

EL ACTO JURÍDICO TESTAMENTARIO. CONTENIDO E INTERPRETACIÓN

*Leonardo B. Pérez Gallardo**

RESUMEN

El testamento devenido, histórica y dogmáticamente, el acto jurídico *mortis causa* por excelencia, tiene un amplio reconocimiento en el derecho positivo de cualquier latitud del mundo. La preocupación del ser humano por perpetuar su patrimonio *ultra vires*, ha sido la *ratio* misma por la que el derecho ha tutelado la facultad de toda persona física de determinar el destino de la riqueza que ha acumulado en vida. De ahí la figura del testamento, convertido también hoy día en el cauce formal de las más disímiles manifestaciones de voluntad, que van desde el destino del cadáver hasta la ordenación de una fundación a la que se dota de patrimonio.

Fecha de recepción: 17 de marzo de 2004

El presente artículo pasa revista a la ubicación del testamento dentro de la dogmática sucesoria, ofreciendo la atinada distinción entre acto jurídico *mortis causa* y acto *post mortem*, las tesis que han intentado explicar su naturaleza jurídica, afiliándose a la teoría del doble estadio, el testamento como título sucesorio, la capacidad para testar, el contenido de dicho negocio, con especial referencia al *living will* o falaz testamento vital o dispositivo de la propia vida y las reglas de la hermenéutica testamentaria. Una vez más queda evidenciado que no todo está escrito sobre esta milenaria figura, capaz de debutar con nuevas y diletantes polémicas que acrecientan los ya, de por sí, escabrosos senderos del derecho sucesorio.

* Profesor auxiliar de derecho civil y de derecho notarial, Facultad de Derecho Universidad de La Habana. Cuba.

Palabras clave: testamento, acto jurídico *mortis causa*, título sucesorio, contenido, interpretación.

ABSTRACT

The will, historically and theoretically considered the mortis causa juridical act as such, is widely considered in positive Law all over the world. The fact that the human being has been trying to endure his/her ultra vires patrimony has been the ratio by which the law has protected the possibility of all natural person to determine the destiny of the wealth that he or she has gathered throughout his or her life. Due to this reason, the will becomes nowadays in the formal step of the most different forms of will, which include from the corpse destiny up to the establishments of a foundation, which is given a patrimony.

This article revises the position of the will in the successions Theory stating the precise distinction between the mortis causa juridical act and the post mortem act, the theories that have tried to explain their juridical nature considering, following the author's viewpoint, the double effect theory as the most adequate to explain the nature of the will, the will as a successor title, the testamentary capacity, its content, with special reference to the living will or disposition of the own life, and the rules of will interpretation. Once more it is possible to state that not everything is written about this ancient figure able to offer new and dilettante arguments, which increase the difficulties in the Succession Law.

Key words: will, mortis causa juridical act, successor title, content, interpretation

SUMARIO

1. ACTOS JURÍDICOS *MORTIS CAUSA*, ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD ACTOS *POST MORTEM*. NECESARIA DISTINCIÓN
2. EL TESTAMENTO COMO PRINCIPAL ESPECIE DE LOS ACTOS JURÍDICOS *MORTIS CAUSA*. TRACTO HISTÓRICO. ALGUNAS IDEAS PARA SU DEFINICIÓN. FÓRMULAS DEFINITORIAS

3. LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE EXPRESADA EN EL TESTAMENTO COMO LEY DE LA SUCESIÓN. EL TESTAMENTO COMO TÍTULO SUCESORIO
4. CARACTERES DEL TESTAMENTO
5. TESIS SOBRE SU NATURALEZA JURÍDICA
 - 5.1 Teoría del acto imperfecto
 - 5.1.1. El testamento como simple proyecto
 - 5.1.2. El testamento como negocio *in divenire*
 - 5.1.3. El testamento como acto jurídico permanente
 - 5.1.4. El testamento como negocio jurídico con forma fija y voluntad variable o ambulatoria *usque ad mortem*
 - 5.1.5. Críticas a las variantes de la teoría del acto imperfecto
 - 5.2. Teorías que distinguen entre perfección y eficacia del acto testamentario
 - 5.2.1. Críticas a esta teoría
 - 5.3. Teoría del supuesto de hecho complejo, de formación sucesiva
 - 5.3.1. Crítica a esta teoría
 - 5.4. Teoría que distingue un doble estadio de relevancia jurídica en el testamento: para la esfera del testador y para la generalidad
6. CAPACIDAD PARA TESTAR O *TESTAMENTIFACTIO* ACTIVA
7. Contenido del acto jurídico testamentario.
El llamado “testamento vital” o *living will*
8. INTERPRETACIÓN DEL ACTO JURÍDICO TESTAMENTARIO
 - 8.1. La regla general de interpretación de los actos jurídicos contenida en el artículo 52 del Código Civil. Las reglas especiales en sede testamentaria
 - 8.2. Particularidades que ofrece la hermenéutica testamentaria
 - 8.3. El principio interpretativo del *favor testamenti*
 - 8.4. Medios de interpretación de las disposiciones testamentarias. Medios intrínsecos
 - 8.4.1. El empleo de las pruebas extrínsecas
 - 8.5. La interpretación integradora de los testamentos
 - 8.6. Sujetos de la interpretación
 - 8.7. Interpretación y casación

BIBLIOGRAFÍA

1. ACTOS JURÍDICOS *MORTIS CAUSA*, ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD, ACTOS *POST MORTEM*. NECESARIA DISTINCIÓN

Antes de iniciar cualquier estudio sobre la doctrina general del testamento, *prima facie* se impone su ubicación en la teoría general de los negocios y actos jurídicos y, en especial, de los de carácter *mortis causa*.

El tema ha sido abordado con insospechable profundidad por la doctrina italiana, sobre todo a partir de la obra de GIAMPICCOLO¹.

Para el citado autor acto *mortis causa* es aquel acto que tiene por función propia el regular las relaciones patrimoniales y no patrimoniales del sujeto para el tiempo y en dependencia de su muerte, y que ningún efecto, ni siquiera prodrómico o preliminar y, por ello destinado a producir, es derivado, antes de tal evento. La muerte no aparece prevista, como un evento cualquiera, extraño a la estructura del acto, es más bien un elemento inseparable, característico de su función, funge como una *conditio iuris*, compone, junto al acto, una especie objetivamente compleja, es presupuesto legal, elemento constitutivo del acto, requisito inmanente de su eficacia, requisito para la existencia del vínculo que de él se origina. El acto *mortis causa* es aquel que tiene por su propia función la regulación de las relaciones y situaciones que vengan a formarse en vía originaria con la muerte del sujeto y que a su muerte de alguna forma tiene su autónoma calificación².

Para JORDANO BAREA, entre los autores españoles, el acto *mortis causa* es aquel que tiene como contenido propio la disciplina de una situación *post mortem*, siempre que de la muerte del sujeto autor del acto se derive una calificación jurídica autónoma. La calificación *mortis causa* del acto hace alusión al elemento objetivo-funcional del mismo (causa-función de éste)³.

En tanto que fugazmente se refiere a dicho acto LACRUZ BERDEJO, quien lo cataloga como aquél relativo a la suerte de relaciones patrimoniales de una persona natural después de su muerte⁴.

1 Me refiero a ese clásico de la literatura jurídica italiana *Il contenuto atípico del testamento*, Giuffrè Editore, Milano, 1954.

2 Vid. GIAMPICCOLO, GIORGIO, *Il contenuto...*, cit., págs. 37-38 y 41.

3 JORDANO BAREA, JUAN B., *El testamento y su interpretación*, Comares, Granada, 1999, págs. 4-5.

4 LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS *et al.*, *Elementos de derecho civil V – Derecho de sucesiones*, 5ª edición, Bosch, Barcelona, 1993, pág. 171.

En efecto, lo que distingue al acto *mortis causa* de cualquier otro acto no es tanto el hecho que el evento muerte de su autor sea elevado a la categoría esencial del acto, cuanto el hecho que tal evento está afirmado en el esquema, a punto de referencia de los efectos, o de uno de los efectos del acto, si bien como punto de origen y de individualización de la misma situación regulada, que es la situación que vendrá a subsistir después de la muerte del sujeto⁵.

De esta manera, *v. gr.* no se considera *mortis causa* el supuesto en que se pacta la cesación de un arrendamiento para el caso de muerte del arrendador, ya que el evento muerte funciona aquí como una simple condición resolutive del vínculo. Tampoco la donación a término inicial de la muerte del donante. Aquí la donación es actual, aunque el efecto traslativo está diferido al desenvolvimiento de un término.

Se distingue el acto *mortis causa* del acto *inter vivos*, en que en el primero —como ya se expresó—, el *rol* de la muerte es objetivo, forma parte de la causa-función del acto, en tanto que en el segundo, la clasificación obedece al plano de los efectos del acto para los sujetos y al modo de ser de los efectos del acto en relación con los mismos sujetos. El acto *inter vivos* implica una relación intersubjetiva, una situación que, de algún modo, vincula e interesa correlativamente a varias personas vivientes. *Inter vivos* son los actos del común comercio, o sea, el acto del que se origina una situación jurídica la cual incide contemporáneamente en la esfera jurídica de su autor o de uno o más terceros⁶.

Por ello ambas categorías no son antitéticas, sino perfectamente compatibles. De ahí que se pueda hablar de actos *inter vivos* a causa de muerte, *v. gr.* los contratos sucesorios en aquellos ordenamientos que los admiten, en los que desde el ángulo objetivo la muerte actúa como causa-función, si bien con efectos vinculatorios entre instituyente e instituido. Se trata, como afirma JORDANO BAREA, de negocios que, aun operando también sobre situaciones *post mortem*, producen, ciertos efectos inmediatos entre los contratantes desde el punto de vista del vínculo obligatorio o relación intersubjetiva, ya que, de ordinario, la disposición *mortis causa* contractual es irrevocable sin el consentimiento de las partes y, aunque el disponente pudiera influir indirectamente sobre la suerte de la atribución mediante actos de disposición *inter vivos*, el heredero o legatario contractuales pueden, al causarse la herencia, impugnar los negocios jurídicos, tanto a título oneroso como gratuito, concertados en fraude de sus derechos. O sea, el contrato sucesorio crea entre los sujetos intervientes una relación jurídica preliminar, del que nacen verdaderas

5 Así, GIAMPICCOLO, G., *op. cit.*, pág. 41.

6 *Idem*, págs. 52-53.

expectativas de derecho, que merecen tutela legal, aun cuando los efectos definitivos del negocio dependan de la muerte del disponente, antes pueden y deben seguirse los llamados efectos conservativos, prodrómicos o preliminares para la justa tutela de aquellas expectativas⁷.

Como una especie dentro de los actos jurídicos *mortis causa*, ubica la doctrina la figura de los *actos de última voluntad*, definidos como aquéllos en los no sólo la muerte es el elemento causal-funcional del acto, sino que son expresivos de la última y deliberada voluntad del sujeto. Se trata de actos que representan para el sujeto la posibilidad de retornar sobre su determinación a través de la revocabilidad, elemento tipificador. La calificación de acto de última voluntad no es sinónimo de última voluntad expresada en el momento de la muerte, sino que significa más bien acto de voluntad que ha de ser eficaz después de la muerte y, precisamente por eso, el acto que debe expresar la última entre varias voluntades que el testador haya manifestado sucesivamente. Por ello se contrapone a los actos *inter vivos* porque son precisamente los *actos de última voluntad*, que no los *mortis causa*, los que son eficaces para los terceros únicamente con la muerte de su autor, nunca antes. El paradigma de dichos negocios lo constituye el testamento, aunque en el contexto cubano no es el único, por cuanto también está diseñada la figura de la designación de beneficiario *mortis causa* en cuenta de ahorro.

Por último, cabe indicar una mera noción de los actos atributivos *post mortem*. Se trata de aquellos negocios jurídicos en los que la disposición patrimonial obedece a un momento en que el sujeto atributivo está aún con vida, si bien se difiere su ejecución o agotamiento para cuando sobrevenga su muerte. En estos actos el hecho de la muerte es el término de regulación negocial, o sea, el momento en que se va a producir un efecto determinado, *v. gr.* en la manifestación de voluntad del progenitor que autoriza a su cónyuge superviviente a que sea inseminada *post mortem*, o sea, a que puedan ser utilizadas sobre su persona las técnicas de reproducción humana asistida cuando el declarante ya ha fallecido, con los efectos que esa declaración de voluntad tenga en materia filiatoria y sucesoria (cfr. artículo 9 de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre *Técnicas de reproducción asistida* de España)⁸. Se trata de actos en que la muerte es punto de referencia para la adquisición, modificación o extinción de un derecho, nunca su elemento causal-funcional.

7 JORDANO BAREA, J.B., *El testamento...*, cit., págs. 5-6.

8 Vid. ALBÍEZ DOHRMAN, K. JOCHEN, *Negocios atributivos post morte*, CEDECS, Barcelona, 1998, págs. 20-26.

2. EL TESTAMENTO COMO PRINCIPAL ESPECIE DE LOS ACTOS JURÍDICOS *MORTIS CAUSA*. TRACTO HISTÓRICO. ALGUNAS IDEAS PARA SU DEFINICIÓN. FÓRMULAS DEFINITORIAS

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

Etimológicamente *testamentum* deriva de *testari* y *testis*, aunque no significa un acto jurídico confirmado con testigos.

De las definiciones reconocidas en las fuentes romanas, a pesar de que los juristas romanos no fueron dados a ofrecer definiciones según el viejo apotegma *omnia definitio in iure periculosa est*, destacan la de MODESTINO (*Dig.* 28, 1, 1)

“Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententiae de eo quod quis post mortem suam fieri velit”

y la de ULPIANO (*Reg.* XX, I) el testamento es:

“mentis nostrae iusta contestatio in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat”

que corresponden al concepto moderno del testamento, pero que referida al derecho romano, es evidentemente inexacta, pues en él era de esencia que contuviera institución de heredero.

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

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

El primero de los testamentos mencionados requirió en un principio la consulta de la asamblea popular y más concretamente a los *comitia curiata*, motivando un decreto de éstos o una moción o propuesta del *pontifex maximus* con el consentimiento del *pater familias*, y limitándose el pueblo a atestiguar el acto.

Desaparecidos los comicios curiados, treinta lectores sustituyeron simbólicamente a las treinta curias⁹.

La tercera forma de testamento —nos describe VALLET— fue el *testamentum per aes et libram*. Se trataba de un artificio de la antigua jurisprudencia cautelar romana, formalizado del siguiente modo: el testador enajenaba todo su patrimonio, presente y futuro (*familiae pecuniaque*), mediante una *mancipatio nummo uno*, a otra persona (*familiae emptor*), a quien ya sea oralmente, en la *nuncupatio familiae*, o bien por escrito, en las *tabulae testamenti* —en la que se refería la *nuncupatio*—, daba instrucciones relativas a la distribución que debería efectuar a su muerte¹⁰.

Algunas ideas para su definición

Reconocido en el derecho histórico español, y en los ordenamientos que traen causa de éste, la mayoría de los códigos civiles tienden a reconocer una definición aproximada de testamento¹¹ que, igualmente suele ser criticada por la doctrina científica, por tratarse de definiciones incompletas. La mayoría de las oportunidades estériles.

