapacidad: Una relectura de los requisitos exigidos *ex lege* para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial. Tomado De: <http://www.redalyc.uaemex.mx>, 7 de enero de 2013. También la Enciclopedia Universal Ilustrada de 1925 en el tomo 27. El trabajo de Diploma en opción al título de Licenciado en Derecho de ORTEGA MEDRANO, Diana Rosa, el requisito de la convivencia, una limitación a la autonomía de la voluntad privada del testador y un freno a su cumplimiento. VALDÉS LAGO, Lisandra. La posibilidad de instituir a los hermanos como herederos especialmente protegidos. Tomado De: <http://www.newsmatic.e-pol.com>. Alguno de los trabajos están relacionados con el tema, pero no persiguen el mismo objeto de estudio; la desprotección de las personas en que concurren los requisitos de la especial protección y que no poseen la exigencia del parentesco, tal es el caso de los hermanos, sin embargo constituirán la fuente de la cual se proveerá la investigación.

El objeto de la investigación se define como los hermanos como parientes próximos del causante y **el campo de acción** la sucesión testamentaria.

Conforme a lo antes referido el **problema científico** se expresa en los siguientes términos: ¿Cuáles son los fundamentos teóricos y prácticos que servirían de base para considerar la inclusión de los hermanos del causante como herederos con especial protección respecto al mismo?

Idea científica a defender: Los fundamentos teóricos y prácticos que servirían de base para considerar la inclusión de los hermanos del causante como herederos con especial protección respecto al mismo son los siguientes :

- El Código de Familia cubano admite la posibilidad y realidad de que puedan ser declarados los hermanos como tutores.

-Los parientes considerados como herederos especialmente protegidos, al cumplir con los requisitos exigidos, coinciden con los órdenes sucesorios dispuestos por ley para que opere la sucesión intestada.

-Ofrecer una salvaguardia efectiva en el orden sucesorio como parte de la protección que se brinda a los menores y discapacitados.

Se precisa como **objetivo general:** Determinar los fundamentos teóricos y prácticos que permitan acertada la inclusión de los hermanos del causante como herederos con especial protección respecto al mismo.

Además se traza, para darle seguimiento los siguientes **objetivos específicos:**

1. Sistematizar en cuanto a la evolución histórica de la institución del heredero especialmente protegido, en sus orígenes en Roma y sus antecedentes en el Código Civil español que regía en Cuba antes de la promulgación del Código Civil cubano en 1987.

2. Comparar la regulación jurídica de los herederos forzosos o legitimarios en el Derecho cubano con otros sistemas a fines al derecho cubano.

3. Valorar desde el punto de vista legal las situaciones prácticas que pueden suscitarse que aporten argumentos útiles para considerar a los hermanos como herederos con especial protección.

La selección y planificación de los métodos surge del propio objeto de investigación, las características y exigencias requeridas, los objetivos y alcance propuestos y las propias posibilidades materiales de emplearlos. Los **métodos utilizados son:**

Histórico - Lógico: permitió analizar la evolución histórica de los herederos especialmente protegidos desde sus orígenes en Roma y sus antecedentes en

el derecho español que regía en Cuba antes de la promulgación del Código Civil, aparejado a las circunstancias económicas, políticas y sociales imperantes en cada etapa. **Análisis - Síntesis:** facilitó la descomposición mental del objeto de estudio, que es el heredero especialmente protegido, en sus partes integrantes con el propósito de descubrir su composición y estructura. **Exegético - Analítico:** permitió verificar la correspondencia entre la norma jurídica que será analizada y la realidad socio-económica existente. **Deducción - Inducción:** se partió de lo general, o sea, de la figura antecesora de los herederos especialmente protegidos para luego abordar casos concretos u objetos particulares, tales como la inclusión de los hermanos del causante como herederos con especial protección respecto al mismo. **Derecho Comparado:** posibilitó cotejar o constatar la regulación jurídica de los legitimarios o herederos forzosos en el Derecho cubano con otros sistemas similares al mismo, con la finalidad de establecer sus diferencias y semejanzas.

ESTRUCTURA DE LA TESIS:

Introducción: Contiene la novedad y actualidad del tema, el objeto de la investigación, la situación teórica fáctica necesaria para el estudio actual en Cuba del problema a investigar, métodos a utilizar y finalmente la estructura de la tesis.

Capítulo primero: Contiene la fundamentación teórica en torno a la figura de los herederos forzosos o legitimarios, definiciones generales en torno a la capacidad, así como su regulación en el derecho comparado.

Capítulo segundo: Se realizó una distinción entre la figura de los herederos forzosos y legitimarios cubanos, se analizó los requisitos para que una persona pueda ser considerado heredero especialmente protegido en Cuba, los órdenes sucesorios establecidos en el Código Civil cubano, la protección de los parientes en la sucesión intestada y la incapacidad de familiares allegados del causante. Se valoró desde el punto de vista legal las situaciones prácticas que pueden suscitarse, que aporten argumentos útiles para considerar a los hermanos como herederos con especial protección.

Conclusiones y Recomendaciones resultantes de la investigación, así como la bibliografía a consultar y anexos.

CAPÍTULO I: LOS HEREDEROS FORZOSOS O LEGITIMARIOS EN LA DOCTRINA.

1.1. Cuestiones terminológicas conceptuales en torno a la definición de los herederos forzosos o legitimarios.

La sucesión testamentaria es producto de la época en que la propiedad privada se abrió paso definitivamente, llegando a individualizarse de forma tal que el propietario puede disponer libremente de sus bienes independizados de los de otro propietario cualquiera. En su concepción el testamento es una ficción jurídica, es una abstracción del derecho que permite al titular de un patrimonio extender los límites de su personalidad más allá de su muerte (Delgado Knigth, Marla, s.d, p. 1).

Múltiples fueron los aportes que el Derecho Romano hizo a la sucesión testamentaria y sus instituciones, vigentes en la actualidad, en el espíritu y concepciones jurídico doctrinales contenidas en la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos, hecho posible por ser, precisamente el Derecho Romano, el primer derecho dictado para regular las relaciones propias de una sociedad mercantilista como lo fue la sociedad esclavista romana. Roma tuvo que afrontar con un alto sentido de abstracción y generalización la elaboración jurídica propia de su sistema, a fin de adecuarla a diferentes pueblos, por lo que sus normas fueron elaboradas con una perspectiva de largo alcance (Delgado Knigth, Marla, s.d, p. 3).

La palabra testamento tiene su origen en el latín *testario mentis* o testimonio voluntario, por el cual una persona en vistas a su muerte, prevé lo que desea que se haga con sus bienes cuando tal hecho acontezca. Según ULPIANO el testamento es la manifestación de voluntad, realizada ante testigos y conforme al derecho y de manera solemne, para que valga después de la muerte. MODESTINO expresa que el testamento es la declaración conforme al derecho que manifiesta la voluntad sobre lo que cada cual quiere después de muerto (*Definición de Testamento.*, s.d, p. 17).

Su definición general se refiere a un instrumento legal que expresa la voluntad del legítimo propietario o testador, para que una o varias personas adquieran el derecho de su propiedad después de su fallecimiento. Jurídicamente se refiere al acto por el cual una persona dispone de todos sus bienes o parte de ellos

para ser distribuidos después de su muerte (*¿Qué es un testamento y cuáles son sus tipos?*, s.d, p. 20). El Diccionario de la Lengua Española Espasa-Calpe 2005, (*Testamento*, s.d, p. 3) define el testamento como la declaración que de su última voluntad hace una persona, disponiendo de bienes y de asuntos que le atañen para después de su muerte, es el documento donde consta en forma legal la voluntad del testador.

En cuanto a la naturaleza jurídica del testamento existen varias teorías. Así se alude a la que concibe al testamento como un acto imperfecto, que lo sitúa ante la muerte del testador, pues esta señala el momento de perfección y eficacia del acto (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004a, p. 221). Se trata de un negocio imperfecto que no llega a causar efectos jurídicos en tanto su autor viva, mientras no crea, ni derechos, ni obligaciones (Jordano Barea, Juan B., 1999, p.p. 18-19). El testamento como simple proyecto, al respecto ROYO MARTÍNEZ expresa que el testamento respecto del testador es mientras este vive, una mera previsión o puro proyecto que ni a nadie asigna derechos actuales, ni vincula al otorgante a perseverar en su decisión, y de aquí la revocabilidad ilimitada del testamento que sólo cristaliza como fuente de efectos jurídicos al morir el causante cual expresión de la última y definitiva voluntad de este (Royo Martínez, Miguel, s.d, p.p. 112-113).

Otra de las teorías es la que concibe al testamento como negocio *in devenire* o en vía de formación que presupone la *perseverantia in voluntate*.³ El negocio en formación no tiene carácter definitivo hasta la muerte del testador. El testamento como acto jurídico permanente, que implica la renovación de la voluntad. El testamento como negocio jurídico con forma fija y voluntad variable, es un negocio jurídico para los terceros y para el testador, con forma fija y voluntad variable hasta el propio momento de su muerte. La teoría más acertada respecto a la naturaleza jurídica del testamento, es la que lo concibe como un acto de doble relevancia jurídica, para la esfera del testador y para la generalidad, defendida por JORDANO BAREA y RIVAS MARTÍNEZ, a la que se afilia PÉREZ GALLARDO (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004a, p.p. 222-226).

³Supone una voluntad continuativa y permanente, la cual debe considerarse como subsistente cuando no pueda probar o presumir lo contrario. Prueba que sólo podrá darse a través de una declaración expresa de revocación o de presunciones taxativamente establecidas por el legislador a partir de ciertos hechos (revocación tácita y revocación real o implícita).

PÉREZ GALLARDO define el testamento como la expresión de 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 (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004a, p. 211). Partiendo de la definición antes expuesta se pueden resumir las características del testamento. Su primera característica y fundamental, es un acto jurídico *mortis causa*, expresivo de la última y deliberada voluntad, unilateral, de naturaleza no recepticia, personalísimo, individual, solemne y esencialmente revocable.

Los testamentos como manifestación de voluntad del causante tienen efecto luego de su muerte, y no es obligación hacerlos. Todo lo cual se evidencia en el principio de la voluntad del causante como ley suprema, puesto que el ciudadano es el que ordena la forma y manera en que se regirá su sucesión, a cuya voluntad tendrán que sujetarse los herederos o legatarios (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004a, p. 43). El testamento no producirá efectos jurídicos hasta la muerte del testador, pero mientras viva, es un documento que le permite ordenar sus bienes y dejarlos en mano de las personas que considere, para cuando se produzca el acontecimiento de la muerte produzca todos los efectos jurídicos para los cuales fue creado. Si el testador no hace testamento se procede según lo establecido en ley, a dar paso a la sucesión intestada.

Si no hay disposición testamentaria con respecto a los bienes, se abre la sucesión legítima o *ab intestato*, por la que se asigna a determinados parientes, según un orden sucesorio, presumiendo la ley lo que hubiera sido la voluntad del causante. En la Roma monárquica, el testador podía disponer de sus bienes a su antojo, incluso desheredando a su familia directa. El sistema fue evolucionando hasta reconocerse porciones llamadas legítimas para los herederos forzosos, de las que el causante o testador no podían disponer libremente.

Se hace necesario antes de definir a la figura de los herederos forzosos o legitimarios, conocer el significado de la legítima. La misma es aquella parte de la herencia que no se puede repartir como desea el testador, sino que procede

según el criterio impuesto por ley. Es la parte de la herencia de la cual no se puede disponer libremente tras la muerte de la persona, sino que hay que repartirla entre los herederos forzosos o legitimarios. Básicamente existen dos posiciones respecto a la legítima: a favor y en contra. A favor se argumenta respecto a la necesidad de la protección familiar y a la consanguinidad. Se trata de que la familia quede mejor protegida en caso de infortunio. En contra se afirma que las legítimas limitan la libertad de la persona de hacer con sus bienes aquello que esta desee (Navarro, Javier, s.d, p. 30).

La legítima se concibe como obligación o deber impuesto al testador de dejar una parte de su patrimonio líquido a los legitimarios, pero se permite al testador que elija la forma en que pueda cumplir esa obligación (Alfaro Guillén, Janet, s.d, p. 23). Según ROCA SASTRE, la legítima romana presupone la libertad general de testar, sólo racionalizada por un deber que, por motivos morales o de piedad, impone la ley destinar una parte del valor patrimonial a favor de los posibles legitimarios. En dicha legítima el causante tiene libertad de disposición a excepción de la parte debida (Valdés Lago, Lisandra, s.d, p. 15).

Para FORNIELLES, la legítima y la porción disponible son las dos partes de un mismo todo y establecer el monto de la una, equivale a fijar el de la otra. RÉBORA, considera que este cercenamiento de la libertad del testador junto a la noción de deber familiar entendido como un correctivo a dicha libertad que, de no existir, llevaría a la exclusión de la posición de heredero de un hijo por un extraño, estaría desprendido del concepto de solidaridad familiar que la sociedad y las leyes exigen. MAFFIA, expresa que la legítima y la porción disponible son entidades complementarias, ligadas por una relación inversamente proporcional, en la medida que la primera crece, disminuye la segunda. RÉBORA al respecto caracteriza ambas porciones como que están en función recíproca como podrían estarlo dos vasos comunicantes en los cuales la disminución del nivel de uno de ellos se traducirá en el aumento del nivel mantenido por el otro (Mourelle, Cristina, s.d, p. 30).

PÉREZ GALLARDO (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004b, p. 204), a cuyo criterio se afilia la autora, define a la legítima como aquella restricción o freno a la libertad de testar que impone la ley, a cuyo tenor el testador tiene el deber de atribuir en su testamento un *quantum* de su acervo patrimonial en propiedad a favor de ciertas personas determinadas y fijadas *ex lege*. A partir de esta

definición se hace más fácil la comprensión del significado de la porción de la herencia de los que son merecedores los mencionados herederos forzosos al precisar su definición. Los herederos forzosos son aquellos que designa la ley como merecedores de una parte de la herencia, de modo que si en el testamento no se contemplan sus derechos, pueden reclamar su parte en los juzgados anulando los derechos (*Definición legal de heredero forzoso.*, s.d, p. 25).

Heredero forzoso es aquel que no puede ser excluido de una porción de la herencia denominada legítima, que es la porción de bienes que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos, salvo concurrencia de alguna causa de desheredación. La denominación de forzoso no es, en definitiva, ni una herencia impuesta, ni una forzosa obligación de instituir al legitimario como título de heredero. Forzoso equivale, a un derecho legal a una cierta porción del caudal del causante y la misma se calcula tomando en consideración la herencia relicta, pero no solamente ella, ni recae exclusivamente sobre ella (*Formas de Suceder*, s.d, p. 12).

El heredero forzoso es el que por ley tiene derecho a la herencia y que no puede ser quitado o cercenado por el testamento sin causa legítima (*Definición de heredero forzoso.*, s.d, p. 2). Los herederos forzosos o legitimarios son las personas a quienes el testador no puede excluir de la herencia, en razón que les corresponde una porción de la herencia denominada legítima, siempre y cuando no concurren causas para ser excluidos. No puede imponérsele modalidades, condición, plazo o cargo. También no pueden ser prescindidos, porque la ley lo establece.

El adjetivo forzoso no es que sea algo a la fuerza desde cierto punto de vista, pues sí limita la libertad de testar del testador, ya que solamente puede disponer de la parte de la herencia que no esté destinada a los herederos forzosos, pero es porque así lo estipula la ley. No se determina si una persona es heredero forzoso porque así lo decida el testador, ha de tenerse en cuenta lo que la ley regule al respecto.

En los tiempos de Roma ostentaban tal condición cualquier persona que el testador deseara. Al ir desarrollándose la sociedad, fue evolucionando el Derecho, y las personas consideradas herederos forzosos tenían que ser los

parientes más próximos del causante. Se fueron modificando todas las cuestiones respecto a la figura de los herederos forzosos, identificándose estas personas con otro nombre y además debían cumplir ciertos requisitos para ser considerados como tal y por tanto, acceder a la parte de la herencia que les correspondía. Por tanto, la legítima también fue variando, no quedando estática.

1.2. Su regulación jurídica. Surgimiento y evolución histórica.

Es preciso partir de que el término heredero proviene del latín *haereditarius*.⁴ La figura de los herederos especialmente protegidos tiene su génesis en Roma. Se considera que alguna vez estos gozaron de libertad plena para disponer del patrimonio por testamento a favor de quien se quisiera, instituyendo como herederos a cualquiera, incluso a personas ajenas a la familia, denominados por ellos extraños (González Ramírez, Dermis, 2001, p. 10).

La clasificación histórica relacionada con el modo de adquisición de la herencia en Roma se evidenciaba en tres grupos: los necesarios que adquirirían la herencia sin necesidad de aceptación, quieran o no. Los llamados herederos suyos, eran las personas que estaban sometidas de una manera inmediata a la potestad del causante, es decir los descendientes. Se estimaban condueños del patrimonio familiar y al morir el jefe, no heredaban sino que adquirirían la administración de lo que ya les pertenecía. Los herederos extraños lo constituían el tercer grupo, eran todos los demás, precisando aceptar la herencia para adquirirla (*Legítima*, s.d. p. 1152).

