

Familia y herencia en el derecho cubano: ¿realidades sincrónicas?*

Family and inheritance in Cuban law: synchronous realities?

Leonardo Bernardino Pérez Gallardo**

RESUMEN

Basta con una mera ojeada al derecho vigente en nuestro entorno geográfico para comprobar que las tensiones entre el derecho familiar y el sucesorio se hacen cada vez más visibles. El derecho de las familias debe conducir a un nuevo derecho de las sucesiones, menos formalista y más tuitivo, menos rígido y más sensible, que sin dejar de abandonar sus pilastras, incorpore en su arquitectura las nuevas formas familiares y el arsenal de valores que esta época impone, incluidos los retos de la ciencia y de la tecnología.

PALABRAS CLAVE: *Familia, herencia, sucesión ab intestato, matrimonio, unión de hecho, divorcio, familias ensambladas, discapacidad, legítima asistencial.*

ABSTRACT

Just taking a glimpse of the current law in our geographical setting allows us to realize that family-successions law tensions are visibly increasing. Family law should lead to a new law of successions, less formalist, more protective and less rigid; without neglecting its pillars, yet assuming new family forms and the whole arsenal of values these times bring about, including science and technology challenges.

KEY WORDS: *Family, inheritance, intestate succession act (ab intestato succession), marriage, non-marital union, divorce, assembled families, disability, legitimate assistance.*

* Recibido: 8 de diciembre de 2011. Aceptado: 18 de enero de 2012.

** Profesor titular de Derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba. (lbp_gallardo@gmail.com).

En este trabajo póstumo de las vidas que fueron, descubrimos los contornos de la existencia para otro. En esto estriba la garantía y el progreso de toda nuestra civilización. Se define con la expresión jurídica de *herencia*. Mi existencia no termina conmigo mismo, aprovecha a otro; tal es el pensamiento que sirve de base al derecho hereditario.

IHERING

[...] no se pierda de vista que el derecho sucesorio ha nacido, históricamente, como una institución al servicio de la familia y debe seguir vinculado a ella.

CASTÁN TOBEÑAS

Sumario

1. La familia y la herencia: dos figuras sincrónicas en la dinámica social
2. Las tensiones entre la familia y la herencia en el derecho cubano
 - A) El derecho de sucesión *ab intestato* del cónyuge *supérstite* en los supuestos de extinción de la convivencia afectivo-marital
 - B) El inocente de buena fe en las uniones de hecho putativas, su pretendida concurrencia en la sucesión *ab intestato* del bigamo
 - C) La participación del cónyuge *supérstite* en la sucesión de los bienes comunes del fallecido
 - D) Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión *ab intestato*
 - E) Discapacidad, familia y legítima asistencial
3. Precisos giros copernicanos en función de la sincronía

1. La familia y la herencia: dos figuras sincrónicas en la dinámica social

“(L)a persona humana no es una isla en el mundo. Nace en el seno de una familia y fallece con relaciones familiares, más próximas o más remotas”.¹ Tradicionalmente, la familia y la herencia han ido de la mano, incluso se ha entendido que la segunda es expresión prolongada de la primera, en el sentido de que con la herencia se protege *post mortem* la familia del autor de la sucesión. Histórica-

¹ LOHMANN LUCA DE TENA, GUILLERMO. *Derecho de sucesiones*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1995, t. I, p. 27.

LEONARDO BERNARDINO PÉREZ GALLARDO

mente la sucesión se ha incardinado a favor de la familia, de ahí que los fundamentos de la sucesión intestada han sido situados por un sector de la doctrina científica en la protección de la familia, que en definitiva ha sido quien ha contribuido en la formación del patrimonio que se transmite por causa de muerte. Desde los inicios del siglo xx, hace casi cien años, VALVERDE y VALVERDE situaba el derecho de sucesión como un eslabón cuya función era, entre otras, mantener vivo “el sentimiento de solidaridad de la familia”.² Más tarde se ha dicho, no sin razón, que el fundamento de la sucesión por causa de muerte descansa “en el valor moral de los vínculos de sangre”, en la idea profundamente arraigada del afán del hombre “de dejar a sus hijos lo que haya adquirido durante su vida”.³ Con un argumento que si bien no deja de ser rebatible no puede desatenderse, dadas las razones que se han esgrimido para fundamentar la sucesión por causa de muerte, conectadas en esencia con la familia, se ha llegado a decir que “el hombre no vive para sí solo, sino también para su familia, a la que debe sustentar, educar y proteger. La propiedad no es sino un medio de cumplir estos deberes; luego, si la persona sobre quien recaen desaparece del mundo, pero no desaparecen las cosas destinadas a la satisfacción de dichos deberes, deben éstas permanecer en la familia, de la cual constituyen el medio de conservación”.⁴

Como explica el profesor chileno TAPIA RODRÍGUEZ, “la herencia es, ante todo, una relación de familia. Diferida preferentemente en favor de los hijos, simbólicamente testifica que éstos son parte de la familia (*‘éste es mi heredero’*, se suele decir comúnmente de los hijos)”.⁵ Al decir de CARBONNIER, “es una promesa de continuidad en el futuro, de que entrarán por intermedio de los hijos en un tiempo que su condición humana les negó”.⁶ Por ello, también le asiste razón a la profesora PEREÑA VICENTE cuando expresa: “El derecho civil, y el sucesorio no es una excepción, se positiviza en sintonía con la evolución de la sociedad, aunque en ocasiones con mucho retraso, y es la plasmación de una determinada concepción de las relaciones sociales, de la familia y del individuo. En el derecho sucesorio es, precisamente, la concepción de la familia la que con mayor intensidad influye”.⁷

² VALVERDE y VALVERDE, CALIXTO. *Tratado de derecho civil español*, t. v: *Parte especial. Derecho de sucesión mortis causa*, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1916, p. 29.

³ O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER. *Compendio de derecho civil*, t. v: *Derecho de sucesiones*, EDESA, Madrid, 1987, p. 14.

⁴ RICCI, FRANCISCO. *Derecho civil teórico y práctico*, t. v: *Derecho de sucesiones*, traducción de Eduardo Ovejero, La España Moderna, Madrid, s.f., pp. 2 y 3.

⁵ TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO. “Evolución y perspectivas del derecho sucesorio chileno”, en PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. (coord.), *El derecho de sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos*, Temis-Ubijus-Reus-Zavalía, Bogotá-México-Madrid-Buenos Aires, 2009, p. 119.

⁶ CARBONNIER, *cit. pos* TAPIA RODRÍGUEZ, M. “Evolución y perspectivas...”, *op. cit.*, pp. 119 y 120.

⁷ PEREÑA VICENTE, MONTSERRAT. “Supervivencia de la legítima tras las adaptaciones del derecho sucesorio a la sociedad del siglo XXI”, en PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. (coord.). *El derecho de sucesiones...*, *cit.*, p. 94.

De este modo, familia y herencia actúan como eslabones de una cadena, directamente engarzados. Empero, esta conexión no es sólo estructural, sino también funcional. Tanto en la familia como luego en la sucesión por causa de muerte, cobran especial sustantividad los valores a los que ellas han de responder, sustentados en tiempo y lugar. No se concibe una mutación de estos valores en el orden familiar, si a su vez no repercuten con igual intensidad en el sucesorio. La sucesión por causa de muerte está en gran medida erigida sobre las pilastras del edificio familiar. Los órdenes de la sucesión *ab intestato* están informados de los afectos familiares, los cuales se presumen. Lo que acontece es que esta presunción afectiva no es estática. En la misma medida en que el derecho extiende su manto protector a nuevas formas familiares, sus miembros deben cobrar igual protagonismo en las normas sucesorias. Así, por ejemplo, resulta un verdadero conato de egoísmo que el legislador les deje la posibilidad de concurrir a la sucesión, según el mero arbitrio del testador, de manera que las normas familiares le cobijen y las sucesorias, como en ocasiones suele suceder, le den la espalda. Si bien el testamento es la ley de la sucesión, el principio de solidaridad familiar cobra mayor protagonismo en las sucesiones legítima e intestada, incentivado por el *animus legislatoris*.

La realidad social cubana ofrece hoy día un variopinto panorama de las diversas formas familiares elegidas por las personas para desarrollar su proyecto de vida, aunque en nuestro entorno las normas familiares no siempre están atentas a ellas, ni qué decir de aquellas de naturaleza sucesoria. No obstante, en todo caso, es necesaria una doble mirada, o si se quiere una mirada única, prolongada, en la que la protección desde el derecho no se detenga en el entorno familiar, pues precisamente la muerte de uno de sus miembros hace brotar relaciones de contenido sucesorio que han de estar también a buen recaudo.

2. Las tensiones entre la familia y la herencia en el derecho cubano

Llama la atención que este enfoque sea tan poco tratado por la doctrina científica. Hoy día se escribe tanto en temas de derecho familiar que resulta paradójico que se deje a un lado el estudio de la conexidad que opera entre familia y herencia. Los propios familiaristas al deslindar la parcela de la que se ocupan erigen muros, en ocasiones hasta aparentemente infranqueables, para aislar “su materia” de otras que pueden resultar afines. Pero no se trata de cuestiones didácticas o metodológicas, sino ontológicas *per se*. Cada vez son más evidentes las tensiones que protagonizan la familia y la herencia en el derecho cubano. No

LEONARDO BERNARDINO PÉREZ GALLARDO

se puede hablar de familia si no se alcanza con ella la propia sucesión por causa de muerte, como expresión natural de la vida. No hay dudas que aun cuando se abogue por una libertad de testar, es lo más común que la persona disponga de su sucesión a favor de otras que están emparentadas con él por vínculos consanguíneos o afines, o en beneficio de su cónyuge o pareja de hecho, es decir, a favor de la familia, ya sea ésta nuclear o extendida.

Empero, las tensiones entre la familia y la herencia se sienten, y en el derecho cubano se hacen palpables, en primer orden desde el mismo momento en que la familia y la herencia tienen asentamientos legales diversos: el Código de Familia es anterior —cronológicamente hablando— al Código Civil; responden al proceso de recodificación operado en Cuba en las primeras décadas de la Revolución, pero aun así, sus ponentes y su proceso de aprobación fue disímil. El Código de Familia deja subsistente un derecho sucesorio reconocido en un Código Civil decimonónico, para más impuesto en Cuba por España, del cual se sabía al momento de aprobación del citado Código de Familia que lo que le restaba por vivir era efímero, pero aun así, subsistente tras la entrada en vigor de un Código calificado como uno de los más “progresistas” para la década de los setenta en Latinoamérica, de modo que durante más de una década “conviven” un Código de Familia de avanzada, de corte socialista, y un Código Civil del siglo XIX de corte semifeudal, que responde a otros requerimientos históricos y sociales. No obstante, no puede negarse que el Código de Familia cubano se ajusta en su modelo a ciertos perfiles en materia sucesoria que luego fueran abrogados por el Código Civil de 1987, el que a su vez no encuentra apoyo en las normas del Código de Familia, que nunca se ajustaron a los cambios introducidos por este último en sede sucesoria. Lamentablemente, hoy día ambos han quedado a su vez desfasados con la historia contemporánea de nuestro país y no responde el primero a las familias que hoy tienen reconocimiento social, ni tampoco el segundo a los reclamos que en materia sucesoria estas familias exigen, pero se trata entonces de tensiones que no operan *ad intra* entre estas instituciones, sino *ad extra*, con mayor connotación sin dudas.

154

Mientras la familia es foco de atención no sólo de los juristas, sino también de sociólogos, filósofos, economistas, demógrafos, psicólogos, la sucesión por causa de muerte sólo se estudia escasamente por los juristas, de modo que se distancian ambas figuras, tal y como si no estuvieran adheridas por nervios centrales del ordenamiento jurídico de cualquier sociedad.