Antológica resulta en la doctrina científica española la crítica de SÁNCHEZ ROMÁN a la definición de testamento que hace el artículo 667 del Código Civil¹². Crítica que puede ser traspolada a la definición dada por el artículo 476 del vigente Código Civil cubano. En esa oportunidad dijo el célebre autor que tal definición no es exacta porque atribuye al testamento un sentido exclusivamente patrimonial, cuando en realidad puede contener disposiciones acerca de los bienes o declaraciones o derechos relativos a las personas como reconocimiento de hijos, nombramiento de tutor, etc. No es completa, porque prescinde de la mención de los caracteres esenciales del testamento, de los cuales depende su eficacia. No es útil ya que del mismo no resulta provecho ni aplicación práctica alguna, y su supresión en nada

9 VALLET DE GOYTÍSOLO, JUAN B., *Panorama del derecho de sucesiones*, t. I - Fundamentos, 1ª edición, Cívitas, Madrid, 1982, págs. 961-964.

10 *Ibidem*.

11 Así, el *Códice* en su artículo 587; el Código Civil argentino en su artículo 3607; el Código Civil portugués en su artículo 2179; el Código Civil guatemalteco en su artículo 935; el Código Civil paraguayo en su artículo 2608; el Código Civil peruano en su artículo 686; el Código Civil uruguayo en su artículo 779; el Código Civil chileno en su artículo 999 y los que de él trasuntaron tal definición como el Código Civil colombiano en el artículo 1055, el Código Civil ecuatoriano en el artículo 1059, el Código Civil hondureño en el artículo 980, el Código Civil nicaragüense en el artículo 945.

12 Artículo 667: "El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento".

perjudicaría la economía del Código. Critica que ha sido minimizada por otros autores¹³.

En efecto, el artículo 476 del Código Civil cubano, no es sino un trasunto del artículo 667 del Código Civil español. Reza el precepto cubano que:

“Por el testamento, una persona dispone de todo su patrimonio o de una parte de éste para después de su muerte, con las limitaciones que este Código y otras disposiciones legales establecen”,

aun cuando es cierto que el precepto está más encaminado a expresar el contenido del testamento que su definición. De ahí el inicio de su formulación normativa “Por el testamento” que no la alocución definitoria “El testamento es el acto”. No obstante, esté concebido en la *mens legislatoris* definir o no al testamento, lo cierto y claro es que, aun perfilado en determinar su contenido resulta incompleto, al hacer *mutis* sobre las disposiciones no patrimoniales, no obstante, no formar parte éstas de la acepción del testamento en sentido material¹⁴.

Sin pecar de extremista, es cierto que los rasgos o elementos que caracterizan al testamento no tienen porqué estar contenidos en una definición legal, pues, a la postre, ellos se regulan en otros preceptos del propio Código Civil (*vid.* artículos 477, 478, y 483 y siguientes), pero el legislador debió incluir en ella una aproximación lo suficientemente omnipotente y omnisciente que abarcare la múltiples dimensiones o aristas que el instituto que estudiamos tiene, o al menos éstas quedaren enunciadas.

Así, podría ofrecerse una definición aproximada de la siguiente manera: es la expresión de la última y deliberada voluntad de un ser humano, exteriorizada solemnemente, conforme con la ley, por persona capaz, para que surta efectos jurídicos frente a terceros 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.

De tal concepto, luego destacaremos los elementos que le caracterizan.

13 Para apreciar la crítica de SÁNCHEZ ROMÁN y las objeciones formuladas por la doctrina más moderna *vid.* RIVAS MARTÍNEZ, JUAN JOSÉ, *Derecho de sucesiones. Común y foral*, t. I, 2ª edición, Dikynson, Madrid, 1997, págs. 74-75.

14 Sobre el tema *vid.* lo ya expuesto en PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. y MARÍA ELENA COBAS COBIELLA, *Temas de derecho sucesorio cubano*, Félix Varela, La Habana, 1999, págs. 126-128.

Fórmulas definitorias del testamento

Nos recuerda JORDANO BAREA que en la doctrina se mueven tres concepciones fundamentales del testamento, a saber: 1ª en sentido formal; 2ª en sentido sustancial y amplio; 3ª en sentido sustancial y estricto.

1ª En sentido formal

Según esta primera concepción, lo más importante en el concebir el testamento no en su consideración de negocio jurídico, sino el concebirse como una simple forma documental apta para recoger en sí la más disímil gama de negocios a causa de muerte admitidos en el ordenamiento jurídico. Lo que caracteriza al testamento más que un determinado contenido es la forma. De esta manera se contempla al testamento como un simple caparazón en que pueden tener cobija las más variadas manifestaciones de última voluntad con designio normativo.

2ª En sentido sustancial y amplio

Según esta acepción, se concibe al testamento como un tipo negocial a causa de muerte, de carácter general y contenido variable, patrimonial y no patrimonial. Según esta variante el testamento se asimila con el acto de última voluntad y éste con aquél, donde tienen cabida las más disímiles disposiciones del testador, no ligadas necesariamente con el patrimonio¹⁵.

3ª En sentido sustancial y estricto

Conforme con esta tercera acepción, el testamento es el negocio jurídico unilateral *mortis causa*, típico, por el cual se dispone del patrimonio para después de la muerte¹⁶. Es la que asimila el Código Civil cubano en su artículo 476, aunque de *iure condendo* ofrezco mi voto por la anterior¹⁷.

15 Es la posición que adoptan los *Códigos Civiles* de Bolivia (artículo 1112), Perú (artículo 686), Portugal (artículo 2179) e Italia (artículo 587)

16 Entendida tal disposición no sólo de los bienes presentes sino también de los futuros para evitar un *ab intestato*, tal y como se ha expresado en la jurisprudencia argentina: "El testamento dispone, no sólo sobre los bienes presentes, sino también sobre los futuros del testador, por lo que mantiene su validez pese a la circunstancia de que el patrimonio se haya visto acrecentado con posterioridad al acto de última voluntad", CNCiv., Sala F, agosto 13 1982, ED, 101-788.

17 *Apud.* JORDANO BAREA, J.B., *El testamento...*, cit., págs. 13-17.

3. LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE EXPRESADA EN EL TESTAMENTO COMO LEY DE LA SUCESIÓN. EL TESTAMENTO COMO TÍTULO SUCESORIO

La primacía de la voluntad sucesoria del *pater familias*, expresada testamentariamente, sobre las normas legales que regulaban la sucesión legítima resultaba ya en la Ley de las XII tablas que sólo daba lugar a la sucesión legítima *si intestato moritur*. Prevalencia que tiene su *ratio* en que el testamento, concretado primigeniamente a la institución de heredero, tenía la finalidad de asegurar la unidad de la familia mediante la designación de su nueva cabeza, evitando su disolución. De ahí la necesidad de designar un sucesor o heredero, que no era posible sino mediante testamento, lo que virtualiza la importancia social que tomó esta figura.

La preeminencia que nuestro ordenamiento jurídico le otorga a la voluntad del causante, aunque con otra dimensión, mucho más afín al contexto actual, tiene varias manifestaciones positivizadas en el Código Civil, así:

- 1° se reconoce como primera fuente de las sucesiones (*vid.* artículo 467.1);
- 2° la sucesión testamentaria se regula con preeminencia a la *ab intestato*, cumpliendo esta última funciones supletorias o complementarias de la primera (*vid.* artículo 476 en relación con artículo 509);
- 3° la voluntad del testador incide en la determinación de si estamos en presencia de un heredero *ex re certa* o de un legatario simple (*vid.* artículo 468.3);
- 4° corresponde únicamente al testador la facultad de rehabilitar a los incapaces para suceder reconocidos en el artículo 469.1 (*vid.* artículo 469.2);
- 5° la amplia libertad de testar (*vid.* artículo 492.1);
- 6° puede el testador distribuir todo el patrimonio en legados (*vid.* artículo 499);
- 7° tiene la posibilidad el testador de imponer un modo a herederos o legatarios instituidos (*vid.* artículo 496.2) o de imponer sublegados a los legatarios (*vid.* artículo 497);
- 8° le compete al testador el nombramiento de albaceas, con las facultades expresamente conferidas por él, en el término también señalado al efecto (*vid.* artículos 505.2, 506.1 y 3);
- 9° le está atribuido al causante el poder ejecutar por sí mismo la partición, ya por actos entre vivos o *mortis causa* (*vid.* artículo 534); ellas, entre otras.

El testamento como título sucesorio

Expresa CÁMARA ÁLVAREZ que título sucesorio es aquél en cuya virtud se defiere la herencia del causante.

Dentro de los títulos sucesorios negociales ubica el citado autor al testamento, principal título sucesorio, y también al contrato. Este último —aunque no reconocido como tal en el ordenamiento jurídico cubano—¹⁸.

Más preciso es VALLET DE GOYTÍSOLO, para quien el título en un sentido genérico es el documento en que consta el derecho, en nuestro caso, a una sucesión o parte de ella¹⁹. Por esta razón, es en ese orden *probatorio o demostrativo* que hablaré del testamento como *título sucesorio*. Porque en un sentido *constitutivo, causal o generativo* habrá que situar la manifestación de voluntad del causante, eso sí exteriorizada a través de la forma requerida por ley, por tener ésta un valor constitutivo o *ad solemnitatem*.

4. CARACTERES DEL TESTAMENTO

Para la *communis opinio* los elementos que caracterizan al testamento lo son:

- a) Ser un acto jurídico *mortis causa*.

En este sentido ya se ha explicado porqué el testamento es un acto jurídico como manifestación enteramente deliberada y libre de una persona física, único tipo de persona que para el derecho tiene aptitud para testar. Acto en que la muerte juega el *rol* de ser elemento causal-funcional, *ratio* misma de su existencia. Por consiguiente al testamento le resultan de aplicación todas aquellas normas del Código Civil reguladoras del acto jurídico, en lo que no se avenga en contra de su propia naturaleza, *v. gr.* quedarán excluidas las relativas a la representación.

18 Define CÁMARA ÁLVAREZ, MANUEL DE LA, *Compendio de derecho sucesorio*, 2ª edición actualizada por ANTONIO DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, La ley-actualidad, Madrid, 1999, pág. 59, al contrato sucesorio como aquel contrato, en el que el futuro causante instituye heredero o dispone un legado a favor del otro contratante o de un tercero.

19 VALLET DE GOYTÍSOLO, *Panorama...I, cit.*, pág. 959.

b) Su unilateralidad.

El testamento es necesariamente un acto unilateral. Sólo requiere una única declaración de voluntad: la del testador²⁰. Atrás han quedado las tesis que se han fundado en una pretendida contractualidad del testamento, al intentar equiparar la aceptación por el heredero al valor que tiene la aceptación del destinatario en la oferta contractual²¹. Ni el testamento es una oferta, ni la aceptación del heredero es una respuesta a esa institución de heredero, en la que el testador se limita a nombrar al designado, para que a su muerte tenga lugar a su favor la vocación y delación hereditarias. Testamento y aceptación son dos negocios jurídicos distintos y autónomos. Como expresa JORDANO BAREA la *ratio* de esta unilateralidad viene dada como vía para garantizar la absoluta independencia en la formación libre y espontánea de la voluntad. Por ello la unilateralidad no es sólo condición suficiente, sino también necesaria, para que el acto despliegue sus efectos. Se establece imperativamente la estructura *ex uno latere* de la declaración de última voluntad testamentaria²².

c) Ser una declaración de voluntad de naturaleza no recepticia.

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

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

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

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

21 Así, CIMBALI, *cit. pos.* JORDANO BAREA, J.B., *El testamento..., cit.*, pág. 38.

22 *Vid.* JORDANO BAREA, J.B., *op y loc. ult. cit.*, pág. 38.

d) Ser un acto *intuitu personae*.

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

Este carácter viene regulado en el artículo 477.1²³. En este sentido nuestro ordenamiento jurídico no admite excepción de tipo alguno.

e) Ser un acto individual.

No sólo se trata de que el testamento sea un acto unilateral. La unilateralidad responde al número de declaraciones de voluntad que estructuralmente conforman al acto. El carácter individual o unipersonal del testamento es el sustento por el que la mayoría de los ordenamientos jurídicos prohíben bajo nulidad radical o absoluta la mancomunidad testamentaria, esto es, el que más de una persona otorgue testamento conjuntamente²⁴, lo que ha sido también pronunciado a través de la jurisprudencia²⁵. No obstante, en tales casos seguirá siendo el testamento unilateral, cuando dos o más personas testan en un mismo instrumento en beneficio de un tercero (testamento mancomunado conjuntivo).

Tiene su expresión normativa en el artículo 477.2 del Código Civil.

23 Reconocido así también en otros cuerpos normativos como el *BGB* en sus §§ 2064 y 2065; el Código Civil argentino en su artículo 3619; el Código Civil boliviano en su artículo 1115; el Código Civil nicaragüense en su artículo 946; el Código Civil paraguayo en su artículo 2613 y el Código Civil uruguayo en su artículo 782, entre otros.

24 *V. g r.*, artículo 3618 del Código Civil argentino; artículo 114 del Código Civil boliviano; artículo 938 del Código Civil guatemalteco; artículo 2612 del Código Civil paraguayo. En tanto lo admite el Código Civil costarricense en su artículo 625.

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

La razón de su prohibición la sitúa la doctrina en evitación de disposiciones captatorias²⁶ y para asegurar la libre revocabilidad del testamento²⁷, que resultaría comprometida en el caso de disposición mancomunada bilateral o hecha en provecho recíproco (testamento mancomunado mutuo)²⁸. Su violación, al igual que el del carácter individual, genera la nulidad absoluta y total del testamento *ex artículo 67 inciso ch*) en relación con el artículo 477, ambos del Código Civil²⁹.

f) Ser un acto esencialmente revocable.

Basado en el principio de que *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*³⁰ se ha sustentado el carácter esencialmente revocable del acto jurídico testamentario. Sólo con ello se logra de que *suprema voluntas potior habetur*.

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

26 En el derecho argentino se ha llegado a expresar por los jueces: “Aunque se demuestre que el testamento conjunto no tuviere por fin captar la herencia, éste no tendrá validez en nuestro derecho, ya que la prohibición establecida en el art. 3618 del Código Civil es de orden público, insusceptible de ser dejado de lado por la voluntad de las partes. Distinto sería si se hicieran testamentos simultáneos, pero en un mismo acto”. (CApel.CC Azul, sala I, marzo 29-1996). ED, 168-453.

27 Así lo ha dicho también la jurisprudencia argentina: “La prohibición del art. 3618 del Código Civil tiende a proteger la libertad de cada testador, el que debe tener hasta el último instante de su vida la facultad y la posibilidad de modificar y aun de dejar sin efecto el testamento”. (CNCiv., Sala C, mayo 23 1978). ED, 79-308; “El art. 3618 del Código Civil prohíbe que se haga el testamento en un solo acto por dos o más personas, sea en favor de un tercero o a título de disposición recíproca y mutua. El fundamento de la norma, sea que se trate de disposición conjuntiva simple —de dos o más personas a favor de un tercero— o de testamento conjuntivo recíproco, estriba en la personalidad del acto y en la facultad de revocación *ad nutum* que se perdería de admitirse el testamento antedicho”. (CNCiv., Sala D, febrero 5 1981). ED, 95-261.

28 La propia jurisprudencia argentina se ha pronunciado: “En el testamento hecho recíproca y conjuntamente por dos personas a favor de la que sobreviniera, la liberalidad de uno tiene apariencia de condición para la liberalidad del otro; existe entre ambos mutua dependencia y, por consiguiente, falta el requisito esencial de la espontaneidad y de la libertad de la voluntad del testador, que debe considerarse sustancial!” en ED, 79-308.