La legítima es una figura ancestral reconocida en el Derecho Romano. Fue justamente la que recogió en sus normas el Código Civil español y a la que también se orienta el Código Civil cubano. La legítima romana surgió estando vigente un sistema de absoluta libertad testamentaria, como freno y resorte moderador de dicha libertad cuando, relajadas las costumbres, se dieron casos, antes insólitos, de que algunos testadores, usando abusivamente de tal libertad, instituyeron herederos a extraños sin dejar cosa alguna a las personas más allegadas, ultrajando con ello, los deberes de asistencia que conciernen a los parientes próximos entre sí. A estas personas con derecho a la legítima se

⁴Es el que sucede por título universal a una persona en sus bienes, derechos y obligaciones por causa de muerte.

les denominó forzoso o legitimarios (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004b, p. 202).

La legítima es, un producto indirecto derivado del condicionamiento impuesto a la libertad de testar, con el fin de racionalizarla. Las legítimas tuvieron en Roma un carácter negativo y de limitación a la libertad del *ius disponendi*.⁵ Rige en Derecho Romano el principio de que *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.⁶ El citado principio de incompatibilidad entre las dos delaciones no tiene vigencia cuando el testamento tiene que modificarse para beneficiar a los herederos forzosos, sucesión forzosa o de legitimarios, y en tales casos vienen a combinarse los dos tipos de delación.

La legítima nace en el Derecho Romano como consecuencia de un largo proceso de evolución en materia sucesoria dentro de las limitaciones de la libertad de testar. Tenía por finalidad defender los derechos de los herederos forzosos o necesarios que, sin motivo alguno fueron dejados de lado en el testamento. El *pater familias* que en la época primitiva poseía un poder absoluto y que podía desheredar expresamente a los ciudadanos, va a ir modificándose y perdiendo su ilimitada libertad, ya que a fines de la República el testamento romano deja de ser un medio de transmisión de la soberanía del grupo y adquiere un contenido (*Herederos legítimos o legitimarios*, s.d, 30).

Las constituciones imperiales constituyeron la única fuente formal del Derecho Romano. La labor codificadora, inicialmente privada y posteriormente oficial, tuvo su más alta expresión y colofón histórico en la Codificación de Justiniano.⁷ La misma se corresponde con un período de franca decadencia social y económica y en consecuencia, jurídica y científica, que exigía la adopción de medidas organizadoras del disgregado, inestable y poco científico orden jurídico vigente.

La recopilación de las leyes se inició rápidamente y con ella se formó el Código Justiniano. La reforma de Justiniano hace referencia a los siguientes puntos: la acción de suplemento. Antes de Justiniano, una constitución de Constancio prescribió que el legitimario debía conformarse con la voluntad del testador,

⁵Derecho de disponer.

⁶Son incompatibles entre sí la sucesión testamentaria y abintestato, pero en el caso de que exista un testamento válido, se da preferencia al heredero llamado por él frente al *ab intestato*.

⁷Compilación del Derecho Romano iniciado por Justiniano, la cual se materializa en su obra el *Corpus Iuris Civiles*.

absteniéndose del ejercicio de la querrela si, habiéndole hecho liberalidades testamentarias imputables a la legítima, mandaban que ellas de completasen hasta alcanzar al monto de la cuarta. En cuanto al monto de la legítima, la elevó al tercio de la herencia cuando los legitimarios eran menos de cuatro y a la mitad si eran cuatro o más (*Los herederos forzosos en Roma*, s.d, p. 10).

Justiniano reformó la sucesión legítima en sus Novelas 118 y 127 y estableció para la sucesión *ab intestato* el siguiente orden: los descendientes, los ascendientes y los hermanos o hermanas de doble vínculo, los hermanos o hermanas de un solo vínculo y cuando el difunto es un liberto, heredan el patrono o, en su defecto, su descendencia, los otros colaterales, con natural preferencia de los de grado más próximo y el cónyuge viudo. Tanto el Derecho Civil como el pretorio permitían la desheredación injustificada de los hijos, pero ya a fines de la República se introdujo una reserva de la parte legítima (Valdiño Del Río, E, s.d, p. 25).

Justiniano introdujo importantes transformaciones en estos aspectos. En primer lugar el legitimario podía disponer de la querrela sólo en el caso de que no se le hubiese dejado absolutamente nada. Dispuso además que el legitimario tuviera que ser siempre instituido como heredero de una porción determinada. No bastaba que se le dejara esta porción por otro título cualquiera (donación, legado o fideicomiso), era preciso que se le instituyera heredero por alguna suma, aunque fuese inferior a la debida. En caso contrario podía ejercitar la querrela para obtener la nulidad del testamento (Valdés Lago, Lisandra, s.d, p. 20).

Se organizó y compiló el *ius civile*,⁸ redactándose el Digesto o Pandectas.⁹ Justiniano ordenó además, la preparación de una obra manual y actualizada de carácter instrumental para la enseñanza del Derecho, surge así la llamada Instituta. Para su creación se siguió el modelo de la Instituta de GAYO, que tiene la forma de un discurso ininterrumpido pronunciado por el emperador. Divididos en libros y separados a su vez en títulos rubricados. La obra legislativa continuó perfeccionándose con las codificaciones. Como consecuencia, se promulgaron constituciones imperiales compiladas posteriormente por iniciativa

⁸Significa derecho civil.

⁹Recopilación del conjunto de opiniones de los diversos jurisconsultos, que habían disfrutado del *Ius Respondendi*.

privada, las cuales formaron un cuerpo conocido por el nombre de Novelas (Rapa Alvarez, Vicente, 1986, p.p. 83-84).

A los cuatro cuerpos: Código, Digesto, Instituta y Novelas, se le llamó a partir del siglo XII *Corpus Iuris Civiles*¹⁰ o Cuerpo del Derecho Civil. Se reconoció además como ley del Imperio y se prohibió hacerle cualquier tipo de comentario, con el propósito de evitar confusiones en su interpretación. El triunfo de Roma y su expansión por el mundo, permitió que un conjunto de leyes se hicieran extensivas a este, e insertó su esencia en legislaciones como el Código Español de 1851.¹¹ Los mismos dieron especial tratamiento a los contratos y testamentos en general, así como a otros actos jurídicos en los cuales para su perfección debía primar la manifestación de voluntad (Carrara, Julio A., s.d, p. 25).

Resulta de especial interés destacar la significación que tuvo la sucesión *mortis causa* en el Derecho Español, el cual fue el antecedente directo del Derecho Sucesorio en Cuba. En el período visigótico de la historia española, la sucesión testamentaria y el testamento se diferenciaron rápidamente. Las fuentes legales de la época llevaron la impronta del Derecho Romano prejustineano en mezcla con los principios sucesorios germanos. El período de reconquista y de formación del Estado Nacional Español estuvo signado por la creciente y definitiva feudalización (Carrara, Julio A, s.d, p. 26).

En el siglo XIX, luego de la convulsa situación que España vive se promulga el Código Civil Español, el cual presentó un triunfo de la burguesía española en pro del desarrollo capitalista. Dicho código fue una copia poco disimulada del que la burguesía francesa se había dado con el llamado Código Civil de los Franceses o Código Napoleónico. El Código Civil Español fue extrapolado a Cuba, donde rigió las relaciones civiles desde el 5 de noviembre de 1889, hasta el 15 de abril de 1988, momento en que entra en vigor el Código Civil cubano publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria de 15 de octubre de 1987 (Lecaros, José Miguel, s.d, p. 35).

Se destacan algunos cuerpos legales como antecedentes más directos y que influyeron notablemente en la regulación de los llamados herederos

¹⁰La obra se calculó demoraría 10 años pero fue lograda en solo tres.

¹¹Su estructura constaba de cuatro Libros precedidos de un Título Preliminar. Los Libros se dividen en Títulos, éstos en Capítulos y los Capítulos en secciones.

especialmente protegidos: los Códigos Civiles de la ex-Europa del Este (fundamentalmente Rusia, Alemania Democrática, Hungría, Bulgaria, entre otros). Suprimieron la figura del heredero forzoso, y lo redujeron al concepto de herederos con especial protección, condicionando su reconocimiento a la incapacidad para trabajar y a la dependencia económica respecto al causante. Circunstancias que también tiene presente el Código Civil de Cuba de 1987 al reconocer la existencia de herederos especialmente protegidos (Pérez Gallardo, Leonardo, 2000, p. 25).

En efecto, el Código Civil de la ex República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1ro de octubre de 1964 concedió al testador el derecho de disponer por su propia cuenta, dentro de los límites concretos, de los derechos y obligaciones que pudieran ser transferidos por herencia. Siendo el propio testador quien definiera, conforme con la ley, el círculo de personas que serían sus derechohabientes. La propia ley reglamentó el círculo de personas a los que se consideraba herederos indispensables con derecho a la parte hereditaria obligatoria, dentro del que se incluían a todos los herederos incapaces para el trabajo y los incapacitados mentalmente (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004b, p.176).

Así, el artículo 535 del referido Código dispuso que los hijos del testador menores de edad o incapacitados para el trabajo, incluyendo a los hijos adoptivos, así como el cónyuge, los padres, incluyendo a los adoptantes, incapaces estos y los mantenidos por el fallecido, heredarían, independientemente de lo que se dispusiera en el testamento, no menos de los dos tercios de los bienes que correspondieren a cada uno de ellos al heredar por la ley. El artículo 532 del Código Civil ruso, en su quinto párrafo, establecía, además, que entre los herederos legítimos figuraban las personas incapacitadas que vivían a expensas del fallecido, dependencia que debía ser por un período no menor de un año antes de su muerte; en caso de que existieran otros herederos, estos incapacitados heredarían por partes iguales con los de su grado respectivo (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004b, p. 177).

El triunfo de la Revolución cubana y las colosales transformaciones socio-económicas llevadas a cabo, quebrantaron las bases que sustentaban el Derecho de Sucesiones burgués. La eliminación de la propiedad privada y su sustitución de la propiedad social sobre los medios fundamentales de

producción, determinan el surgimiento de una nueva legislación sucesoria que tiene su base en la transmisión, por causa de muerte, de los bienes del causante constitutivos de su propiedad personal. Quedan atrás las concepciones de mantener la propiedad privada en manos de la familia consanguínea y, al mismo tiempo, desaparece la figura del heredero forzoso y el régimen legitimario otorgándose al titular del patrimonio la más amplia libertad de testar, limitada únicamente por la existencia de los herederos especialmente protegidos (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004b, p. 178).

La institución de herederos especialmente protegidos tiene como precedente indirecto la regulación de los herederos forzosos por la legislación española. Los mismos no son sino el punto de partida de los herederos especialmente protegidos de la legislación cubana; pues el legislador al desterrar del Código Civil de 1987 el clásico sistema legitimario español instituye a los citados herederos condicionándolos a dos circunstancias indispensables, o sea, dos requisitos necesarios que el centenario Código Civil Español no contempló. Este sólo se limitaba a proteger a los llamados herederos forzosos que eran los más próximos al causante por el vínculo parental consanguíneo (*Antecedentes y evolución de la sucesión testamentaria*, s.d, p. 25).

El vigente Código Civil de 1987 que puso fin a casi un siglo de dominio español en la regulación de las relaciones jurídicas civiles en Cuba, consagró su Libro Cuarto a la regulación de las Sucesiones Hereditarias. Dedicó ochenta y un artículos a este tema. En su larga faena codificadora el legislador cubano redujo el número de preceptos que en general contenía el cuerpo normativo español y en especial, los más de cuatrocientos preceptos que dedicara éste a la regulación de las Sucesiones. En tal sentido, unido a la economía preceptual desarrollada por el legislador cubano, aparecen importantes cambios en sede sucesoria (*Antecedentes y evolución de la sucesión testamentaria*, s.d, p. 26).

El Código Civil cubano desterró la figura del heredero forzoso e introdujo a los herederos especialmente protegidos. Institución que surge como una nueva limitación a la libertad de testar con el objetivo de reducir el número de personas beneficiadas con la legítima, al tutelar a las personas que al fallecimiento del causante pierden su sostén económico, precisamente por no hallarse aptos para trabajar y depender económicamente del causante. En tal sentido el deseo del legislador está enfocado a no dejar sin protección a los

mismos, destinándoles la mitad de la herencia, según el artículo 492 de la legislación civil sustantiva cubana, siempre teniendo en cuenta los dos requisitos indispensables para ostentar tal condición y el requisito del parentesco consanguíneo.

Durante un largo período en la historia, desde Roma hasta la actualidad la figura de los herederos forzosos ha ido evolucionado producto a las transformaciones sociales, es decir a las necesidades económicas, políticas y sociales de cada integrante del planeta tierra. A juicio propio, este cambio de concepción en la protección de estos herederos, puede aludirse en primer lugar al hecho de proteger a la familia, no viéndola sólo en el marco de los hijos, sino extendida a otros parientes, los cuales pueden depender económicamente del fallecido. Por ello, la concepción asumida por los Códigos Civiles de Ex-República Socialistas Soviética y tomada por Cuba obedece al cambio del sistema político y en respuesta a políticas de beneficio a la familia.

Todo lo cual se debe a que la familia es el eslabón fundamental de la sociedad, creadora y formadora de valores indispensables en el desarrollo de la personalidad del individuo. Pero además obedece a la idea de otorgar mayor importancia a la autonomía de la voluntad, principio sucesorio que sustenta y fundamenta la sucesión testada y su razón de ser, aunque la disposición de especial protección está impuesta en ley. De lo contrario con la concepción de los herederos forzosos, figura prevaleciente en el Código Civil español vigente en Cuba hasta 1987, un tercio de la herencia era lo que le correspondía, un segundo tercio era la mejora, dispuesta sólo para mejorar algunos de los herederos forzosos y otro tercio de libre disposición en la que el testador disponía a quien lo transmitiría, con libertad de elección fuera pariente o no.

Por tanto, con ello queda claro que la autonomía de la voluntad estaba bastante limitada, al disponer sólo de un tercio de libre disposición, cuestión que es superada con la inclusión de la figura de los herederos especialmente protegidos al introducirse los requisitos del parentesco extendiéndose a los descendientes en caso de premuerte de los hijos, los padres y el cónyuge sobreviviente. Además de demostrar su dependencia económica respecto al causante, debido a una permanente incapacidad para trabajar que le impida la adquisición de medios propios para su subsistencia.

1.3. Análisis histórico de los requisitos para ostentar la condición de herederos forzosos o legitimarios.

A lo largo de la historia se tuvo una percepción de las cosas de manera distinta por cada una de las personas que habitaban en la sociedad, según las necesidades que tuvieran en ese momento. En cuanto al ámbito de la sucesión, en un principio, en la época romana los parientes más próximos del causante quedaban desprotegidos, al no existir establecido ningún requisito en cuanto al parentesco, en el cual se pudieran amparar. En este período existía una libertad testamentaria absoluta. Luego con el desarrollo de la sociedad se fue modificando esta libertad, pues se estableció la legítima. Ello obedeció a la necesidad de ofrecer protección a los parientes del fallecido que quedaban desprovistos de todo tipo de derecho.

En Roma existían los llamados herederos forzosos, pero no era necesario que estos cumplieran ningún otro requisito para ser considerados como tal, que no fuera el del parentesco. En el período de la dominación española, se hizo extensivo a Cuba el Código Civil español, que al igual que en Roma, no se reconocía el requisito de la dependencia económica para ser considerado heredero forzoso. En el cuerpo legal antes mencionado sólo se disponía aquellas personas que eran consideradas como tal por el sólo hecho que la ley así lo regulaba. El objetivo perseguido por el sistema legitimario era lograr que el caudal hereditario quedase en manos de los parientes más cercanos al causante; es decir, bastaba el vínculo parental consanguíneo para que el testador se viera obligado a reservarles la legítima.

El Código Civil de la ex-República Socialista Federativa Soviética de Rusia como uno de los antecedentes directos del Código Civil cubano, fue el que por primera vez suprimió la figura del heredero forzoso, y lo redujo al concepto de herederos con especial protección, condicionando su reconocimiento a dos requisitos imprescindibles para ostentar tal condición: la inaptitud para trabajar y a la dependencia económica respecto al causante.

En cada período varió la porción de la legítima otorgada a cada pariente del causante, pero ya existía un gran paso de avance al respecto. De alguna forma las personas que eran consideradas como herederos forzosos tenían por mínima que fuera, una parte de la herencia para poder sufragar sus gastos,

satisfaciendo así sus necesidades. Luego de establecerse el sistema de legítima, siempre se atemperaba al otorgar un testamento a lo regulado al respecto, en cuanto a las personas que ostentaban la condición del parentesco para ser considerado heredero forzoso.

En el Código Civil español se encuentra regulada específicamente en el Título III “De las Sucesiones”, todas las cuestiones con respecto a los herederos forzosos. No se establece ninguna definición en cuanto a los herederos forzosos, pero sí se regulan las personas que son considerados como tal en el artículo 807 (Asamblea, 1889). El Código Civil español no hace alusión a ningún requisito para ser considerados como tal, entiéndase estos, como la inaptitud para trabajar y la dependencia económica; pues el requisito del parentesco se manifiesta en lo estipulado en su artículo 807.