A guisa de ejemplo podemos formular multitud de interrogantes. ¿Cómo es posible que el matrimonio se extinga por declaración judicial de presunción de muerte de uno de los cónyuges, pero sólo a partir de que dicha declaración quede firme (artículo 44 del Código de Familia), en tanto que el Código Civil,

con mucha más lógica, establece que “Los efectos de la declaración se retrotraen al momento en que se produjo el acontecimiento que hizo presumir la muerte o se tuvieron las últimas noticias del desaparecido” (artículo 36.2)? ¿Es que el matrimonio se entiende extinguido en la fecha en que adquiere firmeza la resolución judicial en la cual se contiene la declaración de presunción de muerte y la sucesión abierta en fecha muy anterior, coincidente con el acontecimiento que hizo presumir la muerte o aquella en que se tuvieron noticias de la existencia con vida del desaparecido? ¿Cómo es posible abrir una sucesión por causa de muerte y entenderse subsistente el matrimonio?⁸ ¿Por qué razón no se excluye de la sucesión *ab intestato* del hijo, al padre que se ha negado a reconocer la filiación y que incluso ésta se ha impuesto en contra de su voluntad tras el éxito del proceso judicial correspondiente promovido por la madre en representación de su menor hijo? ¿Por qué no admitir este caso como un supuesto de exclusión legal de la herencia y no en cambio tener que recurrir a un proceso judicial para interesar la incapacidad sucesoria del padre, con lo que ello implica en el orden afectivo para los demás herederos concurrentes, esencialmente la madre, que ha tenido la desdicha de perder a su hijo, con la consiguiente carga probatoria que tendría que aportar al proceso, lesiva además en el orden emocional? ¿Por qué no incluir como una consecuencia de la privación de la patria potestad del progenitor la exclusión legal del derecho a heredar al hijo por las reglas de la sucesión intestada y no tenerse que promover *a posteriori* un proceso ordinario de incapacidad para suceder al amparo del artículo 469.1, inciso c, del Código Civil, con la consiguiente carga probatoria de quien ejercite la acción de incapacidad sucesoria, lo cual no resulta siempre exitoso ante nuestros tribunales?⁹ Si

⁸ Vista en abstracto la expresión contenida en el artículo 44 del Código de Familia, nos hace suponer que el legislador del Código de Familia parte de una tesis distinta al del Código Civil, de modo que para el matrimonio no regiría la retroactividad de los efectos de la declaración judicial de muerte presunta que predica el artículo 36.2 del Código Civil, pero una interpretación sistemática e integradora apuntaría hacia una tesis contraria. No puede interpretarse aisladamente el artículo 44, en su único párrafo subsistente, del Código de Familia, pues la figura de la muerte presunta está regulada en el Código Civil, y uno de cuyos efectos es el ser causa de extinción del matrimonio, materia que en función de su naturaleza es regulada no por el Código Civil, sino por el Código de Familia, pero en todo caso este último tiene que ajustarse a lo previsto en el primero. *Ergo*, una interpretación lógica de ambos preceptos, evitando cualquier colisión, sería la de entender extinguido el matrimonio una vez firme la declaración judicial en que se contiene la declaración de muerte presunta, pero retro trayéndose tales efectos “[...] al momento en que se produjo el acontecimiento que hizo presumir la muerte o se tuvieron las últimas noticias del desaparecido”. Lo contrario sería admitir el absurdo de que respecto de un sujeto desaparecido, *v. gr.*, A, del cual se tuvieron las últimas noticias el 18 de agosto de 1998, declarado presuntamente muerto en virtud de auto de fecha 26 de noviembre de 2005, firme desde el 8 de diciembre de 2005, se abra su sucesión a la fecha 18 de agosto de 1998 y se tenga extinguido su matrimonio con fecha 8 de diciembre de 2005, pues ello supondría que a la primera fecha pudiera promoverse la liquidación de su caudal hereditario, mientras la comunidad matrimonial de bienes no quedaría extinguida hasta el 8 de diciembre de 2005: un absurdo jurídico imposible de defender.

⁹ A modo de ejemplo cabe citar la sentencia No. 77 del 29 de septiembre de 2006, en su primer considerando (proceso ordinario), de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La

LEONARDO BERNARDINO PÉREZ GALLARDO

la privación de la patria potestad es la más grave sanción en la que pueda estar incurso el progenitor respecto de la prole,¹⁰ ¿cómo es posible que el legislador la limite en sede familiar, y que luego en materia sucesoria haya que recurrirse a la vía judicial a promover otro proceso, tan lacerante en el orden afectivo como el primero, cuando además se ha tenido el infortunio de ver morir al hijo?

Habana (ponente Alfaro Guillén), a cuyo tenor se deja esclarecido que "la institución jurídica que sirve de objeto al proceso es la incapacidad para heredar, categoría que supone la extinción de las prerrogativas que la delación hereditaria dispensa a los llamados a la sucesión, que constituye una categoría por excelencia restrictiva de derechos en materia sucesoria y en tanto *debe resultar de aplicación exclusivamente a aquellos supuestos en los cuales las causales legalmente establecidas que se tipifiquen queden sobradamente acreditadas*, lo cual no se pone de manifiesto en el presente caso, tratándose de una causal relativa y prevista en el artículo cuatrocientos sesenta y nueve, inciso c, del Código Civil cubano y *toda vez que en modo alguno logró la actora acreditar a la Sala la negativa, ni tan siquiera evasiva, de atención o alimentos de los demandados y herederos testamentarios con respecto a la causante de cuya sucesión se trata, y tampoco el reclamo fáctico de la fallecida a los mismos de tales atenciones*, lo cual impide a la sala pronunciarse como se solicita, con respecto a la incapacitación sucesoria de los demandados, a cuyo tenor debe tener en cuenta el juzgador, no cualquier situación de despego o descuido por parte de los llamados a la sucesión, sino conductas de verdadera indolencia y desatención de los mismos con respecto al causante [...]" (el resaltado es nuestro). Más recientemente, la sentencia No. 328 del 31 de agosto de 2011 (segundo considerando) de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo (ponente Acosta Ricart), en la que en similar asunto explicita que "[...] la situación de hecho que dejó establecida la sentencia prevalece *en tanto la recurrente no logró desvirtuarla con el motivo de prueba como hubiere correspondido* y por tanto la misma no es subsumible en el precepto específico que se acusa infringido al no haber tenido por acreditada la sentencia que por la heredera testamentaria se hubiere incurrido en alguna de las conductas que relaciona el inciso c) del apartado uno del artículo cuatrocientos sesenta y nueve del Código Civil [...]" (el resaltado también nos corresponde).

¹⁰ Vid. entre otros, los siguientes razonamientos judiciales en procesos de privación de patria potestad: "[...] siendo además una medida tomada por el Tribunal competente considerada como de gravedad extrema al tener el carácter de irrevocable, dada la incidencia que tiene sobre la vida familiar tanto del privado como del menor en cuestión, a quien se le debe cuidar para su debida protección de acuerdo a lo que resulte más beneficioso para su bienestar, al tenerse que demostrar que resulta perjudicial que el padre continúe ostentando dicha potestad en el ámbito de decisión del infante [...]" (sentencia No. 61 del 31 de agosto de 2010 de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, primer considerando, ponente Blanco Pérez); "[...] nos encontramos ante un litigio que trasciende a la vida familiar pues se pretende la privación de la patria potestad de una madre sobre su hijo, obligación legal ésta regulada en el artículo ochenta y cinco del Código de Familia y que no es más que aquella institución del derecho de familia derivada de la filiación que hace referencia a todo un conjunto de deberes relativos a la debida protección, manutención y educación de acuerdo a las normas sociales que rigen nuestra sociedad que recaen sobre los progenitores con relación a la persona y bienes de sus hijos, la que tiene carácter personalísimo, es intransferible y exige su ejercicio activo por parte de los padres, pues de lo contrario el menor puede resultar perjudicado, razón por lo cual el abandono de una madre para con su hija y la despreocupación total en su cuidado, atención y manutención es razón sólida y suficiente para privarla del ejercicio de la patria potestad" (sentencia No. 70 del 10 de noviembre de 2010 de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, primer considerando, ponente Lara Sanabria); "[...] el ejercicio de la patria potestad conferido a los progenitores sobre sus menores hijos en los artículos ochenta y cinco, ochenta y seis y ochenta y siete del Código de Familia comprende una serie de derechos y deberes de los padres que en definitiva tributan en beneficio del desarrollo y crecimiento de sus pequeños en el lapso por el cual no tienen la capacidad suficiente para velar por sí mismos de su educación, ni para realizar actos que trasciendan a su esfera jurídica. Es por todo ello que nuestros tribunales a la hora de decidir sobre la suspensión o privación del ejercicio de la patria potestad de uno o ambos padres han de proteger por encima de cualquier otro aspecto el interés superior del niño y adoptar, en todo caso, la decisión que resulte más beneficiosa para el menor" (sentencia No. 14 del 18 de febrero de 2011 de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de La Habana, primer considerando, ponente Insua Gamboa).

¿Qué sentido tiene que, en principio, tenga derecho a heredar al hijo, según las reglas impuestas por el legislador, el progenitor cuyo comportamiento ha sido de tal magnitud que se le ha privado de la más importante función que ha de desempeñar en la vida: la de ser padre o madre? En todo caso, debería invertirse el *statu quo* establecido por el legislador: que sea el hijo cuando tenga la edad establecida por el Código Civil para testar (18 años, o menos si ha formalizado matrimonio, según el artículo 29) quien exprese en su testamento, aun cuando su progenitor o progenitora haya sido privado de la patria potestad, su voluntad de que concurra a su sucesión como heredero o como legatario, no así durante su minoridad, de modo que de fallecer en ese periodo, correspondería al legislador excluirlo o excluirla de pleno derecho de la sucesión por causa de muerte, pues repulsa no sólo el más estricto apego a los principios del derecho, sino también de la ética y de la moral, el que la privación de la patria potestad no comporte efectos automáticos de pérdida del derecho a heredar.

Similares tensiones existen entre la aceptación de la herencia y la figura del tutor. En un ordenamiento jurídico en el que la aceptación de la herencia pueda comprometer el patrimonio del heredero, en tanto la responsabilidad por deudas y cargas de la sucesión sea *ultra vires*, se justifica entonces que el tutor solicite autorización judicial para tal aceptación, pues pudiera resultar perjudicial para el patrimonio de su pupilo. De ahí la *ratio* del artículo 155.3 del Código de Familia, a tono con el artículo 1003 del Código Civil español, vigente en la fecha de promulgación del mencionado Código de Familia, pero con la aprobación del Código Civil de 1987 tal precaución legal no tiene razón de existir, dado que el artículo 525.1 de este último cuerpo legal estableció la responsabilidad hereditaria *intra vires* como regla legal, única y exclusiva, de manera que en el ordenamiento jurídico cubano el heredero nunca verá ligado su patrimonio con las deudas del causante, pues para ello tendrá el patrimonio que hereda, único soporte sobre el cual podrán dirigirse los acreedores del causante; *ergo*, no hay razón entonces para que se mantenga subsistente la tramitación de una autorización judicial que por imperio de la ley siempre será concedida porque nunca existirá un supuesto en que la aceptación de la herencia por el pupilo pueda afectar su patrimonio, ya que éste, en todo caso, quedará ajeno a cualquier apetencia crediticia. En esta propia sede, ¿resulta lógico que el tutor que ha sido removido de su cargo, al amparo del artículo 159 del Código de Familia, pueda a su vez heredar al pupilo, no por motivo de la tutela sino por razón del parentesco que le vincula con éste? ¿Por qué no hacerlo incurso en una causal de exclusión legal del derecho a suceder por causa de muerte al pupilo? Es cierto que cabría la posibilidad de promover un proceso ordinario de incapacidad para suceder sobre la base de que el presunto llamado a la sucesión le negó alimentos o atención

LEONARDO BERNARDINO PÉREZ GALLARDO

al causante (*vid.* artículo 469.1, inciso c, del Código Civil), pero pudiera darse el caso de que la causa de remoción no haya sido porque desatendió al pupilo, sino porque mal administró el patrimonio de éste. En fin, si usted ha incumplido gravemente sus deberes como tutor, sea en la esfera personal o en la patrimonial que la tutela comporta, no debiera concurrir a la sucesión del pariente que una vez fuera su pupilo, de la misma manera que no aceptar el cargo de tutor por causa injustificada debiera ser reconocida como una causal de incapacidad para suceder. Supuesto en el cual sí que habría que promover el proceso correspondiente, pero en todo caso ello se justificaría, pues pudiera erigirse como una “sanción” establecida también en las normas reguladoras del derecho sucesorio ante un comportamiento objetable no sólo desde la óptica jurídica, sino también desde el punto de vista ético, si se probara que la excusa alegada por el llamado a asumir el cargo de tutor no justifica su negativa.

En materia de incapacidades para suceder, el Código Civil cubano prevé un supuesto interesante, trasunto del Código Civil español (artículo 164.2). En efecto, el artículo 472 dispone que si el incapaz para suceder tiene hijos o descendientes, la participación que le hubiere correspondido al incapaz pasa a éstos por representación sucesoria (ex artículos 512 y 514 del Código Civil), pero en este supuesto se le excluye por ley de la administración de los bienes heredados, lo cual es lógico, pues resultaría un contrasentido que el incapaz para suceder no pueda concurrir a la sucesión y que, no obstante, los bienes transmitidos a título de herencia o de legado los administre en razón de la patria potestad que tiene sobre sus hijos (téngase en cuenta que de tratarse de otros descendientes, la administración de dichos bienes les correspondería a sus progenitores y no a sus abuelos).¹¹ No obstante, nuevamente familia y herencia se convierten en realidades asincrónicas; por ejemplo, declarado incapaz para suceder el hijo del causante de la sucesión, concurre a la herencia por representación sucesoria su hijo, a la vez nieto del causante, quien se adjudica el patrimonio que sería administrado con exclusividad por su madre, otrora nuera del causante, ¿*quid* si el hijo fuere huérfano de madre?, o sea, ¿qué acontecería si faltare el otro progenitor, ya sea por fallecimiento o por privación o suspensión de la patria potestad? ¿Quién administraría el patrimonio heredado? Las normas del derecho familiar nada resuelven, porque no está prevista la figura del defensor *ad litem* ni existe la posibilidad por ley de nombrar un tutor para la administración del patrimonio, distinto de un tutor para la persona.¹² La tutela sólo opera en supuestos de mi-

¹¹ Posición disimil sostiene en la doctrina peruana LOHMANN LUCA DE TENA, G. *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 195 y 196.

¹² Téngase en cuenta que el artículo 164.2 del Código Civil español sí prevé la solución, de modo que los bienes heredados “serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado”.

noridad o de declaración judicial de incapacitación (*vid.* artículos 137 y 138 del Código de Familia) y la curatela desapareció del ordenamiento jurídico cubano. En tanto, el fiscal podrá representar al menor en situaciones como ésta en un acto concreto (*vid.* artículo 60 del Código Civil), pero no administrar durante toda la minoridad el patrimonio heredado, pues ello no está entre sus funciones, ni el propio desempeño de la profesión como fiscal se lo permitiría. Sólo cabría, y en el supuesto de la sucesión testamentaria, que un testador bien precavido nombrare un administrador a tal fin.