29 Igual posición se ha adoptado en el derecho argentino: “Es nulo el testamento otorgado por tres concurrentes en un solo acto”. (CApel.CC Azul, sala I, marzo 29-1996). ED, 168-453; “El testamento por el cual de los dos (*sic*) personas se instituyeron recíprocamente, el uno al otro, como único y universal heredero de todos los bienes que forman parte de su patrimonio a la fecha del que primero falleciera, cae dentro de la prohibición legal contenida en el art. 3618 del Código Civil”. (CNCiv., Sala C, mayo 23 1978). ED, 79307.

30 ULPiano: I. 4, D., *de adimendis legatis*, 34, 4.

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

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

Para VALLET:

“La finalidad de estas cláusulas era la de prevenir determinadas circunstancias personales del testador, tales: su necesidad de ocultar sus verdaderas determinaciones; el tenor de influjos posteriores de las personas que le rodearon o de su debilidad en la última enfermedad, o cualquier otro accidente que pudiera influir en que se viera compelido a efectuar alguna disposición testamentaria que no correspondiere a su serena, reflexiva y libérrima voluntad. Para ello recurría el testador a la previsión de que el testamento que otorgaba no se entendería revocado si el posterior no contuviese la específica cláusula derogatoria prevista al efecto, ya sea reproducida entera o en cuanto a ciertas palabras o expresiones, señaladas como contraseña de la verdadera voluntad derogatoria”³¹.

g) Ser un acto solemne.

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

La constancia de la voluntad del testador debe revestir las formas jurídicas estimadas necesarias para su validez y eficacia, cuyo quebrantamiento da lugar a la nulidad (*vid.* artículo 67 inciso d) del Código Civil), sin que quepa confundir el testamento en sí con la forma que le cubre, si bien ésta juega un *rol ad solemnitatem*³². El incumplimiento de las formalidades exigidas *ex lege*, trae aparejada su nulidad, cuya imperatividad viene dada por el interés del legislador

31 VALLET DE GOYTÍSOLO, J.B., *Panorama...I, cit.*, pág. 971.

32 Es interesante lo que la jurisprudencia argentina ha dicho al respecto: “Identificar el acto jurídico de testar formal con la pieza misma de su otorgamiento, importa una apreciación materialista que olvida que el acto jurídico es un acto del espíritu de su autor y que no se corporiza en el papel, sino con el instrumental fin de obtener la manifestación. El testamento no es papel, sino lo que el testador transmitió por ese medio físico; comunicación de su voluntad *mortis causa* que sigue siendo la de su mente” (CNCiv., Sala C, agosto 26 1980). ED, 90-769.

de proteger la manifestación de voluntad ante comportamientos que denoten ligereza por parte de éste, o actos que supongan presiones externas³³.

Las solemnidades de cada tipo testamentario vienen reconocidas en el Código Civil en los artículos 484 y siguientes.

5. TESIS SOBRE SU NATURALEZA JURÍDICA

La doctrina que ha estudiado el tema ubica a JORDANO BAREA, quien ha seguido a la más selecta doctrina científica italiana, como el principal exponente de las tesis que se han disputado la construcción dogmática del testamento. A él me remito y, en apretada síntesis, expongo sus consideraciones.

33 Así lo ha dicho el Tribunal Supremo de España en su sentencia de 27 de septiembre de 1968 (Ref. *El derecho* 1968/575) “los negocios jurídicos ‘*mortis causa*’, tiene carácter eminentemente formal, exigiéndose por tanto en su constitución de determinados y preceptivos requisitos cuya inobservancia provoca, su nulidad absoluta sin posibilidad de ulterior convalidación —sentencia de 24 de octubre de 1963—, requisitos que la de 24 de mayo de 1927 califica de esenciales, la de 19 de junio de 1958 de preceptivos e inderogables, determinando la de 5 de octubre de 1962 que el carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos y a interpretarlos restrictivamente, supeditando la sentencia de 28 de octubre de 1965 su validez al exacto cumplimiento de las solemnidades legales; todo ello en perfecta observancia de lo ordenado por el artículo 687 del Código Civil que claramente estatuye la nulidad de los testamentos en cuyo otorgamiento no se observaran las formalidades establecidas; y como quiera que el artículo 695 del mismo cuerpo legal señala como requisitos de tal otorgamiento, entre otros que no hacen al caso, que si el testador declara que no sabe o no, puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos instrumentados u otra persona, dando fe de ello el notario; es evidente que tales requisitos son preceptivos e inderogables y su omisión acarrea la nulidad del testamento; sin que sea obstáculo para ello el contenido de la sentencia de esta Sala de 30 de abril de 1909, ni la de 23 de noviembre de 1904 por referirse a defectos de expresión subsanables por su propia lectura y sin que ofreciera duda la conocida voluntad del testador y la segunda que afecta a la unidad del acto en casos en que no significa su rotura real, sino pequeñas interrupciones para la ingestión de medicamentos o auxilios urgentes al enfermo; máxime que por tratarse de resoluciones únicas no constituyen jurisprudencia y pugnan con la más uniforme y recientemente sentada, como queda expuesto y con más precisión, en relación al caso estudiado en la de 16 de febrero de 1956, determinante de que para que firme un testigo a ruego del testador es preciso que éste manifieste no poder o no saber hacerlo y que ruegue al testigo lo haga en su nombre, formalidades externas que es preciso consten bajo fe del notario”; en sentencia de 8 de marzo de 1975 (Ref. *El derecho* 1975/313) “Que dado el carácter esencialmente solemne que el testamento abierto presenta en nuestro ordenamiento jurídico, se hace preciso, para que el mismo sea válido y eficaz, que se hayan observado en su otorgamiento cuantas formalidades se establecen al efecto en el capítulo I, título III, del libro III del Código Civil, según se hace constar expresamente en el artículo 687 de dicho cuerpo ley al extremo de que el incumplimiento de cualquiera de ellas provocaría su nulidad, aun cuando no pudiera dudarse racionalmente de que el mismo reflejaba con fidelidad la voluntad del testador (sentencias de 19 de junio de 1958, IT de junio de 1966 y 6 de febrero de 1969) (...)”; y en sentencia de 9 de mayo de 1990 (Ref. *El derecho* 1990/4862) “probado y reconocido que uno de los testigos instrumentales del testamento era pariente, dentro del segundo grado de afinidad, del heredero y legatario ahora recurrente, resulta de obligada aplicación la reiterada doctrina de esta Sala cuando establece ‘que uno de los dogmas fundamentales de la sucesión ‘*mortis causa*’ es el de que la forma constituye un elemento esencial acto testamentario, el cual, para que tenga existencia jurídica y produzca sus efectos propios, ha de ajustarse rigurosamente a las solemnidades establecidas por la ley; siendo ineludibles estos requisitos de forma, y no convalidables posteriormente (SS 10 julio 1944, 27 septiembre 1968, 8 marzo y 8 diciembre 1975, etc.)”

5.1. Teoría del acto imperfecto

En esta teoría se sitúa un grupo de variantes que consideran al testamento como acto imperfecto en la etapa *ante mortem*: la muerte del testador señala el momento de perfección y eficacia del acto.

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. El testamento no tiene existencia sino a la muerte del testador, o sea, después que éste lo convierte en disposición de última voluntad³⁴.

5.1.1. El testamento como simple proyecto

La primera variante de la teoría del testamento como acto imperfecto es la que lo concibe como un mero proyecto, mientras viva su autor, que puede ser revocado *ad nutum*, ya que hasta tanto, el testador puede en todo momento retractarse de lo expresado³⁵.

Se expresa ROYO MARTÍNEZ en el sentido de que el testamento respecto del testador es:

“mientras éste 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 o *postrera* y *definitiva voluntad* de éste”³⁶.

5.1.2. El testamento como negocio in divenire

La segunda variante de esta teoría del acto imperfecto es la que ve en el testamento un acto en vía de formación, que presupone la *perseverantia in voluntate*. Como tal el *negotio in divenire*, se debería considerar cual no cumplido hasta que la muerte, con la confirmación implícita del querer hasta el último aliento de la vida, no le asigne carácter definitivo.

34 Defendida, según JORDANO BAREA, J.B., *El testamento...*, cit., págs. 18-19, por KOEPPEN y GABBA,

35 Exponente de ella en la doctrina francesa lo es JOSSEAND.

36 ROYO MARTÍNEZ, MIGUEL, *Derecho sucesorio Mortis causa*, primera parte, ENPES, La Habana, 1991, págs. 112-113.

Según expone JORDANO BAREA, la tesis plenamente desenvuelta por GUARNIERI-CITATI, se encuentra ya en MACARDÉ y LAURENT³⁷.

Según el primero de los autores citados por JORDANO BAREA, la *perseverantia in voluntate*, supone 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)³⁸.

5.1.3. El testamento como acto jurídico permanente

La tercera variante de la propia teoría es la defendida por CARNELUTTI, quien considera que el testamento es un acto jurídico permanente, que implica la renovación de la voluntad de *momentum in momentum*³⁹.

5.1.4. El testamento como negocio jurídico con forma fija y voluntad variable o ambulatoria usque ad mortem

Para sus defensores⁴⁰, el testamento no constituiría un negocio formal con posición de la voluntad en un solo momento (el del otorgamiento), sino, por el contrario, un negocio con posición en un determinado momento del elemento formal y posible variación del elemento volitivo, con el deber para el intérprete de fijar el más próximo a la muerte si es compatible con la declaración solemne. Ésta representaría un punto muerto frente a las eventuales mutaciones posteriores de la voluntad del testador debido al cambio o alteración de la realidad o de las convicciones personales de aquél entre la hechura del testamento y la muerte. El testamento es un negocio jurídico *in itinere*, para los terceros y para el testador, con forma fija y voluntad variable hasta el propio momento de su muerte.

5.1.5. Críticas a las variantes de la teoría del acto imperfecto

La doctrina ha refutado que cualquiera de las variantes de esta teoría debe ser rechazada por varias razones, a saber:

37 JORDANO BAREA, J.B., *op. cit.*, págs. 20-21.

38 *Idem*, págs. 21-22.

39 CARNELUTTI, *cit. pos.* JORDANO BAREA, J.B., *op. cit.*, pág. 22.

40 LANGE, FELDMAN y KEUK, según JORDANO BAREA, J.B., *op. cit.*, pág. 22.

- 1° La revocación presupone un acto ya perfecto desde que es formado, revocar lo que aún no existe constituye un absurdo jurídico.
- 2° La interpretación del testamento debe referirse al momento del otorgamiento del testamento, así como para determinar su validez formal y la capacidad del testador, resultando, por tanto, indiferente la sobrevenida incapacidad del testador.
- 3° Quien otorga un testamento, aunque tenga en cuenta la previsión de revocarlo con posterioridad, no hace un esbozo de declaración, sino que expresa una voluntad definitiva, seria y fundada de disponer *mortis causa* en aquel determinado modo en que lo hace.
- 4° Tampoco cabe hablar de proyecto, ya que resulta evidente que, en caso de serlo, el testamento requeriría para devenir eficaz una ulterior manifestación de signo positivo que le asignara carácter definitivo. El testamento, una vez otorgado, no requiere *per se* más que sobrevenga la muerte para alcanzar plena eficacia jurídica externa.
- 5° No cabe hablarse de negocio en continua formación porque no se precisa que perdure el elemento volitivo hasta el momento de la muerte.
- 6° Tampoco es dable alegar la llamada presunción de perseverancia *usque ad mortem* de la voluntad declarada, ya que la revocación presupone un acto perfecto, por lo que con ello decae la ficción en lo que la variante del negocio *in divenire* se sustenta. Decir, además, en cuanto a la incapacidad sobrevenida, que vale la voluntad que ha precedido al estado de incapacidad es otra ficción, ya que no se explica que un acto del cual la *perseverantia in voluntate* hasta la muerte debería constituir un requisito, pueda ser válido cuando ya no está asistido por una voluntad idónea.

5.2. Teorías que distinguen entre perfección y eficacia del acto testamentario

La *communis opinio* civilista sostiene que el testamento es perfecto desde que se forma, no obstante, hasta el momento de la muerte del testador es ineficaz. Se distingue así entre perfección y eficacia. La primera, una vez otorgado, en tanto la segunda a raíz de la muerte del testador.

Para todos los autores que se afilian a la tesis⁴¹, tras el otorgamiento estamos frente a un acto perfecto, pero sólo después de la muerte es que ese acto ya perfecto despliega sus efectos jurídicos. La muerte se considera como un requisito legal de eficacia de un negocio ya perfecto desde el otorgamiento. A tal punto se dice que es un presupuesto, una *conditio iuris*, un hecho constitutivo de la eficacia del acto.

5.2.1. Críticas a esta teoría

La crítica a la teoría se ha centrado en que.

- 1º El testamento no es un negocio con efectos diferidos, ya que existe total ausencia de efectos conservativos, prodrómicos o preliminares, característicos del mismo, por lo que puede decirse que frente a los terceros, en el período que media entre su formación y el evento de la muerte, no despliega ningún efecto, frente a ellos es irrelevante en la etapa *ante mortem*. El heredero o legatario instituido no tienen una expectativa jurídica en sentido técnico, sino una mera *spes*, carente de relevancia jurídica.
- 2º La discrepancia entre perfección y eficacia externa del acto es total. El evento de la muerte actúa como algo más que un mero requisito legal de eficacia y menos que un elemento constitutivo del negocio.

5.3. Teoría del supuesto de hecho complejo, de formación sucesiva

Para su principal defensor, BETTI, el testamento constituiría un supuesto de hecho complejo de formación sucesiva, integrado por dos hechos heterogéneos: uno es un acto jurídico (la declaración de última voluntad); el otro, un hecho natural (la muerte del declarante). La suma de ambos (declaración de última voluntad más hecho de la muerte del testador) determinaría la producción de los efectos jurídicos que la ley liga al tipo negocial a causa de muerte que es el testamento⁴².

5.3.1. Crítica a esta teoría

Se le tilda de insuficiente porque en todo supuesto de hecho complejo el estadio resultante de la pendencia de uno o más elementos sucesivos a la declaración de

41 Nos cita JORDANO BAREA, J.B., *op. cit.*, págs. 26-27, entre ellos a CICU, TRAVIESAS, OSSORIO MORALES, TRABUCCHI, CARIOTA-FERRARA, MESSINEO, entre otros.

42 BETTI, *cit. pos* JORDANO BAREA, J.B., *op. cit.*, págs. 28-29.

voluntad ya completa está, o debe estar caracterizado por la presencia de efectos preliminares.

5.4. Teoría que distingue un doble estadio de relevancia jurídica en el testamento: para la esfera del testador y para la generalidad

Siguiendo a GIAMPICCOLO, expresa JORDANO BAREA que una vez formado el testamento, éste adquiere relevancia y carácter definitivo para su autor, con todas las consecuencias que ello pueda producir, como la necesidad de acudir a la revocación para destruirlo, determinar la capacidad para testar atendiendo al momento mismo del otorgamiento, valoración de la validez formal, etc. Empero, para la generalidad, el testamento es acto jurídicamente relevante en cuanto tal, hasta tanto no acontezca la muerte del testador. Con el advenimiento de este hecho natural, devenido jurídico, se determinan los efectos externos del negocio jurídico testamentario. Tal evento actúa como condición para la relevancia jurídica externa del acto testamentario, que se convierte en algo más que un requisito legal de eficacia y menos que un elemento constitutivo del negocio, esto es, en un requisito de vigencia exterior de la *lex testamenti*.