El Código Civil de Cuba al igual que el Código Civil Ruso reconoce la figura de los herederos especialmente protegidos y no sólo se basa en el parentesco por consanguinidad, sino que establece como requisitos necesarios, la dependencia económica respecto al causante y la inaptitud para trabajar. Con respecto a lo que regulan algunos cuerpos legales como el de Argentina, Perú, Colombia, Chile, entre otros, los códigos son omisos en cuanto a los requisitos antes mencionados. El Código Civil de México no establece requisitos expresamente, pero de la interpretación de su articulado se evidencia tales requisitos: la inaptitud para trabajar y la dependencia económica, los cuales son necesarios para poder obtener alimentos.

En cuanto a los requisitos para ser considerados herederos forzosos o especialmente protegidos como posteriormente se les denominó, en principio no se exigían. Con posterioridad el legislador se percató de la desprotección en que se encontraban los parientes del causante, debido que el fallecido dejaba su acervo patrimonial en manos de cualquier persona dejando los verdaderos parientes indefensos, por lo que acertadamente se introdujo el sistema de legítimas que como único requisito que exigía para ostentar tal condición era el parentesco. Posteriormente se introducen dos requisitos indispensables, la dependencia económica respecto al causante y la inaptitud para trabajar, donde entra en cuestionamientos la capacidad de la persona, y por ende su dependencia económica que se materializa con la minoría de edad o por la incapacidad del sujeto.

1.4. Cuestiones conceptuales en torno a la capacidad.

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, el vocablo capacidad del latín *capacitas*, denota la propiedad de una cosa de contener otras dentro de ciertos límites. Aptitud, talento, cualidad que dispone a alguien para el buen ejercicio de algo. Comúnmente, cuando se menciona la palabra capacidad se hace referencia a la pasividad que posee cierto cuerpo de contener algo en su interior. En el mundo jurídico, en cambio se habla de la aptitud de alguien, para realizar determinados actos o hechos que tienen significación jurídica. La consecuencia fundamental de la existencia del hombre, considerado como sujeto de Derecho, es su capacidad; el término *qui capere potest*, entendida como capacidad jurídica general, implica la aptitud de una persona para ser titular de relaciones jurídicas (Castillo Herdó, Yumildre del Valle, s.d, p. 1).

La capacidad en el campo jurídico, es una aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones, o facultad más o menos amplia de realizar actos válidos y eficaces en derecho. La capacidad es una vertiente de la personalidad jurídica; se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte. Para AGUILAR GORRONDONA la capacidad es la medida de la aptitud de las personas en relación con los derechos y deberes jurídicos. MARÍN ECHEVERRÍA la define como la aptitud que un sujeto de derecho tiene para que le sean atribuidos deberes jurídicos y derechos subjetivos. GRATERÓN, por su parte, señala que el término capacidad, como la idoneidad intrínseca de un sujeto para ser titular de derechos, o su aptitud genérica para llevar a cabo actos y realizar negocios jurídicos válidos (Castillo Herdó, Yumildre del Valle, s.d, p. 2).

La aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, vinculada a relaciones jurídicas concretas, se desdobra en dos manifestaciones o clases: capacidad de derecho y capacidad de hecho. La capacidad de derecho, también llamada capacidad jurídica, es la aptitud para la titularidad de los deberes y derechos, para gozar de ellos, poseerlos. Se relaciona estrechamente con la personalidad, con la única diferencia de que aquella es condición en potencia que posee toda persona, y ésta es manifestación concreta que se vincula a relaciones jurídicas determinadas. Así, por ejemplo, se tiene personalidad por el mero hecho de ser persona, lo que implica que se tiene capacidad jurídica

para contratar, para testar, para ser propietario (Valdés Díaz, Caridad del Carmen, s.d, p. 5).

La capacidad jurídica, por tanto, es también cualidad esencial de la persona que corresponde a todo ser humano y que debe reconocerse a todos por igual como manifestación inmediata de la personalidad. Desconocer la capacidad jurídica sería negar a la persona la posibilidad de formar parte de relaciones jurídicas, lo cual conduciría a un menoscabo del interés social o el orden público, razón por la cual no se admite la renuncia a ella como expresión de autonomía privada ni puede privarse de ella, en sentido general y abstracto, a ningún individuo por órgano de poder alguno. Se adquiere con el nacimiento y se extingue con la muerte (Valdés Díaz, Caridad del Carmen, s.d, p. 6).

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. La capacidad de obrar se presume plena como principio general, gozan de ella todas las personas de mayor edad o las que han contraído matrimonio, siendo menores de edad, con la debida autorización. Las limitaciones, por tanto, han de establecerse expresamente por la ley o por sentencia (Valdés Díaz, Caridad del Carmen, s.d, p. 8).

En la época que sólo se necesitaba el requisito del parentesco no existía la necesidad de tener en cuenta la capacidad de las personas para poder obtener la condición de herederos forzosos. En la actualidad existen diversos países¹² que tampoco tienen en cuenta este término de la capacidad, pues en sus legislaciones no contemplan otro requisito que no sea el del parentesco. Pero, sin embargo, existen otros, tal es el caso del Código Civil cubano y el Código Civil Ruso que en su cuerpo legislativo contemplan dos requisitos indispensables ya analizados; la dependencia económica y la inaptitud para

¹²Los países que sólo exigen el requisito del parentesco, es decir que en su articulado está establecido los sujetos que son considerados herederos forzosos son: España, Argentina, Chile, Perú y Colombia.

trabajar. En el Código Civil de México, en cuanto a la posibilidad de obtener alimentos también es imprescindible cumplir los requisitos antes mencionados.

1.5. Los legitimarios o herederos forzosos en el derecho comparado.

Resulta imperioso analizar en algunos Códigos foráneos de Latinoamérica cómo ha sido regulada la institución de los legitimarios o herederos forzosos, valorar su comportamiento en el ámbito jurídico internacional mediante una comparación de sus cuerpos legales. Para ello se tiene en cuenta las diferencias derivadas de los regímenes económicos, sociales, costumbres y otros factores de los que no puede desprenderse el Derecho, pero que no hacen inútil tal empeño, pues se trata de una institución única, que posee diferentes particularidades.

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 cubano, que sirvió de base para el mismo y además en su condición de metrópoli que fue no sólo de Cuba, sino de otros países latinoamericanos. El Código Civil 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 chileno, peruano, el mexicano y el colombiano. A continuación se relacionan los aspectos que se tendrán en consideración para este análisis:

- a) Las definiciones que se regulan en los distintos cuerpos legales en cuanto a los parientes que ostentan una especial protección.
- b) Requisitos para ser considerados como legitimarios o herederos forzosos.
- c) Ámbito de aplicación de la institución.
- d) Los parientes que ostentan la condición de legitimarios o herederos forzosos.

1.5.1. Código Civil España

En el Código Civil español se encuentra regulada específicamente en el Libro Tercero “De los diferentes modos de adquirir la propiedad”, Título III “De las Sucesiones”, Capítulo II “De la herencia”, en su Sección quinta “De las legítimas”, en su artículo 806, la definición de la legítima como la porción de

bienes que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a los herederos forzosos. En el cuerpo legal no se establece ninguna definición en cuanto a los herederos forzosos, pero sí se estipula los que son considerados como tal en el artículo 807,¹³ pero no se hace referencia a ningún requisito para ser considerados como tal. En el propio artículo que se define a la legítima se pone de manifiesto el ámbito de aplicación, que es la sucesión testamentaria, siendo el heredero forzoso una limitación a la libertad de testar, pues el testador no puede disponer de la porción que la ley disponga para los mismos. En los artículos 808, 809, 810 y 811 respectivamente se hace un análisis de la porción de la legítima que le corresponde a cada uno de llamados a la herencia. Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos. La tercera parte restante será de libre disposición. Constituye la legítima de los padres o ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia.

La legítima reservada a los padres se dividirá entre los dos por partes iguales; si uno de ellos hubiere muerto, recaerá toda en el sobreviviente. Cuando el testador no deje padre ni madre, pero sí ascendientes, en igual grado, de las líneas paterna y materna, se dividirá la herencia por mitad entre ambas líneas. Si los ascendientes fueren de grado diferente, corresponderá por entero a los más próximos de una u otra línea. El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere

¹³Son herederos forzosos: Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código.

adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden.

1.5.2. Código Civil de Argentina

El Código argentino dispone en su Título X “De la porción legítima de los herederos forzosos”, artículo 3591, que la legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos. En los artículos 3592, 3593, 3594 y 3595 respectivamente establecen la porción de cada uno de los herederos forzosos (*Código Civil de Argentina*, s.d.).

La porción legítima de los hijos es cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiera donado, observándose en su distribución lo dispuesto en el artículo 3570. La legítima de los ascendientes es de dos tercios de los bienes de la sucesión y los donados, observándose en su distribución lo dispuesto por el artículo 3571. La legítima de los cónyuges, cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto, será la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales.

En el Título XI “De la sucesión testamentaria” en el artículo 3608 dispone que, en las disposiciones testamentarias, toda condición o carga, legal o físicamente imposible, o contraria a las buenas costumbres, anula la disposición a que se halle impuesta. En el Título XIV “De la institución y sustitución de heredero” en su artículo 3714 regula que son herederos forzosos, aunque no sean instituidos en el testamento, aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que no puede privarlos, sin justa causa de desheredación.

El Código argentino es omiso en cuanto a los requisitos para ser considerados como herederos forzosos, al igual que el español. No hace referencia a una definición de la figura ni establece expresamente quiénes son las personas consideradas como herederos forzosos, pero en la interpretación de su articulado se puede definir como herederos forzosos a los hijos, ascendientes y los cónyuges. En cuanto al ámbito de aplicación hace alusión la sucesión testada.

1.5.3. Código Civil de Chile

El Código Civil de Chile en su Libro Tercero “De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos”, Título V “De las asignaciones forzosas”, en su artículo 1167 regula la definición de asignaciones forzosas que no son más que las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas (Asamblea, 2000). Las mismas son: los alimentos que se deben por ley a ciertas personas; las legítimas; la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge. El artículo 1181 establece que la legítima es aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios. Los legitimarios son por consiguiente herederos.

En el artículo 1182 expone que son legitimarios: los hijos, personalmente o representados por su descendencia; los ascendientes, y el cónyuge sobreviviente. No serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye o de la que deriva su parentesco, ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre, salvo el caso del inciso final del artículo 203. Tampoco lo será el cónyuge que por culpa suya haya dado ocasión al divorcio perpetuo o temporal. El artículo 1184 y 1185 respectivamente establecen la porción de los legitimarios.

La mitad de los bienes, previas las deducciones indicadas en el artículo 959, y las agregaciones que en seguida se expresan, se dividirá por cabezas o *estirpes* entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigurosa. No habiendo descendientes con derecho a suceder, cónyuge sobreviviente, ni ascendientes, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio. Habiendo tales descendientes, cónyuge o ascendientes, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; otra cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a su cónyuge o a uno o más de sus descendientes o ascendientes, sean o no legitimarios, y otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio.

Para computar las cuartas de que habla el artículo precedente, se acumularán imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones revocables e irrevocables, hechas en razón de legítimas o de mejoras, según el estado en que se hayan encontrado las cosas donadas al tiempo de la entrega, pero cuidando de actualizar prudencialmente su valor a la época de la apertura de la sucesión. En el código la definición que se expresa es la de asignaciones forzosas, que una de estas asignaciones son las legítimas, estableciendo los legitimarios. El ámbito de aplicación es en la sucesión testamentaria. No se indican los requisitos para ostentar la condición de legitimarios, sólo se establecen porque la ley así lo estipula.

1.5.4. Código Civil de México

El Código Civil de México en su Libro Tercero “De las sucesiones”, Título II “De la Sucesión por testamento”, Capítulo V “De los Bienes de que se puede disponer por Testamento y de los Testamentos Inoficiosos”, en su artículo 1368 establece que, el testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes (Asamblea, 1984a). A los descendientes menores de 18 años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte. A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad; cuando exista la obligación a que se refiere la fracción anterior.

Al cónyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente; a los ascendientes; a la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los 5 años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueran varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos; a los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades (Asamblea, 1984a).

En el artículo 1374 del propio cuerpo legal se dispone que será inoficioso el testamento en que no se deje la pensión alimenticia, según lo establecido en el capítulo antes mencionado. El Código no ofrece una definición de herederos forzosos o legitimarios, el legislador incluye a las personas que considera que deben tener protección y no pueden ser olvidados a la hora de realizar el testamento en la obligación del testador de dar alimentos a las personas que regula el artículo 1368. En ese mismo artículo se van enunciando los requisitos necesarios para poder ostentar la condición de obtener alimentos. No se establecen como requisitos expresamente, pero de la interpretación del artículo se evidencia la inaptitud para trabajar y la dependencia económica. El ámbito de aplicación es en la sucesión testamentaria; en cuanto a los parientes en correspondencia con los tres códigos antes analizados, incluye a los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, siempre que cumplan los requisitos antes expuestos, pero sólo con el derecho a obtener alimentos, no como un heredero forzoso.

1.5.5. Código Civil de Perú

El Código Civil de Perú en su Libro Cuarto “De las sucesiones”, Título III “La legítima y la porción disponible”, en su artículo 723 establece el concepto de legítima la cual constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos (Asamblea, 1984b). En el artículo 724 define quiénes son los herederos forzosos: los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge. En los artículos 725, 726 y 727 regula la disposición de los bienes de los que son considerados herederos forzosos.

El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes. El que tiene sólo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes. El que no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726, tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes. En el artículo 729 hace alusión a la legítima individual de dichos herederos, estableciendo que, la legítima de cada uno de los herederos forzosos es una cuota igual a la que les corresponde en la sucesión intestada, cuyas disposiciones rigen, asimismo, su concurrencia, participación o exclusión.

El artículo 733 dispone que el testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer sobre aquella gravamen, modalidad, ni sustitución alguna. Tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los artículos 731 y 732, salvo en los referidos casos. La norma se limita a indicar quiénes son los familiares que considera como herederos forzosos, no ofreciendo así una definición coma tal. No se hace alusión a la necesidad de poseer ningún requisito para ser considerado heredero forzoso. El ámbito de aplicación es en la sucesión testamentaria. El propio cuerpo legal dispone que los hermanos no son considerados como herederos forzosos.

1.5.6. Código Civil de Colombia

El Código Civil de Colombia en su Libro Tercero “De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos”, Título V “De las asignaciones forzosas, en su artículo 1226 establece que las asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas (Asamblea, 1994). Además estipula cuáles son esas asignaciones: los alimentos que se deben por la ley a ciertas personas, la porción conyugal, las legítimas y la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos. En el Capítulo I, II, III se explican cada una de las que son consideradas como asignaciones. En el Capítulo III “De las legítimas y las mejoras”, en el artículo 1239 regula la definición de legítima rigurosa, siendo la cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios.

El artículo 1240 estipula quiénes son legitimarios: los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales personalmente, o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial, los ascendientes, los padres adoptantes, los padres de sangre del hijo adoptivo de forma simple. En el artículo 1242 se establece la porción destinada a los legitimarios; la mitad de los bienes, previas las deducciones de que habla el artículo 1016 y las agregaciones indicadas en los artículos 1243 a 1245, se dividen por cabezas o *estirpes* entre los respectivos legitimarios, según el orden y reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esta división es su legítima rigurosa. No habiendo descendientes legítimos, ni hijos naturales por sí o representados, a derecho a

sucedir, la mitad restante es la porción de bienes de que el testador ha podido disponer a su arbitrio.

El Código no ofrece una definición de herederos forzosos o legitimarios, sólo se hace referencia a las personas que son considerados legitimarios, esto se encuentra establecido dentro de las asignaciones forzosas al igual que en el Código de Chile. No se hace alusión a los requisitos necesarios para poder ostentar la condición de legitimarios. El ámbito de aplicación es en la sucesión testamentaria. En cuanto a los parientes incluye a hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial, los ascendientes, los padres adoptantes, los padres de sangre del hijo adoptivo de forma simple. El legislador hace una distinción entre los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales, pues no los considera que poseen los mismos derechos al mencionar a cada uno de ellos, porque si los considerara como tal establecería a los hijos legítimos y nada más.

1.5.7. Código Civil de Cuba

El Código Civil de Cuba en su Libro Cuarto “Derecho de Sucesiones”, Título II “Sucesión testamentaria”, Capítulo II “Herederos especialmente protegidos” en su artículo 492.1.2 dispone que la libertad de testar se limita a la mitad de la herencia cuando existen herederos especialmente protegidos. El testador no puede imponer gravamen alguno a la porción de la herencia que corresponde a los herederos especialmente protegidos. En el artículo 493.1 establece quiénes son considerados herederos especialmente protegidos e incluye los requisitos que han de ostentar para ser considerados como tal. Los mismos son: los hijos o sus descendientes en caso de haber premuerto aquéllos; el cónyuge sobreviviente; y los ascendientes. En el apartado 2 del propio artículo se regula que si concurren a la herencia dos o más herederos especialmente protegidos, heredan por partes iguales (Asamblea Nacional de la República de Cuba, 1987). En sus artículos 494 y 495.1 dispone que el heredero especialmente protegido a quien el testador haya dejado, por cualquier título, menos de la proporción que le corresponde, pueda pedir el complemento de la misma. La preterición de alguno o de todos los herederos especialmente protegidos, que vivan al otorgarse el testamento o que nazcan después de muerto el testador, anula la institución de heredero, pero valen los legados en cuanto no excedan de la parte de los bienes de que el testador puede disponer libremente. Según lo dispuesto en la Ley No.