Por otra parte, el derecho sucesorio concibe como causal de incapacidad para suceder el negar alimento o atención al causante de la sucesión, empero, en lo que a los alimentos concierne, sólo son exigibles entre ascendientes y descendientes recíprocamente, cónyuges y hermanos (*vid.* artículo 123 del Código de Familia), en tanto que la sucesión se extiende más allá, comprendiendo el quinto orden o llamamiento sucesorio, no sólo a los hermanos, sino también a los sobrinos (artículo 521 del Código Civil). Si la herencia se extiende hasta los sobrinos, es lógico que la obligación a darse alimentos a los parientes se prolongue hasta aquéllos. ¿Por qué el sobrino puede heredar al tío, y en vida de éste, cuando le urge la necesidad de alimentos, resultando solvente el tío, no está legitimado por ley para exigirlos? ¿Tendría que esperar la muerte del tío para pasar a mejor fortuna el sobrino, necesitado de alimentos? ¿Cuándo los sobrinos podrían declararse incapaces para suceder por haberle negado alimentos al tío? Siempre he sustentado la tesis de que la sentencia estimatoria de la declaración de incapacidad para suceder ex artículo 469.1, inciso c, cabe aun en el supuesto de que no se pruebe la reclamación judicial de alimentos, criterio no siempre compartido por el Tribunal Supremo,¹³ pero aun así, tratándose de los sobrinos, los interesados en la incapacidad sucesoria de éstos nunca tendrían que probar tal particular, porque no habría posibilidad de ello, ya que conforme con el de-

¹³ Sentencia No. 252 del 8 de agosto de 2008, segundo considerando, ponente González García: "[...] con independencia de que efectivamente no se requiere que la ahora fallecida en vida hubiere establecido demanda o reclamación para procurar que el demandado le brindara atención o alimentos, a los efectos de apreciar el alegado incumplimiento de tales menesteres, es lo cierto que semejantes afirmaciones del actor, ahora recurrente, no han sido convenientemente probadas; en cuya acreditación sin dudas hubiere sido un elemento valioso que tal demanda o reclamación se hubiere materializado y no siendo así, el sustento de la demanda resulta endeble [...]" (la cursiva es nuestra).

Sentencia No. 303 del 25 de octubre de 2010, tercer considerando, ponente González García: "[...] acusa la recurrente como infringiendo el artículo cuatrocientos sesenta y nueve, apartado primero, ordinal c, del Código Civil, habida cuenta que aún cuando acierta al afirmar que las circunstancias a que el mismo se refiere deben apreciarse de manera alternativa y no conjunta, soslaya que la negativa de alimentos o atención a que se refiere el señalado precepto implica intencional actuación u omisión del obligado a dispensarlas que, requerido a esos efectos por el necesitado, evade el cumplimiento de tal carga, situación que en modo alguno puede asimilarse a la conducta del demandado por el simple hecho de haberse domiciliado en provincia distinta a la de su causante, que por demás no necesitaba de manera imprescindible de su atención, pues gozaba del cuidado de quien ahora recurre [...]"

LEONARDO BERNARDINO PÉREZ GALLARDO

recho vigente, el tío (causante de la sucesión) nunca habría estado legitimado por ley para promover demanda en proceso sumario en caso de alimentos frente a sus sobrinos. En todo caso tendrían que probar la necesidad de alimentos que en potencia tenía el causante, aunque por ley no estuviere legitimado para exigirlos a los sobrinos. En tanto que el tío, le haya procurado o no alimentos al sobrino, ni éste podría habérselos exigido judicialmente porque la ley no le legitima, ni aquél venía obligado a hacerlo, ni tan siquiera sería condenado en el orden sucesorio, pues si bien los sobrinos pueden heredar a los tíos, no acontece lo contrario, en tanto el llamamiento a favor de los colaterales ordinarios fue cercenado en el Código Civil cubano de 1987.

Otra cuestión distinta sería la negativa de atención al causante de la sucesión, pues al incluirse en este concepto otras actitudes del presunto llamado a la sucesión con respecto al causante, las posibilidades para ser declarado incapaz para suceder se abren, pues la ausencia de atención supondría en sentido general la negativa de cuidado, esmero, vigilancia, estar a la mira, tener en cuenta, incluso procurarle afecto, demostrado lo cual vedaría de concurrir a la sucesión a quien, en circunstancias ordinarias, fuese llamado a sucederle, sin tener que acudir al concepto más concreto de alimento.¹⁴

*A) El derecho de sucesión ab intestato del cónyuge superviviente
en los supuestos de extinción de la convivencia afectivo-marital*

El derecho de familia cubano muestra una arista sumamente interesante. Conforme con el artículo 2 del Código de Familia en relación con el artículo 18, en el concepto de matrimonio prima el elemento consensual sobre el de naturaleza formal. Se entiende por matrimonio la unión voluntariamente concertada entre un hombre y una mujer a fin de hacer vida en común; de ello se colige que para el matrimonio son esenciales: la aptitud legal, la singularidad y la estabilidad, y que esa vida en común sea, además, entre personas de diversos sexos. Se realiza la vida en común como presupuesto en el que se sustenta el matrimonio; la

160

¹⁴ En este sentido lo ha interpretado el Tribunal Supremo, aun cuando no ha apreciado en el no recurrente estar incurso en esta causal de incapacidad sucesoria. En su sentencia No. 303 del 25 de octubre de 2010, tercer considerando, ponente González García, dejó dicho: "[...] acusa la recurrente como infringido el artículo cuatrocientos sesenta y nueve, apartado primero, ordinal c, del Código Civil, habida cuenta que aún cuando acierta al afirmar que las circunstancias a que el mismo se refiere deben apreciarse de manera alternativa y no conjunta, soslaya que la negativa de alimentos o atención a que se refiere el señalado precepto implica intencional actuación u omisión del obligado a dispensarlas que, requerido a esos efectos por el necesitado, evade el cumplimiento de tal carga, situación que en modo alguno puede asimilarse a la conducta del demandado por el simple hecho de haberse domiciliado en provincia distinta a la de su causante, que por demás no necesitaba de manera imprescindible de su atención, pues gozaba del cuidado de quien ahora recurre [...]".

unión afectiva entre un hombre y una mujer se eleva a un plano esencial, de modo que si se prueba su existencia, cualquiera de los miembros de la pareja, de no existir común acuerdo entre ellos, puede instar al tribunal para el reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada, con los efectos propios del matrimonio (entre ellos la apertura del asiento de inscripción registral en el Registro del Estado Civil correspondiente, *vid.* artículos 58, inciso *b*, y 72 de la Ley del Registro del Estado Civil, y 113, inciso *b*, del Reglamento), acción que no se extingue con el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, pues sus herederos pueden ejercitar el reconocimiento *post mortem* del matrimonio no formalizado del que era coprotagonista su causante. Cuando apunto hacia la consensualidad reconocida por el legislador del Código de Familia, lo hago sin obviar que, en todo caso, para que exista matrimonio hay que formalizarlo o reconocerlo judicialmente, de modo que el ropaje jurídico del matrimonio se impone por el propio legislador,¹⁵ pero sobre la base de la unión afectiva preexistente de la pareja, aun cuando el matrimonio se formalice con efectos *ex nunc* o se reconozcan efectos *ex tunc*, tal y como es posible en Cuba, por vía de formalización o reconocimiento judicial.¹⁶ En todo caso, la unión afectiva de la pareja es el presupuesto básico para que ella se eleve a matrimonio.

Expone la profesora MESA CASTILLO que el Código de Familia utiliza distintas expresiones, en ocasiones empleadas indistintamente, cuando en realidad no lo son. Así, la unión matrimonial se refiere al hecho mismo por el cual el hombre y la mujer, con aptitud legal, consienten voluntariamente en unirse para hacer vida en común, de manera singular y estable. Matrimonio es el acto por el cual la pareja concurre voluntariamente ante el funcionario facultado para ello y deja legalizada su decisión de unirse en matrimonio o la unión matrimonial iniciada anteriormente, retro trayendo sus efectos al día en que comenzó ésta. En tanto que matrimonio judicialmente reconocido es el acto a través del cual uno de los miembros de la pareja insta al tribunal para que éste, a través de sentencia, reconozca la existencia de la unión matrimonial, aun cuando el otro de los miembros de la pareja haya fallecido, incluso habiendo fallecido ambos, supuesto en el cual serán partes en el proceso los herederos de uno y otro miembros de la pareja. La sentencia en este caso será a la vez declarativa y extintiva, o sea, se entenderá

¹⁵ Como expone la profesora MESA CASTILLO, "el concepto de matrimonio establecido en el primer párrafo del artículo 2 del Código de Familia [...] define la esencia de la unión conyugal en la voluntad concertada libre de ataduras jurídicas de un hombre y una mujer con la finalidad de una convivencia común. Recoge así implícitamente [...] la definición del concubinato dentro del concepto de matrimonio, pero sólo le da expectativas de validez jurídica en el segundo párrafo, si esta unión libre, de hecho, se reconoce o se formaliza". *Vid.* MESA CASTILLO, OLGA. "El tratamiento jurídico a la unión de hecho en Cuba", en *Revista Cubana de Derecho*, UNJC, No. 18, julio-diciembre de 2001, p. 13.

¹⁶ Sobre el tema *vid.*, entre otros, MESA CASTILLO, OLGA. "El reconocimiento judicial de matrimonio no formalizado. Mito y realidad", en *Revista Cubana de Derecho*, UNJC, No. 3, julio-septiembre de 1991, pp. 76-91.

LEONARDO BERNARDINO PÉREZ GALLARDO

extinguido el matrimonio reconocido sin necesidad de promover proceso judicial de divorcio, pues lo que se reconoce es un hecho pretérito.¹⁷

Esta singular manera de concebir el matrimonio en el derecho cubano me lleva a pensar en clave sucesoria. Si el derecho de sucesión entre los miembros de una pareja existe desde que se formaliza el matrimonio o desde la fecha en que se retrotrajeron los efectos de éste, que se hace coincidir con aquella en la que ambos contrajeron o consintieron voluntariamente en unirse, o la de inicio de esa unión matrimonial no formalizada, luego reconocida judicialmente como matrimonio por el tribunal, dispuesto así por sentencia judicial, es lógico que quede extinguido, siguiendo la propia clave, en la fecha en que la pareja se separó, o sea, la fecha en la que se extinguió la vida en común, la fecha en que finiquitó esa unión, entre un hombre y una mujer, de naturaleza afectiva. Empero, no acontece así, o al menos no resulta homogéneo en los supuestos de divorcio.

Si se concurre a reconocer judicialmente el matrimonio, la sentencia que así lo dispone será consecuente, y como reconoce un hecho pretérito se limita a declarar la fecha de inicio y de terminación de la unión, que por supuesto no coincide con aquella en la que se interpone la demanda —se trata de una anterior— pero sí con la de finalización de ésta. Cuando se nombra un abogado para promover el proceso judicial, ya la unión matrimonial que tenía contraída la pareja se ha extinguido, pero se buscan efectos jurídicos, esencialmente patrimoniales, porque los de naturaleza personal no pueden reclamarse en clave de reconocimiento judicial del matrimonio. Sin embargo, en la sentencia quedará fijada la fecha en que finiquitó la unión, algunas veces extinguida por la muerte de uno de los miembros de la pareja, *ergo*, se promovería el proceso frente a sus herederos. En tal caso, la sentencia es el presupuesto para interesar después la declaración de heredero *ab intestato* del causante, ahora en la condición de cónyuge *supérstite*, tras el éxito del reconocimiento del matrimonio. No obstante, ya se promueva el reconocimiento del matrimonio *inter vivos* o *post mortem*, éste se hará coincidir con la vigencia en el tiempo de la unión afectiva existente entre el hombre y la mujer,¹⁸ lo cual no acontece en sede de divorcio, dado que la sentencia que dispone la disolución del vínculo matrimonial por divorcio o la escritura pública en la que se instrumenta el mutuo acuerdo de los cónyuges en poner fin al matrimonio existente entre ellos a través del divorcio, no expresa la verdadera fecha en la que finiquitó la unión afectiva y convivencial existente entre los miembros de la pareja. Nuestro Código de Familia no es consecuente con sus propios postulados, pues si bien los contrayentes de la unión matrimonial

¹⁷ Vid. MESA CASTILLO, OLGA. *Derecho de familia*, Félix Varela, La Habana, 2010, pp. 72 y 73.

¹⁸ No es tema de este análisis la posibilidad de reconocimiento judicial de las uniones homoafectivas.

pueden interesar, al momento de formalizar matrimonio, los efectos de éste para hacerlos coincidir exactamente con el momento de inicio de la unión afectiva marital, no les es dable hacer lo mismo cuando de común acuerdo, por ejemplo, concurren ante notario para instrumentar el divorcio, de modo que los efectos de éste sean tan retroactivos como el propio matrimonio, o sea, el derecho positivo no permite hacer coincidir los efectos del divorcio con la fecha de extinción verdadera de la vida en pareja de sus miembros, particular que se agrava cuando en un matrimonio, separados de hecho por años los miembros de la pareja, pero no divorciados, uno de éstos fallece, supuesto en el cual se entiende extinguido el matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges (*vid.* artículo 43.1 del Código de Familia), manteniéndose subsistente, paradójicamente, el derecho de sucesión por causa de muerte a favor del *supérstite*. ¿Por qué no hacer coincidir en tal supuesto el derecho con la realidad social? Es cierto que en tal caso existe negligencia por no haberse promovido el divorcio en tiempo. Muchas veces se trata de personas que llevan años separadas entre sí, que incluso han tenido durante esos años otras parejas estables, sin embargo, de acuerdo con el derecho, se mantuvieron casados y los bienes adquiridos a título oneroso durante ese interregno forman parte de la comunidad matrimonial, divisibles de por mitad con su cónyuge, quien incluso le heredará no sólo en los bienes propios, sino también en los comunes, a menos que haya testado (*vid.* artículos 514 y 517 del Código Civil).