Así, pues, el testamento *medio tempore* entre el momento de su formación y el de la muerte del testador, es un acto cumplido, perfecto, acabado, que adquiere carácter definitivo en cuanto al sujeto autor del mismo; *in itinere* para la generalidad (terceros)⁴³, esto es, se trata de un acto que carece de todo relieve jurídico para ellos.

Esta irrelevancia *ante mortem* del testamento frente a los terceros tiene su expresión normativa en el artículo 131 del Reglamento de la Ley de las notarías estatales que reza:

“En vida del testador, sólo éste o su representante para ello, podrán obtener copias de su testamento, que en todo caso serán literales.

Fallecido el testador, además de los herederos instituidos o sus representantes, tendrán derecho a obtener copias los legatarios, albaceas, contadores y demás personas a quienes se les reconozca algún derecho o facultad, previa acreditación, en su caso, de alguna de las condiciones anteriormente señaladas”.

43 JORDANO BAREA, J.B., *op. cit.*, págs. 30-31.

Esto refuerza la idea de que para los terceros, antes de la muerte del testador, el testamento carece de relevancia: es todavía un simple “hecho histórico” que no existe jurídicamente, es un acto imperfecto o *in divenire*.

Esta tesis a la cual me afilio, es la defendida también por JORDANO BAREA⁴⁴ y RIVAS MARTÍNEZ⁴⁵.

6. CAPACIDAD PARA TESTAR O TESTAMENTIFACTIO ACTIVA

A diferencia de su predecesor y de otros cuerpos normativos homólogos, el Código Civil cubano no recoge reglas especiales sobre la capacidad para otorgar testamento, cualquiera sea su tipo.

Por ello será preciso acudir a los principios generales que informan la materia, para llevarlos al plano de *lege data*. A tal fin, la capacidad como presupuesto del acto testamentario la advierte el legislador del Código Civil en su artículo 484.3, en ocasión de regular el paradigma de los tipos testamentarios, a saber: el notarial. Expresión que debe ser entendida en un sentido *lato*, aplicable, por tanto, al resto de los tipos testamentarios (comunes y especiales).

En principio, no debe obviarse que la capacidad de las personas físicas la regula el Código Civil, con alcance general, en los artículos 29 al 32. Categoría que es de aplicación a cualquier acto jurídico, amén su naturaleza.

Como ha dicho DÍAZ MAGRANS:

“La plena capacidad de obrar permite a su poseedor ejercer por sí todos sus derechos y realizar actos jurídicos eficaces y se alcanza en Cuba cuando se arriba a la mayoría de edad, es decir, a los 18 años cumplidos o cuando el menor contrae matrimonio”⁴⁶.

De esta manera, toda persona que tenga salud mental y haya arribado a los 18 años de edad o, sin tener esta edad, haya formalizado matrimonio⁴⁷, tendrá plena

44 *Op. cit.*, pág. 33.

45 RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho...I*, *cit.*, págs. 75-76.

46 DÍAZ MAGRANS, MARÍA MILAGROSA, *Derecho civil. Parte general*, bajo la coordinación de CARIDAD DEL CARMEN VALDÉS DÍAZ, Félix Varela, La Habana, 2002, pág. 108.

47 El artículo 3 del Código de Familia, aun con carácter excepcional autoriza para formalizar matrimonio a la hembra que haya cumplido los 14 años de edad y al varón de 16 años, siempre que a su vez éstos resulten autorizados por las personas que la propia ley establece.

aptitud para otorgar testamento, en cualquiera de las modalidades previstas por el legislador del Código Civil, lo que resulta ser una regla general y no una excepción⁴⁸. No anticipa, como suele hacerse en otras normas legales, la capacidad para testar, sino en aras de homogeneizar la capacidad para realizar todo tipo de acto jurídico, la fija en los 18 años edad.

Sólo las personas físicas tienen capacidad para testar, acto dispositivo patrimonial que le es exclusivo, aun cuando las jurídicas puedan poseer patrimonio propio (cfr. artículo 39.1 del Código Civil), incluso prever en sus estatutos o reglamentos el destino de tales bienes, tras su extinción y liquidación (cfr. artículo 40.1 del Código Civil), situación que no puede igualarse a la *testamentifactio* activa, de la que disponen los seres humanos, por naturaleza mortales.

De lo que llevo dicho se infiere que toda persona menor de 18 años estará incapacitada para testar, a menos que con la edad autorizada por ley, haya formalizado matrimonio, ejercicio de la capacidad que no se pierde, aunque el divorcio haya sobrevenido con anterioridad al arribo de los 18 años de edad.

48 Particular que ha sido reiterado por la jurisprudencia foránea. En la de Argentina a través de varias sentencias, a saber: “La ley presume que toda persona se halla en su sano juicio, mientras no se pruebe lo contrario, por lo que en la duda debe resolverse a favor de la validez del testamento. Por ello, al que pide la nulidad le corresponde probar que el testador no se hallaba en su completa razón al momento de testar siendo éste el momento a que debe atenderse para calificar la capacidad de aquél” (CNCiv., Sala F, octubre 10 1972). ED, 47-151; “La ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario, prueba que incumbe a quien impugna la validez del testamento fundado en esa causa (art. 3616, Código Civil). Esta demostración debe ser seria y concluyente, y aunque es admisible toda clase de pruebas, no bastan obviamente las simples afirmaciones de testigos que dicen haber advertido alteraciones de conducta o incoherencia en la conversación, y en caso de existir dudas, deben resolverse en favor de la validez del acto” (CNCiv., Sala D, diciembre 16 1970). ED, 42-663; “La prueba de que en el momento de testar el causante no se hallaba “en su perfecta razón (art. 36158 Código Civil), está a cargo de quien impugna el testamento, porque la ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se demuestre lo contrario (art. 3616)”. (CNCiv., Sala D, agosto 24 1970). ED, 36-612. En la de España en la sentencia de 12 de mayo de 1998 (Ref. *El derecho* 1998/3976) que cita a su vez el resumen jurisprudencial que sobre el tema hizo la sentencia del propio tribunal de 27 de enero de 1998: “La sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (sentencia 1-II-1956), pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (sentencia 25-IV-1959); de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción *iuris tantum* que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario “evidente y completa” (sentencia 8-V-1922; 3-II-1951), “muy cumplida y convincente” (sentencia 10-IV-1944; 16-II-1945), “de fuerza inequívoca” (sentencia 20-II-1975), cualquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aun en estado latente en el sujeto (sentencia 25-IV-1959), pues ante la dificultad de conocer dónde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (23-II-1944; 1-II-1956)”; sentencia de 24 de julio de 1995 (Ref. *El derecho* 1995/3476) en que se dispone por el alto foro “Que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario”, reiterada en la importante sentencia de 19 de septiembre de 1998 (Ref. *El derecho* 1998/17464), que expresa que “La capacidad para testar equivale a capacidad o aptitud natural y según la jurisprudencia reiterada se presume asiste a todo testador”.

Igualmente aquel que ha sido declarado por tribunal competente judicialmente incapaz (cfr. artículo 31 inciso b) del Código Civil)

Ahora bien, conforme con lo regulado en el artículo 30 del propio cuerpo legal, en lo que resulta atinente en sede testamentaria, tendrán restringida su capacidad para otorgar testamento aquellas personas que padezcan de enfermedad o retraso mental, aunque no les prive totalmente del discernimiento (inciso b) y aquellas que por impedimento físico no puedan expresar su voluntad de modo inequívoco (inciso c) y digo que tendrán restringida la capacidad porque como expresa DÍAZ MAGRANS al suponer estos casos una restricción al ejercicio de los derechos, estoy seguro que uno de éstos será el de testar, por las solemnidades que la ley suele exigir en este orden, acto para el que se requiere la plena capacidad del sujeto, por disponerse en él, en su generalidad, de todo el patrimonio del cual se es titular⁴⁹. No sin ello dejar esclarecido que en tales circunstancias no será necesaria que en la resolución judicial firme por la que se restrinja concretamente la capacidad de la persona, se haga especial pronunciamiento sobre la *testamentifactio* activa, ya que según se colige, los sujetos que están comprendidos en el artículo 30 del Código Civil, tiene una restricción general para realizar actos jurídicos, a salvo, o como excepción, aquellos actos que logran “satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria”, dentro de los cuales queda excluido el acto de otorgamiento de un testamento.

En este orden se ha pronunciado la Sala de lo Civil y de lo Administrativo de nuestro Tribunal Supremo en su sentencia 464 de 31 de julio del 2002 en un caso en que declara CON LUGAR el recurso de casación interpuesto, aduciendo el alto foro en su primera sentencia por la que anula la de instancia que: “(...) al quedar probado que el fallecido padecía de una enfermedad que le incapacitaba para emitir su manifestación de voluntad, el testamento otorgado por el mismo padece de nulidad al faltar en su otorgamiento un requisito esencial para su validez, (...)”, para lo cual fundamenta legalmente su fallo en el único considerando de la segunda sentencia en el comentado precepto al decir:

“que pretende el actor con su demanda que se decrete la nulidad del testamento que contiene la escritura notarial número doscientos veintinueve de catorce de agosto del dos mil, otorgado por el fallecido MSM, y es lo cierto que conforme a lo establecido en el considerando de la sentencia de casación que se tiene por reproducido en la presente, el referido causante producto de la enfermedad que padecía tenía restringida su capacidad para realizar actos jurídicos, tal y como se dispone en el artículo treinta inciso b) del

49 Es interesante retomar lo que DÍAZ MAGRANS, M.M., *Derecho civil...*, cit., págs. 108-109, explica sobre las incidencias procesales de la declaración judicial de capacidad restringida.

Código Civil, y ello sentado resulta evidente que al otorgarse el testamento cuya nulidad se solicita, se incurrió en vicio de carácter esencial que hace padecer a dicho acto de nulidad absoluta conforme se establece en el inciso b) del artículo sesenta y siete de la Ley sustantiva mencionada, por lo que es forzoso decretarla y en consecuencia declarar con lugar la demanda establecida”.

En relación con el momento en que se debe tener la plena capacidad jurídica para testar, como se colige de lo regulado en el artículo 483.3 del texto civil, ha de referirse a aquél del otorgamiento del testamento, ni un instante antes, ni uno después⁵⁰, siendo más factible de apreciar en los testamentos notariales y consulares que en los especiales, y ni qué decir de los ológrafos, en los que las lucubraciones fantasmagóricas de una posible incapacidad, siempre estarán presente en la mente y en el dicho de quienes, a raíz de un testamento ológrafo, ven esfumada su vocación hereditaria.

Como ya se ha anticipado la ausencia de capacidad, que es un presupuesto esencial del acto testamentario conduce a la nulidad radical del testamento ex artículo 67 inciso b) y artículo 68, ambos del Código Civil⁵¹. Tal particular no ofrece dudas.

50 Varios pronunciamientos jurisprudenciales, tanto españoles como argentinos refuerzan esta idea. La jurisprudencia argentina ha expresado que: “La falta de capacidad mental en el momento de otorgar el acto es causal de nulidad del testamento”. (CNCiv., Sala L, abril 25-1991). ED, 143-166; “A quien pide la nulidad del testamento le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de testar (...)” (CNCiv., Sala G, julio 24-1985). (917-SJ), ED, 122-665; “(...) a quien requiere la nulidad, (debe) probar que el testador no se hallaba en completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones” (voto en disidencia del doctor VENINI) (CApel. Junín, febrero 14 1980). LL, 980-276; “La ‘perfecta razón’ o ‘completa razón’ (arts. 3615 y 3616, Código Civil) se refiere al momento en que se otorgó el testamento, siendo indiferente que la capacidad para testar exista o falte en el instante de la muerte” (CNCiv., Sala F, diciembre 26 1967). LL, 131-193; (ídem, Sala E, octubre 13 1975). JA, 1976- II-109; “Para impugnar un testamento por estado de demencia del testador, debe probarse que tal estado existía públicamente en la época en que fue otorgado, o por lo menos, conocido por la generosidad de las personas que lo trataban” (CNCiv., Sala F, octubre 10 1972). ED, 47-152. Por su parte la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo de España ha ratificado igual criterio. Así, la sentencia de 12 de mayo de 1998 (Ref. *El derecho* 1998/3976) que cita a su vez el resumen jurisprudencial que sobre el tema hizo la sentencia del propio tribunal de 27 de enero de 1998 ha dicho: “La falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria (...)”; sentencia de 24 de julio de 1995 (Ref. *El derecho* 1995/3476) en que se dispone por el alto foro: “Que la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento”. Reiterado por la sentencia de 19 de septiembre de 1998 (Ref. *El derecho* 1998/17464): “(...) a efectos de apreciar la incapacidad de la testadora, impone atender a su estado en el momento mismo de redactarse el testamento”.

51 La sentencia 383 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en su tercer considerando expresa: “establecido (...) que la causante no podía ejercer su capacidad jurídica al momento de manifestar su última voluntad, ya que presentaba síntomas de arterioesclerosis y demencia senil, sin que la notaría actuante se cerciorara lo suficiente de la capacidad legal de la testadora, por lo que no exigió dictamen pericial necesario en tales casos, dando fe del acto jurídico otorgado, es evidente que realizado con las circunstancias concurrentes referidas, lo vacían de origen, haciéndolo ineficaz e inexistente”.

Lo que sí constituye un verdadero acertijo es el determinar la capacidad del testador y la posibilidad de otorgamiento de testamento en el llamado intervalo lúcido. Amén de lo que se dirá cuando se analice cada tipo testamentario, en esta oportunidad sí que resulta atinado ofrecer algunas pinceladas al efecto.

El Código Civil cubano no contiene un precepto que prevea tal posibilidad y esa ha sido la razón por la que los operadores del derecho se han cuestionado la validez y eficacia de un testamento otorgado por personas situadas en tales circunstancias. La doctrina española que ha estudiado el tema antes y después de la modificación del artículo 665 de su Código Civil han encontrado en dicho precepto la clave de la respuesta. PUIG BRUTAU que lo hizo antes, dice que incluso después de declarada judicialmente la incapacidad, el artículo 665 permite aprovechar los momentos de posible lucidez del incapaz con el fin de que pueda otorgar testamento, siempre que se tomen en cuenta las previsiones que a tal fin exigía y aún exige en su nueva redacción el mentado artículo legal⁵². Entendido el intervalo lúcido como:

“aquel estado en el cual el enfermo mental recobra, transitoria y plenamente, sus facultades mentales, bien sea por una remisión natural en la evolución de su enfermedad, bien sea por el empleo de un tratamiento médico adecuado”⁵³.

LUNA SERRANO que lo ha hecho después de la modificación operada en el precepto tras la Ley 20/1991 de 20 de diciembre, expresa que el ámbito de aplicación del precepto se ha reducido al supuesto en que la sentencia que declare la incapacitación de quien *a posteriori* testa, no le haya restringido su capacidad para testar, en cuyo caso, de ser negativo tal pronunciamiento, habría que colegir que no hay posibilidad de otorgar válidamente el testamento, no sin antes reprochar tal posición del legislador que le niega la capacidad para testar a quien pueda atravesar momentos de lucidez o incluso pueda haberse curado completamente, el que, en todo caso tendría antes que testar, que instar judicialmente la nulidad de esa sentencia que declaró en su día la restricción de la capacidad jurídica⁵⁴.