59 del 16 de julio de 1987, anotada y concordada el término preterición, en su concepción teórica básica o más elemental, equivale a la omisión de un heredero en el testamento, o sea a su exclusión, ya sea por olvido o intencional es imputable al testador.

El artículo 67 del Código Civil cubano, en su apartado ch) dispone que son nulos los actos jurídicos realizados en contra de una prohibición legal. El artículo 69 del Código Civil cubano establece que son anulables los actos jurídicos en los que la manifestación de voluntad está viciada de error, fraude o amenaza. En los artículos 70, 71, 72 y 73 respectivamente quedan plasmados los supuestos que demuestran cuando existió error, fraude o amenaza. En el caso de los herederos especialmente protegidos, el testador puede incurrir en el fraude si al presentarse frente al notario no le comunica la existencia de los expresados herederos, al no desear que los mismos sean contemplados bajo los beneficios del testamento.

El Código no ofrece una definición de herederos especialmente protegidos, sólo hace alusión a las personas que son considerados como tal, si cumplen con los requisitos dispuestos en ley. Se hace mención de los requisitos necesarios para poder ostentar la condición de especial protección. El ámbito de aplicación es en la sucesión testamentaria. En cuanto a los parientes incluye además de los hijos o sus descendientes en caso de haber premuerto aquéllos; el cónyuge sobreviviente; y los ascendientes. Este Código al igual que los antes analizados ofrece protección a las personas que se consideran dependientes del causante, lo que no utiliza, al igual que el resto de los estudiados son los mismos términos, ni se destina igual porción de la legítima. Algunos son considerados herederos forzosos, otros se incluyen dentro de las asignaciones forzosas y otros como herederos especialmente protegidos.

Luego de analizado todo lo anteriormente expuesto, a lo largo del presente capítulo, se concluye que:

La figura de los herederos forzosos fue evolucionando conjuntamente con la sociedad, en función de la protección eficaz a determinadas personas. Dicha evolución implicaba cuestiones referidas al nombre que recibió en principio, como los requisitos para ser considerados como tal. En un principio en Roma el testador tenía la facultad de dejar sus bienes en manos de la persona que él deseara, pues existía una amplia libertad de testar. Luego con el desarrollo del

Imperio romano, se impuso un límite a esa libertad de testar, surgiendo la institución de la legítima y no se exigía el requisito de la capacidad para ostentar tal condición, sólo el parentesco consanguíneo. Dicho parentesco abarcaba la posibilidad de incluir a los hijos, en primer lugar, hasta llegar a los ascendientes y el cónyuge sobreviviente.

En Códigos Civiles como el de Rusia y Cuba se suprimió la figura de los herederos forzosos y desde entonces se nombraron herederos especialmente protegidos, adecuando la definición a la observancia de dos requisitos indispensables, la inaptitud para trabajar y la dependencia económica. Sin embargo, en los cuerpos legales como el Código Civil de España, el de Colombia y el de Perú, sólo se reconoce el requisito del parentesco, no teniéndose en cuenta los que afloran en el ámbito objetivo.

CAPÍTULO II: LOS HEREDEROS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS EN CUBA.

2.1. Distinción entre herederos forzosos y los legitimarios cubanos.

De acuerdo al análisis realizado en el capítulo anterior la figura de los herederos especialmente protegidos proviene de los herederos forzosos que existían en Roma. Entre estas instituciones testamentarias existen semejanzas y diferencias, ampliamente tratadas por el profesor PÉREZ GALLARDO (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004b, p.p. 178-180). Ambas constituyen un límite o freno a la libertad de testar debido a la porción de herencia que debe reservarle el testador. A juicio de PÉREZ GALLARDO (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004b, p. 178) tanto unos como otros no son verdaderamente herederos, mucho menos forzosos. La expresión empleada por otros legisladores da a entender que éstos son sujetos destinatarios de una parte del patrimonio del causante señalada en ley para ciertas personas ligadas a él por vínculo parental o conyugal y en algunos ordenamientos jurídicos como es el caso del cubano, se exige los requisitos de la dependencia económica y la inaptitud para trabajar.

El hecho de expresar que no son verdaderos herederos, se manifiesta en que independientemente que la persona tiene plena libertad de testar, sus derechos están establecidos en ley. No es el caso de que el causante voluntariamente dispuso que tales personas fueran sus herederos, sino que tiene que respetar a la hora de distribuir su herencia que existen ciertos sujetos que no puede omitir en concepto de herederos forzosos o especialmente protegidos en dependencia de cómo se regule en cada ordenamiento jurídico. En cuanto al adjetivo forzoso, no se puede ver como algo a la fuerza, simplemente está establecido en ley y, por tanto, todo lo que está en ley resulta de obligatorio cumplimiento.

Sin embargo, tanto en los ordenamientos de diversos países iberoamericanos, como en Cuba, es posible atribuir la legítima por concepto distinto al de herencia, aunque por mimetismo irradiado por la ley, más que por su propia naturaleza jurídica se les denomine, en uno y en otro caso herederos. No siempre el legitimario lo es a título de heredero. Cabe indicar que la principal diferencia que existe entre una y otra figura lo constituye el hecho de que en el

contexto jurídico cubano se adicionan especiales circunstancias o requerimientos legales exigibles en ley para que las personas comprendidas en el círculo de posibles sujetos de la legítima, clasifiquen como legitimarios (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004b, p. 178).

La legítima se enlaza a la figura de la colación hereditaria, como en un doble sentido: subjetivo y objetivo, dado que el vínculo se percibe y afianza en los extremos personales y reales de la colación. La colación hereditaria lo constituye aquella institución del Derecho de Sucesiones previa y conexas a la partición de la herencia, en virtud de la cual, el heredero legitimario que efectivamente llegue a serlo, deberá aportar a la masa hereditaria, al concurrir con otro u otros que revistan igual condición, en defecto de disposición contraria del causante, el valor de los bienes y otros efectos recibidos en vida por este, por donación u otro título lucrativo, entendiéndose como anticipo de lo que le correspondía a cargo de su participación legitimaria (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004c, p. 80).

José Luis DE LOS MOZOS define la colación como la obligación que tienen los herederos forzosos que concurren a la herencia del donante, de aportar a la masa hereditaria lo que hubieran recibido por donación de éste, con objeto de igualar sus porciones hereditarias en la partición, proporcionalmente a sus respectivas cuotas, pero únicamente tanto en cuanto sean herederos o lleguen a serlo, ya que la colación no se aplicará al legatario o al que renuncia a la herencia, y siempre salvo dispensa de esta obligación hecha por el causante. En razón de su divisibilidad la acción de colación puede ser ejercida por un solo heredero contra uno de los herederos donatarios según su propio interés (Medina, Graciela, s.d, p.18).

El apartado primero del artículo 530 del Código Civil cubano dispone que: en caso de sucesión testamentaria, de existir herederos especialmente protegidos, el valor de todo bien que los instituidos herederos hayan recibido del causante, por donación u otro título lucrativo, debe ser incluido en la masa hereditaria a los efectos de la partición. Subordinó el legislador en la sucesión testamentaria la colación, a la existencia, en plural, de herederos especialmente protegidos. Todo lo cual demuestra la relación indisoluble entre legítima y colación, en segundo término, la necesaria concurrencia de dos o más herederos de esta

clase, pues la colación tiene lugar sólo y cuando acude a la sucesión más de un legitimario (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004c, p. 79)

La colación se presenta como un medio dirigido a igualar las porciones hereditarias de los coherederos legitimarios al momento de la partición, computando el valor de los bienes o efectos donados en la masa común partible. El efecto principal de la colación es el restablecimiento de la igualdad quebrantada a raíz de las atribuciones patrimoniales a título lucrativo realizadas *inter vivos* por el causante a alguno o algunos de los de su misma condición. Sin embargo, no todo acto de liberalidad es susceptible de ser colacionado, debe tratarse de liberalidades recibidas del causante por actos *inter vivos*, o sea, aquellas que surten efectos en vida de este, perdiendo razón de ser, en interés al fundamento subjetivo presente en la colación, las que se realizan con fijación del destino *post mortem* de los bienes u otros derechos patrimoniales pensando el causante en su propia muerte (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004c, p.p. 81-86).

Otra de las diferencias que se puede apreciar claramente es en cuanto a los requisitos para ser considerados herederos forzosos o especialmente protegidos. En Cuba no es suficiente el vínculo del parentesco, sino que tienen que cumplir con los requisitos de la inaptitud para trabajar y la dependencia económica respecto al causante que se estipulan en el Código Civil cubano en el artículo 493.1. Mientras que en los tiempos de Roma sólo se exigía el requisito del parentesco, al igual que otros ordenamientos jurídicos ya analizados. En ella está implícita otra diferencia, resultante de que sólo son considerados herederos forzosos los hijos del causante, sin embargo, los legitimarios cubanos abarcan un poco más allá de la descendencia, llegando a los ascendientes y el cónyuge sobreviviente, o sea, el marco familiar resulta ser más amplio.

En efecto, en ordenamientos jurídicos como el español se considera herederos forzosos a la luz del artículo 807 del Código Civil sólo las personas comprendidas en la norma, para lo cual es suficiente la relación parental o conyugal con el causante. No resulta así en el ordenamiento cubano en el que tales vínculos no son suficientes, aunque sí necesarios. El legislador añadió un plus que tiene un profundo contenido ético, social, humanista, tuitivo y que se compatibiliza muy bien con la tendencia a ampliar la libertad de testar en el

orden subjetivo, sin desdén de precautelar los derechos de las personas verdaderamente necesitadas, lo que es palpable en el ánimo del legislador. Tales requerimientos constituyen el más importante filtro para pasar a obtener la condición de heredero especialmente protegido, vale decir legitimario (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004b, p. 179).

Otra diferencia que ha de tenerse en cuenta es el carácter invariable de la legítima. Al respecto Pérez Gallardo refiere que el artículo 493 del Código Civil es diáfano al dejar sentado que la distribución de la porción destinada a los especialmente protegidos es por partes iguales, según el número de legitimarios concurrentes, sin que exista prelación entre los legitimarios de un orden con respecto a los del otro, salvo, la inconcebible prelación establecida en el orden de los descendientes. Siendo la misma para todos, o sea, la cuota es invariable cualquiera que sea el sujeto necesitado, a igual necesidad, igual trato, sin que le sea dable al disponente atribuirle porciones desiguales dentro de la legítima a los especialmente protegidos, a salvo la libre disposición, con la que pudiera ofrecer un trato diferente, pero no ya como mero legitimario, de ahí la exclusión de la figura de la mejora que sí aparece reconocida en el ordenamiento jurídico español en el artículo 808, segundo párrafo (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004b, p. 179).

En el ordenamiento jurídico cubano no existe ninguna distinción en cuanto a la porción que le corresponde a cada uno de los herederos especialmente protegidos, al determinar que la legítima corresponde a la mitad de la herencia repartida a partes iguales a los mismos. Mientras que desde los tiempos de Roma hasta la actualidad la legítima, variaba en correspondencia con la persona que le pertenecía, y en algunos cuerpos legales, como el español, existe actualmente la figura de la mejora que beneficia a determinadas personas.

También para el ordenamiento jurídico cubano el cónyuge *supérstite* es un legitimario más, en paridad de trato con los descendientes y los ascendientes, con derecho a una participación igual que aquellos en la legítima, según lo regulado en el artículo 493.2 a diferencia de ordenamientos como el español que lo concibe como un mero usufructuario de su cuota viual, regulado en el artículo 834. La destinada a los especialmente protegidos tiene carácter inalterable a diferencia de la reservada para los herederos forzosos, que varía

en dependencia del legitimario que concurra. Como ejemplo se pueden citar los artículos 808 y 809 del Código Civil Español. El primero regula que la legítima de los hijos y descendientes serán las dos terceras partes de la herencia del padre y de la madre; y el segundo plantea que la legítima de los padres o ascendientes es la mitad de la herencia de los hijos y descendientes, salvo en el caso de que concurriesen con el cónyuge viudo del causante, caso en el que tendrían derecho sólo a una tercera parte del haber hereditario (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004b, p.p. 179-180).

En este sentido los artículos 492 y 493 del Código Civil cubano dejan bien claro que la mitad reservada para los herederos especialmente protegidos se divide por partes iguales entre todos, independientemente de la cantidad que sean y sin existir un orden de prelación, excepto en el caso de los descendientes. Otra diferencia existente entre una y otra institución, reconocida por PÉREZ GALLARDO como la fundamental, radica en la presencia de circunstancias especiales o requisitos exigidos por ley para que las personas puedan ser consideradas como especialmente protegidos a la luz del Código Civil cubano. En el cuerpo legislativo español basta la relación parental o conyugal entre el causante y las personas comprendidas en la norma para que se consideren como herederos forzosos; mientras que en Cuba estos vínculos son necesarios pero no suficientes, ya que el más importante filtro para ser considerado un especialmente protegido lo constituye el cumplimiento de dos requisitos: la dependencia económica del causante y la inaptitud para trabajar (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004b, p. 180).

Al analizar la distinción realizada por PÉREZ GALLARDO en relación a los herederos forzosos que existían en Roma y los legitimarios cubanos, conocidos como herederos especialmente protegidos, se coincide plenamente con su criterio. Ciertamente no son verdaderos herederos, ni forzosos, pues las personas que ostentan tal condición están establecidas en la ley y no son voluntariamente escogidas por el testador. Aunque en algunos casos el causante si desea que dichas personas queden protegidas luego de su muerte, pero ello quedaría en el ámbito de la parte de la libre disposición de designaciones que hace el testador.

Un logro de la legislación cubana en materia de especial protección lo constituye el hecho de la salvaguarda de igual porción entre los legitimarios,

pues en otros ordenamientos analizados la porción que le corresponde a cada figura, varía en dependencia de su concepción como herederos forzosos, no siendo así para los legitimarios cubanos, debido en el caso del primero a la imposición de mejorar a alguno de los hijos.

En el caso de la inclusión del requisito de la dependencia económica respecto al causante y la inaptitud para trabajar que introdujo el legislador cubano, constituye a juicio propio también un paso de avance en la protección de la familia, ya que en la concepción de los herederos forzosos prevaleciente en Cuba hasta 1987 sólo se exigía el requisito del parentesco, limitado únicamente a los hijos del causante. La extensión de los parientes con designación a la especial protección, se amplía con la concepción de los herederos especialmente protegidos.

En cuanto a la distinción de una figura u otra, cabe indicar que, como expresó PÉREZ GALLARDO, la figura de los herederos especialmente protegidos es una subespecie de los herederos forzosos de Roma. Ciertamente ambas figuras tienen características diferentes en cuanto a la porción de la legítima, los parientes del causante que son considerados como tal y los requisitos para ostentar tal condición. Pero tanto los herederos forzosos como los especialmente protegidos, entiéndase como legitimarios cubanos, su objetivo es el mismo, pues lo que persigue el reconocimiento de esta figura es la protección de determinadas personas que la ley regula.

2.2. Análisis de los requisitos para ostentar la especial protección.

El Código Civil cubano en su artículo 493.1 establece que no es suficiente el vínculo de parentesco existente entre el causante y los individuos que pueden ostentar la condición de especial protección, sino que es necesario cumplir dos requisitos indispensable: la inaptitud para trabajar y la dependencia económica del causante. En algunas legislaciones como la española sólo exigen el parentesco con el testador para que puedan ser considerados herederos especialmente protegidos, que en su caso se nombran herederos forzosos.

Es imprescindible analizar el ámbito subjetivo y objetivo de los requisitos para ser considerados herederos especialmente protegidos definidos por el profesor

PÉREZ GALLARDO. El ámbito subjetivo no es más que los sujetos que pueden ser considerados como tal. El Código Civil cubano establece en su artículo 493.1 que son los hijos o sus descendientes en caso de haber premuerto aquellos, el cónyuge sobreviviente y los ascendientes. En la legislación cubana todos los hijos son considerados iguales, tanto los concebidos dentro o fuera del matrimonio como los adoptivos, sin tener en cuenta la primogenitura en ningún caso. Ello encuentra respaldo legal en el artículo 37 de la Constitución de la República de Cuba, pues todos los hijos tienen iguales derechos y en el artículo 65 del Código de Familia, donde se establece que todos los hijos son iguales y por ello disfrutan de iguales derechos y tienen los mismos deberes.