Otra vez familia y herencia no se hacen coincidir; todo lo contrario, se evidencia una asimetría más del ordenamiento jurídico. Si el fundamento del cónyuge para concurrir a la herencia es el *ius connubii*, es cierto que un mero razonamiento formal daría la razón de que es suficiente acreditar la subsistencia de la condición de cónyuge al momento del deceso del causante, pero sólo en ese entendido formalmente es el cónyuge conforme con el dictado actual de nuestro derecho positivo, pero si la sucesión se basa en los afectos y se puede demostrar que éstos se habían extinguido desde hace años, no debería primar un postulado netamente formal. De ese modo, aunque el matrimonio se hubiere extinguido por fallecimiento de uno los cónyuges, el derecho debiera dar cauce a la extinción del derecho de sucesión por causa de muerte en época incluso anterior a la extinción formal del vínculo matrimonial. Demostrada en proceso judicial previo la extinción de la unión convivencial y afectiva entre los cónyuges, debiera entenderse entonces extinguida la comunidad matrimonial de bienes e igualmente el derecho de sucesión por causa de muerte.¹⁹ ¿De qué comunidad matrimonial

¹⁹ Por supuesto que no me refiero a establecer la separación previa entre los cónyuges, con efectos preliminares al divorcio.

LEONARDO BERNARDINO PÉREZ GALLARDO

podemos hablar si sustantivamente ha finiquitado el matrimonio? ¿Qué derecho a la herencia ha de tener alguien a quien el derecho le da la condición de cónyuge por la subsistencia formal de un matrimonio, pero cuya razón de ser se ha extinguido mucho antes del fallecimiento del otro de los miembros de la pareja?

La sociedad cubana, que ha sido, es y creo que seguirá siendo divorcista,²⁰ se plantea hoy el dilema de la necesidad de —tal y como he venido planteando— atribuirle efectos legales automáticos o de *ipso iure* a la separación convivencial de la pareja, de modo que a esa fecha se entienda extinguido el derecho de sucesión *ab intestato* entre los cónyuges.²¹ Y es justo que así sea cuando se pruebe que medió una prolongada separación conyugal, por cuyo motivo las adquisiciones a título oneroso del causante no deben imputársele con cargo a la comunidad matrimonial de bienes, según la presunción *iuris tantum* que opera a favor, conforme con el dictado del vigente artículo 31 del Código de Familia, siempre durante el tiempo que dure el matrimonio, en el entendido legal y no fáctico. No son excepcionales los casos de personas que creen que con la separación de hecho han extinguido el matrimonio por un supuesto divorcio, y luego a su fallecimiento, aquella persona que no vio en más de treinta años es la primera interesada en su sucesión.

b) El inocente de buena fe en las uniones de hecho putativas, su pretendida concurrencia en la sucesión ab intestato del bigamo

No menos controvertido es, y siguiendo el hilo discursivo del acápite anterior, sin el menor resquicio de dudas, el reconocimiento de la buena fe que por ley se presume, ex artículo 6 del Código Civil, de aquel de los miembros de la unión que ha actuado de buena fe cuando la unión que tenía constituida lo era una unión concomitante con un matrimonio constituido, o con otra unión, también concomitante con aquélla. La realidad social cubana ha demostrado que estas situaciones no son tan excepcionales.

²⁰ De ello ya daba cuenta DÍAZ PAIRÓ, ANTONIO. *El divorcio en Cuba*, Biblioteca de la Revista Cubana de Derecho, La Habana, 1935, p. 41, cuando, al describir a Cuba, expresó: "País con otras características étnicas, con diferentes concepciones morales, de menos religiosidad [...] no es de extrañar que desde muy pronto surgiera entre nosotros la idea de establecer el divorcio".

²¹ En España, tras la reforma del artículo 945 del Código Civil, basta la mera separación de hecho para que el cónyuge separado carezca de derechos en la sucesión intestada de su pareja, de modo que como expone ESPADA MALLORQUIN, SUSANA. *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, prólogo de José María Miquel, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 329, se consolida así "[...] la idea de que lo esencial para el reconocimiento de los derechos sucesorios intestados es la existencia entre el causante y su pareja de una convivencia *more uxorio* que justifique el llamamiento en ausencia de una disposición en contrario".

El reconocimiento de la buena fe a favor de quien ha actuado con desconocimiento del impedimento de ligamen existente (impedimento dirimente según la doctrina canónica) se ha tornado la última salida que tiene a su favor quien no puede reconocer la unión matrimonial existente con el *de cuius*, bien por la existencia de un ligamen anterior o por la existencia de otra unión de hecho concomitante; es lo que en nuestro derecho se ha dado en llamar uniones matrimoniales putativas, en tanto en ellas no se cumple con el requisito de aptitud legal que exigen los artículos 2 y 18 del Código de Familia, dado que uno de los miembros de la pareja tiene un matrimonio legalmente constituido, y en consecuencia con el de singularidad, o porque a pesar de no existir el vínculo matrimonial constituido, la concomitancia de relaciones convivenciales *more uxorio* hace que se incumpla con el requisito de la singularidad, aun en el supuesto de que todos los implicados en este triángulo amoroso-afectivo tengan un estado conyugal que les permita acudir al matrimonio. De los supuestos, creo menos procedente el segundo, pues no se cómo sustentar una estabilidad conyugal con una persona que mantiene simultáneamente varias relaciones concomitantes.

En conclusión, y a los fines sucesorios, que son los que nos interesan, esta situación hoy, a mi juicio, resulta improcedente dados los valores que con ella pudieran resultar lesionados, amén del perjuicio que pudiera provocar en supuestos de matrimonios legalmente constituidos en concomitancia con uniones de hecho. En efecto, al tomar como presupuesto lo señalado en el artículo 48 del Código de Familia, en el que se regula la figura del matrimonio putativo y, dado el concepto de matrimonio que brinda el legislador en sus artículos 2 y 18, segundo párrafo, del mismo cuerpo legal, en no muy clara terminología jurídica,²² reconoce igualmente efectos a favor de la persona que hubiere actuado de buena fe (amén de para los hijos) en los casos de unión matrimonial putativa. Por eso, dicho cuerpo legal no habla de *cónyuge* sino de *persona*, porque la pretensión reconocitiva de quien actuó de buena fe en la unión no puede prosperar en el sentido de que se reconozca el matrimonio cuando no se cumplen ni la singularidad ni la aptitud legal requeridas. Aquí la situación es mucho más compleja, por la impronta *sui generis* que tiene el propio instituto del reconocimiento judicial del matrimonio no formalizado. Si el matrimonio putativo ha traído entuertos, qué decir de la unión matrimonial putativa.

En la doctrina patria, quien mejor ha estudiado la figura, la profesora MESA CASTILLO, reconoce que estamos frente a una de las contradicciones objetivas que la institución lleva consigo. Resulta una de sus preocupaciones “[...] la falta de

²² Es incorrecto catalogar a la unión putativa como matrimonio cuando el mismo precepto lo impide. No obstante, léase detenidamente dicha norma legal para apreciar el inoportuno gazapo del legislador.

LEONARDO BERNARDINO PÉREZ GALLARDO

uniformidad en el tratamiento judicial para el excónyuge [sic] que desconocía de buena fe la falta de singularidad de su unión [la llamada unión matrimonial putativa] por concepciones distintas en la valoración de la buena fe y el alcance de sus efectos, e incluso la posibilidad de incurrir en error de derecho al reconocer una unión como matrimonio sin que ésta cumpla con los requisitos exigidos en la ley".²³ A ello debe aunarse el que aun en los casos en que se declaren los efectos de la buena fe para el miembro de la unión que haya actuado de esa manera, hay cierta tendencia jurisprudencial a interpretar de modo heterogéneo la expresión normativa contenida en el artículo 18, segundo párrafo, del Código de Familia, que dispone: "surtirá plenos efectos legales en favor de la persona que hubiere actuado de buena fe", la cual a mi juicio debe hacerse tan solo en un sentido restrictivo, de manera que tales efectos han de ser en el orden patrimonial familiar, pero no en el sucesorio; o sea, a los fines de darle aplicación al artículo 38, segundo párrafo, del Código de Familia, a cuyo juego la declaración de buena fe le permite, a quien así ha obrado, recibir *in íntegram* toda la comunidad de bienes constituida, pero en modo alguno hacerlo concurrir a la sucesión del *de cuius* cuando al momento de su deceso aún se mantenga vivo el vínculo matrimonial que tuvo constituido con su cónyuge.

En este orden, la Sala de lo Civil y de lo Administrativo de nuestro Tribunal Supremo, por su parte, ha sido muy cautelosa para reconocer la buena fe a quien ha actuado de esa manera en la unión matrimonial putativa, y en ese sentido se ha pronunciado en su sentencia No. 7 del 15 de febrero de 1977, en la que expresó que:

[...] no pueden derivarse efectos legales en favor de la expresada recurrente, pues a la determinación de aquélla de continuar unida libremente al que fuera su compañero, no obstante el matrimonio de éste con mujer distinta estando vigente la señalada unión, no puede entenderse íntegra la buena fe [...] ya que la permanencia de la recurrente en la unión, si bien se sustentó en sentimientos de íntimo valor afectivo, al tener conocimiento y consentir el matrimonio del compañero integrante de la pareja, celebrado con fecha posterior a la del inicio de la referida unión, ello implica la ausencia del supuesto requerido por el Código de Familia de la buena fe, por lo que si bien la unión puede calificarse de estable, sin embargo carece de la singularidad en lo que se refiere al párrafo primero y de la buena fe en cuanto al párrafo segundo [del artículo 18] del Código de Familia.²⁴

166

²³ MESA CASTILLO, OLGA. "El reconocimiento judicial...", *op. cit.*, p. 86.

²⁴ Tomada del valioso artículo de ÁLVAREZ COLLADO, EDUARDO. "La unión matrimonial no formalizada", en *Revista Jurídica*, año v, No. 17, octubre-diciembre de 1987, p. 26, quien además hace un estudio sobre el tema de la buena fe en el reconocimiento judicial de la unión no matrimonial en el orden doctrinal.

Empero, no fue ése el razonamiento seguido por la propia Sala en su sentencia No. 76 del 18 de febrero de 2002, primer considerando (ponente C. Hernández Pérez), en la que se reconoce el derecho de quien ha actuado de buena fe en una unión matrimonial putativa a acudir a la sucesión del causante, si bien la mencionada Sala en tal pronunciamiento expresa que:

[...] la naturaleza declarativa de la sentencia reconociendo la buena fe a que se contrae el segundo párrafo del artículo 18 del Código de Familia, carece de entidad para el reclamo del expreso concepto de viuda que le corresponde al cónyuge supérstite del matrimonio formalizado que tenía constituido el causante con otra mujer al momento del fallecimiento, y sobre esa base aducir habersele preterido en la declaratoria de herederos tramitada sin su participación, puesto que tal conceptualización entorpece la debida anotación registral de ese estado civil que inequívocamente le corresponde a esta última, al extremo que el legislador, como previsión de esa *sui generis* situación, prescindió de que dicha ejecutoria fuera inscrita en el Registro del Estado Civil en la formulación del apartado a) del artículo 58 de la Ley No. 51 de 15 de julio de 1985 inequívocamente referida al supuesto de matrimonio no formalizado a que se contrae el primer párrafo del antes citado artículo 18 del Código de Familia, diferenciando de tal modo del matrimonio propiamente dicho, los efectos que genera la estimación de la buena fe en una unión no formalizada carente del requisito sustancial de capacidad legal para contraerla, a lo que no obsta se reitere que tal consideración en modo alguno desvirtúa el derecho de la recurrente sustentado en la referida sentencia, a ser parte como una heredera más en las diligencias que llegaren a promoverse con relación a la partición de los bienes quedados al fallecimiento del causante [...].

Posición con la que el Tribunal Supremo confirma una interpretación *laxa* de los efectos a los que alude el segundo párrafo del artículo 18 del Código de Familia y distingue que el miembro inocente o que ha actuado de buena fe en una unión putativa, a pesar de que puede ser considerado heredero al amparo del, tantas veces citado, artículo 18 del Código de Familia, no debe ser entendido como cónyuge *supérstite* o viudo, carácter que en exclusiva ostenta el del matrimonio formalizado, cuyo ligamen no había disuelto el difunto al morir,²⁵ criterio éste

²⁵ Por ello resulta inexplicable la posición adoptada en la sentencia No. 1280 del 28 de diciembre de 2001 de la propia Sala (ponente Bolaños Gassó), en la que se admiten a la sucesión del causante "dos viudas", una de matrimonio formalizado y "otra" de unión matrimonial reconocida judicialmente, a pesar de no haberse cumplido con los requisitos de la aptitud legal y de la singularidad, dejando subyacente la Sala, en el primer considerando de la primera sentencia, la posibilidad de anulación de la sentencia que en su día reconoció la unión, en el caso de que se probare que no fue emplazada la parte contraria. El recurso fue declarado CON LUGAR y, en consecuencia, se dictó segunda sentencia por la que se confirmó la sentencia de primera instancia en la que se admitía la demanda de la "segunda" viuda, "preterida" en la declaratoria de herederos. Ante tales circunstancias el tribunal *ad quem* expresa que la sentencia en la que se reconocía la unión matrimonial era prueba suficiente para acreditar la condición de

LEONARDO BERNARDINO PÉREZ GALLARDO

que recientemente, si bien no confirma con claridad meridiana, sí que deja entrever con el uso, nada aconsejable en el lenguaje jurisprudencial, del empleo de un “etcétera”, que compromete, eso sí, la seguridad jurídica cuando de derechos a favor del miembro inocente de buena fe se trata.²⁶ Sin embargo, cabría preguntarnos cómo es posible reconocer derechos sucesorios a quien sin habersele podido reconocer la condición de cónyuge, porque en efecto no lo es, carece de fundamento para acudir a la sucesión. No es dable en este caso ni tan siquiera acudir a una aplicación analógica del derecho, porque el derecho vigente no contempla normas de protección sucesoria al conviviente *more uxorio* por el solo hecho de serlo. Es clara y diáfana la posición del legislador del Código de Familia, y luego ratificada por el del Código Civil, que sólo el cónyuge puede concurrir a la sucesión.²⁷

Es cierto que la tendencia en Cuba es hacia una consensualidad marital creciente, pero en situaciones excepcionales como la presente, los jueces no pueden interpretar con extrema laxitud las normas de contenido patrimonial del derecho familiar. Hay valores en una sociedad que no pueden ser apartados; la singularidad en las relaciones de pareja, máxime en las uniones de hecho que pretenden al amparo del derecho cubano ser reconocidas judicialmente como matrimonio, es un valor de nuestra civilización que debe ser resguardado por los operadores del derecho; no se trata de interpretar una norma jurídica con efectos expansivos, sino en esencia de respetar valores esenciales como la dignidad humana, preconizada incluso en el preámbulo de la Constitución.