52 PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos del derecho civil*, t. V, vol. II, 2ª edición (ampliada y puesta al día), Bosch, Barcelona, 1983, págs. 37-38.

53 BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, *cit. pos* PUIG BRUTAU, J., *op. y loc. cit.*

Ha precisado la jurisprudencia argentina que: “El intervalo lúcido capaz de dar validez a un testamento es, en realidad, un estado de curación completa; en esa época el sujeto ha dejado de ser alienado” (C1aCC San Isidro, abril 8 1975). ED, 61-163.

54 LUNA SERRANO en LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.*, *Elementos... V, cit.*, págs. 177-179.

RIVAS MARTÍNEZ que ha hecho un estudio exhaustivo del tema ha distinguido cada uno de los supuestos que pueden darse en el derecho español, arguye que en el caso de que la sentencia de incapacitación no contuviere pronunciamiento en el sentido de excluir de la incapacidad la aptitud para testar, o sea, si se conociese explícitamente que la sentencia no restringe la capacidad de testar del incapacitado, bastará que el incapacitado esté en su cabal juicio en el momento de testar y así lo juzgue y consigne el notario en el testamento. En tanto que en los casos en que la sentencia no recoja pronunciamiento acerca de la capacidad para testar o, si lo recoge, entonces sería de aplicación directamente el mentado artículo 665 del Código Civil español, exigiéndose la intervención de dos facultativos que previamente le reconozca y se responsabilicen con su capacidad.

Llevado al plano del derecho cubano, no me cabe duda que en los casos de declaración judicial de incapacidad del sujeto para cualquier acto, todo testamento otorgado por el incapaz será declarado nulo, así sean las circunstancias. Tratándose de los supuestos comprendidos en los incisos b) y c) del artículo 30 del Código Civil, la expresión literal del precepto me induce a pensar que aun cuando la sentencia de incapacitación restringida que se disponga dictar el tribunal, no incluya dentro de los actos que se les limita al sujeto el de testar, tampoco me parece atinado, como ya expresé, que dicho acto se encuentre entre aquéllos, calificados de excepción, por tratarse de acto capaz de satisfacer las necesidades normales de la vida diaria del sujeto, únicos actos que le serían permitidos al sujeto. Lo que no niega que se pueda sostener una posición contraria.

Situación distinta sería en los casos de incapacitación de hecho, en los que como también tuve oportunidad de explicar y de ilustrar con pronunciamientos judiciales, rige el principio de la presunción *iuris tantum* de capacidad. Por lo tanto en el testamento de quien no se halla judicialmente declarado incapaz, habrá que tener en cuenta la vigencia de esa regla o principio jurídico. Lo que no quita que en tales circunstancias el notario actuante interese, según parecer, conforme con las prescripciones del artículo 54 del Reglamento de la Ley de las notarías estatales la intervención personal de un facultativo para que dictamine sobre la capacidad del testador⁵⁵.

55 En ese orden ha dicho PUIG FERRIOL en la doctrina española, *cit. pos* RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho... I, cit.*, pág. 103, "que la frecuente litigiosidad generada en torno a testamentos otorgados por personas no incapacitadas, pero en situación real limítrofe a la incapacidad natural por consecuencia de debilidad senil, sería la mejor recomendación que se procediera a comprobar en cada caso concreto, con intervención de dos facultativos, el cabal juicio del testador lo que contribuirá a una decisiva y deseable reducción de la litigiosidad y, al mismo tiempo servirá de soporte fáctico para la validez del testamento".

Por su parte la doctrina jurisprudencial española sentada por el Tribunal Supremo ha dicho "(...) que la intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle

7. CONTENIDO DEL ACTO JURÍDICO TESTAMENTARIO. EL LLAMADO “TESTAMENTO VITAL” O *LIVING WILL*

Es indudable que el testamento es, sustancialmente, un acto dispositivo patrimonial, pero ello no quiere decir que pueda contener no sólo disposiciones de esta índole, sino también otras de carácter personal o familiar.

De ahí que buena parte de los códigos civiles más modernos hagan referencia a la posibilidad de que el testamento contenga disposiciones de naturaleza no patrimonial⁵⁶.

A partir de aquí la doctrina que ha estudiado el tema distingue entre las disposiciones típicas y atípicas, tras clasificar en las segundas las previstas o no expresamente en la ley⁵⁷.

Forma parte del contenido de las *disposiciones típicas* del testamento todo lo que concierne propiamente al ordenamiento de la sucesión *mortis causa* por parte del testador, o sea, lo relativo a la institución de heredero o la designación de legatario, que a su vez constituyen las *disposiciones principales* del testamento, a lo cual se unen las que clasifican como *accesorias*, por estar ligadas o vinculadas a aquéllas, entre las que se incluyen:

judicialmente declarado incapaz, —lo que no implica que puedan intervenir, especialmente si el notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante (sentencia 18-IV-1916; 16-XI-1918)— pues el artículo 665 del Código Civil, no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado (sentencia 27-VI-1908)”, tal y como lo ha dispuesto la sentencia de 12 de mayo de 1998 (Ref. *El derecho* 1998/3976) que cita a su vez el resumen jurisprudencial que sobre el tema hizo la sentencia del propio Tribunal de 27 de enero de 1998.

Pronunciamiento que también ha hecho la Sala de lo Civil y de lo Administrativo de nuestro Tribunal Supremo a través de la sentencia 381 de 16 de junio de 1997 en su segundo considerando en el que expresa: “(...) conforme a la letra del artículo 54 del Reglamento de la Ley 50 de 1984, la necesidad de dictamen pericial sobre la capacidad mental o volitiva del otorgante de un documento notarial, es facultad exclusiva del notario, y si en el caso que nos ocupa la actuante no la estimó a virtud de su personal apreciación, asumiendo cabalmente la responsabilidad que tal decisión entraña al no concurrir elemento concreto que le hiciera dudar al respecto, es inequívoco que la ausencia de elemento que indique lo contrario impone que no existe la infracción que se acusa”.

56 Tal es el caso del *Codice Civile* (artículo 587, segundo párrafo), el Código Civil de Bolivia (artículo 1112. II); el del Código Civil de Perú (artículo 686, segundo párrafo) y el Código Civil portugués en el artículo 2179.2. Implícitamente reconocido en el artículo 833 del Código Civil venezolano.

57 Para un estudio del tema *vid.* JORDANO BAREA, J.B., *El testamento...*, *cit.*, págs. 7-13 y FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, LOURDES, *Autonomía privada y testamento en derecho común. Contribución al estudio de las disposiciones testamentarias atípicas*, Comares, Granada, 1996, *passím*. En este texto sigo el criterio de la segunda y no el de JORDANO BAREA, quien habla de declaraciones anómalas testamentarias, patrimoniales o no patrimoniales, de índole negocial, ya sean éstas típicas o atípicas, a partir de su reconocimiento expreso o no en el Código Civil.

- las disposiciones accesorias al legado, a la institución de heredero y al nombramiento de sustitutos (entrega de legados, imposición de sublegados o modos testamentarios, etc.) (*vid.* artículos 478, 480, 482, 496, 497, todos del Código Civil);
- las cláusulas por las que el testador prohíbe el acrecimiento entre herederos o legatarios;
- nombramiento de albaceas, facultades conferidas, término del albaceazgo, etc. (*vid.* artículos 478, 505.2, 506.1 y 3 del Código Civil);
- disposiciones por las que el testador prohíbe expresamente la división de la herencia;
- disposiciones sobre la partición de la herencia (*vid.* artículo 534 del Código Civil);
- nombramiento de contador-partidor;
- disposición por la que el testador prohíbe toda intervención judicial en la herencia.

Compone el llamado *contenido atípico* del testamento aquel conjunto de disposiciones suficientemente numerosas, frecuentes y representativas de los diversos actos jurídicos que pueden formar parte de un testamento por disposición legal o por decisión propia del testador.

Se sitúan dentro de las *disposiciones reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico*:

- la rehabilitación del incapaz para suceder comprendido en cualquiera de las causales reconocidas en el artículo 469.1 del Código Civil, según lo establece el segundo apartado del propio precepto;
- la revocación de un testamento precedente, conforme con el artículo 479 del propio Código Civil;
- la prohibición de intervención judicial en el proceso sucesorio, a tenor del artículo 536 *in fine* del Código Civil;

- la revocación del beneficiario designado en una cuenta de ahorro, según el N° 12.1 del MIP 280.25 sobre *Designación y pago a beneficiarios en cuentas de ahorro individuales y otros depósitos*.

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

- el reconocimiento de un hijo;
- la ordenación de la constitución de fundaciones⁵⁸;
- el reconocimiento de deudas;
- exclusión de posibles herederos *ab intestato*;
- expresión del consentimiento para que pueda ser utilizado por su cónyuge *supérstite* el material genético del testador tras su fallecimiento;
- expresión del consentimiento para disponer de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano;
- nombramiento de un tutor para el hijo menor o persona mayor de edad judicialmente incapacitada;
- disposiciones sobre el destino del cadáver, así como lugar de enterramiento de ser el escogido y sobre los sufragios y funerales⁵⁹.

58 El proyecto de decreto ley *sobre Fundaciones* en su versión n° 10 de 12 de mayo de 1998 prevé en su artículo 8.1 al testamento como uno de los cauces formales para ordenar la constitución de fundaciones, por lo que de llegar a convertirse en algún momento en *lege data*, entonces tal disposición sería típica.

59 Disposiciones de este tipo han sido tradicionales en la historia. Testamentos otorgados por próceres y personajes célebres así lo acredita. En el testamento del general JOSÉ FRANCISCO DE SAN MARTÍN en la cuarta de las cláusulas se lee: “Prohíbo el que se me haga ningún género de funeral, y desde el lugar en que falleciere, se me conducirá directamente al cementerio sin ningún acompañamiento, pero sí desearía, el que mi corazón fuese depositado en el de Buenos Aires”. Algo parecido sucede en el testamento del Libertador SIMÓN BOLÍVAR en que se dispone: “Es mi voluntad: que después de mi fallecimiento, mis restos sean depositados en la ciudad de Caracas, mi país natal”. En el del prócer argentino MANUEL BELGRANO puede leerse en la primera de las cláusulas: “Primeramente encomiendo mi alma a Dios Nuestro Señor, que la crió de la nada, y el cuerpo mando a la tierra de que fue formado, y cuando su Divina majestad se digne llevar mi alma de la presente vida a la eterna, ordeno que dicho mi cuerpo, amortajado con el hábito de patriarca de Santo Domingo, sea sepultado en el panteón que mi casa tiene en dicho convento, dejando la forma del entierro, sufragios y demás funerales a disposición de mi albacea”. Igualmente las cláusulas 14 y 15 del testamento del doctor RAMÓN EMETERIO BETANCES “14. Quiero que mi entierro sea liso, llano, sin pompa de ninguna clase, y laico. 15. Cuando llegue el anhelado día, mis restos sean llevados a mi querido Puerto Rico: pido que vayan envueltos en la sagrada bandera de la patria mía”.

El llamado “testamento vital” o *living will*

Por último y dentro del contenido del testamento hago un aparte a una figura que ha ido ganando mucho terreno en los últimos quince años. Me refiero al mal llamado “testamento vital”.

El término “testamento vital” nació en 1967, gracias a un abogado de Chicago, haciendo referencia a un documento en el que cualquier persona pudiera indicar su deseo de que no se le aplicara un tratamiento en caso de enfermedad terminal. Esta figura está estrechamente vinculada con las organizaciones y asociaciones pro eutanásicas. La expresión tomada del inglés, denota una *contraditio in terminis* porque resulta imposible que un testamento recaiga sobre la decisión de poner fin a la propia vida.

Puede definirse como aquella declaración de voluntad con directrices anticipadas que hace una persona con lucidez mental para que ésta sea respetada cuando quede privado de capacidad por causa sobrevenida. Son decisiones que toma la persona antes que otros lo hagan por él, ante situaciones vitales personales y sociales que implican un respeto a las creencias, sentimientos y filosofía personal. En síntesis, es aquel acto en el que una persona manifiesta su voluntad sobre tratamientos médicos que desea recibir, o no recibir, caso de padecer una enfermedad irreversible o terminal que le lleve a un estado que le impida expresarse por sí misma. Lo que se sostiene como derecho en este tipo de documentos es la “*muerte digna*”, en lo que concierne e involucra a la asistencia y tratamiento médico a practicarse sobre un paciente que se encuentra bajo una condición física o mental incurable o irreversible y sin expectativas de curación.

En general, las instrucciones de estos testamentos se aplican sobre una condición terminal, bajo un estado permanente de inconsciencia que no posibilite que la persona recupere la capacidad para tomar decisiones y expresar sus deseos en el futuro. Es allí donde un testamento vital insta a que el tratamiento a practicarse se limite a las medidas necesarias para mantener confortable, lúcido, aliviando del dolor (incluyendo los que puedan ocurrir como consecuencia de la suspensión o interrupción del tratamiento).

Existen leyes de testamento vital en todos los Estados de Estados Unidos, así como en lugares tan dispares como Canadá, Dinamarca, Ginebra (Suiza) o Singapur.

En Europa, el Convenio del Consejo de Europa sobre los derechos humanos y la biomedicina de fecha 5 de abril de 1997, abre la puerta a este tipo de documentos.

La ley danesa de 1° de octubre de 1992 está siendo considerada como uno de los mejores y más eficaces modelos actuales en Europa. Ésta obliga al médico a consultar un archivo informático central de testamentos vitales.

Actualmente, amén de las críticas a la que esta figura es objeto no sólo en el orden religioso o ético, sino también jurídico, cualquiera sea su denominación, cuando lo que importa es su esencia, se le suele llamar directrices anticipadas o voluntades anticipadas, ya que el poner fin a la vida es bastante ajeno a la naturaleza del acto testamentario, que por naturaleza es *mortis causa*, o sea, es la muerte su elemento causal-funcional, además de ser un acto de última voluntad, esto es, un acto que no produce efecto alguno, hasta tanto no acontezca el deceso de su autor, no para poner fin a su vida. No obstante, se aduce que el citado acto ha de suscribirse libremente, sin coerción, persuasión o manipulación y tiene como objetivos:

1. Respetar el principio de autonomía: finalidad ética propia de las sociedades democráticas, pluralistas y secularizadas.
2. Dar un respaldo seguro para el paciente de que se respetarán sus deseos para el final de su vida: finalidad jurídica para la que es necesaria una ley que le otorgue fuerza legal.
3. Defender al profesional de la medicina: objetivo secundario, cuya importancia va en aumento.

La figura del “testamento vital” o documento de voluntades anticipadas como se le nombra en la ley catalana de 21 de diciembre del 2000 que la ha regulado en esa comunidad española, no ha estado exento de críticas pues existen muchas posiciones que entienden que nadie puede decidir sobre la vida o muerte y menos aun saber, en muchos casos, las posibilidades de una persona cuando enfrenta una enfermedad, por más grave que ésta sea.

Filosóficamente se discuten la trascendencia y los posibles conceptos en el contexto de una distinción entre muerte y fallecimiento, sobre el significado de la vida o la continuación de la misma sin “calidad”, o prolongación del proceso de muerte.

El debate planteado es indivisible del concepto de *eutanasia*, existiendo para este ámbito quienes diferencian entre *eutanasia activa* y *eutanasia pasiva*. Eutanasia activa incumbe a la acción de quitar la vida de manera artificial a un paciente que no moriría por medios naturales.