A falta de descendientes de primer grado, la tutela alcanza a los de segundo o ulterior grado, o sea, nietos, bisnietos, etcétera. Basta entonces que ambos vivan a la muerte del testador para que este se vea compelido a reservarles la cuota de ley, distribuyéndose a partes iguales. Lo que pasa en estos casos es que el legislador debió ser más extenso, ya que limita la sucesión de los demás descendientes diferentes a los hijos del causante sólo para los casos de premuerte y no previó que también esto se podía dar en casos de renuncia o incapacidad (Valdés Lago, Lisandra, s.d, p. 25).

El cónyuge sobreviviente se considera como tal todo cónyuge de matrimonio formalizado donde el vínculo marital se extinguió precisamente por el fallecimiento de uno de ellos y no cuando tiene lugar por sentencia firme de divorcio dictada por Tribunal competente o por sentencia firme donde se disponga la nulidad del matrimonio. También por escritura pública de divorcio autorizada por notario competente antes de ocurrido el fallecimiento de cualquiera de los dos. Se mantiene dicha condición cuando, de ventilarse el divorcio ya sea por vía judicial o ante notario, el deceso del otro cónyuge se produce durante la sustanciación del proceso (Elizalde Consuegra, 2012, p. 17).

Lo mismo sucederá con el sobreviviente de una unión que se reconozca de acuerdo a lo planteado en el artículo 18 del Código de Familia cubano que permite el reconocimiento de unión matrimonial no formalizada cuando han reunido los requisitos que el mismo exige para ello. Este cónyuge sobreviviente, siempre que reúna los requisitos dispuestos en ley, será considerado un heredero especialmente protegido y tendrá derecho a que se le

reserve la mitad de la herencia o a compartir su parte conjuntamente con los demás, la cual obtendrá en propiedad y no en usufructo como sucede en el caso del Código Civil Español. En el caso de los ascendientes no importa la distancia en grado que exista entre el causante y el ascendiente para que sean considerados como herederos especialmente protegidos, sólo importa que cumplan con los requisitos que establece la ley para ello (Valdés Lago, Lisandra, s.d, p. 28).

En el ámbito objetivo están presentes los requisitos de la no aptitud para trabajar y la dependencia económica. No estar apto para trabajar significa que la persona tiene algún impedimento, por razón de la edad o condiciones físicas y/o mentales para vender su fuerza de trabajo y recibir por ello una remuneración indispensable para su sustento y el de las personas que tenga a su cargo. De acuerdo a lo que se dispone en la legislación cubana la mayoría de edad se adquiere a los 18 años de edad, según el artículo 29.1 inciso a) del Código Civil. La capacidad legal para realizar contratos de trabajo se adquiere a los 17 años cumplidos aunque se les permite a los de 15 y 16 años de edad concertar algunos contratos de trabajo según lo que disponen artículos 26 y 27 del Código del Trabajo (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004b, p. 189).

Por tanto, toda persona menor de 17 años de edad y que no esté comprendida dentro de las excepciones que establecen los artículos 26 y 27 mencionados anteriormente, depende de otra pues no están en condiciones de vender su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración. En este mismo caso están aquellos ancianos con impedimentos físicos y/o mentales sin pensión por jubilación a cargo de la seguridad social (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004b, p.p. 189-190). La dependencia económica por su parte, representa la sujeción monetaria de una persona respecto de otra, en este caso en relación con el causante de la sucesión. Implica un estado de déficit económico; pudiera darse el supuesto de que un sujeto aun recibiendo una pensión monetaria por concepto de jubilación a cargo de la Seguridad Social dependa económicamente de un hijo que es quien en realidad constituye su soporte pecuniario (Valdés Lago, Lisandra, s.d, p. 20).

Cuando una persona está incapacitada para trabajar, ello trae consigo que dependa económicamente de otra, pues al no poder dedicarse a ninguna actividad productiva, no cuenta con los recursos monetarios suficientes para

subsistir. Puede darse el caso en que esa dependencia sea producto de que un individuo determinado no se vea en la obligación de trabajar porque la otra persona de la cual es dependiente le facilita todo para su supervivencia, a pesar de que cuente con las aptitudes, tanto físicas como mentales para la realización de alguna labor. En tal caso, aunque el testador lo considere como su protegido, el notario en cumplimiento de su función asesora, dispone que no cumple con los requisitos para ostentar tal condición.

Otro criterio a defender para considerar la existencia de los requisitos antes mencionados es en cuanto a la edad avanzada, que no debe ser razón para determinar si la persona tiene o no aptitudes para trabajar, según el análisis realizado por PÉREZ GALLARDO. En ocasiones un sujeto puede llegar a la edad de jubilación y no ha perdido las aptitudes para desempeñar un trabajo. En algunos períodos estas personas una vez jubiladas continúan desempeñando cualquier tipo de actividad para poder satisfacer sus necesidades, las que aún no pueden ser solventadas con los ingresos recibidos en razón del encarecimiento del mercado. A pesar de este análisis sí se puede considerar la dependencia económica respecto al causante de éstas personas, aunque la misma perciba determinada cantidad de dinero por concepto de jubilación, pues es necesario razonar hasta que punto puede ser el fallecido su sostén económico.

Todos los criterios antes expuestos no son tan determinantes a la hora de fijar si se cumplen o no tales requisitos, siempre se tendrá en cuenta el criterio del órgano judicial o el notario que esté a cargo del proceso u otorgamiento de la Escritura Pública. Como se puede apreciar, los herederos especialmente protegidos pueden aparecer o desaparecer en cualquier momento, de acuerdo a la existencia o no de los requisitos exigidos por ley (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004b, p. 190). Es por ello que se habla de la necesidad de verlos en dos momentos diferentes: primero, a la hora de redactar el testamento para incluirlos y segundo, cuando el testador fallece y se constituye el *íter* sucesorio. Evidentemente el momento de apreciación del requisito de los parientes con protección en vida del testador lo constituye su manifestación en el otorgamiento del acto jurídico testamentario, por ello no quita que estos desaparezcan antes del fallecimiento del testador, y por consecuencia, antes de proceder a la adjudicación de la herencia y viceversa.

Cuando una persona hace un testamento reconociendo a los herederos especialmente protegidos que tiene en esos momentos, pero estos pierden los requisitos que les hicieron merecedores de tal condición pasado un tiempo o simplemente fallecen, el testador tiene la opción de revocar el testamento. Esta es una de las formas de ineficacia testamentaria admitidas por la legislación cubana. En el caso de que no sean todos los reconocidos los que pierdan las condiciones o fallezcan antes que el testador, sino sólo una parte de estos, sin que se haya modificado la voluntad, se repartiría la herencia dejando fuera a estos completamente y dándole a los especialmente protegidos que queden la parte que a estos correspondía (Valdés Lago, Lisandra, s.d, p. 30).

Es posible que el testador a la hora de redactar el testamento, después de haber reconocido la existencia de los especialmente protegidos disponga, que en caso de que a su fallecimiento no existiera ninguno de ellos, todo su patrimonio hereditario le sea transmitido a los herederos voluntarios designados al respecto o que nombre a un

sustituto. Con lo cual no sería necesario revocar su última voluntad y se evitaría tener que acudir a la vía legal para dividir la herencia (Elizalde Consuegra, 2012, p. 17).

Como se enuncia anteriormente, para apreciar los requisitos de la especial protección no se debe realizar un esquema o establecer parámetros en cuanto a cómo considerar que los sujetos ostentan los mismos. La apreciación de los requisitos es valorativa según las personas que lo interpreten y las circunstancias en que se encuentre en el momento de resolver tal cuestión. No puede afirmarse que un sujeto por estar jubilado no dependa económicamente de otro, en cuanto a los parientes que la ley estipula. El elemento fundamental en este análisis lo constituye la relación de parentesco, reduciendo sólo a los parientes consignados en el artículo 493.1 del Código Civil cubano, no teniendo en cuenta aquellos parientes del causante que a pesar de cumplir con los requisitos de la dependencia económica y la inaptitud para trabajar, no están dentro de los estipulados en ley, ni acuden en caso de sucesión intestada como herederos concurrentes para heredar a partes iguales con los titulares de órdenes sucesorios más próximos.

2.3. Protección de los parientes en la sucesión intestada. Los órdenes sucesorios.

La sucesión intestada o *ab intestato* se presenta cuando es la ley la que determina la forma en que se debe suceder en el patrimonio del causante. Esta situación se producirá cuando el difunto no dispuso de sus bienes, o cuando dispuso no lo hizo conforme a derecho o cuando sus disposiciones no han tenido efecto (Céspedes Reyes, Álvaro, s.d, p.18). La sucesión intestada es la transmisión que hace la ley de los bienes, derechos y obligaciones transmisibles de una persona difunta. Fiel a la tradición romana, a falta de testamento, la ley designa a los herederos del difunto, interpretando una voluntad que no llegó a manifestarse. Las reglas de la sucesión intestada, constituyen en resumen el testamento tácito o presunto del causante (Osorio, Hernan, s.d, p. 5).

El sistema intestado descansa en la distribución de los parientes en clases, categorías u órdenes que prefieren unos a otros. El orden de sucesión no es más que el conjunto de herederos que considerados colectivamente excluyen o son excluidos por otros herederos considerados también colectivamente. Es necesario dejar en claro que dentro de cada orden el grado de parentesco es decisivo, dado que los parientes de grado más próximo excluyen a los de grados más lejanos, salvo que intervenga el derecho de representación a favor de la descendencia que la hace mejorar de grado (Osorio, Hernan, s.d, p. 6).

El parentesco es la relación recíproca que existe entre las personas por motivo de la generación del matrimonio; procede el parentesco de la generación cuando las personas tienen progenitores comunes y un tronco común a los mismos, parentesco por sanguinidad, existiendo parentesco del matrimonio cuando este vínculo hizo comunes los parientes de dos personas que antes no tenían entre sí vínculo de generación, parentesco por afinidad. Al parentesco por afinidad el Derecho Positivo cubano no le reconoce derechos hereditarios. El parentesco es una presunta preferencia de afectos, se dice que el cariño familiar primero desciende, luego asciende y por último, se extiende. Eso justifica que la herencia pare a manos de los descendientes, luego de los ascendientes y finalmente de los colaterales, con la incidencia que en ello tiene

la presencia del cónyuge supérstite, y los órdenes y grados sucesorios (Céspedes Reyes, Álvaro, s.d, p. 22).

La sucesión intestada opera como supletoria o complementaria de la testamentaria. El Código Civil cubano en su artículo 509 establece los supuestos en que tiene lugar la sucesión intestada. El primero de ellos es cuando una persona muere sin haber otorgado testamento, o éste se declara judicialmente nulo o ineficaz en todo o en parte; el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, derechos y acciones, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso, la sucesión intestada tiene lugar solamente respecto de aquéllos de que no hubiera dispuesto; todos los herederos instituidos premueren al testador, son incapaces de suceder o renuncian a la herencia. Una vez que se abra la sucesión intestada la herencia se reparte según los órdenes sucesorios regulados en artículo 514.1 y siguientes.

Antes de hacer referencia a los órdenes sucesorios es necesario hacer alusión a los principios que sustentan la sucesión intestada. Tal es el caso del principio de aplicación supletoria, el principio de aplicación complementaria, el de igualdad, del patrimonio unitario, de relación consanguínea o conyugal, de prelación de llamamientos, de prelación de grado, principio de descendencia y ascendencia ilimitada, de colateralidad limitada y el principio de cierre. Se hace necesario explicar, el principio de prelación de llamamientos, que no es más que cuando existe una prelación de llamamientos, unos y otros, entre sí, son excluyentes. El principio de prelación de grados, además de la prelación de llamamientos entre sí, existe dentro de cada llamamiento una preferencia entre los sujetos comprendidos en ellos, a partir de la proximidad del grado parental (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2004b, p. 242).

En los órdenes sucesorios hasta que no se agote el primer llamado no se puede pasar al siguiente, según lo estipulado en el artículo 511 del Código Civil cubano. No es así para el caso de los padres no aptos para trabajar y dependientes económicos y el cónyuge que concurren en el primer llamado junto con los hijos del fallecido, todo lo cual se evidencia en los principios antes mencionados, específicamente el de prelación de llamamientos y el de prelación de grado. Sólo encuentran protección como herederos concurrentes los padres del causante y la viuda, aunque no como heredero especialmente protegido como opera en la

sucesión testada, sólo se les reserva el derecho a heredar a los llamados en el primer orden y a partes iguales.

En el primer llamado se encuentra la sucesión de los hijos y demás descendientes, en línea recta. Los hijos heredan por derecho propio y los demás descendientes por derecho de representación. Cuando se hereda por derecho propio se hereda en partes iguales, mientras que por representación si hay más de una persona la mitad que le tocaba a la persona que vienen representando, se divide en tantas partes como herederos exista. En el segundo llamado es la sucesión de los padres, que como anteriormente se manifestó siempre que dependan económicamente del causante y no estén aptos para trabajar concurren con los descendientes al primer llamado.

En el tercer llamado es la sucesión del cónyuge que si concurre con los descendientes y los padres la porción de la herencia que le corresponde es igual a la de los demás herederos. Pero si concurre solo le corresponde la totalidad de la herencia. En el cuarto llamado vienen los abuelos o demás ascendientes, siempre que no concurren los herederos antes mencionados. El quinto y último llamado comprende la sucesión de los hermanos y sobrinos, que al igual que el llamado anterior, heredan si no existe la presencia de otros herederos.

La ley regula, según la proximidad del parentesco quiénes acuden a la sucesión primero o después, teniendo siempre un orden para los llamados. Todos los parientes del causante tienen protección de una u otra forma en la sucesión intestada, desde los descendientes, hasta los hermanos del fallecido, aunque heredarían en razón del llamado que ocupan. Esta protección no ampara el hecho de que sean favorecidos especialmente para concurrir a un llamado anterior con otros parientes, estén o no aptos para trabajar y se demuestre su dependencia económica respecto al causante de la sucesión, por no tener plena capacidad de ejercicio, que le permita regir su persona y bienes.

El análisis que precede obedece a la idea no de enjuiciar la protección de los parientes que son considerados herederos concurrentes en la sucesión legal que establece la legislación civil cubana, sino para crear un parámetro de comparación en cuanto a los individuos considerados parientes a los efectos de la sucesión legal. Véase que resultan ser coincidentes con los que pueden ostentar la condición de legitimarios, excepto el caso de los hermanos, que

igualmente pueden ser dependientes del causante, si les sobreviene algún tipo de incapacidad que le impida regir su persona y bienes.

2.4. Ejercicio de la capacidad. Análisis conceptual y terminológico de los términos incapaz, incapacitado y discapacitado.

En la historia de la humanidad se prestó poca atención a la situación y tratamiento a las personas disminuidas por diversas causas. Es en la actualidad por el interés de hacer un siglo XXI que incluya a todos, se han desarrollado extensas polémicas sobre el tema de la discapacidad. Desde la década del 80 del siglo pasado se ha generado discusiones internacionales para determinar la terminología apropiada para referirse a este segmento poblacional. Se establecieron comparaciones en otras lenguas y se adoptaron conceptos como: incapacidad, impedido, minusválido, concluyéndose que el prefijo dis, no es hiriente ni degradante a la persona humana, estableciéndose una fusión de la palabra incapacidad con la palabra disminución, creándose así el término discapacitado (Santiesteban Morales, Leukem, s.d, p. 14).

La discapacidad es, ante todo una condición, que como tal está asociada siempre a una situación en particular, ante la cual el individuo no es capaz de desempeñar la función esperada. Se ubica en un continuo, que de alguna manera recorre el universo del ser humano, pues engloba tanto sus condiciones biológicas como también las individuales y sociales, razón que da lugar a la existencia de diferentes modos de expresar al respecto. La discapacidad es un término genérico que incluye déficit, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo con una condición de salud y sus factores ambientales y personales (Santiesteban Morales, Leukem, s.d, p. 15).

Según la clasificación Internacional publicada por la Organización Mundial de la Salud, la discapacidad es toda restricción o ausencia, debido a una deficiencia, de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano. Entre ellas se encuentran las discapacidades de la conducta, las discapacidades de la comunicación, de la locomoción, del cuidado personal, entre otras. Desde el punto de vista

semántico, es claro que capacidad y discapacidad aparecen como antónimos irreconciliables, como opuestos que indican extremos distintos: el tener o no tener capacidad. Pero la ineptitud del sujeto, proveniente de una discapacidad, no le inhibe necesariamente el ejercicio de sus derechos ni la realización de todo tipo de actos jurídicos. De modo que, en materia jurídica, especialmente en sede civil, capacidad y discapacidad no necesariamente son contrarios, la ineptitud física o psíquica no conlleva de forma ineluctable a la incapacidad, que sólo procedería cuando se pruebe que la discapacidad, priva a la persona de la posibilidad real de querer y entender, y de poder manifestar o expresar su voluntad adecuadamente (Valdés Díaz, Caridad del Carmen, s.d, p. 20).