La protección patrimonial del miembro inocente que ha actuado de buena fe no puede extenderse a terreno sucesorio, en primer orden porque la delación opera sólo a favor del cónyuge viudo, en razón del matrimonio constituido o reconocido judicialmente. De modo que la existencia de un impedimento de ligamen o de situación de relaciones afectivas *more uxorio* concomitantes, vedan al miembro *supérstite* de esta unión de hecho putativa de obtener la condición

“viuda” preterida en el acta de declaratoria de herederos, en la que como tal (o sea, como heredera) debía ser incluida. Simplemente, sin palabras.

²⁶ La citada sentencia No. 46 del 9 de marzo de 2009, primer considerando *in fine* (ponente Díaz Tenreiro), lo deja entrever cuando expresa: “[...] el segundo párrafo del citado artículo dieciocho [del Código de Familia] dispone que cuando la unión matrimonial estable no fuera singular porque uno de los dos estaba unido en matrimonio anterior, el matrimonio surtirá plenos efectos legales a favor de la persona que hubiera actuado de buena fe y de los hijos habidos de la unión, aunque en estos casos de uniones putativas, ya se trate de matrimonio formalizado anterior o precedente unión matrimonial no formalizada, no puede en puridad hablarse de reconocimiento de matrimonio, pues se traduce en mero reconocimiento de derechos como lo es sobre bienes, seguridad social, etc., y además la buena fe deviene en estas circunstancias requisito indispensable para que surjan consecuencias en el orden jurídico para el contrayente inocente que desconocía la existencia del impedimento invalidante [...]” (la cursiva es mía).

²⁷ Posición por la que aboga con vehemencia para el derecho común español ESPADA MALLORQUÍN, SUSANA. *Los derechos sucesorios...*, cit., pp. 309-332.

de viudo, esencial para el *ius delationis*. Entiéndase que, aun cuando en un futuro la convivencia *more uxorio* pueda ser el fundamento del mencionado derecho, lo que nuestra sociedad no puede ni debe permitir es que en sede sucesoria puedan concurrir a la sucesión del causante aquellas personas con las que mantuvo una unión de hecho no singular, y con una estabilidad bastante dubitativa, bajo el manto de la *bona fide*. Si así fuere, como ha sucedido en la actualidad en algunos casos fallados por el Tribunal Supremo, el *supérstite* de *bona fide* no sólo se adjudicaría *in integrum* todos los bienes habidos a título oneroso, constante la unión *more uxorio* putativa, sino también parte del caudal hereditario al concurrir en la sucesión *ab intestato* como un concurrente más en el primer o en el segundo de los órdenes sucesorios, y como titular en el tercero. En todos los casos compartiendo la cuota deferida, eso sí, *ex lege*, con exclusividad a favor de aquel que al fallecimiento del causante ostentaba la condición de cónyuge, o la adquiere después tras la firmeza de la sentencia que declara la unión matrimonial pretérita existente. Luego, este último sería doblemente protegido, pues los bienes adquiridos en común con el causante serían de su entera titularidad por disposición *ex lege* (*vid.* artículo 38 del Código de Familia), pero además tendría una participación en el caudal hereditario de dicho causante, integrado en esencia no sólo por sus bienes propios, sino también por la mitad de los bienes comunes, o sea, de aquellos adquiridos a título oneroso con el cónyuge *supérstite*, a la sazón también concurrente en la sucesión, quien para más tendría entonces que pechar con el comportamiento promiscuo de su fallecido consorte, es decir, tal comportamiento concupiscente del *de cuius* sería soportado por aquel a quien la ley le reconoce plenos derechos sucesorios. Es justa y equitativa la protección del inocente de buena fe, pero ¡cuidado! No seamos excesivamente reverentes con unos en desmedro de los derechos de otros.

c) La participación del cónyuge supérstite en la sucesión de los bienes comunes del fallecido

Al fallecer una persona casada, conforme con el derecho familiar cubano, los bienes comunes, que los constituyen una buena parte del patrimonio transmisible por herencia, en tanto no se admite la posibilidad de pactar el régimen económico del matrimonio,²⁸ según lo impone el artículo 29 del Código de Familia, se

²⁸ Téngase en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico tienen el carácter de común todas las adquisiciones a título oneroso, constante matrimonio, de modo que estamos frente a un régimen de comunidad parcial de bienes. Sobre el tema *vid.* MESA CASTILLO, OLGA. *Derecho de...*, *cit.*, pp. 287-294.

LEONARDO BERNARDINO PÉREZ GALLARDO

dividen por iguales partes entre el *supérstite* y los herederos del fallecido, pero con prevalencia de los derechos del primero, en tanto que no sólo tiene derecho a la mitad de los bienes comunes, como es lógico por razón de la comunidad matrimonial de bienes, constituida *ex lege*, sino que también hereda por el primer llamado sucesorio, como concurrente, en iguales partes que el resto de los herederos titulares, los hijos, y en su defecto el resto de los descendientes del causante, pero su concurrencia a la herencia la hace sobre el patrimonio hereditario del causante *in integrum*, esto es, la suma resultante de los bienes propios y de la mitad obtenida tras la disolución y liquidación previa de la masa patrimonial de bienes comunitarios.

Esta posición del legislador del Código de Familia, luego reforzada por el del Código Civil, puede tener dos lecturas. Conforme con una, se actúa a tono con uno de los principios inspiradores del derecho sucesorio cubano, a saber: la mejora en la posición del cónyuge *supérstite*; según el otro, tal protección resulta excesiva en desmedro de los derechos de los hijos y demás descendientes, que también constituyen la familia nuclear del fallecido, sobre todo si el deceso acontece a edades relativamente tempranas, en que los hijos aún tienen minoridad. Por supuesto, me refiero al caso en que el causante hubiere fallecido *ab intestato*, pues de testar, la voluntad del testador se erige en ley suprema de la sucesión, con las cortapisas que un sistema de legítima negativa o de freno impone a quien genera la sucesión.

En ciertos ordenamientos jurídicos²⁹ se ha preferido no darle participación al *supérstite* en la sucesión de los bienes comunes, dado que la mitad de éstos los ha adquirido por concepto de liquidación de la comunidad matrimonial de bienes o sociedad legal de gananciales (según el sistema al que se afilie cada ordenamiento), y sí, por el contrario, en la de los bienes propios, mejorándose incluso su prelación hereditaria y el concepto mismo de la adquisición.

Se trata de un tema escabroso en el que reconozco se pueden esgrimir perfectamente argumentos a favor y en contra. Si el matrimonio es una comunidad

²⁹ Así, en Guatemala, según el artículo 1078 del Código Civil, el *supérstite* concurre a la herencia en primer orden, pero siempre que no tenga derecho a gananciales.

"No obstante el cónyuge sobreviviente cuyo derecho de gananciales sea menor que la cuota hereditaria que le correspondería en ausencia de gananciales, tendrá derecho a que se le complete un monto equivalente a dicha cuota, deduciéndose la diferencia de la masa hereditaria".

En Argentina, según el artículo 3576: "En todos los casos en que el viudo o viuda es llamado a la sucesión en concurrencia con descendientes, no tendrá el cónyuge sobreviviente parte alguna en la división de bienes gananciales que correspondieran al cónyuge prefallecido".

Según expresa MEDINA, fue la Ley 17111 la que mejoró la posición del cónyuge *supérstite* en la sucesión "aumentando su porción hereditaria en ciertos casos y concediéndole participación en la porción de bienes gananciales que correspondían al causante mientras no concurrese con hijos legítimos". Vid. MEDINA, GRACIELA. "Comentario al artículo 3570", *Código Civil comentado. Sucesiones*, t. II: *Artículos 3539 a 3874*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, s.f., p. 76.

de afectos, de convivencia, de amor, y el patrimonio marital se construye con el esfuerzo de ambos cónyuges, es lógico que cada día se le otorgue más protagonismo al cónyuge *supérstite*, lo que acontece es que este protagonismo hay que matizarlo porque cada vez es más frecuente que concurren a la sucesión hijos habidos de distintos matrimonios o uniones consensuales anteriores, en tanto la familia ensamblada o reconstituida ha ido desplazando a la familia nuclear, por lo menos en el entorno sociofamiliar cubano.³⁰ No son excepcionales los casos de sucesión *ab intestato* en los que concurren hijos habidos de otros matrimonios, de otras uniones consensuales anteriores, o incluso habidos como resultado de relaciones sexuales esporádicas, todos menores de edad, cuya participación en la herencia del causante se ve notoriamente disminuida por la también concurrencia de una última esposa o esposo con quien incluso no se han tenido hijos, pero que además de los bienes comunes que adquirirá por liquidación de la comunidad matrimonial constituida,³¹ tendrá participación en esos mismos bienes, y no sólo en los propios, a partes iguales con los hijos. Y no se trata en la mayoría de las ocasiones de ese cónyuge que no está vinculado laboralmente, dedicado con exclusividad a las labores domésticas y en quien quizá pensó el legislador de 1975; de allá hacia acá han cambiado notoriamente las circunstancias y cada vez mujer y hombre aportan al patrimonio familiar el resultado de sus propias labores, sin que la ley les permita tampoco fijar las pautas del régimen económico del matrimonio.

A esto hay que sumar que el cónyuge concurre a la herencia en igualdad de condiciones y con derecho a la misma cuantía o participación, cualquiera haya sido la duración del matrimonio. Consiguientemente, tiene la misma cuota hereditaria el cónyuge que convivió casi toda su vida con el fallecido o fallecida, que aquel o aquella que quedó viudo o viuda unas semanas, unos meses o uno o dos años después del matrimonio. A mi juicio, totalmente injusto. Por supuesto, se supone que a menor tiempo de convivencia, menor será también el patrimonio matrimonial constituido. Se han dado incluso inverosímiles casos en que los tribunales competentes han reconocido por singular y estable una unión matrimonial existente por pocos meses entre personas que tenían aptitud legal para ello, con los efectos no sólo económico-matrimoniales que el Código de Familia reconoce, sino también con los de naturaleza sucesoria. En este sentido coincido con DE LA FUENTE LÓPEZ al expresar:

³⁰ Vid. en este orden PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. "Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión *ab intestato*: ¿una ecuación lineal?", en *Revista de Derecho de Familia*, No. 51, septiembre de 2011, pp. 247-264, y la bibliografía, esencialmente foránea, que allí cito.

³¹ Dígase por matrimonio formalizado o por reconocimiento judicial *post mortem* del matrimonio.

LEONARDO BERNARDINO PÉREZ GALLARDO

Cuando se piense y decida definitivamente sobre un nuevo Código de Familia, resultará imprescindible [...] condicionar la validez del matrimonio a un periodo de su vigencia que bien pudiera ser un año, con lo cual, además, se salvarían aquellos estados de viudez de un día para otro, tras los cuales se esconde generalmente una intención distinta a la que verdaderamente debe motivar la unión de una pareja para hacer vida en común. Aquí también habría que valorar si se admite o no el darle carácter retroactivo a la formalización del matrimonio, pues sería entonces absurdo condicionar su validez a la vigencia en el tiempo, o exigir determinados requisitos para tal efecto retroactivo.³²

Se trata de un tema que, reitero, no deja de tener aristas sumamente polémicas. En modo alguno abogo por un retroceso en el reconocimiento de los derechos sucesorios al cónyuge *supérstite*, sólo que éstos deberían ser más moderados, sobre todo de cara a la coexistencia de hijos menores o con discapacidades severas, o judicialmente incapacitados, igualmente herederos del causante, amén de su condición de legitimarios, a muy lamentar nuestro, desconocidos en la sucesión *ab intestato*.

Igualmente resulta un absurdo intentar promover en sede judicial el reconocimiento de la condición de legitimario de un cónyuge sobre la base de la presencia de los presupuestos legales del artículo 493 del Código Civil, sobre todo el de dependencia económica del causante cuando la duración del matrimonio resultó efímera. No basta con probar que fueron cónyuges y que se carece de aptitud para trabajar, hay que probar al unísono la dependencia económica respecto del fallecido. ¿Y cómo es dable probarla si se convivió unos meses o a lo sumo un año con el causante? Es cierto que el legislador cubano no establece en sede de legítima un plazo de duración de tal dependencia, pero el sentido común, la racionalidad, la lógica, deben llevar al razonamiento del tribunal que el plazo debe ser el adecuado para fundamentar una verdadera dependencia económica con el sentido que el legislador le ha querido atribuir para arropar a una persona con la condición de legitimario asistencial.³³ No pueden ser los tribunales cómplices de

³² DE LA FUENTE LÓPEZ, JORGE. "Necesidad y posibilidad de un nuevo Código de Familia. Ideas en torno a esta polémica", en *Revista Cubana de Derecho*, UNJC, No. 38, julio-septiembre de 1989, p. 82.