Eutanasia pasiva corresponde a la muerte por la no aplicación de tratamientos médicos ante una patología que, de no ser asistida, provocaría la muerte del afectado. Aquellos que sostienen la validez y necesidad de respetar un “testamento vital” consideran que la eutanasia pasiva no es sino dejar a la naturaleza hacer lo que la medicina no puede remediar.

La apelación al “testamento vital” es una mera petición de principio, pues lo que se discute es si la eutanasia es admisible o reprobable independientemente de la opinión del interesado, sosteniendo que en cualquier caso se trata de “provocar un suicidio”.

Hoy día la figura del “testamento vital” sigue siendo cuestionada, no se olvide que las instrucciones del paciente sólo pueden ser o detalladas, o generales e imprecisas. En el primer caso, un “testamento vital” que proscriba un determinado tratamiento, por inútil, puede haber quedado anticuado cuando llegue la hora de aplicarlo: lo que hoy es un medio extraordinario, al cabo de los años puede ser una terapia bastante segura y eficaz. Es cierto que su positivización garantiza el derecho de autodeterminación del individuo del que el “testamento vital” no es sino su cauce formal⁶⁰, pero también es cierto que más vale que la medicina contemporánea

60 En los medios informativos españoles ha sido sumamente polémico el caso de RAMÓN SAN PEDRO, el cuadrapléjico que había solicitado de las autoridades judiciales que con el auxilio de un tercero pudiera poner fin a su vida, lo que le fue negado, a pesar de lo cual, logró materializar un tiempo después. Su testamento (que no “testamento vital”) es una expresión desgarradora de su constante y férreo deseo por ejecutar los propósitos suicidas que al final logró. Parte de él transcribo:

“Srs. Jueces, autoridades oolíticas y religiosas:

Después de las imágenes que acaban de ver; a una persona cuidando de un cuerpo atrofiado y deformado —el mío— yo les pregunto: ¿qué significa para Vds. la dignidad?

Sea cual sea la respuesta de vuestras conciencias, para mí la dignidad no es esto. ¡Esto no es vivir dignamente!

Yo, igual que algunos jueces, y la mayoría de las personas que aman la vida y la libertad, pienso que vivir es un derecho, no una obligación. Sin embargo he sido obligado a soportar esta penosa situación durante 29 años, cuatro meses y algunos días.

¡Me niego a continuar haciéndolo por más tiempo!

Aquellos de vosotros que os preguntéis: ¿por qué morirme ahora —y de este modo— si es igual de ilegal que hace 29 años?

Entre otras razones, porque hace 29 años la libertad que hoy demando no cabía en la ley. Hoy sí. Y es por tanto vuestra desidia la que me obliga a hacer lo que estoy haciendo.

I. Van a cumplirse cinco años que —en mi demanda judicial— les hice la siguiente pregunta: ¿debe ser castigada la persona que ayude en mi eutanasia?

Según la Constitución española —y sin ser un experto en temas jurídicos— categóricamente NO.

Pero el Tribunal competente —es decir, el Constitucional— se niega a responder. Los políticos —legisladores— responden indirectamente haciendo una chapuza jurídica en la reforma del Código Penal. Y los religiosos dan gracias a Dios porque así sea.

Esto no es autoridad ética o moral. Esto es chulería política, paternalismo intolerante y fanatismo religioso.

busque fórmulas cada más eficaces para paliar el dolor y hacer que la vida de cada ser humano se agote en paz y armonía consigo mismo y en compañía de los familiares más allegados.

8. INTERPRETACIÓN DEL ACTO JURÍDICO TESTAMENTARIO

La *interpretación del acto jurídico testamentario* persigue descubrir la verdadera y real voluntad del disponente u otorgante a los fines de que la voluntad contenida en el testamento produzca los efectos queridos y permitidos *ex lege*. Es la operación con la que se persigue encontrar el auténtico sentido y alcance de la voluntad testamentaria⁶¹.

II. Yo acudí a la justicia con el fin de que mis actos no tuviesen consecuencias penales para nadie. Llevo esperando cinco años. Y como tanta desidia me parece una burla, he decidido poner fin a todo esto de la forma que considero más digna, humana y racional.

Como pueden ver, a mi lado tengo un vaso de agua conteniendo una dosis de cianuro de potasio. Cuando lo beba habré renunciado —voluntariamente— a la propiedad más legítima y privada que poseo; es decir, mi cuerpo. También me habré liberado de una humillante esclavitud —la tetraplegia—.

A este acto de libertad —con ayuda— le llaman Vds. cooperación en un suicidio —o suicidio asistido—.

Sin embargo yo lo considero ayuda necesaria —y humana— para ser dueño y soberano de lo único que el ser humano puede llamar realmente “Mío”, es decir, el cuerpo y lo que con él es —o está— la vida y su conciencia.

III. Pueden Vds. castigar a ese prójimo que me ha amado y fue coherente con ese amor, es decir, amándome como a sí mismo. Claro que para ello tuvo que vencer el terror psicológico a vuestra venganza —ese es todo su delito—. Además de aceptar el deber moral de hacer lo que debe, es decir, lo que menos le interesa y más le duele.

Sí, pueden castigar, pero Vds. saben que es una simple venganza —legal pero no legítima—. Vds. saben que es una injusticia, ya que no les cabe la menor duda de que el único responsable de mis actos soy yo, y solamente yo.

Pero, si a pesar de mis razones deciden ejemplarizar con el castigo atemorizador, yo les aconsejo —y ruego— que hagan lo justo: Córtenle al cooperador/ra los brazos y las piernas porque eso fue lo que de su persona he necesitado. La conciencia fue mía. Por tanto, míos han sido el acto y la intención de los hechos.

IV. Srs. jueces, negar la propiedad privada de nuestro propio ser es la más grande de las mentiras culturales. Para una cultura que sacraliza la propiedad privada de las cosas —entre ellas la tierra y el agua— es una aberración negar la propiedad más privada de todas, nuestra Patria y Reino personal. Nuestro cuerpo, vida y conciencia. —Nuestro Universo—”(…)

Srs. jueces, autoridades políticas y religiosas:

No es que mi conciencia se halle atrapada en la deformidad de mi cuerpo atrofiado e insensible, sino en la deformidad, atrofia e insensibilidad de vuestras conciencias”.

Vid. en <http://personal2.redestb.es/admd/ramtest.html>, consultada el 9 de julio del 2003.

61 Vid. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos... V. cit.*, vol. II, pág. 327.

Así se ha reflejado en la jurisprudencia argentina: “La finalidad de la interpretación del testamento es desentrañar la voluntad del testador y hacerla respetar, por lo tanto, resolver en forma diversa a la expresamente manifestada por aquél porque a la recurrente le parece más justo, sería incurrir en ‘corrección’ del testamento, posibilidad vedada al intérprete (...)” (CNCiv., sala A, abril 15-1996). ED, 171-537. Con nota de OSVALDO

Según GARCÍA AMIGO se pueden distinguir tres posibles conceptos de la interpretación del testamento:

- a) un concepto amplio, comprensivo del contenido de la última voluntad para que personas diferentes del declarante puedan llevarla a la práctica;
- b) un concepto más estricto, equivalente a la investigación y determinación de la voluntad testamentaria cuando se ha manifestado de manera oscura o defectuosa;
- c) un concepto técnico jurídico, como actividad judicial dirigida a fijar la voluntad normativa del causante; es decir, la interpretación del testamento consistiría en la actividad judicial, rogada por los particulares, encaminada a determinar la verdadera voluntad del testador y a resolver el conflicto de intereses surgido en relación con ella⁶².

El propio autor aduce que la interpretación del testamento ofrece dos aspectos fundamentales a tenerse en cuenta:

- 1º Por una parte, el testamento es una de las manifestaciones del principio de autonomía de la voluntad (reconocido en sede contractual en el Código Civil en el artículo 312), respaldado en el ordenamiento jurídico y garantizado a favor de los particulares.
- 2º Por otra parte, el fallecimiento del autor de la manifestación de voluntad en el momento en que el acto irradia efectos en la esfera externa (para los terceros), priva al intérprete de poder acudir a él en caso de duda o ambigüedad, por lo que éste no tendrá otra vía posible que concurrir al instrumento en que se vertió la última voluntad, evitando suplantar la voluntad real por otra hipotética⁶³.

ONOFRE ÁLVAREZ; "La interpretación del testamento tiene por norte desentrañar la voluntad del causante que debe respetarse en su sentido real, más allá de los errores de expresión con los que haya sido redactada" (del voto del doctor DURAÑONA Y VEDIA) (CNCiv., Sala C, diciembre 4 1985). ED, 121-224; "La misión del intérprete de un testamento ha de consistir en descubrir la voluntad del testador, aplicando las reglas de la sana crítica al testamento, que es el elemento material en que tal voluntad puede descubrirse" (CNCiv., Sala B, mayo 4 1971). ED, 38-588.

62 GARCÍA AMIGO, *cit. pos* PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos... V, cit.*, vol. II, pág. 328.

63 GARCÍA AMIGO, *cit. pos* RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho... I, cit.*, págs. 501-502.

8.1. La regla general de interpretación de los actos jurídicos contenida en el artículo 52 del Código Civil. Las reglas especiales en sede testamentaria

Corresponde al artículo 52 del Código Civil cubano señalar las pautas en sede hermenéutica. Nuestro Código, similar al *BGB*, no formuló una regulación *numerus clausus* de reglas interpretativas, sino en un precepto general y abstracto como el citado enunció reglas de alcance general, aplicables a todo tipo de acto jurídico, incluido el testamento. Posición que si bien tiene sus ventajas, por evadir el casuismo de la legislación precedente, suele ser objeto de críticas, porque dicha regla no fue debidamente complementada con otras particulares normas en cada uno de los tipos negociales de mayor importancia en el derecho privado.

A esta regla se suman escasísimas normas especiales, que esclarecen la presuntiva voluntad testamentaria, y que no serán de aplicación cuando éste las haya rechazado explícita o implícitamente. *V. gr.*

- a) el artículo 468.3 que determina la distinción entre legatario simple y heredero *ex re certa*, atendiendo a la responsabilidad en las cargas de la sucesión, según la voluntad presunta del causante;
- b) el artículo 542.1 que define los bienes de carácter suntuario;
- c) el artículo 479.3 que colige del hecho de que el testador otorgue un nuevo testamento incompatible con el anterior, un supuesto de revocación tácita del primero.

8.2. Particularidades que ofrece la hermenéutica testamentaria

Antes de iniciarnos en las peculiaridades que ofrece la hermenéutica testamentaria, se hace necesario distinguir este fenómeno del que, en forma homóloga, opera en sede de ley y de contratos.

Respecto de la primera —como ha enunciado CASTÁN VÁZQUEZ— debe indagarse la voluntad inmanente de la norma, en tanto que en la interpretación del testamento se examina la *voluntas testatoris*. Lo más normal es que la ley esté redactada de manera técnica y precisa, mientras que el testador puede expresarse de las más disímiles maneras, claras en unas oportunidades, enrevesadas o barrocas en otras, por lo que el intérprete deberá buscar en las circunstancias personales del otorgante.

La interpretación legal por regla general es auténtica (hecha por el propio legislador), judicial o doctrinal, en tanto que la del testamento corresponde a los jueces y a las personas a las que corresponda la ejecución del testamento, *v. gr.* a los herederos o al albacea⁶⁴.

También se distingue de la interpretación contractual, lo cual viene dado por el carácter unilateral y no recepticio de los testamentos, al prescindirse en su interpretación de los principios de confianza y autorresponsabilidad. Tampoco hay que buscar la común intención de las partes, ni el equilibrio de intereses, sino indagarse la verdadera y exacta intención del testador.

En efecto —como apunta JORDANO BAREA— la interpretación contractual está guiada no sólo por el principio de la voluntad, sino por el de la autorresponsabilidad del declarante (o declarantes) y por el de la confianza o *fides* del destinatario de la declaración, principios ambos derivados de la buena fe en sentido objetivo. Por el contrario, se admite por la generalidad de la doctrina que la interpretación testamentaria debe orientarse únicamente en la búsqueda de la *mens testantis*⁶⁵.

La peculiaridad de la hermenéutica testamentaria está dada por la misma naturaleza y estructura del acto de última voluntad. El testamento aparece en su cara interna como un negocio perfecto para su autor, como un negocio definitivo para aquél, apenas formado, mientras para la generalidad, en cambio es jurídicamente irrelevante en la etapa *ante mortem*. *Medio tempore*, entre el momento de su otorgamiento y el de la muerte del testador, es un acto *in itinere*. El criterio hermenéutico de la real *mens testantis*, encuentra su verdadero fundamento técnico-jurídico en esta especial naturaleza y estructura del acto de última voluntad, que obliga al intérprete a encararlo desde el ambiente del testador.

A diferencia del acto *inter vivos*, que por su misma naturaleza y estructura está siempre destinado a originar una situación que incide o tiene relevancia al mismo tiempo tanto en la esfera jurídica de su autor como en la de uno o más terceros

64 CASTÁN VÁZQUEZ *cit. pos* PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos... V, cit.*, vol. II, pág. 229

65 JORDANO BAREA, J. B., *El testamento..., cit.*, págs. 47-48.

De esta manera se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, sentando jurisprudencia. En su sentencia de 24 de noviembre de 1992 (Ref. *El derecho* 1992/11609) ha dicho que: "(...) la finalidad de la interpretación testamentaria es la de conocer la verdadera intención o voluntad del testador (art. 675 del Código Civil), que es la ley de la sucesión (...)", ratificado en la sentencia de 18 de julio de 1998 (Ref. *El derecho* 1998/16250) en el sentido de que: "La labor hermenéutica de todo testamento (o de alguna de sus cláusulas) ha de consistir, precisamente, en tratar de conocer la verdadera voluntad del testador, la cual, una vez que sea averiguada, ha de prevalecer incluso sobre el tenor literal de las palabras utilizadas en el testamento (o en la cláusula respectiva), en caso de discrepancia entre aquella y éstas".

determinados o indeterminados, el acto de última voluntad, dada su irrelevancia jurídica *ante mortem*, está cualificado por la ausencia de concontrainteresados; no tiene o se dirige a crear ninguna relación intersubjetiva entre el disponente y los terceros, que de algún modo vincule o interese correlativamente a varias sujetos; es hecho esencialmente para ordenar los intereses del propio autor para caso de muerte; regula, en fin, un interés personalísimo en el que no hay posible sucesión por parte de nadie hasta después de la muerte del sujeto mismo. Por eso el acto de última voluntad exige una interpretación muy particular porque se trata de un acto no destinado a circular y operar en el tráfico jurídico ordinario, sino a preordenar una determinada regulación de intereses para el tiempo en que el sujeto habrá cesado de vivir. Frente a la declaración de voluntad del testador se impone establecer lo que él realmente quiso, dándole puntual ejecución, en tanto la letra no traicione el espíritu de la disposición y refleje la verdadera determinación volitiva del autor.

8.3. El principio interpretativo del *favor testamenti*

De lo explicado se colige que los principios y reglas hermenéuticas aplicables en sede contractual, no pueden ser trasuntados, sin más, a la hermenéutica testamentaria. Ad pero, cabe la aplicación de uno de los principios de mayor alcance en materia interpretativa, a saber: el de conservación del negocio, que tiene su expresión en el *favor testamenti*.