La discapacidad implica una limitación de la capacidad para la realización normal de una actividad como consecuencia de una enfermedad o accidente que ha provocado una anomalía de las funciones psicológicas, fisiológicas o anatómicas. Esta dificultad coloca a las personas en una situación diferente con respecto al resto de las personas. El término discapacidad tiene como una de sus notas caracterizadoras la diversidad, pues son muchos y muy variados los tipos y subtipos posibles de discapacidad física y mental y el grado en que pueden padecerse unas y otras. Esto impide que pueda el Derecho, contar con una clasificación o repertorio de casuales de discapacidad que le permita la promulgación de normas adecuadas, sino también la aplicación de dichas normas a los casos concretos según las particularidades que estos presenten, y lo que es más grave aún la justeza de las decisiones cuando lo que está en juego es la autonomía y la libertad personal (Delgado Vergara, Teresa, s.d, p.15).

La discapacidad puede entenderse como el número diferente de limitaciones funcionales de carácter temporal o permanente que se registran en la población mundial y que revisten la forma de deficiencia física, intelectuales o sensoriales, de una dolencia que requiera atención médica o incluso una enfermedad mental que limite la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. Dentro del derecho comparado y dentro de la doctrina de la protección integral, significa cualquier persona imposibilitada de asegurarse total o parcialmente por sí misma las necesidades de su vida normal y/o una

vida social, como resultado de una deficiencia, sea congénita o no, en su capacidad física o mental (Ballester Toranzo, Yoannis, s.d, p.10).

La discapacidad, en principio no tiene por qué suponer en el sujeto que la padece una ausencia de capacidad, que le impida, ejercitar los derechos y cumplir los deberes jurídicos que como miembro de una colectividad ha de cumplir. La persona discapacitada debe gozar de igualdad de derechos en relación con los que no tienen el déficit físico, psíquico o sensorial propio del mismo, y que es capaz de llegar a una integración social adecuada y proporcionada a su propia minusvalía (Ballester Toranzo, Yoannis, s.d, p. 11).

La discapacidad genera inseguridad personal, económica y laboral, implica muchas veces falta de acceso a los servicios básicos, maltrato y abuso, problemas escolares, discriminación, marginación y crisis de identidad personal y cultural. Es necesaria la orientación hacia el respeto a la dignidad de las personas en que el individuo discapacitado es considerado un sujeto de acción y no un objeto susceptible de caridad. La discapacidad comporta la limitada capacidad de un individuo para realizar una actividad dentro del margen que se considera normal para un ser humano, pero ello no implica que esté imposibilitado de realizarla por sí (*La Protección patrimonial de los incapaces en la legislación Civil y familiar cubana*, s.d, p. 7).

Los discapacitados, es decir aquellas personas afectadas por un alto grado de minusvalía, especialmente física, que no les impida gobernarse por sí mismos, esto es, en los que no concurren las causas de incapacitación. Estos sujetos son los destinatarios más directos de la norma, en el sentido de que por su minusvalía, pero manteniendo intacta su capacidad de autogobierno, pueden ser los que mayor atención requieran. Es decir, se trata de personas que por su minusvalía pueden tener graves dificultades para atender sus necesidades vitales, e incluso pueden llegar a ser materialmente dependientes de terceros para satisfacerlas, pero sin que ello atente a su capacidad de gobernarse por sí mismos (Díaz Alabart, Silvia, s.d, p. 24).

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 (Valdés Díaz, Caridad del Carmen, s.d, p.14).

La incapacidad en sí misma procede de la perturbación que altera o afecta al individuo; en su estado natural, radica en la existencia de alguna anomalía que le prive de tener comprensión o certeza sobre la naturaleza y efectos de los actos que realiza, pero no afecta su estado civil. La incapacitación, por su parte, es una condición jurídica de la persona que afecta su capacidad y situación jurídica, consecuencia siempre necesaria de un procedimiento judicial que la declare, determine y fije el sistema de protección. Añaden acertadamente DIEZ PICAZO y GULLÓN que el propio término de incapacitación suscita la idea de algo externo a la persona, que no es otra cosa que la declaración judicial, resultado de un proceso o procedimiento seguido para alcanzarla. El loco, por ejemplo, no cambia su estado civil de capaz por el de incapaz hasta que no termine el procedimiento judicial (Valdés Díaz, Caridad del Carmen, s.d, p. 15).

Para estos autores, la incapacidad, es un estado civil de la persona física que se declara judicialmente cuando concurre en ella alguna de las causas establecidas por la ley, es algo externo a la persona, es una declaración judicial resultado de un proceso o procedimiento seguido para alcanzarla. El ordenamiento jurídico impone que la incapacitación sólo puede declararse mediante resolución judicial, tras haberse tramitado el oportuno procedimiento. De lo que se viene exponiendo se puede concluir perfectamente que discapacidad e incapacidad total son conceptos que se relacionan entre sí pero que no coinciden plenamente. Tienen en común a la persona con limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales, pero difieren porque la discapacidad no presupone inmediatamente la restricción o pérdida total de la capacidad, en cambio los incapacitados si serán siempre discapacitados (Díaz Alabart, Silvia, s.d, p. 26).

El Código Civil cubano establece en los artículos 29, 30 y 31 la plena capacidad, la capacidad restringida y la carencia de capacidad. La plena capacidad para ejercer los derechos y realizar los actos jurídicos se adquiere

por arribar la mayoría de edad, que comienza a los 18 años cumplidos y por matrimonio del menor, aunque la ley puede establecer otras edades para realizar determinados actos. En todos los pueblos y todos los tiempos, la edad ha constituido un elemento importante en cuanto a su influencia en la capacidad de obrar. En la antigüedad la mayoría de edad se determinaba por el desenvolvimiento físico de la persona.

Ciertamente, la evolución de la vida humana entraña cambios importantes que repercuten en la capacidad de entender y querer de forma consciente actuar de un modo determinado, que no se manifiesta por igual en la infancia, la juventud o la madurez. Por ello la edad es tomada en cuenta por el ordenamiento jurídico para determinar el grado de capacidad de obrar que reconoce a las personas, asociando ese dato a la aptitud para realizar determinados actos. El inciso b) del artículo 29.1 autoriza a los menores de dieciocho años que hayan formalizado matrimonio a ejercer los derechos y realizar actos jurídicos, por cuanto esa disposición legal los dota de plena capacidad de obrar. Debe hacerse notar que el matrimonio no convierte a esas personas en mayores de edad, como comúnmente se arguye, sino que modifica su estado civil en el sentido de otorgarles capacidad de ejercicio. Se evidencia, por tanto, la incidencia del estado conyugal en dicho ejercicio de la capacidad (Valdés Díaz, Caridad del Carmen, s.d, p. 29).

Las personas que tienen su capacidad restringida son 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. Por razón de la edad, un sujeto puede ser mayor o menor, estando en esta última situación hasta los dieciocho años cumplidos. La minoridad no es entendida como discapacidad, dada su generalidad y temporalidad, es una fase normal y natural del desarrollo humano, pero es causa limitativa de la capacidad de obrar, que puede restringir aquella incluso hasta la incapacidad total en los primeros años de vida (Valdés Díaz, Caridad del Carmen, s.d, p. 6). Empero, la capacidad de obrar de los menores no es siempre igual, pues se aplican diversas formulas para permitir, de acuerdo al grado de aptitud física y mental que va alcanzando, su

intervención con eficacia en determinados actos, bien a través de autorizaciones concretas establecidas por la ley, o por medio del conocido sistema de la emancipación, más general y amplio, o graduando la capacidad progresivamente, cual parece ser la vía escogida por el legislador cubano. Igual que, progresivamente, el menor de edad va adquiriendo aptitudes físicas y psíquicas para desplegar toda actividad que se proponga con cordura y pleno juicio, en sentido inverso, el transcurso del tiempo puede producir discapacidades asociadas a la edad. Los ancianos, como se sabe, se convierten en un sector vulnerable de la sociedad, que precisa de cuidados y atenciones especiales, aunque ello no conduce necesariamente a una modificación de su estado civil personal y siguen considerándose, como regla, personas plenamente capaces (Valdés Díaz, Caridad del Carmen, s.d, p. 7).

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. A los efectos del ejercicio de la capacidad lo que importa no es la declaración de restricción, que no cuenta con mecanismo establecido en nuestro ordenamiento legal, sino el grado de afectación mental que padezca el sujeto, no existiendo tampoco preceptiva jurídica que establezca gradaciones para su apreciación (Valdés Díaz, Caridad del Carmen, s.d, p. 14).

Desacertada es la redacción del inciso c), del artículo 30 del Código Civil. Si en razón del impedimento físico que padece el discapacitado éste no puede expresar su voluntad inequívocamente y si la voluntad es el nervio central de cualquier acto jurídico, quien esté impedido de trasladarla del plano mental o subjetivo al externo o material, no estará en condiciones de ejercer por sí derechos y deberes jurídicos. Es dudoso, por otra parte, que un impedimento físico por sí sólo, no asociado a ninguna deficiencia orgánica o sensorial, pueda impedir exteriorizar la voluntad, por lo que el precepto se aleja de la realidad y

resulta incongruente. Si el impedimento físico no afecta la posibilidad de manifestar de cualquier forma la voluntad sin equívoco, entonces la persona es plenamente capaz, y si la afecta, el régimen más adecuado no es el de la capacidad restringida, sino el de la incapacidad total (Valdés Díaz Caridad del Carmen, s.d, p.15).

La carencia de capacidad se manifiesta en los menores de 10 años de edad y los mayores de edad que han sido declarados incapaces para regir su persona y bienes. Pues si no existe una declaración judicial, se presume la capacidad de un mayor de edad hasta tanto no se pruebe lo contrario. Todo lo cual se encuentra dispuesto en el artículo 31 del Código Civil cubano.

El Cuerpo legal antes mencionado establece en los artículos 469 y 470 las causas que imposibilitan a los herederos y legatarios para tomar una herencia o parte de ésta, que los convierte en incapaces para suceder, término que no ha de confundirse con los analizados con anterioridad. Los herederos especialmente protegidos por ser personas en los que concurren determinados requisitos, que los hacen dependientes del causante, pudieran ser declarados incapaces para suceder, si ciertamente incurrían en cualquiera de las incapacidades reguladas en dichos artículos. Aunque pudiese resultar contraproducente tal afirmación, dado el caso que la especial condición que los dota de tal concepción pudiera prevalecer por encima de las disposiciones reguladas en ley. Cada caso merecería un exhaustivo y casuístico análisis.

Las causales referidas son: atentar contra la vida ya sea la del causante, o de los herederos o de cualquier otra persona beneficiada con la herencia; emplear engaño, fraude o violencia para obligar al causante a otorgar una disposición testamentaria o a cambiar o dejar sin efecto la misma y negar alimentos o atención al causante.

En cuanto a la primera de las causales expuestas, al ser los herederos especialmente protegidos personas en los que tienen que concurrir los requisitos de la dependencia económica respecto al causante y la inaptitud para trabajar asociados, por supuesto, a una limitación por razón de la edad o la enfermedad, resultaría desacertado pensar que un sujeto con estas características pudiera incurrir en ello, aunque sería valorativo en razón de la causal de incapacidad que se alegue, con independencia de los cuidados y atención que el testador haya brindado al mismo. Partiendo de lo antes

expuesto, uno de estos sujetos puede ser sancionado por atentar contra la vida del causante, ya sea por contradicciones propias en la familia, o que esté influenciado por terceras personas a los que sí les conviene para el logro de sus objetivos.

En cuanto a la segunda de las causales alegadas, el heredero especialmente protegido no necesita emplear engaño para ser reconocido en el testamento y recibir una parte de la herencia. Este razonamiento está fundado en que es la propia ley quien obliga al testador a tenerlos en cuenta a la hora de otorgar el mismo, e incluso si nacieran con posterioridad a ese momento y antes de su fallecimiento, o luego de su deceso, sus derechos son respetados, pudiendo anularse la institución de herederos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 495.1 del Código Civil patrio y en segundo lugar, el motivo por el cual sea considerado incapaz, lo priva de discernimiento para tipificar dicha causal de incapacidad sucesoria.

Con respecto a la tercera de las causales consignadas referida a la negación de alimentos o atención al causante, ésta nunca podrá tipificarse, por la propia condición que ostentan los especialmente protegidos, teniendo en cuenta que para serlo deben depender económicamente del causante y no estar aptos para trabajar. Por tanto, son personas que necesitan del causante para satisfacer sus necesidades, por lo que resultaría un absurdo que sea el causante quien dependa de ellos y le suministre, alimentos y atención. Estas primeras causales, según lo estipulado en el Código Civil cubano, pueden cesar por el perdón expreso o tácito del causante.

Del análisis detallado de cada una de las causales antes descritas, ha de concluirse que los herederos especialmente protegidos raramente se verán afectados por estas causales de incapacidad sucesoria, pues en la mayoría de los casos estos no tienen participación. Pero, en caso de que sobreviniera alguna, es consideración de la autora que la condición de la especial protección ha de prevalecer por encima de la causal sucesoria alegada, además de que al ser una disposición de ley, no tributa a la plena autonomía de la voluntad que tiene el testador de instituir herederos o legatarios.

Tratamiento diferente implicaría el análisis de la causal de incapacidad para heredar consistente en el abandono definitivo del territorio nacional por parte de los herederos o legatarios instituidos. Sólo se conservan los derechos

hereditarios si se trata de sujeto que ostenta un permiso de residencia en el exterior. Pero si se analiza esta causal, a los herederos especialmente protegidos, prevalece la misma por encima de la especial protección, pero su porción quedaría no en estado de vacancia realmente, con la posterior concurrencia de los derechos que presupone, sino simplemente pasaría a manos de los herederos universales que se han instituido. Cuando la persona abandona el país no es necesario analizar si es incapaz o no, ha de aplicarse directamente la causal establecida en el artículo 470, concurriendo a una interpretación extensiva de la norma, que está dispuesta para los herederos o legatarios que se han instituido en el testamento.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que es el resultado de la interacción entre la deficiencia de una persona y los factores contextuales, tanto ambientales como personales. Se trata de obstáculos, barreras físicas y actitudes imperantes, que impiden su participación en la sociedad. Las discapacidades incluyen deficiencias físicas, mentales, intelectuales y sensoriales tales como ceguera, sordera, deterioro de la movilidad y deficiencias en el desarrollo (Arévalo, Jorge, s.d, p.25).

Del análisis anterior ha de concluirse que los términos incapaz, incapacitado y discapacitado, no siempre armonizan. Una persona puede resultar a la vista de todos, incapaz o estar discapacitado, debido a alguna deficiencia que posea, pero no necesariamente llegue a ser un incapacitado. Para que una persona sea concebida como incapacitada es necesario interponer un proceso ante Tribunal competente que declare tal incapacidad. Luego que se realice el proceso de incapacitación, sí se puede asegurar que todo incapacitado es un discapacitado, ya sea físico o mental. Pero todo esto no significa que las personas que se encuentran en dicha situación, se encuentren en un espacio de vida diferente a los demás, ni que se encuentren desprotegidos, pues en ellos urge la necesidad de todo tipo de protección.

2.5. Protección internacional a las personas con discapacidad y los menores de edad. Su aplicabilidad en Cuba.

Cuba es uno de los países signatarios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que tiene la obligación de afiliarse y cumplir con los planteamientos recogidos por las mismas. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consta con un preámbulo en el cual se reconocen por los Estados partes de la misma, la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso, así como la diversidad de personas discapacitadas que existen en el mundo.

En su artículo 1 se expresa su propósito que es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. En su articulado se recogen las definiciones más importantes, los principios en que se sustenta la Convención, las obligaciones generales. Se hace alusión a la igualdad y a la no discriminación, a las mujeres, niños y niñas con discapacidad, a la toma de conciencia de la sociedad por los prejuicios existentes en cuanto a la discapacidad, así como todas las vías que se pueden adoptar para un mejor tratamiento a estas personas.

No es la sucesión por causa de muerte el eslabón más significativo en pos de la protección a las personas con discapacidad. La integración social no opera a partir de la posición como testadores o como sucesores de quienes tienen algún tipo de discapacidad, cualquiera sea la naturaleza de ésta. No obstante, el artículo 12.5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad presupone que: “los Estados Partes tomarán las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, a (...) heredar bienes”. Ello *per se* tiene un valor añadido, tratándose de la más importante Convención sobre derechos humanos aprobada en esta primera década del siglo. Y en este orden se regula un derecho que en Cuba tiene reconocimiento

constitucional a través del artículo 24 de la Carta Magna referido al derecho de herencia sobre la propiedad personal (Pérez Gallardo, Leonardo, s.d, p. 2).

No obstante, es innegable el valor que puede tener para la satisfacción de importantes necesidades por parte de las personas con discapacidad el disponer de un patrimonio propio, aun cuando este sea transmitido por causa de muerte. La Convención no establece pautas sobre cómo los ordenamientos internos deberán regular la sucesión *mortis causa* a favor de personas con discapacidad. Tan solo se limita a enunciar el reconocimiento del derecho de herencia a su favor. Hoy día en la literatura jurídica, al menos de este lado del continente, el tema de la protección sucesoria a las personas con discapacidad no ha sido todo lo recurrente que se esperaba. La atención se ha centrado, con acierto, en temáticas de alcance más general que atañen al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad. Empero, si se quiere prever una protección integral en el orden jurídico de este importante sector de la población, no se puede olvidar, para no pecar de incautos, que la arista sucesoria también revierte una importancia indudable, dado que en definitiva, es ella la vía a través de la cual se puede poner a buen recaudo la transmisión intergeneracional de la propiedad (Pérez Gallardo, Leonardo, s.d, p. 2).