³³ A guisa de ejemplo, tómesese en consideración lo dicho por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en su sentencia No. 369 del 10 de diciembre de 2010, segundo considerando (ponente González García): "[...] sin que a dicha viuda le asista la condición de heredera especialmente protegida del causante testador, pues no dependía económicamente de él dadas las circunstancias pormenorizadamente narradas en la sentencia combatida, en cuanto a que posee patrimonio propio que incluye cuenta bancaria, *amén del exiguo lapso de sólo un año y ocho meses en que se encontró casada con el ahora fallecido* y que por demás cuenta con sólo cuarenta y ocho años de edad, sin que se hubiera acreditado padezca de enfermedad que le impida vincularse laboralmente; por lo que en modo alguno incurrió el juzgador en las infracciones denunciadas al estimar nula su consideración como heredera acreedora de especial protección en el testamento controvertido, porque no cumplimenta los requisitos

aquellas personas que utilizan inescrupulosamente el matrimonio como medio para garantizar sus derechos sucesorios, lo cual en el contexto cubano hay que saberlo distinguir de todos aquellos casos en los que el reconocimiento judicial *post mortem* de un matrimonio resulta el puente de obligatorio transitar que tiene el conviviente de hecho para llegar a la sucesión de su conviviente fallecido, en tanto que dicha convivencia no es *per se* fuente del derecho a suceder por causa de muerte.³⁴

d) *Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión ab intestato*

Estoy claro de que es el derecho de familia quien tiene hoy día el reto de dimensionar su enfoque hacia las nuevas formas o modelos familiares y no seguir anclado en una familia sustentada esencialmente en el matrimonio; cueste lo que nos cueste reconocerlo, no es la realidad más sentida de la Cuba de hoy. Demostrada la necesidad de ofrecer tuición a las familias reconstituidas, la mirada que quiero dar es aquella que ofrece el derecho de sucesiones. No quepa dudas que las sucesiones por causa de muerte necesitan atemperarse a los nuevos tiempos. Continúa siendo el sector más estático del derecho civil. El derecho de sucesiones sigue a la usanza de los tiempos de las calesas y los mitones.

Cualquier impulso en este orden no será nada fácil. En primer lugar, pues si bien pudiera existir consenso en que se proteja a los padres, madres e hijos afines, ese consenso puede que no se comporte igual cuando esa protección irradia el campo sucesorio. ¿Por qué? Es difícil dar *a priori* una respuesta a este fenómeno.

Hasta el gremio jurídico está conteste con la ausencia de pisadas normativas sobre el sendero que transitan las familias ensambladas, pero sería muy cauteloso en que este manto protector se erija en sede sucesoria. Todavía la sucesión *ab intestato* sigue arraigada en el concepto de parentesco consanguíneo. Es un principio que sólo la consanguinidad genera sucesión. Cuanto más cerca se está de la sangre, más próximo se está de la herencia. Seguimos arraigados al modelo justiniano de sucesión por causa de muerte, salvadas las distancias que nos separan de las Novelas 118 y 127.

que en tal sentido establece el artículo cuatrocientos noventa y tres, apartado primero, inciso b, del Código Civil y en consecuencia, subsistente la plena libertad del otorgante de dicho acto para instituir sus herederos [...] (la cursiva es mía). Es cierto que el tiempo de convivencia no fue decisivo en el fallo, pero fue uno de los elementos valorados en la sentencia para no atribuirle la condición de especialmente protegida.

³⁴ Sobre este particular *vid.* los criterios que he vertido en "El derecho de sucesiones en cifras: recapitulación y pronósticos", en PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. (coord.). *El derecho de sucesiones...*, *cit.*, en concreto pp. 337-345.

LEONARDO BERNARDINO PÉREZ GALLARDO

Acaso no hemos entendido siempre que el amor y los afectos son el sustento en que los ordenamientos jurídicos sucesorios de corte romano organizan los llamados sucesorios. Desde que estudié mis primeras lecciones de derecho sucesorio romano me enseñaron que los afectos primero descienden, luego ascienden y, por último, se extienden. Con ello se explica la prelación sucesoria a favor de los descendientes, luego los ascendientes y, al final, los colaterales. En definitiva, la sucesión *ab intestato* es una prolongación *post mortem* de la familia, lo que no deja de ser una presunción, destruye con la sencilla prueba del otorgamiento de un testamento, en el que el testador puede perfectamente apartarse de los órdenes prelatorios, incluso prohibir que éstos operen en la forma dispuesta por el legislador, en tanto que al estar regulados dichos órdenes por normas dispositivas, puede desechar su aplicación. El legislador actúa sólo en defecto de la *voluntas testatoris*, ley suprema en materia sucesoria. Para ello, ante el silencio del titular de un patrimonio acéfalo, ubica una voluntad hipotética que está sustentada en los afectos, estrechamente vinculados con la familia, pero en concreto con la familia consanguínea, en la que el cónyuge cada día ha pasado a ocupar primeros planos, en la misma medida en que se ha replanteado por los legisladores la triste posición en la que se le ha ubicado en algunos ordenamientos como el español, que de concurrir con descendientes o ascendientes del fallecido, todavía hoy sólo tiene derecho a la cuota viudal usufructuaria.

En tal sentido, ¿sería factible plantearse la sucesión intestada del padre o la madre afín respecto del hijo afín fallecido o viceversa?

Cecilia GROSMAN considera que entre los temas relativos a la familia ensamblada que merecen ser investigados en los distintos países del Mercosur está el relativo al derecho hereditario.³⁵ Años atrás, desde 1998, los asistentes al x Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en Mendoza, Argentina, llegaron a la conclusión de la necesidad de crear un nuevo orden sucesorio³⁶ a través del cual se proteja la familia ensamblada. El fenómeno también se ha estudiado en otras latitudes.

El reconocimiento de las familias ensambladas en la sucesión intestada requiere dejar a un lado el principio de la consanguinidad y adoptar un criterio que reconozca los vínculos generados en el marco de la vida familiar moderna.³⁷

174

³⁵ GROSMAN, C. "Las familias monoparentales y las familias ensambladas en el Mercosur y países asociados", en GROSMAN, CECILIA P. (dir.) y HERRERA, MARISA (coord.). *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 122.

³⁶ Así se dispuso en el punto 9 del bloque II —familias ensambladas— de la Comisión No. 4, dedicada al estudio de las nuevas formas familiares. Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA (coord.). *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, x Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina, septiembre de 1998, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, t. III, p. 306.

³⁷ *Idem*.

Tradicionalmente, como he apuntado, el fundamento de la sucesión *ab intestato* se ha ubicado por la doctrina en los vínculos consanguíneos. LEBRUM dice que el orden de sucesión es el orden de sangre. Según DOMAT es el orden divino. Conforme con LAURENT es el orden natural. Al lado de estas teorías se han desarrollado también las que encuentran el fundamento de la sucesión *ab intestato* en la afección presunta del difunto.³⁸ Sin embargo, tales argumentos han sido rebatidos por la doctrina científica. Autores como VALVERDE, en épocas tempranas del siglo xx, intentan ir más allá en la búsqueda del fundamento de este tipo de sucesión, al encontrar en él la mezcla de deberes familiares y sociales que el individuo tiene que cumplir, los primeros para con la familia y los que con ella llevan su sangre, y los segundos, en tanto cada individuo nace deudor de la asociación humana, ya que al fin la vida económica es la colaboración con el pasado, al aprovecharse de la experiencia acumulada.³⁹ PUIG BRUTAU, al estudiar el tema y distinguir los sistemas de ordenación de la sucesión *ab intestato*, explica que para el sistema personal o subjetivo el fundamento de este tipo de sucesión se encuentra en la proximidad del parentesco, por supuesto el consanguíneo. Y apunta: “Es natural que si el causante no ha hecho la elección de sucesor, la ley dirija el llamamiento hacia los familiares, fundándose en razones de solidaridad familiar, en deberes de asistencia y en una presunción de afecto”.⁴⁰ Aunque el docto profesor no distingue en su expresión, no me cabe duda que para él la expresión “familiares” atañe a los consanguíneos. Lo que ha acontecido es que a pesar de los cambios brutales que han operado en la dinámica sociofamiliar, la sucesión se sigue estudiando conectada con el parentesco consanguíneo y el matrimonio.⁴¹ En este último sentido, a lo que más se ha avanzado es al reconocimiento de derechos sucesorios al unido de hecho, pero no más. Los parientes afines no tienen cabida en los órdenes sucesorios, salvo el particular tratamiento que tiene la nuera viuda y sin hijos en el ordenamiento sucesorio argentino (*vid.* artículo 3576 bis del Código Civil argentino).⁴²

³⁸ Todos referenciados por VALVERDE Y VALVERDE, C. *Tratado...*, cit., t. v, pp. 389 y 390.

³⁹ *Ibidem*, pp. 391 y 392.

⁴⁰ PUIG BRUTAU, JOSÉ. *Fundamentos de derecho civil*, 3a. ed., Bosch, Barcelona, 1983, t. v, vol. 3, p. 322.

⁴¹ En tal sentido, expone el maestro peruano LOHMANN LUCA DE TENA, G. *Derecho de...*, cit., pp. 27 y 28, que cuán estrecho o generoso sea el derecho de la familia al patrimonio heredable, cuán ancha la extensión de la relación jurídica familiar, es una cuestión que le corresponde regular a la ley ordinaria, de modo que compete a tal legislador la determinación de quiénes van a concurrir a la herencia dentro del concepto amplio de familia.

⁴² Para que la nuera viuda pueda concurrir a la herencia, sostiene la doctrina la yuxtaposición de tres presupuestos, a saber: premuerte del marido, que no tenga hijos en la época en que se abre la sucesión de sus suegros, y que no esté incurso en ninguna de las causales de exclusión del cónyuge *superstite*. Si concurre a la herencia con otros herederos que su esposo no hubiera desplazado, le corresponde entonces un cuarto del haber hereditario. Si concurre con otros herederos a los cuales su esposo hubiere desplazado, igualmente le corresponde un cuarto y el resto se distribuye según los principios de la sucesión *ab intestato*. *Vid.* MEDINA, GRACIELA. “Comentarios al artículo 3576 bis”, en FERRER, FRANCISCO A. M. y MEDINA, GRACIELA (dirs.). *Código Civil comentado*, t. II: *Sucesiones (Artículos 3539 a 3874)*,

LEONARDO BERNARDINO PÉREZ GALLARDO

Si una persona muere sin otorgar testamento, los juristas en su mayoría ven con buenos ojos que los hijos resulten sus herederos; sin embargo, entre esos hijos llamados por ley, los hay con una conducta intachable, y también con un comportamiento muy reprochable. Es cierto que para ello los legisladores han creado figuras como las causales de indignidad sucesorias, pero no todos se atreven a ventilar semejante proceso judicial por temor al escándalo social o, en todo caso, por miedo al reproche social del que pueda ser objeto la familia *in integrum*. Similar acontece con el supuesto de sucesión a favor de los padres. En casi todos los ordenamientos sucesorios occidentales, en defecto de hijos o demás descendientes, la sucesión corresponde a los ascendientes, en primer lugar a los padres. Tampoco todos los padres han mantenido una conducta impoluta con respecto a sus hijos. ¿Cuántos padres no han abandonado a sus hijos?, ¿cuántos, sin llegar a abandonarlos, los han dejado en manos de abuelos o tíos y han limpiado su imagen con valiosos regalos enviados desde el exterior?, ¿cuántos no han vivido en perennes encuentros y desencuentros con sus hijos? Volvemos al mismo caso, también para esos padres o madres existen las causales de indignidad. Pero ello se aplica por excepción, no por norma.

¿Cómo es posible entonces que la sociedad moderna se mantenga impasible ante situaciones de verdadera injusticia? ¿En todo caso, es necesario priorizar el tratamiento de los padres y madres biológicos, sin reconocer al menos algún derecho a los padres o madres afines?

La respuesta me la han ofrecido algunos juristas con los que he intercambiado ideas. Sencillamente, si se quiere beneficiar a los parientes afines, para ello está el testamento. Pero el testamento está para mucho más. Con él podemos beneficiar a quien queramos, siempre que dejemos a salvo la parte destinada a los legitimarios. Se trata de que la protección venga no sólo de la libérrima voluntad del testador, sino de que el propio legislador atempere la realidad social con el contexto de la sucesión por causa de muerte.

Cuando el legislador regula la sucesión de los padres, o la de los hijos, no toma en cuenta la conducta de éstos, en principio se presume que tienen aptitud para suceder, quien quiera probar lo contrario tendría que, en sede judicial, demostrar la ineptitud para suceder al amparo de los artículos 469 y 470 del vigente Código Civil. ¿Por qué no hacer lo mismo en razón de los miembros más propincuos de las familias ensambladas? En cualquier caso, si el legislador be-

Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, pp. 125-127. La norma tiene como antecedente el artículo 2001 del Proyecto de la Comisión Reformadora de 1936. Algunos autores, como MAFÍA, JORGE. *Manual de derecho sucesorio*, 4a. ed., Depalma, Buenos Aires, 1999, t. I, p. 78, siguiendo los escasos antecedentes históricos de la norma, defienden el fundamento de ésta en su tendencia "a reparar los males de una muerte prematura y a asegurar dentro de la familia la persistencia del vínculo moral indisoluble".

neficia a los padres, madres o hijos afines con el derecho de sucesión por causa de muerte *ab intestato*, ¿no estaría, como apunta PUIG BRUTAU, sustentándolo en razones de solidaridad familiar, en deberes de asistencia y en una presunción de afecto? ¿Por qué no presumir el afecto entre una madre afín y una hija afín que han convivido por más de 20 años?