Su aplicación en sede testamentaria es admitida por la mayoría de la doctrina, máxime si se tiene en cuenta la imposibilidad de renovar el testamento cuando es impugnado. Lo que no indica —como dice PUIG BRUTAU— que en la aplicación del principio deba entenderse el sentido de las cláusulas testamentarias ambiguas de manera que produzca cualquier efecto. No debe forzarse ese sentido, sólo en la disyuntiva de dos sentidos distintos, uno causante de efectos, y el otro no, debería seguirse el primero, siempre que no desnaturalice la verdadera voluntad del testador⁶⁶.

Eso sí el principio de conservación del testamento está subordinado al principio *voluntas spectanda*, de manera que, aunque la fórmula ambigua pueda tener objetivamente un significado, si una indagación subjetiva guiada por la voluntad

66 PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos... V. cit.*, vol. II, pág. 239.

A este principio concretamente se ha referido la jurisprudencia argentina: “En materia testamentaria es aplicable el principio de conservación del acto o negocio jurídico, coincidente con el denominado favor testamento, según el cual si caben dos interpretaciones, de las cuales una favorece la validez de la cláusula en discusión y la otra a su ineficacia, el intérprete debe inclinarse por la primera” (CNCiv., Sala C, marzo 19 1981). ED, 93670.

(real o hipotética) demuestra que dicho significado no es atendible desde el punto de vista del testador, no se podrá acudir al principio del *favor testamenti*, resultando ineficaz el testamento.

8.4. Medios de interpretación de las disposiciones testamentarias. Medios intrínsecos

Para PUIG BRUTAU es preciso distinguir entre el objeto de interpretación (lo que se interpreta) y los medios que permitan hacerla (cómo se interpreta).

Objeto de interpretación son las disposiciones testamentarias, para lo cual suelen emplearse varios medios o elementos, *v. gr.* las palabras que ha utilizado el testador, otras cláusulas contenidas en el propio testamento (e incluso en testamentos precedentes) y todos los demás medios que nos permita llegar a la convicción de cuál fue la voluntad del otorgante, como sus costumbres, conducta o lenguaje. Recuérdese que la interpretación es una misión reconstructiva del pensamiento sucesorio, pues los términos de una manifestación de voluntad deben ser interpretados según dispone el artículo 52 del Código Civil:

“teniendo en cuenta la voluntad presumible del que la emitió, la significación generalmente aceptada de las palabras y las demás circunstancias concurrentes”.

Sólo puede ser interpretado lo que se halla en el mismo tenor del testamento si bien, cabe que no sean suficientes los elementos que contiene y deba entonces recurrirse a los llamados medios de prueba extrínsecos, o como también se les llama interpretación extratestamentaria⁶⁷.

Afirma LACRUZ BERDEJO que elemento medular en la interpretación de la *voluntas testatoris* es el tenor del propio testamento, al cual hay que acudir para atenerse cuando falta razón válida para dudar su significado⁶⁸. Este tenor del testamento no es únicamente la cláusula a interpretar sino el entero documento. De ahí la utilización

67 Término acuñado por GARCÍA AMIGO, *cit pos* PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos... V, cit.*, vol. II, pág. 254.

68 LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.*, *Elementos... V, cit.*, págs. 235-237. Lo ha confirmado el Tribunal Supremo español, entre otras sentencias, en la de 1º de febrero de 1988 (Ref. *El derecho* 1988/708) “(...) el elemento primordial para conocer la voluntad del causante, ha de ser el tenor del propio testamento, y dentro de su tenor, atenerse a su literalidad, ‘a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador’, y sólo para el caso de que surgiera la duda, ‘se observará lo que aparezca más conforme con la intención’ pero siempre ‘según el tenor del mismo testamento’ (...)” y también en la jurisprudencia argentina: “En la interpretación del testamento debe estarse en primer lugar a las palabras empleadas, es decir, en un sentido gramatical, del que sólo puede prescindirse cuando resulte que han sido utilizadas por error” (CNCiv., Sala B, noviembre 29 1983). ED, 109-202; “A fin de interpretar la voluntad del testador entra en juego, más que nada, la penetración y el buen juicio del que sentencia. A veces, más que interpretar, hay que adivinar lo que ha querido decirse, desde

del canon de la totalidad o interpretación sistemática como suele catalogarse, o sea, *una pars testamenti per aliam declaratur*⁶⁹.

Por ello es aprovechable el empleo de métodos interpretativos que vayan más allá del puramente gramatical, del cual da cuenta el lógico sistemático, de manera que la combinación de métodos resulta posible y, en ocasiones, factibles, si se quiere encontrar la verdadera *voluntas spectanda*⁷⁰.

8.4.1. El empleo de las pruebas extrínsecas

Muy polémica resulta en la doctrina la utilización de pruebas extrínsecas de las cuales pueda valerse el intérprete para indagar la *voluntas testatoris*.

luego, para desentrañar la intención, se recurrirá al testamento mismo, en primer término, para saber que es lo que se ha querido decir, habida cuenta del espíritu que lo informa (...)” (CNCiv., Sala F, agosto 13 1982). ED, 101-788; “En materia de hermenéutica testamentaria, es principio cardinal que la interpretación del testamento debe resultar del testamento mismo, que es la forma solemne por autonomasia apta para manifestar la última voluntad (...)” (CNCiv., Sala G, febrero 21-1990, Fernández Rodríguez, Angélica c. Rodríguez, Emilio; “En lo posible, la interpretación de los actos de última voluntad debe ceñirse estrictamente a la letra del testamento, tratando de desentrañar de las expresiones usadas por el testador, la verdadera intención del mismo (...)”. (CNCiv., Sala F, diciembre 1 1973). ED, 53-377.

69 Según la sentencia de 31 de diciembre de 1992 (Ref. *El derecho* 1992/12954) del Tribunal Supremo español “El testamento constituye pues una unidad, donde está plasmada la voluntad del causante en sus distintas disposiciones, siendo necesario interpretarlas integrándolas armónicamente, en el sentido de evitar las posibles contradicciones que puedan presentarse, producto de la separada utilización de una sola vía interpretativa (sentencias de 6 de abril de 1992, y las que en ellas se citan de 5 de junio de 1978, 8 de febrero de 1980, 4 de enero de 1981, 9 de marzo de 1984, 9 de junio de 1987, 28 de abril de 1989, 30 de noviembre de 1990, 18 de julio de 1991, etcétera)”. La jurisprudencia argentina también ha aludido a dicho canon cuando afirma: “En materia de interpretación testamentaria, es principalmente útil la apreciación conjunta del contenido del testamento, aclarando unas oraciones por lo dispuesto en otras y relacionándolas con el grado de cultura y la construcción gramatical propia del testador”. (CNCiv., Sala C, marzo 19 1981). ED, 93-670; “(...) para fijar el alcance de una disposición testamentaria, como el de cualquier acto jurídico, no debe considerársela aisladamente sino correlacionada con el contexto general del testamento, que en cuanto a su forma externa es uno e indivisible”. (CNCiv., Sala F, diciembre 1 1973). ED, 53-377.

70 La sentencia de 9 de marzo de 1984 del Tribunal Supremo español (Ref. *El derecho* 1984/7090) dejó esclarecido “Que el artículo 675 del Código Civil, referente a la interpretación de las disposiciones testamentarias, concede notoria supremacía a la voluntad real del testador, sobre el sentido literal de la declaración, pues sólo prima tal sentido literal cuando el texto de la cláusula testamentaria debatida no dé lugar a dudas en cuanto a su contenido y alcance, supuesto de duda que el precepto legal contempla y que, como es obvio, conduce rectamente, en averiguación de la verdadera intención del testador, a la aplicación de las normas de hermenéutica, si bien los elementos de las mismas a conjugar, llamados usualmente gramatical lógico y sistemático, no pueden aislarse unos de otros, ni ser escalonados, como categorías o especies diversas de interpretación, pues no son más que medios o instrumentos que se han de poner en juego dentro de un proceso interpretativo unitario, razón por la que el citado artículo 675 no impone ni podía hacerlo, un orden sucesivo de relación en que deban utilizarse dichos criterios, pues no excluye que para determinar si hay una clara voluntad del testador que obligue a no dar a sus palabras su sentido literal (hipótesis prevista en la proposición primera) o para apreciar, si hay, cuando menos, motivos de duda a este respecto (hipótesis de la proposición segunda), se deba utilizar, conjunta y combinadamente, los instrumentos todos de la interpretación —sentencias de 5 de marzo de 1944, 3 de febrero de 1961, 25 de mayo de 1971 y 26 de noviembre de 1974”.

Se justifica su empleo cuando con los elementos suministrados por el propio testamento no pueda desarrollarse su sentido. A pesar de que algún autor ha señalado que el acudir a medios extrínsecos sólo *in extremis*, o sea, cuando no hay otro medio testamentario de probar el significado atribuido por el testador a su declaración, como última *ratio* o último recurso, debe ser desechado, antes bien ha de ser considerado un elemento más a ponderar por los tribunales en la apreciación del sentido y alcance de las disposiciones testamentarias⁷¹. Empero, comparto el criterio de que tal uso debe ser prudente y limitado como en tantas ocasiones ha reiterado la jurisprudencia⁷².

Se le objeta por la doctrina científica, quizá desmesuradamente, que hay que inducir la voluntad del testamento mismo y de la conexión lógica de sus cláusulas sin que sea lícito acudir a otras circunstancias extratestamentarias por el peligro que ello pudiera representar de suplantar la voluntad del testador⁷³.

Hoy día el uso de los medios extrínsecos se hace cada vez más frecuente, aun cuando se debe tomar precaución en su empleo⁷⁴. Para lo cual, advierte RIVAS MARTÍNEZ que el intérprete no es libre de acudir a ellos cuando desee, sino cuando se den algunas de estas circunstancias:

71 En el criterio de Pablo SALVADOR CODERCH, *cit. pos* LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos... V*, *cit.*, pág. 238.

72 Así, el Tribunal Supremo español en su sentencia de 18 de julio de 1991 (Ref. *El derecho* 1991/8029) se refiere el tema cuando dice: “La interpretación que tiene en cuenta, conforme a los criterios jurisprudenciales, incluso, con las debidas precauciones, los llamados medios extrínsecos o circunstancias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad, (...)”; de nuevo tratado en la sentencia de 31 de diciembre de 1992 (Ref. *El derecho* 1992/12954) en la que afirma que “(...) el proceso interpretativo ha de hacerse con un criterio subjetivista, aspirando siempre a describir la voluntad del testador, pues aunque la primera regla del precepto legal sea la literalidad, debe acudirse, con el fin de aclarar esa voluntad, al conjunto del documento testamentario, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas del mismo, empleando unitariamente las reglas de hermenéutica, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios intrínsecos, o circunstancias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta”. Igualmente la jurisprudencia argentina ha advertido la cautela para acudir a medios extrínsecos. “A fin de interpretar la voluntad del testador entra en juego, más que nada, la penetración y el buen juicio del que sentencia. A veces, más que interpretar, hay que adivinar lo que ha querido decirse, desde luego, para desentrañar la intención, se recurrirá al testamento mismo, en primer término, para saber que es lo que se ha querido decir, habida cuenta del espíritu que lo informa. Si no obtiene resultado se acudirá a las pruebas extrínsecas que aporten los interesados”. (CNCiv., Sala F, agosto 13 1982). ED, 101-788.

73 Su principal defensor lo fue DE DIEGO en la doctrina española, *cit. pos* RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho... I*, *cit.*, pág. 513.

74 No se puede perder de vista que la prueba extrínseca, aparente o exterior, únicamente servirá para aclarar algún concepto dudoso, pero no para desvirtuar o bifurcar la declaración formal preexistente. Ello resulta ser así no tan sólo porque no corresponda presumir que el testador quisiera aquello que no dijo —*testator non preasumitur frusta testari voluisse*—, sino porque la hermenéutica que guía esta materia debe contener —como principio o referencia cardinal— una interpretación que excede la acepción literal o textual del documento para imbuirse del sentido lógico y natural que el mismo conlleva, en tanto no se ameriten limitaciones o prohibiciones en contrario.

- a) oscuridad en la expresión testamentaria o pugna de la expresión con la voluntad real⁷⁵;
- b) que para determinar dicha voluntad real o intención no sean suficientes las expresiones literales contenidas en el propio testamento, ni los medios racionales ofrecidos por la interpretación racional (criterios lógico sistemático, gramatical, etc.);
- c) que el contenido del propio testamento ofrezca un punto de partida para la utilización de la prueba extrínseca, o sea, que pueda deducirse del tenor del propio testamento⁷⁶.

Con acierto apunta JORDANO BAREA que ni el carácter formal del testamento, ni los riesgos que pudiera provocar el acudir a pruebas como la testifical, son escollos insalvables para la utilización de pruebas extrínsecas en la interpretación del testamento⁷⁷. Su empleo tampoco creo que pueda ser desechado en el contexto cubano pues la fórmula del legislador del Código Civil en sede de hermenéutica del acto jurídico admite el acudir a “las demás circunstancias concurrentes” con idéntico valor al de otros recursos, expresión que incluiría no sólo los actos anteriores o coetáneos al momento del otorgamiento sino también los posteriores, superando así la limitada fórmula que utilizan otros cuerpos normativos de referirse literalmente sólo a los primeros.

El propio autor cita entre los medios o pruebas extrínsecas más utilizadas anteriores o coetáneos al acto de otorgamiento, la intervención de testigos, preferiblemente los testigos testamentarios (*vid.* artículo 484.1, 486, y 487, todos del Código Civil), así como cartas, diarios, apuntes, notas, y demás manuscritos, de los que resulte que el *de cuius* quería disponer en cierto modo. El mismo valor tendrá los simples proyectos de testamento y las minutas que haya entregado al notario para la redacción de su testamento.

Respecto de los actos posteriores o sucesivos al acto de otorgamiento valdrán como medios interpretativos, siempre que no impliquen una nueva orientación de voluntad, esto es, un acto de naturaleza revocatoria, o sea, cuando representen una

75 Así se ha pronunciado claramente el Tribunal Supremo español. En su sentencia de 1º de febrero de 1988 (Ref. *El derecho* 1988/708) expresa que: “(...) sólo (es) permisible la búsqueda de la voluntad, por otros medios probatorios, cuando ésta aparezca oscura, ambigua, contradictoria o dispar entre las palabras utilizadas y la intención”;

76 RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho... I, cit.*, págs. 513-514.

77 JORDANO BAREA, J.B., *Interpretación del testamento*, Bosch, Barcelona, 1958, págs. 89-90.

manifestación concorde con la voluntad exteriorizada en el testamento. En tal sentido clasifican todas las declaraciones, escritas o verbales, del testador que se refieran de algún modo a la ejecución de la voluntad testamentaria, así como el comportamiento que el testador observó, de manera más o menos constante, en sus relaciones con los llamados, después de la redacción del testamento⁷⁸.

8.5. La interpretación integradora de los testamentos

Aunque LACRUZ BERDEJO habla de integración del testamento⁷⁹, soy partidario que tal figura debe estar desterrada en sede testamentaria, no así la interpretación integradora.

Esta última es definida por GARCÍA AMIGO como:

“aquella actividad del juzgador que tiene por misión investigar la voluntad testamentaria y su espíritu y sacar las consecuencias del contenido del propio testamento para determinar la regulación de algún punto no previsto en aquél...”⁸⁰.