La Convención antes referida brinda protección a las personas discapacitadas, de igual forma ofrece amparo la Convención sobre los Derechos del Niño a los menores de edad. En la mencionada Convención se hace alusión que la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas proclamó que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. En el artículo 1 del cuerpo legal mencionado se define que se entiende por niño; es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

En el artículo 26 se establece que los Estados partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional. El artículo 27 dispone que los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad

primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

Como se expresó anteriormente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad posee un objetivo fundamental, que no es más que la necesidad de protección a las personas con discapacidad, con el objetivo de que no queden desprotegidos. En el caso específico de la desprotección de los hermanos, como parientes del causante en la sucesión *mortis causa*, el cuerpo legal antes referido no especifica en cuanto a esta cuestión tan importante, ni la forma de llevar a cabo un tratamiento al respecto, pues no es objeto de la misma, pero sí deja sentada las bases de manera general para la protección de los discapacitados, ya que constituye su objetivo fundamental. Pero sí deja muy claro la obligación que tienen los Estados partes de la Convención de garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, a heredar bienes. Precisamente al quedar esta obligación regulada en uno de los artículos de la Convención y Cuba formar parte de la misma tiene el deber de proporcionar protección a las mismas.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los Derechos del Niño, al ser unas de la más importantes en este tema durante el presente siglo ha de ser un patrón, es decir, una luz que hay que seguir para que todos los percances o problemas que se susciten al respecto puedan ser solucionados de la mejor forma posible. Siempre ha de tenerse en cuenta los intereses de las personas que tienen su capacidad limitada o no disponen de ella, que les impide llevar una vida normal, haciendo un análisis a la hora de tomar una decisión con respecto a ellas. Todas las acciones que se realicen referente a los discapacitados y los menores de edad han de tener como único fin la satisfacción de sus necesidades vitales.

2.6. Protección legal de los hermanos en el ordenamiento jurídico civil y de familia cubano. Necesidad de su protección.

En los pueblos primitivos sometidos a la organización patriarcal, no concibieron la tutela de los huérfanos. Los hijos eran considerados propiedad del padre o del grupo familiar, y como no estaban considerados como sujetos jurídicos, no tenían derecho propio, no existía una institución que tuviera por objeto la

defensa de sus intereses. En la comunidad griega y más tarde en la romana se empezó a destacar la personalidad del hijo, independiente de la del padre y de los demás parientes, por lo que puede considerarse que existió un punto de arranque de la tutela, siendo la misma una institución que tiene por objeto, la protección y cuidado de las personas y del patrimonio de los que por su incapacidad mental, están imposibilitados de gobernarse a sí mismos (*La Tutela.*, s.d, p. 1).

El concepto de tutela aparece en el Derecho Romano definido por el jurisconsulto Sulpicio que, según consta en la Instituta Justiniana, señaló lo siguiente: la tutela es un poder sobre una cabeza libre, dado y permitido por el Derecho Civil, para proteger al que por motivo de su edad no puede defenderse por sí mismo. Esta definición fue mantenida por Justiniano, aunque con ligeros cambios en las palabras. En el Derecho Romano existía la tutela de los impúberes y la de la mujer. El tutor de los impúberes se designaba por el testador, por la ley o por el magistrado, por razón de lo cual la tutela se consideraba testamentaria, legítima en el segundo caso y dativa en el tercero. La actuación del tutor atendía, principalmente, a los bienes del menor que debía administrar (*La Tutela*, s.d, p. 2).

Por el poder patriarcal, la mujer se encontraba, en Roma, sometida a tutela perpetua, considerándosele teóricamente incapaz e inexperta para los negocios, lo cual no desdice de la tremenda autoridad que en ocasiones, llegaron a tener algunas matronas romanas. La tutela de la mujer se ejercía para completar su capacidad cuando efectuaba actos fundamentalmente económicos, pero incluso, esto se fue limitando con el tiempo. La tutela se deriva del latino *touere*, significa proteger, defender, amparar. Diversos autores han expuesto sus definiciones al respecto. Laurent precisó 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. Stolfi, puntualizó que la tutela es un instituto ordenado por la ley para la protección de aquellos que, sea por edad, sea por condiciones de mente, son incapaces de proveer a la propia persona y a los propios intereses patrimoniales (Regalado Borrego, Liset, 2008, p. 7).

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. Expresó Planiol, que 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. Serafini apuntó que el que se encuentra en la imposibilidad de gobernarse a sí mismo, a la propia persona y los bienes, merece ser protegido y ayudado, y la ley viene en su ayuda dándole un representante que cuide, proteja y administre sus bienes (Regalado Borrego, Liset, 2008, p. 8).

Definen Kipp y Wolf, la tutela, en sentido amplio, considerándola el cuidado llevado bajo la inspección del Estado, por una persona de confianza, tutor, sobre la persona y el patrimonio de quien no está en situación de cuidar de sus asuntos por sí mismo, o por lo menos se le trata jurídicamente como si no estuviera en esa situación. SÁNCHEZ ROMÁN, al igual que CASTÁN TOBEÑAS y DIEZ-PICASSO, conceptúan a la tutela como un órgano legal mediante el cual se prevé la representación a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derechos por sí mismos, para regir, en fin su actividad jurídica (Regalado Borrego, Liset, 2008, p. 9).

A partir de las definiciones antes expuestas se puede definir a la tutela como una institución del Derecho de Familia, facultada para proteger a la persona, los bienes y derechos de aquellos sujetos que, debido a su edad o enfermedad, no pueden dirigir por sí mismos su persona, ni administrar diligentemente sus propiedades. Esta institución jurídica confiere autoridad a una persona para que ejerza, a favor del menor de edad no sujeto a patria potestad, o del mayor de edad declarado judicialmente incapacitado, la protección y el cuidado de dichas personas y bienes, ostentando su representación legal.

El Código de Familia cubano en sus artículos 137 al 166 regula la institución de la tutela. Definiendo en su articulado su objeto, que no es más que 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 y la defensa de los derechos, la protección de los intereses patrimoniales y el cumplimiento de las obligaciones civiles de los mayores de edad que hayan sido declarados judicialmente incapacitados. El cuerpo legal antes mencionado dispone en cuanto a la tutela de los menores de edad, en su

artículo 145 apartado 2 la posibilidad a los hermanos en segundo lugar para poder ser el tutor legal del menor, siempre que cumplan con todos los requisitos exigidos en ley.

En el caso de la tutela de los mayores de edad incapacitados el artículo 148 establece el orden de las personas a las cuales les corresponderá la tutela. La misma corresponde: al cónyuge, a uno de los padres, a uno de los hijos, a uno de los abuelos o a uno de los hermanos, cumpliendo todos los requisitos exigidos en el Código de Familia. También se regulan un conjunto de obligaciones del tutor con el tutelado, siendo una de ellas la obligación de dar alimentos, dispuesto en el artículo 153 del cuerpo legal antes mencionado y en el artículo 123 se estipula las personas que están obligadas recíprocamente a darse alimentos, así como el respeto y la obediencia que el tutelado debe guardarle al tutor. Se establecen todos los mecanismos que se llevan a cabo en los Tribunales encargados de fiscalizar la tutela, a través del Registro de la Tutela, el cual deberá poseer datos tanto del tutor como del tutelado.

Como se hizo alusión anteriormente los hermanos tienen la posibilidad de ser tutores y, por ende, la obligación de brindarle alimentos a los mismos. Si se parte de esta idea es dable pensar, que la relación entre tutor-tutelado, parte de lazos consanguíneos en la línea colateral, o sea, son hermanos entre sí, por tanto, subsiste una dependencia económica en razón de la incapacidad que se alude. Ello se sustenta en la regulación que al efecto hace el Código de Familia cubano, al disponer en su artículo 153, las obligaciones que ha de cumplir el tutor, en el ejercicio del cargo que se le ha dispensado judicialmente, en particular a la obligación de cuidar de los alimentos del tutelado y de su educación si fuere menor, así como procurar que el incapacitado adquiera o recupere su capacidad. De ahí que la concepción de ser un heredero especialmente protegido, es válida y justa, ya que los mismos cumplen con los requisitos exigidos en ley de la dependencia económica respecto al causante y la inaptitud para trabajar. Pero la disyuntiva radica en que no cumplen con el requisito del parentesco, pues no entran dentro del círculo de personas que la ley considera como tal.

La arista negativa del supuesto referido, radica en la futura desprotección que de por vida persistirá en la persona del incapacitado, ya sea si estamos hablando de sucesión testamentaria, campo de acción escogido por la autora,

o de la sucesión legal o *ab intestato*, en la que encontrará mucho más olvido, máxime si existen otros parientes de grados precedentes con derecho a delación. En otras palabras pueden formar parte del círculo familiar con vocación, pero nunca lo serán con delación de preexistir otros parientes llamados con designaciones preferentes.

Una vez que se abra la sucesión intestada la herencia se reparte según los órdenes sucesorios regulados en artículo 514.1 y siguientes. En el primer llamado se encuentra la sucesión de los hijos y demás descendientes, en línea recta. En el segundo llamado es la sucesión de los padres, que como anteriormente se manifestó siempre que dependa económicamente del causante y no estén aptos para trabajar concurren con los descendientes al primer llamado. En el tercer llamado acude la sucesión del cónyuge que si concurre con los descendientes y los padres la porción de la herencia que le corresponde es igual a la de los demás herederos. Pero si concurre solo le corresponde la totalidad de la herencia.

En el cuarto llamado vienen los abuelos o demás ascendientes y el quinto llamado es la sucesión de los hermanos y sobrinos. Todos los parientes del causante tienen protección de una u otra forma en la sucesión intestada, desde los descendientes, hasta los hermanos del fallecido, pero sólo heredarán a falta de los llamados anteriores, no pudiendo tampoco concurrir conjuntamente con parientes de anteriores llamados por no tutelarse protección alguna a su persona en razón de la incapacidad padecida. Estando presente en esta situación el principio que el llamado más próximo excluye al más lejano o remoto.

La figura de los herederos especialmente protegidos transitó de un sistema de legítima puramente parental, en la que tal condición se adquiría por la filiación, con derecho del cónyuge sobreviviente a la cuota vidual usufructuaria, a un sistema de legítima que no deja de sustentarse en el parentesco o en el matrimonio como un requisito imprescindible. Además se incrementa dos presupuestos que el legislador impone en el artículo 493.1 del Código Civil cubano, la dependencia económica respecto al causante y la inaptitud para trabajar.

La figura antes mencionada tiene como propósito la protección de las personas vulnerables y dependientes económicamente del causante, pues tras su fallecimiento necesitan de una protección económica. Todo lo cual se debe a

que tienen necesidades que no la pueden suplir, ya sea porque son menores de edad o porque tengan una dependencia tal con el fallecido que no puedan satisfacer sus prioridades. Cuando se habla de esa dependencia es necesario que se tenga en cuenta que sólo van a estar incluidas aquellas personas reguladas en ley.

A criterio de PÉREZ GALLARDO, si se analiza a los hermanos con dependencia económica respecto al causante, debido a que está presente en ellos la minoría de edad o una discapacidad, que por el grado de ésta, le resulta imposible una integración en el ámbito laboral, que le permita conseguir las fuentes de ingresos con las cuales enfrentar las necesidades de la vida o a pesar de que estén insertados laboralmente debido a su discapacidad no realiza un trabajo que le ofrezca una remuneración necesaria para sufragar sus gastos, tienen una dependencia económica, pero no están dentro del orden de parentesco exigido para ostentar tal condición, por lo que se encuentran desprotegidos (Pérez Gallardo, Leonardo, s.d, p. 19).

Este criterio encuentra su sustento en el supuesto caso de que si el hermano menor de edad o discapacitado, no tiene familia, en razón de la concepción estricta que en materia sucesoria se ofrece, coincidente con la tratada por el Código de Familia, por no haber procreado hijos debido a su condición, sus padres han premuerto, y por ende, sus abuelos y la única familia que le queda es un hermano y éste, con gesto voluntario no le deja algo de sus bienes, porque tiene otros herederos, que para él resultan prioritarios, queda en estado de desprotección, aunque en algún momento pensó de buena fe que estos podían hacerse cargo de su hermano y brindarle protección tanto económica como espiritual. Este queda totalmente desprotegido pues al no estar concebido como un heredero con especial protección, debido al no cumplimiento del requisito del parentesco, acorde a lo establecido para ostentar tal condición, puede ocurrir que los herederos del causante no tengan el interés de asumir la engorrosa pero noble tarea de proteger al incapaz hermano de su causante padre. Aunque quedaría expedita la vía de un nuevo nombramiento de tutor, al fallecer el anterior, interesando otro pariente o persona que queda fuera de los dispuestos en ley.

Es cierto que los hermanos clasifican dentro de los colaterales ordinarios, pero la colateralidad no es sinónimo de lejanía parental, los hermanos en el entorno

cubano y la tradición, suponen una cercanía afectiva y parental indudable, y la formación de familia propia, no debe ser excusa para deshacernos de ellos, cuando por razón de su discapacidad, sobre todo intelectual, no han formado la de ellos. Si los valores, amor y utilidad informan el sistema de legítimas, entonces no hay motivo para justificar banalmente una exclusión de los hermanos con discapacidad dentro del círculo de personas con derecho a la legítima, expandiéndose el ámbito de aplicación subjetiva de la figura (Pérez Gallardo, Leonardo, s.d, p. 20).

Otro criterio válido en este sentido, resulta la regulación sostenida bajo el artículo 123 del citado cuerpo legal, que establece los sujetos que están obligados a prestarse recíprocamente alimentos y en su apartado tercero se refiere a los hermanos. Si se concibe la idea de la prestación alimenticia, ha de entenderse que lo será por razones que le impiden al sujeto sostenerse por sí, imputables sólo a la minoría de edad o a la incapacidad por razones de enfermedad física o mental, aunque el precepto resulta ser abierto y amplio, y su interpretación supera el manto de la desprotección económica. Una consecuencia de la citada obligación posibilita la posterior reclamación de alimentos regulada en el artículo 122 donde sí se presupone como requisito *sine qua nom*, el no poder obtener por sí los recursos necesarios para subsistir y en consecuencia depender de otra persona.

Un aparte especial reporta el análisis de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la que se hace alusión a la igualdad de condiciones de los discapacitados en sentido general, sin distinciones de sexo, edad, grado de parentesco, y que ha de extenderse al terreno sucesorio. Deja bien claro la obligación de los Estados partes al exponer que ellos tomarán las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, a heredar bienes. Asimismo, la Convención de los Derechos del Niño, también brinda protección a los menores de edad que se encuentren indefensos, y es dable extender esta protección en la esfera de sus derechos, en cualquier dirección.

El derecho interno cubano está en la obligación de dar una respuesta a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, planificando en qué orden se han de proyectar las medidas a tomar por los Estados partes,

para garantizar a las personas con discapacidad la posibilidad de ser causahabientes, en igualdad de condiciones con los demás. La discapacidad de una persona no es razón alguna que justifique la cercenación de su derecho a heredar, en todo caso, sí que es motivo para una especial tutela en este orden, en el que las legítimas pueden desempeñar una función social que en el presente no suele ser reconocida (Pérez Gallardo, Leonardo, s.d, p. 16).

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

La figura del heredero especialmente protegido a pesar de tener su génesis en Roma ha evolucionado, oscilando de fundamentos de carácter puramente subjetivo a otros de índole objetiva, referidos a la dependencia económica respecto al causante de la herencia, dada su inaptitud para trabajar.

El Código Civil cubano concentra la relación familiar, en ese sentido, en los parientes consanguíneos en línea recta tanto ascendente como descendente, además del cónyuge pero no en la colateral, no incluyendo a los hermanos que constituyen un lazo de familia cercano y fuerte. La *ratio legis* de esta disposición pudo tener su fundamento en la prevalencia de un tipo de familia constituida por padres e hijos solamente. En ese sentido las normas cubanas en materia de familia definen quienes son considerados parientes consanguíneos tanto por línea directa como colateral, en la que ubica a los hermanos.

No toda persona con limitación o restricción de capacidad por razón ya sea, de la edad o de la enfermedad, tiene la condición de especial protección. Ello tiene que estar asociado, no sólo a una situación de dependencia económica respecto al causante, sino que debe estar en los llamados que estipula el Código Civil cubano. Manifiesta resulta la desprotección que en materia sucesoria opera para los hermanos, en cualquiera de las modalidades que por razón de las fuentes pudiera aplicarse.

No obstante, puede apreciarse la coincidencia tanto en la sucesión intestada, en la obligación de dar alimentos y en la tutela, en la que los hermanos están presentes en cada uno de estos supuestos, ya que la ley los ubica en los órdenes sucesorios sin una protección preferente en el caso de la primera y es una obligación y una posibilidad en las demás. La Convención de las Personas con Discapacidad y la de los Menores de edad, al ser Cuba país signatario, ha

de constituir un baluarte a enarbolar como bandera defensora en pos de la igualdad en las distintas esferas de la vida y el Derecho.