Quizá la idea hoy día no sea atribuirles la misma cuota que corresponde al hijo biológico; tal vez la sociedad no “está preparada para ello”, en expresión muy usada coloquialmente cuando queremos ponernos una cinta negra sobre nuestros ojos para no ver lo que no conviene, pero tampoco es justo que por la razón que fuere, si el fallecido no testó, por la inveterada presunción afectiva que supone que los hijos son los más queridos, éstos le hereden sin que los hijos afines puedan recibir al menos una determinada cuota parte del caudal hereditario. Es cierto que influye y mucho la estabilidad de las familias ensambladas, como también son inestables las familias nucleares clásicas; quizá la estabilidad o durabilidad del matrimonio o unión de hecho, creador de la familia ensamblada o reconstituida, sea un elemento a tenerse en cuenta por el legislador para reconocerle derechos sucesorios a los padres, madres e hijos afines. En cualquier caso hay que activar el concepto de parentesco por afinidad.

Es cierto, parece ser que el parentesco por afinidad es una de las variables de esta ecuación, pero no podemos olvidar que si la familia ensamblada se ha formado a partir de una unión de hecho entre los miembros de la pareja, no se cumpliría el dictado del artículo 120 del Código de Familia, a cuyo tenor “los parientes de un cónyuge lo son del otro, por afinidad, en la misma línea y grado”. El parentesco por afinidad se constituye con el matrimonio y sigue su suerte. No obstante, en nuestra sociedad, amén del parentesco por afinidad, legalmente delimitado, existe un parentesco por afinidad de naturaleza socioafectiva. Es cierto que no porque no se llegue a constituir matrimonio, los padres de la pareja se dejen de sentir como suegros, y los hermanos de éste o ésta como cuñados. Igualmente, aun cuando los hijos no hayan formalizado matrimonio, no se deja de tener un vínculo de yerno o nuera con la pareja de nuestra hija o de nuestro hijo, respectivamente.

No sé hasta dónde podrán expandirse los efectos jurídicos de las uniones de hecho. En Cuba, su existencia es el material fáctico necesario, junto a otros requisitos legales, para que pueda ser reconocida como matrimonio (*vid.* artículos 18 y 19 del Código de Familia); sólo así, reconocida judicialmente la unión de hecho como matrimonio o declarada la retroactividad de sus efectos por notario o registrador del estado civil competente e inscrito en el respectivo asiento registral de la sección de matrimonio del registro del estado civil correspondiente (*vid.* artículo 58, incisos *a*, *b* y último párrafo de la Ley del Registro del Estado Civil,

LEONARDO BERNARDINO PÉREZ GALLARDO

en relación con el artículo 113, incisos *a*, *b* y último párrafo de su Reglamento) es que se irradiarían sus principales efectos jurídicos, patrimoniales o no.

De *iure condicto*, si en la actualidad se pensara en reconocer derechos sucesorios a favor de los padres, madres e hijos afines, la condición de parientes afines sólo sería atendible en los supuestos de segundos o ulteriores matrimonios, sustento de la formación de la familia ensamblada. Si, por el contrario, la pareja hubiere escogido como alternativa al matrimonio para formar su propia familia la unión de hecho, tendría que formalizar el matrimonio, reconocerle efectos *ex tunc* (al amparo del artículo 19 del Código de Familia), para demostrar la existencia del citado parentesco, que se tendrá por existente desde la fecha de inicio de la unión, declarada por los cónyuges al momento de formalizar matrimonio y probada, entre otros medios, a través de las declaraciones de los testigos asertóricos (que pueden coincidir con los instrumentales) intervinientes en el acto matrimonial. Si no hay matrimonio no hay parentesco por afinidad.

Creo que es hora de tener en cuenta este parentesco por afinidad, de naturaleza socioafectiva. Hoy en día existen tantos suegros, suegras, yernos, nueras, cuñados, hijos afines, desde un perfil legal como desde el socioafectivo.⁴³ Es tan alta la tasa de consensualidad, y es tan progresivo su crecimiento, que de la manera en que el derecho concibe el parentesco por afinidad, éste se verá cada día más reducido. ¿Cumple así su cometido el derecho? GROSMAN y MARTÍNEZ ALCORTA, al estudiar el parentesco por afinidad que nace entre los miembros de una familia ensamblada, arguyen que “no debemos olvidar que, desde el punto de vista del funcionamiento social, no es relevante distinguir si la nueva familia se ha originado en un matrimonio o en una mera unión de hecho, aun cuando desde la esfera legal se puedan marcar diferencias”.⁴⁴

En estudios realizados por estas propias autoras sobre el rol que pueden desempeñar los padres y madres afines en el cuidado y atención de los hijos afines, y que pudiera transpolarse en sede sucesoria, en tanto la sintonía de criterios que pudieran existir, se refleja que “una de las ideas más enraizadas en la sociedad es que el cumplimiento del rol parental y el afecto que requiere el desarrollo de esta

⁴³ Sostiene VARSÍ ROSPIGLIOSI, ENRIQUE. “Paternidad socioafectiva. La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto”, en *Revista de Familia y de las Personas*, año 2, No. 3, abril de 2010, p. 50, que “la socioafectividad es aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. El criterio socioafectivo se torna hoy al lado de los criterios jurídicos y biológicos, un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental. Se funda en la afectividad en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana”.

⁴⁴ GROSMAN, CECILIA y MARTÍNEZ ALCORTA, IRENE. “Vínculo entre un cónyuge y los hijos del otro en la familia ensamblada. Roles, responsabilidad del padre o madre afín (padraastro/madrastra) y los derechos del niño”, en JA 1995-III-874, Lexis No. 0003/001780 (en soporte informático).

función sólo puede tener lugar plenamente cuando existe un lazo biológico. ‘El simbolismo de la sangre, como vehículo que une las generaciones y transporta la esencia de las personas’ es la fuente del amor”.⁴⁵ Todavía en la sociedad está muy enraizada la idea de que quienes puede educar y formar a los hijos son sus progenitores o, en su defecto, parientes consanguíneos, como abuelos, hermanos o tíos. Los padres y madres afines se ven distantes y, con más razón, esa idea se proyecta en las normas sucesorias, que siguen encontrando en la sangre y en el matrimonio la verdadera razón de la sucesión por ley.

ε) Discapacidad, familia y legítima asistencial

No menos trascendente resulta la tuición desde el ámbito familiar y sucesorio de las personas con discapacidad, a tono con los postulados de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de la que Cuba es signataria. Compete al derecho familiar ofrecer los mecanismos de protección no sólo del patrimonio, sino también de la propia persona con discapacidad. En tal orden, se siente la orfandad normativa en nuestro ordenamiento jurídico, al que le resulta ajena cualquier manifestación de actos de autoprotección, o figuras relativas al cuidado y protección de las personas con discapacidad, desde los cuidadores de hecho hasta la curatela, a lo cual se suma la escisión existente entre las parcas normas protectoras de las personas con discapacidad en el ámbito puramente civil y familiar y las que regulan la legítima asistencial, reconocida en los artículos 492 y 493 del Código Civil, bajo el ropaje de la figura de los “herederos” especialmente protegidos, sin duda uno de los giros más sintomáticos que dio el legislador del Código Civil cubano de 1987.⁴⁶ He dicho, y reitero en esta oportunidad, que el verdadero giro fue más en el *nomen iuris* que en su contenido. A fin de cuentas, tan forzoso, si quisiéramos emplear la terminología del legislador del Código Civil español —cuerpo legal antecedente del actual—, es el previsto en el abrogado Código como el reconocido por el actual; no está en su forzosidad la diferencia, sino en los presupuestos exigidos *ex lege* para arroparse de la condición.

El legitimario cubano, a diferencia de su predecesor, es un legitimario condicionado, condición impuesta a modo de presupuesto legal, lo que ha sido inclu-

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Tan es así que en la presentación del Código Civil se llega a decir: “el nuevo Código [...] en el ámbito del derecho hereditario, establece la libertad de testar, que sólo se ve limitada a la mitad de la herencia cuando existen herederos especialmente protegidos que hayan estado al amparo del testador”, resaltándose como uno de los giros copernicanos del nuevo texto legal. Realmente no es tan así, pero sin hesitación alguna, supone una nueva dimensión de las legítimas. Dimensión que ha sido luego desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia. A mi juicio, mucho más que lo que pudo dar el legislador.

LEONARDO BERNARDINO PÉREZ GALLARDO

so reafirmado por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, que en su sentencia No. 75 del 31 de marzo de 2009, segundo considerando (ponente Díaz Tenreiro), ha dejado dicho:

[...] el instituto de los herederos especialmente protegidos que regula el artículo cuatrocientos noventa y tres del Código Civil destaca entre sus rasgos distintivos, entre otros, que: son establecidos legalmente, requieren de la existencia de un vínculo parental o marital con el causante, y en el caso del primero se limita exclusivamente a los hijos y, premuertos éstos, al resto de los descendientes, así como a los ascendientes, se demanda además la dependencia económica del causante y la no aptitud para trabajar —lo que le incorpora cierto carácter transitorio—, de tal suerte que esta especial protección no existe por el solo hecho del nacimiento ni por la formalización o reconocimiento judicial del matrimonio, o sea no es suficiente el vínculo parental o marital, es indispensable el cumplimiento de dos requisitos o requerimientos legales, a saber: la no aptitud para trabajar y la dependencia económica con el causante.

Tríada de requerimientos que se impone como valladar inexpugnable por quien pretenda obtener un reconocimiento judicial favorable de esta condición.⁴⁷

No tengo la menor duda de que la figura tiene como propósito la protección de las personas vulnerables y dependientes económicamente del causante, aquellas que tras su fallecimiento necesitan una cobertura de sus más apremiantes necesidades, pues *per se* no las pueden asumir, entre las cuales cabría incluir a las personas con discapacidad, que por el grado de ésta les resulta imposible una integración en el ámbito del mercado laboral que les permita obtener las fuentes de ingresos con las cuales enfrentar los retos de la vida. Empero, me he preguntado y sigo preguntándome si tal y como está concebido en el derecho sucesorio cubano, los sujetos que pueden gozar de la especial protección, como legitimarios, coinciden con las personas con discapacidad.

En principio, el tener una discapacidad no es sinónimo de ser una persona vulnerable ni dependiente económicamente. Hay variadas discapacidades físicas, intelectuales, psíquicas, sensoriales, que no hacen a la persona económicamente vulnerable, premisa para arrojarse con esta especial condición en materia de legítimas. No puede tampoco obviarse que las normas sobre legítimas son excepción y nunca regla en el ordenamiento jurídico cubano, pues “deviene ante todo

⁴⁷ Según lo ha expresado la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en la sentencia No. 484 del 31 de julio de 2003, en su segundo considerando (ponente Acosta Ricart): “[...] debe entenderse que la novedosa institución del heredero especialmente protegido que tutela nuestro Código Civil [...] requiere la concurrencia simultánea e inequívoca de los tres requisitos exigidos, en este caso, ser cónyuge sobreviviente del causante, no estar apto para trabajar y dependencia económica del testador, debiéndose abundar en el sentido que la omisión de uno solo de los mencionados, hace inaplicable el precepto [...]”.

limitación al soberano derecho de testar libremente, de donde sólo por causas especiales y fehacientemente demostradas puede someterse a cuestionamiento el libre ejercicio de la facultad de una persona de disponer libremente sobre sus bienes para después de su muerte” (Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, sentencia No. 484 del 31 de julio de 2003, segundo considerando, ponente Acosta Ricart). No es lo común que las personas cumplan los requisitos del artículo 493 del Código Civil cubano. El derecho cubano transitó de un sistema de legítima meramente parental, en que la condición se adquiere por la filiación, con derecho el cónyuge sobreviviente a la cuota viudal usufructuaria, a un sistema de legítima asistencial, el que no deja de sustentarse en el parentesco o en el matrimonio, pero en el cual estos requerimientos no son suficientes, resultando indispensable la prueba de los otros dos presupuestos que el legislador impone en el artículo 493.1 del Código Civil. De ese modo, cabría argüir que no toda persona con discapacidad tiene la condición de especial protección, ya que, para ostentarla, la discapacidad tiene que estar asociada a una situación de vulnerabilidad o dependencia económica al momento del deceso del causante, momento que ha sido tenido en cuenta jurisprudencialmente para reconocer la condición de legitimario de quien reclame tal cualidad.⁴⁸ Ello me parece lógico, precisamente en aras del principio de igualdad; la discapacidad de una persona por sí sola no supone una especial protección en materia sucesoria, no hay razón para ello. Lo que sí resultaría injusto es que se apliquen *ad pedem literæ* las normas sucesorias por los jueces cuando se trata de personas con discapacidad que al momento del deceso del titular del patrimonio se encontraban vinculadas laboralmente, en empleos con cierta remuneración, pero no suficiente para enfrentar todas sus necesidades, incrementadas éstas incluso por razón de su discapacidad. En tal sentido, se impone una interpretación sistemática de todo el ordenamiento jurídico, de manera tal que la condición de legitimario asistencial estará estrechamente vinculada a la manera en que los jueces interpreten a su vez las normas familiares. No implica, por tanto, estar casado, sin más cortapisas, para que un cónyuge tenga la condición de especialmente protegido respecto del otro, si bien el matrimonio genera recíprocos deberes y derechos entre los cónyuges, no sólo de contenido personal (artículos 24 a 28 del Código de Familia),

⁴⁸ Así lo ha dicho y reiterado la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo: “[...] la condición de heredero especialmente protegido que establece el artículo cuatrocientos noventa y tres del Código Civil es exclusiva de la sucesión testada, de naturaleza estrictamente personal, intransferible e intransmisible por concepto de herencia [...] apreciable al momento de la muerte del causante y no del otorgamiento del testamento [...]”, sentencia No. 180 del 15 de marzo de 2005, segundo considerando (ponente González García); “[...] [A]l haber quedado justificado que el causante *al momento de su deceso* contaba con descendencia en minoría de edad y por ende beneficiarios de la condición de herederos especialmente protegidos [...]”, sentencia No. 872 del 29 de diciembre de 2006, segundo considerando (ponente Arredondo Suárez).