Se trata de ser fiel al testador cuando no hay duda de lo que ha querido, sin que haya acertado a expresarlo claramente. Como refiere PUIG BRUTAU, se acude a un recurso de equidad, para lograr que tenga realización la verdadera voluntad del testador, que en definitiva es la finalidad de toda interpretación testamentaria. No ha de servir, en cambio, para que en lugar de la voluntad del causante se realice la del juez o intérprete⁸¹.

Es dable recordar que a diferencia de la integración, que supone completar un negocio jurídico *v. gr.* el contrato en aplicación de las normas y reglas ordenadas por las propias fuentes de integración (buena fe, el uso de los negocios y la ley

78 *Apud.* JORDANO BAREA, J.B., *Interpretación... cit.*, págs. 91-93.

79 *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos... V. cit.*, págs. 234-235. Aunque en buena medida el clásico autor se refiere más a la interpretación integradora que a la integración.

80 GARCÍA AMIGO, *cit. pos* PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos... V. cit.*, vol. II, págs. 258-259.

81 PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos... V. cit.*, vol. II, págs. 258-259.

En la jurisprudencia argentina hay varios pronunciamientos en los que se niega la función correctora del juez, al pretenderse sustituir la voluntad del causante por la suya propia: “El juez no es un corrector, sino, que ha de aceptar el testamento tal como está redactado y extraer su posible sentido aplicando las reglas de la sana crítica al elemento material en que la voluntad debe descubrirse. De ahí que el intérprete deba cuidarse de no desnaturalizar una cláusula so pretexto de interpretarla, para no convertirse de intérprete en disponente”. (CNCiv., Sala C, marzo 19 1981). ED, 93-669; “La posición del intérprete del testamento no es la del corrector, sino que modestamente ha de aceptar el testamento tal como está redactado y desentrañar en lo posible su sentido”. (CNCiv., Sala B, mayo 4 1971). ED, 38-588.

dispositiva), la interpretación integradora busca la reconstrucción o el llenado de las lagunas a partir de la propia declaración de voluntad negocial, en el caso la testamentaria.

Una vez reconstruido el mandato testamentario, se intenta completar lo que en él está incompleto, pero tomando como premisa la propia manifestación de voluntad del testador, lo que no conduce a suplir, por creación del intérprete, la disposición ausente.

8.6. Sujetos de la interpretación

Destinatarios de todas las herramientas necesarias para realizar una interpretación testamentaria, lo son:

- a) los jueces cuando se acuden a ellos por contienda entre las partes, motivada, entre otras razones, en varias oportunidades, por conflictos hermenéuticos de las disposiciones testamentarias⁸²;
- b) al albacea nombrado por el testador, pues éste, a tenor del artículo 506.1 del Código Civil, tendrá “las facultades que expresamente le haya conferido el testador” ya que aun no habiéndolo expresado categóricamente el testador, toda ejecución del testamento supone *a priori* una actividad intelectual de las cláusulas contenidas en él⁸³. No obstante, tal interpretación no puede privar a los interesados del derecho de recurrir a la vía judicial, si no están contestes con ella, ni el testador podría imponer en el testamento que los herederos instituidos se atuvieren y acataren la interpretación dada por el albacea, como tampoco los tribunales tienen que estar a las resultas de tal interpretación, pudiendo apartarse de ella;
- c) igualmente en ausencia de albacea la ejecución le competiría a los herederos instituidos en el testamento (cfr. artículo 505.1 del Código Civil), quienes tendrían también la facultad de interpretar el acto testamentario.

82 En la jurisprudencia argentina se ha dicho: “Quien debe interpretar un acto de última voluntad, es decir, el juez, debe sobre todo guardarse de desatender a las intenciones del testador, sea porque éste no se haya acordado de algo y, por lo tanto, no haya dictado sobre ello las disposiciones correspondientes, o porque su voluntad no aparezca expresa en el testamento”. (CNCiv., Sala E, diciembre 1 1982). ED, 104-568 con nota de MARTA DEL R. MATTERA.

83 El albacea podrá interpretar el testamento dentro de los límites que las leyes le reconocen para manifestar libremente su voluntad. Dentro de esos límites podrá interpretar el testamento en la medida necesaria para ejecutarlo.

No tiene la facultad de interpretar, en cambio, el testador, ya que, por lógica, al tener lugar ésta sólo con su muerte, todo lo que diga para “interpretar” su testamento, tendrá efectos aclarativos que formarán parte del testamento, pero que en buena técnica sería ubicado como un testamento meramente aclaratorio, con la misma eficacia que las anteriores disposiciones, si no las revoca.

8.7. Interpretación y casación

En la jurisprudencia española es pacífico y reiterado que en caso de controversia judicial la facultad de interpretar el testamento, así como cualquier otro acto jurídico, le corresponde a los tribunales de instancia. La tarea de fijar el sentido y alcance de las cláusulas testamentarias, ha dicho en disímiles oportunidades el Tribunal Supremo español, es de tales tribunales, debiéndose mantener mientras se haya sustentado en criterios racionales y no desemboque en lo arbitrario, al extremo de tergiversar manifiestamente el texto de la disposición testamentaria⁸⁴.

84 Sentencia de 9 de marzo de 1984 (Ref. *El derecho* 1984/7090) “(...) según reiterada jurisprudencia de esta Sala contenida, entre otras, en sus sentencias de 5 de julio de 1966, 30 de octubre de 1970, 30 de abril de 1981 y 8 de junio de 1982, es función de los tribunales de instancia la de fijar el verdadero alcance de las cláusulas testamentarias, cuyo criterio ha de prevalecer en casación en tanto no se evidencie que es manifiestamente erróneo o equivocado por contrariar de modo muy patente la voluntad del testador”; sentencia de 13 de abril de 1984 (Ref. *El derecho* 1984/7177) “(...) según reiterada jurisprudencia de esta Sala la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad privativa de los tribunales de instancia, cuyo criterio al respecto ha de mantenerse, a menos que aparezca de modo manifiesto que aquél es equivocado o erróneo por contradecir evidentemente la voluntad del testador, (...)”; sentencia de 30 de noviembre de 1990 (Ref. *El derecho* 1990/10948) “Al ser reiterada la doctrina de esta Sala (sentencias de 30 de abril de 1981, 29 de enero y 1º de julio de 1985, 17 de junio de 1988, 28 de abril de 1989, 7 de mayo de 1990, entre las más recientes) la de que la interpretación de los testamentos es función propia de los juzgadores de la instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas deben ser respetadas en casación, salvo en el supuesto de que puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la voluntad del testador, (...)”; sentencia de 10 de junio de 1992 (Ref. *El derecho* 1992/6101) “(...) compitiendo, según una constante doctrina jurisprudencia, a los juzgadores de instancia la función de interpretar, los testamentos, con la finalidad de descubrir la voluntad real del testador, (...)”; sentencia de 24 de noviembre de 1992 (Ref. *El derecho* 1992/11609) “(...) la interpretación de los testamentos es función propia de los juzgadores de la instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas deben ser respetadas en casación, salvo el supuesto de que puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la voluntad del testador (sentencias de esta Sala de 17 de junio de 1988, 28 de abril de 1989, 7 de mayo de 1990 y 18 de julio de 1991), (...)”; sentencia de 18 de julio de 1998 (Ref. *El derecho* 1998/16250) “La interpretación de los testamentos, como la de cualquier otro negocio jurídico, que, en principio, es función propia de los juzgadores de la instancia, puede ser, no obstante, sometida a esta revisión casacional, cuando el resultado obtenido por tales órganos jurisdiccionales sea absurdo, ilógico, irracional u ostensiblemente contrario a la verdadera voluntad del testador”.

BIBLIOGRAFÍA

I. Fuentes doctrinales

- ALBÍEZ DOHRMAN, K. JOCHEN, *Negocios atributivos "post mortem"*, CEDECS, Barcelona, 1998.
- BAUER, H.L., *et al.*, *Manual notarial de disposiciones sucesorias de Europa*, Unión Internacional del Notariado Latino, Comisión de Asuntos Europeos y del Mediterráneo, CAEM, IRENE, 1998.
- CÁMARA ÁLVAREZ, MANUEL DE LA, *Compendio de derecho sucesorio*, 2ª edición actualizada por ANTONIO DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, La Ley-Actualidad, Madrid, 1999.
- Consejo General del Notariado Español, *Regímenes sucesorios en Iberoamérica y España. VII Jornada Notarial Iberoamericana*, Salamanca, España, 1996.
- FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, LOURDES, *Autonomía privada y testamento en derecho común. Contribución al estudio de las disposiciones testamentarias atípicas*, Comares, Granada, 1996.
- GARRIDO MELERO, MARTÍN, *Introducción al nuevo derecho sucesorio catalán*, Ed. Barcelona, 1993.
- GIAMPICCOLO, GIORGIO, *Il contenuto atipico del testamento*, Giuffrè Editore, Milano, 1954.
- JORDANO BAREA, JUAN B., *Interpretación del testamento*, Bosch, Barcelona, 1958.
- JORDANO BAREA, JUAN B., *El testamento y su interpretación*, Comares, Granada, 1999.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS *et al.*, *Elementos de derecho civil*, t. V – Derecho de sucesiones, 5ª edición, Bosch, Barcelona, 1993.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, *Compendio de derecho civil*, t. V – Derecho de sucesiones, 2ª edición, puesta al día, Editorial Revista de Derecho Privado – EDERSA, Madrid, 1987.
- OJEDA RODRÍGUEZ, NANCY C. *et al.*, *Derecho de contratos*, t. I - Teoría general del contrato, Félix Varela, La Habana, 2003.
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. y MARÍA ELENA COBAS COBIELLA, *Temas de derecho sucesorio cubano*, Félix Varela, La Habana, 1999.
- PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos del derecho civil*, t. V, vol. II, 2ª edición (ampliada y puesta al día), Bosch, Barcelona, 1983.
- RIVAS MARTÍNEZ, JUAN JOSÉ, *Derecho de sucesiones. Común y foral*, t. I, 2ª edición, Dikynson, Madrid, 1997.
- ROYO MARTÍNEZ, MIGUEL, *Derecho sucesorio mortis causa*, primera parte, ENPES, La Habana, 1991.
- SÁNCHEZ-TOLEDO, HUMBERTO JOSÉ y MARÍA ELENA COBAS COBIELLA, *Apuntes de derecho de sucesiones*, ENPES, La Habana, 1989.

SUÁREZ FRANCO, ROBERTO, *Derecho de sucesiones*, 2ª edición, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996.

V ALLET DE GOYTÍSOLO, JUAN B.; *Panorama del derecho de sucesiones*, t. I – Fundamentos, 1ª edición, Cívitas, Madrid, 1982.

II. Fuentes legales

Código Civil de Alemania (*BGB comentado*), en vigor desde el 1º de enero de 1900, edición a cargo de EMILIO EIRANOVA ENCINAS, Marcial Pons, Madrid, 1998.

Código Civil de la República de Argentina de 25 de septiembre de 1869, edición al cuidado del Dr. RICARDO DE ZAVALÍA, Buenos Aires, 1996.

Proyecto de Código Civil de la República Argentina, Ministerio de Justicia de la nación, Buenos Aires, 1999.

Código Civil de la República de Bolivia, decreto ley 12760/1975 de 6 de agosto, edición de 1998.

Código Civil de la República de Chile de 14 de diciembre de 1855, edición oficial al 31 de agosto de 1976, aprobada por decreto 1937/1976 de 29 de noviembre del Ministerio de Justicia, Editorial Jurídica de Chile.

Código Civil de la República de Colombia, sancionado el 26 de mayo de 1873 y puesto en vigor por Ley 57 de 1887, edición a cargo de LUIS CÉSAR PEREIRA MONSALVE, Medellín, marzo, 1994.

Código Civil de la República de Costa Rica de 26 de abril de 1886 (revisado y actualizado), 9ª edición, Porvenir, San José, 1996.

Código Civil de la República de Cuba, Ley 59/1987 de 16 de julio, vigente desde el 13 de abril de 1988, divulgación del MINJUS, La Habana, 1988.

Código Civil de la República de Ecuador, 7ª edición, Codificación RO-S 104: 20 noviembre de 1970, actualizado a junio de 1997, editado por Corporación de Estudios y Publicaciones, S.L.

Código Civil de la República de El Salvador, decretado el 23 de agosto de 1859, ordenada su promulgación por decreto ejecutivo de 10 de abril de 1860, publicado en el *Diario Oficial* el 14 de abril de 1860.

Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 16ª edición, Cívitas, Madrid, 1993.

Código Civil de la República de Francia de 21 de marzo de 1804, 6ª edición, Petit Codes, Dalloz 1976-1977.

Código Civil de la República de Guatemala, sancionado por decreto ley 106/1963 de 14 de septiembre, en vigor desde el 1º de julio de 1964, Ayala and Jiménez Editores, Guatemala, CA, 1991.

Código Civil de la República de Honduras, sancionado por decreto 76/1906 de 19 de enero, Graficentro Editores, Tegucigalpa. s.f.

- Código Civil de la República de Italia de 16 de marzo de 1942, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 1993.
- Código Civil de la República de Paraguay, Ley 1183, en vigor desde el 1º de enero de 1987, 3ª edición, Intercontinental Editora, Asunción, agosto de 1993.
- Código Civil de la República del Perú, promulgado por decreto legislativo 295/1984 de 24 de junio, en vigor desde el 14 de noviembre de 1984, edición a cargo de JORGE PALMA MARTÍNEZ, Ediciones y Distribuciones "Palma", Lima, 1994.
- Código Civil de la República de Portugal de 1966, vigente desde 1967, Livraria Almedina, Coimbra, 1992.
- Código Civil de Puerto Rico de 1930, edición a cargo de RAMÓN ANTONIO GUZMÁN, Santa Fe de Bogotá, septiembre 1993.
- Código Civil de la República Dominicana, 8ª edición, preparada por el Dr. PLINIO TERRERO PEÑA, Editora Corripio, C. por A., Santo Domingo, 1987.
- Código Civil y Código de las Obligaciones de Suiza de 10 de diciembre de 1907 y 30 de marzo de 1911, respectivamente, 6ª edición, (revisada y puesta al día), Librería Payot, Lausana, 1943.
- Código Civil de la República Oriental del Uruguay sancionado en 1914, edición al cuidado de la Dra. JACQUELINE BARREIRO DE GALLO, Barreiro y Ramos S.A. Editores, Montevideo, 1994.
- Código Civil de la República de Venezuela, reformado en julio de 1982, PANAPO, 1986.
- Código de Derecho Canónico, 14ª edición, Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1987.
- Código de Familia de la República de Cuba, Ley 1289 de 1975, vigente desde el 8 de marzo de 1975, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1999; Ley 50/1984 de 28 de diciembre De las notarias estatales, editada por el MINJUS, mayo de 1986 y su *Reglamento* contenido en la Resolución 70 /1992 de 9 de junio del Ministro de Justicia.
- Ley 51/1985 de 15 de julio, del Registro del Estado Civil, publicación del MINJUS, La Habana, 1998 y su *Reglamento* contenido en la Resolución 157/1985 de 25 de diciembre del Ministro de Justicia, publicación del MINJUS, La Habana, 1998.
- Ley 65/1988 de 25 de diciembre, Ley general de la vivienda, en publicación del Instituto Nacional de la Vivienda, La Habana, 1989; decreto ley 125/1991 de 30 de enero sobre el Régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y bienes agropecuarios en CD *Información jurídica digital cubana*, 1ª edición, Félix Varela, La Habana, 2000.