CONCLUSIONES

La investigación permite corroborar la idea a defender trazada. En consecuencia, se establecen las conclusiones en los términos que siguen:

1. Los herederos forzosos o legitimarios constituyen un freno a la libertad de testar que existía en Roma. Un límite a la autonomía de la voluntad privada permisible por ley, cuya porción no se puede destinar a otra persona.
2. El Código de Familia cubano, define el círculo de personas que han de estar concebidas como parientes en el orden consanguíneo, estableciendo las líneas tanto en el orden directo como colateral. En este último supuesto se incluye a los hermanos. Asimismo en el orden sucesorio, la normativa civil, admite su inclusión como herederos intestados al concebirlos como parientes con vocación y delación en el último llamado. En la sucesión testada, al ser una manifestación de voluntad, se limita a la mitad de la herencia la posibilidad de testar, cuando existen sujetos que ostentan los requisitos de especial protección, cumpliendo en el orden subjetivo con un círculo de parientes, que sólo ampara a los que se ubican en la línea ascendente y descendente, y al cónyuge.
3. En este mismo orden de cosas, los hermanos al concebirse como parientes, son llamados aunque en el último lugar, en la sucesión intestada. Ello corrobora su inclusión y protección como familia, pero analizándolo desde la óptica contraria, al ser llamados en un orden de prelación, a falta de otros parientes incluidos en órdenes preferentes se evidencia una manifiesta desprotección, al ni siquiera llamarlos como concurrentes al primer llamado de la herencia, en caso de una supuesta dependencia económica respecto al causante de la herencia como consecuencia de su inaptitud para trabajar.
4. La Constitución de la República reconoce en la familia la célula fundamental de la sociedad, brindándole la más amplia protección. Si se parte de la definición de familia que brinda la norma de familia en Cuba, resultan antinómicos los preceptos aludidos, en tanto, no se corresponde la defensa que proclama, que ha de ser extensiva en todos los órdenes, al no posibilitar la norma civil sustantiva, su determinación como parientes con especial protección en la sucesión testamentaria.

5. Válidos resultan los presupuestos tratados, que dan al traste con la desprotección referida, y que evidencian que la relación parental entre hermanos resulta un lazo incuestionablemente fuerte en la familia. De esta manera, éstos son concebidos, entre los parientes obligados a darse alimentos mutuamente y a exigir su reclamación, además de que pueden ser nombrados como tutores por tribunal competente en la materia.

6. En la sucesión intestada los hermanos vienen a la herencia en el quinto llamado, no coincidiendo con los parientes con derecho a ostentar la condición de herederos especialmente protegidos, aunque cumplan con los requisitos de la especial protección, no se encuentran entre los llamados dispuestos en la Ley.

7. Resulta lacerante, la desprotección que para los hermanos opera en el orden de la especial protección en la sucesión testamentaria. Protección que pudiera enarbolarse al izar como bandera defensora de sus derechos, el eficaz cumplimiento de las normas internacionales en defensa tanto de las personas que padecen algún tipo de incapacidad, que las limita en el desempeño de la vida diaria, como en el pleno desarrollo de los niños y las niñas.

RECOMENDACIONES

Analizadas las conclusiones expuestas, y con el objetivo de contribuir a la interpretación y aplicación de la ley en su expresión más alta, se establecen las siguientes recomendaciones:

1. Someter a consideración del legislador que de considerarlo atinado, acoja en sus pronunciamientos los argumentos resultantes de la investigación, para valorar la inclusión de los hermanos del causante, siempre que cumplan los requisitos exigidos en ley, dentro de las personas que ostentan la condición de herederos especialmente protegidos, lo cual contribuirá a su correcto tratamiento.
2. Que a partir de los argumentos teóricos y prácticos aportados en la presente investigación, en aras de ofrecer protección a los hermanos del causante, se tenga en cuenta la investigación para que sea usada como material de estudio.

BIBLIOGRAFÍA

- ¿Qué es un testamento y cuáles son sus tipos? (s.d.). Recuperado a partir de <http://www.economia.com.mx/>.
- Alfaro Guillén, Janet. (s.d.). *Delación forzosa, preterición y legítima asistencial: Análisis en los ordenamientos cubano y español*. Recuperado a partir de <http://www.definicionlegal.com>.
- Antecedentes y evolución de la sucesión testamentaria*. (s.d.). Recuperado a partir de www.newsmatic.epol.com.
- Arévalo, Jorge. (s.d.). *Una nueva mirada jurídica sobre la igualdad y la capacidad de las personas*. Recuperado a partir de <http://www.villaverde.com>.
- Asamblea. (1889). *Código Civil español*.
- Asamblea. (1984a). *Código Civil de Perú*.
- Asamblea. (1984b). *Código Civil Federal de México*.
- Asamblea. (1994). *Código Civil de la República de Colombia*.
- Asamblea. (2000). *Código Civil de Chile*.
- Asamblea General. (1990). *Convención sobre los Derechos del Niño*.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2006). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo*.
- Asamblea Nacional de la República de Cuba. (1975). *Código de Familia de Cuba*.
- Asamblea Nacional de la República de Cuba. (1987). *Código Civil de Cuba*.
- Asamblea Nacional de la República de Cuba. (2003). *Constitución de la República de Cuba*.
- Ballester Toranzo, Yoannis. (s.d.). *Derechos y garantías de las personas con discapacidad, especificaciones de la regulación jurídica en Cuba*. Recuperado a partir de <http://www.megatesis.com/>.
- Carrara, Julio A. (s.d.). *Historia General del Estado y el Derecho en Cuba*. La Habana: Editorial Pueblo y Educación.

Castillo Herd , Yumildre del Valle. (s.d.). *Consideraciones en torno a la noción de capacidad en el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Recuperado a partir de <http://www.redlamyc.info>.

Castillo Mesa, Olga. (2004). *Derecho de Familia*. La Habana: Félix Varela.

Castro Mejía, Dina Esther. (2006). El derecho a elegir nuestra propia forma familiar, 53.

Céspedes Reyes,  lvaro. (s.d.). *Formas en que los parientes más próximos al causahabiente vienen a la herencia*. Recuperado a partir de <http://www.ecured.cu/>.

Céspedes Reyes,  lvaro. (s.d.). *Sucesión intestada*. Recuperado a partir de <http://www.dudalegal.cl/sucesion-intestada.html>.

Coddou, Cecilia. (s.d.). *Personas con discapacidad: El derecho a una vida digna*. Recuperado a partir de <http://www.med.uchile.cl/>.

Código Civil de Argentina. (s.d.). Recuperado a partir de <http://www.Justiniano.com/>.

Colectivo de autores. (2004). *Manual de Historia General del Estado y del Derecho*--. La Habana: Félix Varela.

Definición de heredero forzoso. (s.d.). Recuperado a partir de <http://es.thefreedictionary.com/heredero>.

Definición de Testamento. (s.d.). Recuperado a partir de <http://www.definicionabc.com/>.

Definición legal de heredero forzoso. (s.d.). Recuperado a partir de <http://www.definicionlegal.com>.

Delgado Knigth, Marla. (s.d.). *Algunas consideraciones en torno a la figura de los Herederos Especialmente Protegidos a la luz del Código Civil Cubano*. Recuperado a partir de <http://www.newsmatic.e-pol.com.ar>.

Delgado Vergara, Teresa. (s.d.). *Vulnerabilidad y dependencia en la madurez de la vida: Apuntes sobre la protección a las personas de la tercera edad en Cuba*. Recuperado a partir de <http://www.redalyc.uaemex.mx>.

Derecho de disponer. (s.d.). Recuperado a partir de

<http://www.seuvirtual.net/revistajuridica/dretaSup.htm>.

Díaz Alabart, Silvia. (s.d.). *La Protección jurídica de las personas con discapacidad.*

Recuperado a partir de <http://www.ibertalleres.com/>.

Diez Picazo, L., y Gullón, Antonio. (1994). *Sistema de Derecho Civil. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica.* (octava., Vol. 1). Tecnos.

El Derecho de Sucesiones. (s.d.). Recuperado a partir de

<http://www.derechodesucesiones=uclv.cu>.

Elizalde Consuegra. (2012). Los legitimarios en el Derecho Positivo Cubano.

Fernández Bulté, Julio. (2004). *Manual de Derecho Romano.* La Habana: Félix Varela.

Formas de Suceder. (s.d.). Recuperado a partir de <http://www.ecured.cu>.

González Ramírez, Dermis. (2001). *La regulación jurídica de los Herederos Especialmente Protegidos en el Código Civil.*

haereditaruis. (1925). En *Enciclopedia Universal Ilustrada.*

Herederos forzosos. (2007). En *Manual de Sinónimos y Antónimos de la Lengua Española.*

Herederos legítimos o legitimarios. (s.d.). Recuperado a partir de

<http://www.buenastareas.com/>.

Hernández de la Torre, Maira C. (s.d.). *La discapacidad. Su tratamiento en Cuba y la inserción laboral como forma superior de atención a estas personas.*

Recuperado a partir de [http://www sid.usal.es](http://www.sid.usal.es).

Ius cogens. (s.d.). Recuperado a partir de

<http://www.seuvirtual.net/revistajuridica/dretaSup.htm>.

Jordano Barea, Juan B. (1999). *El Testamento y su interpretación.* Granada.

La Protección patrimonial de los incapaces en la legislación Civil y familiar cubana.

(s.d.). Recuperado a partir de <http://www.juridica.unam>.

La Tutela. (s.d.). Recuperado a partir de <http://www.ecured.cu/index.php/>.

- Lecaros, José Miguel. (s.d.). *Derecho Sucesorio*. Recuperado a partir de <http://www.oocities.org/>.
- Legítima. (s.d.). Recuperado a partir de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com>.
- Los herederos forzosos en Roma. (s.d.). Recuperado a partir de <http://www.slideshare.net>.
- Medina, Graciela. (s.d.). *Prescripción de la acción de colación*. Recuperado a partir de <http://www.tt.mtas.es/>.
- Mourelle, Cristina. (s.d.). *La legítima y la porción hereditaria*. Recuperado a partir de <http://www.escribaniapadula.com.ar>.
- Navarro, Javier. (s.d.). *¿Qué es la legítima?* Recuperado a partir de <http://www.elblogsalmon.com>.
- Osorio, Hernan. (s.d.). *Sucesión Intestada Civil*. Recuperado a partir de <http://www.slideshare.net>.
- Panadero De La Cruz, Ediltrudis. (2011). *El Derecho Civil, Familia y Agrario al alcance de todos*. Santiago de Cuba: Oriente.
- Peral Collado, Daniel. (s.d.). *Derecho de familia*. Recuperado a partir de <http://www.familia./htm>.
- Pérez Gallardo, Leonardo. (2000). Antecedentes directos de los herederos especialmente protegidos, (18), 25.
- Pérez Gallardo, Leonardo. (2012). Familia y herencia en el derecho cubano: ¿realidades sincrónicas?, (29), 153.
- Pérez Gallardo, Leonardo B. (2004a). *Derecho de Sucesiones* (Vol. 1). La Habana: Félix Varela.
- Pérez Gallardo, Leonardo B. (2004b). *Derecho de Sucesiones* (Vol. 2). La Habana: Félix Varela.
- Pérez Gallardo, Leonardo B. (2004c). *Derecho de Sucesiones* (Vol. 3). La Habana: Félix Varela.
- Pérez Gallardo, Leonardo B. (2007). *Derecho Notarial* (Vol. 2). La Habana: Félix Varela.

Pérez Gallardo, Leonardo B. (s.d.). *Luces y sombras en torno a la regulación jurídica de la filiación en Cuba*. Recuperado a partir de

<http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl>.

Pérez Gallardo, Leonardo. (s.d.). *Legítima y discapacidad: Una relectura de los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial*. Recuperado a partir de

<http://www.redalyc.uaemex.mx>,

Rapa Alvarez, Vicente. (1986). *La codificación del Derecho Civil*, (11), 84.

Regalado Borrego, Liset. (2008). *La institución de la tutela a la luz de la práctica en el Tribunal Municipal Popular de Arroyo Naranjo*. La Habana.

Rodríguez Piñeiro, Raúl. (s.d.). *Igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges en el matrimonio. Una visión de género en la normativa cubana actual*.

Recuperado a partir de <http://www.ambito-juridico.com>.

Royo Martínez, Miguel. (s.d.). *Derecho Sucesorio Mortis Causa* (Vol. 1). La Habana: ENPES.

Santiesteban Morales, Leukem. (s.d.). *El derecho al trabajo en defensa de la discapacidad*. Recuperado a partir de <http://www.moodle.uho.edu.cu>.

Testamento. (s.d.). Recuperado a partir de <http://www.wordreference.com/>.

Valdés Díaz, Caridad del Carmen. (s.d.). *Análisis del artículo 30 del Código Civil cubano*. Recuperado a partir de <http://www.eumed.net>.

Valdés Díaz, Caridad del Carmen. (s.d.). *La necesaria distinción entre incapacidad e incapacitación*. Recuperado a partir de <http://www.revistapersona.com>.

Valdés Díaz, Caridad del Carmen. (s.d.). *Derechos inherentes a la personalidad, Bioética y Derecho de familia. Algunas reflexiones jurídicas con especial referencia a la normativa cubana*. Recuperado a partir de <http://www.eumed.net>,

Valdés Díaz, Caridad del Carmen. (s.d.). *Análisis del artículo 29 del Código Civil cubano*.

Valdés Díaz, Caridad del Carmen. (2006). *Derecho Civil*. La Habana: Félix Varela.

Valdés Díaz, Caridad del Carmen. (s.d.). *Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana*. Recuperado a partir de <http://www.edalyc.uaemex.mx>.

Valdés Díaz, Caridad del Carmen. (s.d.). *Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana*. Recuperado a partir de <http://www.revistapersona.com>.

Valdés Lago, Lisandra. (s.d.). *La posibilidad de instituir a los hermanos como herederos especialmente protegidos*. Recuperado a partir de <http://www.newsmatic.e-pol.com>.

Valdés Lago, Lisandra. (s.d.). *Los Herederos Especialmente Protegidos: una visión crítica de su regulación en el Código Civil Cubano*. Recuperado a partir de www.e-pol.com.ar,

Valdiño Del Río, E. (s.d.). *Herencia. Derecho romano*. Recuperado a partir de <http://www.canalsocial.net/>.

Villabella Armengol, Carlos Manuel. (2012). *Investigación y comunicación científica en la ciencia jurídica*. La Habana: Félix Varela.

ANEXOS

Países	Las definiciones que se regulan en los distintos cuerpos legales en cuanto a los parientes que ostentan una especial protección.	Requisitos para ser considerados como legitimarios o herederos forzosos.	Ámbito de aplicación de la institución.	Los parientes que ostentan la condición de legitimarios o herederos forzosos.
España	No se establece ninguna definición en cuanto a los herederos forzosos.	El requisito del parentesco.	Sucesión testamentaria	Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código.
Argentina	No hace referencia a una definición de la figura.	Es omiso en cuanto a los requisitos para ser considerados como herederos forzosos.	Sucesión testamentaria	No establece expresamente quiénes son las personas consideradas como herederos forzosos, pero en la interpretación de su articulado se puede definir a los hijos, ascendientes y los cónyuges.

Chile	La definición que se expresa es la de asignaciones forzosas, que una de estas asignaciones son las legítimas.	No se indican los requisitos para ostentar la condición de legitimarios, sólo se establecen porque la ley así lo estipula.	Sucesión testamentaria	Los hijos, personalmente o representados por su descendencia; los ascendientes, y el cónyuge sobreviviente.
México	No ofrece una definición de herederos forzosos o legitimarios, el legislador incluye a las personas que considera que deben tener protección y no pueden ser olvidados a la hora de realizar el testamento en la obligación del testador de dar alimentos.	No se establecen como requisitos expresamente, pero de la interpretación del artículo se evidencia la inaptitud para trabajar y la dependencia económica.	Sucesión testamentaria	Descendientes menores de 18 años, a los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, al cónyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes, a los ascendientes, a la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los 5 años.
Perú	No ofrece una definición de herederos forzosos.	No se hace alusión a la necesidad de poseer ningún requisito para ser considerado heredero forzoso.	Sucesión testamentaria	Los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge.
Colombia	No ofrece una definición de herederos forzosos.	No se hace alusión a los requisitos necesarios para poder ostentar la condición de legitimarios.	Sucesión testamentaria	Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales personalmente, o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial, los ascendientes, los padres adoptantes, los padres de sangre del hijo adoptivo de forma simple.

Cuba	No ofrece una definición de herederos especialmente protegidos, sólo hace alusión a las personas que son considerados como tal, si cumplen con los requisitos de la ley.	La inaptitud para trabajar, la dependencia económica y el requisito del parentesco.	Sucesión testamentaria	Los hijos o sus descendientes en caso de haber premuerto aquéllos; el cónyuge sobreviviente; y los ascendientes.
------	--	---	------------------------	--