LEONARDO BERNARDINO PÉREZ GALLARDO

sino otros de contenido puramente patrimonial (artículos 29 a 42 y 123.1 del Código de Familia, y 514.2 y 517 del Código Civil, entre otros); de este modo se ha dejado esclarecido que la existencia de un matrimonio, sin más, no supone arroparse con la condición de legitimario si se demostrare que los cónyuges no vivían juntos, no dependían económicamente el uno del otro o, tal y como he venido expresando, la unión convivencial y afectiva se hubiere extinguido mucho antes del fallecimiento de uno de los cónyuges.⁴⁹

Un razonamiento quizá diferente obraría en el supuesto de las relaciones paterno-filiales, pues el incumplimiento de los deberes que en tal orden competen a los progenitores no debe convalidar la actitud asumida por aquéllos como testadores, cuando irrespetan el derecho de legítima asistencial que compete a los hijos en estado de minoridad. Tratándose de un sistema de legítima negativa o de freno, resulta imprescindible entender que la protección de los progenitores en el orden patrimonial respecto de los hijos no se limita al cumplimiento de la obligación de dar alimentos, ella se extiende a la muerte de aquéllos al deber de legítima asistencial para con los hijos, impuesto *ex lege*. La no convivencia con los hijos, el no tener la guarda y cuidado de éstos, incluso el estar privado de la patria potestad, no le libera ni del cumplimiento de la obligación alimentaria ni del reconocimiento, al testar, de la condición de legitimarios de la prole, y la consiguiente atribución de legítima.⁵⁰ Particular que se hará extensivo, a mi

⁴⁹ La Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en su sentencia No. 34 del 31 de enero de 2006, único considerando (ponente Arredondo Suárez), dejó esclarecido que: "[...] aun cuando consta acreditada la participación del recurrente en la unidad económica del núcleo familiar que conformara con la causante en razón del matrimonio que fuera judicialmente reconocido, el hecho mismo de encontrarse apto para el trabajo remunerado al que, por demás, se encuentra vinculado y el no haber dependido económicamente de la causante, lo excluye de la condición de heredero especialmente protegido que con su interpretación personal de las normas sustantivas al respecto pretende imponer [...]". Sentencia del Tribunal Supremo No. 34 del 31 de enero de 2006, único considerando, ponente Arredondo Suárez.

⁵⁰ En su sentencia No. 307 del 29 de abril de 2005, segundo considerando (ponente Acosta Ricart), la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que apreció la especial protección de los hijos del causante, al considerar que "[...] visto que por parte de la recurrente se ha realizado una interpretación errónea del artículo cuatrocientos noventa y tres, inciso uno del Código Civil, al estimar que a los menores hijos del testador no les asiste el derecho a ser herederos especialmente protegidos de aquél, por el hecho de que su padre hubiere incumplido en mayor o menor medida, con la obligación de contribuir a su sustento, obligación legal que le venía impuesta al ostentar la patria potestad sobre los mismos, en virtud del inciso uno del artículo ochenta y cinco del Código de Familia, la cual resultaba legalmente exigible de conformidad con el artículo ciento veintidós del propio cuerpo legal, y que podía llegar incluso a constituir ilícito penal, de modo que entenderlo como pretende la recurrente equivaldría a penar doblemente a los menores, al enervarseles el derecho de ser herederos testamentarios de su padre, precisamente por una causa de la cual fueron ellos los afectados [...]".

En sentencia posterior, el propio Tribunal establece una relación unívoca entre la condición de minoridad de los hijos y la de especial protección (legitimarios). Así, en su sentencia No. 872 del 29 de diciembre de 2006, segundo considerando (ponente Arredondo Suárez) se deja esclarecido que: "[...] [A]l haber quedado justificado que el causante al momento de su deceso contaba con *descendencia en minoría de edad y por ende beneficiarios de la con-*

juicio, cuando el hijo procreado, aun siendo mayor de edad, tenga alguna discapacidad severa que desemboque en la declaración judicial de incapacidad, o incluso cuando no se haya solicitado ésta. Tratándose de una persona vulnerable y dependiente económicamente del causante, hay que interpretar con laxitud las normas reguladoras de la legítima si queremos realmente dar la protección que ellas merecen. Por ello, sería discutible entender que en el supuesto de que una persona incapacitada judicialmente esté internada, y bajo tutela administrativa del director del centro asistencial, no se conciba que el padre deba atribuirle la legítima, porque una lectura de esta naturaleza de los artículos correspondientes del Código Civil contradiría los postulados en los que se sustenta la legítima asistencial en el ordenamiento jurídico cubano, de modo que convalidaría un comportamiento inescrupuloso del progenitor, que se liberaría del cumplimiento del deber de asistencia que esta legítima importa para el hijo incapacitado, descargándose de él, a la vez que atribuyéndoselo al Estado, sólo porque, literalmente, al momento del deceso del causante el pretense legitimario no dependía económicamente de él, dado que, en efecto, aun cuando estuviere internado, corren por cuenta de los progenitores deberes de contenido moral y patrimonial, insustituibles aunque el Estado asuma los gastos de alojamiento y manutención de la persona internada.⁵¹

3. Precisos giros copernicanos en función de la sincronía

¿En qué hemos fallado? ¿Por qué motivo familia y herencia no resultan dos notas musicales de la misma melodía? Aunque en estas líneas he tomado como modelo el derecho cubano, no creo que en el contexto iberoamericano la situa-

dición de herederos especialmente protegidos [...] [resulta] irrelevante lo argumentado en cuanto a la voluntad del causante para hacer valer las cuestionadas disposiciones testamentarias por ser preceptivo que la libertad de testar sólo alcanza la mitad de la herencia cuando existen, como en el caso, sujetos de especial protección" (la cursiva es mía). Posición que luego ratifica también al explicar el requerimiento de la no aptitud para trabajar, en el que sitúa entre otros sujetos, a modo enunciativo, a los menores de edad (sentencia No. 75 del 31 de marzo de 2009, segundo considerando, ponente Díaz Tenreiro).

⁵¹ Inexplicablemente, el Tribunal Supremo ha sostenido una posición contraria en su sentencia No. 532 del 29 de diciembre de 2011, primer considerando (ponente Bolaños Gassó), al considerar que "[...] no concurre a favor de [...], hijo del testador [...], la cualidad que propugna la especial protección que el artículo cuatrocientos noventa y tres del Código Civil dispensa para aquellos que no estén aptos para trabajar y dependan económicamente del causante, y no acreditado el último presupuesto al encontrarse desde mil novecientos ochenta y tres sometido a un régimen de internado con asistencia gratuita, cubriendo la institución estatal las necesidades elementales de sustento, habitación y vestido, dada la enfermedad que padece consistente en un retraso mental severo, que condujo a la declaración judicial de su incapacidad y a proveerlo de tutor, sin que se obtuviera acreditación siquiera de la exigida responsabilidad económica del causante a favor de su hijo, situación fáctica que no quedó desvirtuada del resultado de la prueba señalada por quien recurre [...]."

LEONARDO BERNARDINO PÉREZ GALLARDO

ción resulte disímil, basta con una mera ojeada al derecho vigente en nuestro entorno geográfico para comprobar que las tensiones entre el derecho familiar y el sucesorio se hacen cada vez más visibles.

Si todavía tenemos retos que encarar para que el derecho familiar se acompañe a nuestra realidad social, de modo que se abandonen prejuicios y posiciones discriminatorias, y sobre todo olvidos imperdonables que demuestran la falta de sensibilidad para con ciertos sectores sociales, ni qué decir en el orden sucesorio. No se puede regular a medias, no puede fraccionarse un mismo bloque temático. Si bien el derecho familiar ha obtenido su autonomía científica, académica, e incluso normativa en algunos países,⁵² no puede desconocerse que la familia se proyecta también en el ámbito sucesorio. Son los vínculos familiares los que en esencia presuponen la prelación sucesoria *ab intestato* y la propia regulación de las legítimas o los alimentos en aquellos ordenamientos jurídicos en que no se disponen las atribuciones legitimarias. ¿Quiénes son los herederos *ab intestato* y los legitimarios sino los propios parientes o cónyuge del causante? ¿Y quiénes en su mayoría siguen siendo los herederos testamentarios, incluso en aquellos ordenamientos jurídicos que admiten una libertad absoluta para testar, sino esos mismos parientes consanguíneos del testador y por supuesto el cónyuge o el compañero o compañera de la unión afectiva *more uxorio*?

En este orden, en la misma medida en que hoy se invoca un derecho de las familias, en correspondencia con el modelo o tipo familiar elegido por las personas como modo de vivir, como manera de expresar sus afectos y su desenvolvimiento doméstico y de constituir así su familia, que no por menos convencional no deja de serlo, las reglas y principios de la sucesión *mortis causa* tienen que atemperarse a ello, en primer orden al potenciar la autonomía de la voluntad del testador. Es impensable que se pueda elegir el modelo familiar que se quiere constituir, con la debida cobertura legal de ese modelo, y a la vez se le impida a esas mismas personas determinar las reglas de su sucesión; suficiente entonces tener como cortapisa en esa libre determinación testamentaria la protección a ciertos parientes o cónyuges o compañeros de unión afectiva a través de un sistema legitimario de nuevo tipo, o sea, con función asistencial o tuitiva que no deje de proteger a un sector sensible de los familiares del testador sin menoscabar el derecho que tiene éste de disponer libremente de la otra parte de su acervo hereditario.

El derecho de las familias debe conducir a un nuevo derecho de las sucesiones, menos formalista y más tuitivo, menos rígido y más sensible, que sin dejar

⁵² Tómese en consideración que Bolivia, Costa Rica, Cuba, Honduras, El Salvador y Panamá tienen sus propios códigos de familia.

de abandonar sus pilastras, incorpore en su arquitectura las nuevas formas familiares e incluso el arsenal de valores que esta época impone, incluidos los retos de la ciencia y de la tecnología. De este modo, el ADN, y todo lo que él implica, no sólo incide en la determinación de la verdad biológica en procesos filiatorios, sino también en las consecuencias sucesorias que lleva consigo el sobrevenir de un hijo, devenido heredero *ab intestato* o legitimario asistencial con el ejercicio a su favor de las acciones tuitivas de la intangibilidad cuantitativa de la legítima, o la inseminación *post mortem* del cónyuge *supérstite*, con el resultado de un hijo superpóstumo que modifica el criterio tradicional del momento para determinar la capacidad sucesoria del heredero y la reserva a su favor de derechos sucesorios, por supuesto dentro de los plazos establecidos *ex lege* para practicarse las técnicas de inseminación artificial sobre el *supérstite*.

Incluso se impone una adecuación de los órdenes sucesorios *ab intestato* a los nuevos modelos familiares, en los que los miembros de una unión *more uxorio*, incluso los de uniones homoafectivas, los de familias reconstituidas o ensambladas y los parientes con discapacidades severas, tengan en unos casos participación en la herencia, convirtiéndose en un heredero más, o dicha participación, ya preexistente, ahora se acomode al vínculo afectivo con el causante y a las parenterías necesidades económicas de ellos. La herencia no puede convertirse en una fuente codiciada de riqueza patrimonial para cierto sector de la familia, en esencia los hijos, como tradicionalmente fue concebida, sino ha de ser un mecanismo de protección, de buen recaudo, de aliciente económico de aquellos miembros de la familia que constituyen o bien un sector sensible, vulnerable, dependiente económicamente del causante, o aquel representado por la pareja, con quien se ha constituido una familia, aun cuando ésta no haya sido derivada del matrimonio, de la que ha devenido el patrimonio familiar, sin que en todo caso se le dé excesivo protagonismo al cónyuge o compañero de hecho en desmedro de los propios intereses de hijos menores de edad, judicialmente incapacitados o con discapacidades severas.

Como dijera el profesor argentino CIURO CALDANI, “[...] en la sucesión han de *coadyuvar*, por *integración* en el mismo nivel, los valores *justicia, utilidad y amor*. Una sucesión ha de ser justa y útil y ha de abrir cauces al amor”.⁵³ Y para que ese cauce se obtenga, resulta necesario que se inspire en la familia, pues es en ella en la que el ser humano busca su continuidad a través de la sucesión. En la familia y en la herencia, como en ningunas otras instituciones jurídicas,

⁵³ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL. “Aportes integrativistas al derecho de sucesiones. La muerte como hora de la verdad de la persona física”, en *Investigación y Docencia*, No. 40, disponible en: www.centrodefilosofia.org.ar [consultado: 3 de marzo de 2011], p. 30.

LEONARDO BERNARDINO PÉREZ GALLARDO

ha de cobrar especial relieve la solidaridad; a fin de cuentas, los seres humanos marchan, las obras quedan, se transmiten generacionalmente, garantizándose así la energía acumulada y la experiencia vivida en manos de los sucesores. En todo caso, la familia y la herencia han de girar siempre en el mismo sentido de las manecillas del reloj, como expresión del sentido temporal indetenible de la historia de la humanidad. ■