

LA PRÁCTICA DE PRUEBA TESTIFICAL EN LA DECLARATORIA DE HEREDEROS. CONSIDERACIONES ACTUALES

Yannia Folch Dominguez¹

Dayron Lugo Denis¹

Fecha de publicación: 01/07/2014

Sumario: **1.** A propósito de la práctica de prueba testifical en la Declaratoria de Herederos. Consideraciones técnico-doctrinales de la sucesión intestada o *ab intestato* en el Derecho de Sucesiones. **1.1** Introducción al Capítulo. **1.2** Fundamento constitutivo del Derecho de Sucesiones y principios que lo sustenta. **1.2.1.** Principios que informan al Derecho de Sucesiones. **1.3.** La sucesión *ab intestato*. Acercamiento conceptual y fundamento jurídico. **1.3.1** Soportes teóricos de la sucesión intestada. **1.4** La Declaratoria de Herederos en la sucesión *ab intestato*. Consideraciones técnico-jurídicas. **1.4.1** La exclusión de algún heredero *ab intestato* en el título sucesorio. Consecuencias y formas de proteger al heredero preterido. **2.** Especial referencia a la práctica de prueba testifical en el acta de Declaratoria de Herederos. **2.1** Consideraciones técnico-jurídicas de la práctica de prueba testifical como prueba de necesaria apreciación en la Declaratoria de Herederos. Consideraciones Finales.

¹ Facultad de Derecho. Universidad Máximo Gómez Báez de Ciego de Ávila.

Notas introductorias.

La muerte más que un mito es un hecho cierto que en dependencia de la concepción del mundo, ya sea por la creación o por la evolución, cada individuo se asume como una realidad imperiosa. Lo cierto es que tras su innegable acaecimiento se desencadena complejas situaciones jurídicas sucesorias que demandan de tutela jurídica. Es el notario el profesional del derecho que más impacta el tráfico jurídico notarial toda vez que el eje inherente la función fedante, solemnizadora, autenticadora y legalizadora de los actos, hechos o circunstancias jurídicas extrajudiciales exigidas por ley o que las partes así lo soliciten.

Es pertinente enfocar trabajos que aborden desde una valoración técnico- jurídica la sucesión *ab intestato*, la cual desde su naturaleza supletoria es compleja al prescindir de la voluntad expresa del *cuius* por lo que la ley se encarga de encausar la transmisión de su patrimonio a sus derechohabientes. Uno de los elementos que más dinamizan la praxis jurídica notarial lo es la intervención testifical en la declaratoria de heredero. Situación poca trabajada en la doctrina jurídica y en los cuerpos normativos en los diferentes ordenamientos jurídicos. Sin embargo, reviste una importancia indubitada toda vez que no se logra potenciar aun la cultura de testar situación que atenta inexorablemente con la promoción de declaratorias de heredero como única vía para encausar la sucesión del *cuius*.

Es entonces donde un estudio de la intervención testifical resulta pertinente a los efectos de perfeccionar la función notarial en la instrumentación documental en el acta de declaratoria de herederos, imprimiéndole cobertura de legitimidad, autenticidad, carácter fehaciente, valor probatorio y seguridad jurídica indubitadas. Razones que fundamentan la existencia de un trabajo que valore desde el punto de vista técnico- jurídico la pertinencia de la práctica de prueba testifical para evitar conflicto sobrevenidos de la intencionalidad benigna o mal sana que pueda generar en un contexto socio-jurídico dinamizado por complejas relaciones que cada vez poseen una tésitura más mercantilista.

1. A propósito de la práctica de prueba testifical en la Declaratoria de Herederos. Consideraciones técnico-doctrinales de la sucesión intestada o *ab intestato* en el Derecho de Sucesiones.

1.1 Introducción al Capítulo.

Un evento impostergable y que constituye el ciclo final de la vida lo es el enigma de la muerte. “La muerte, acontecimiento *certus an incertus*

quando, es el evento al que irremediamente todos los seres humanos estamos expuestos y que marca el final de nuestra existencia (...) la angustia por el destino, que en ocasión del fallecimiento, seguirán sus pertenencias, sus bienes y derechos, constituyen una preocupación para el hombre”.²

La muerte no es solo hecho natural, es además un hecho jurídico, cuyo acaecimiento genera toda una serie de consecuencias jurídicas para el Derecho, en especial para el Derecho de Sucesiones. “En el ámbito sucesorio, este suceso desata la incertidumbre acerca del destino que deberán seguir las relaciones jurídicas de que era el titular en vida el causante y la posibilidad de la transmisión *mortis causa* de aquellas que resulten susceptibles de ser transmitidas por este motivo, incluyendo las de carácter no patrimonial, aunque de modo excepcional”³. Según el autor CASTÁN TOBEÑAS suceder *mortis causa* supone la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles, dejados a su muerte por otra⁴. Por su parte LACRUZ BERDEJO expresa que “la sucesión *mortis causa* existe en cualquier sistema jurídico que atribuya a los individuos cierto poderío sobre las cosas materiales y la facultad de anudar relaciones entre sí (...) estas relaciones necesitan un destino al fallecimiento de su titular, pues la extinción de todos sería fuente de desórdenes sociales y obstáculos insuperables para el tráfico”⁵.

1.2 Fundamento constitutivo del Derecho de Sucesiones y principios que lo sustentan.

La relación sucesoria es la relación jurídica civil más compleja, su carácter viene legitimado por su estrecho vínculo con relaciones jurídicas de propiedad, obligacionales, familiares, contractuales, entre otras. El fundamento del Derecho de Sucesiones reposa en la propiedad personal o privada, supeditada al sistema político y económico imperante de cada país. Tras el óbito se extingue la personalidad jurídica del individuo⁶, pero

² PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B.: “Derecho de Sucesiones”. Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, tomo I, p. 4.

³ PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B.: “Derecho de Sucesiones”. Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, tomo I, p. 4.

⁴ CASTAN TOBEÑAS, JOSÉ, derecho Civil Español Común y Foral, 8va edición, tomo VI, volumen I, Reus, Madrid, 1978, p. 29

⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L. y F.A. SANCHO REBULLIDA, op. cit., p. 11.

⁶ El Código Civil cubano, regula en su artículo 24: “La personalidad comienza con el nacimiento y se extingue con la muerte”. Por su parte el Código Civil español regula en su ordinal 29: “El

permanecen una serie de relaciones jurídicas, entre ellas las de propiedad, que innegablemente sobreviven a la persona y que por su trascendencia los ordenamientos positivos a través de normas sucesorias, establecen un conjunto de reglas que regulan jurídicamente el tránsito del patrimonio de un sujeto a otro por causa de muerte. “La reglamentación y técnica del Derecho de Sucesiones sufre importantes oscilaciones en dependencia del menor o mayor grado de extensión que se le conceda al ejercicio del derecho real de propiedad para después de la muerte”.⁷

Una de los elementos de mayor incidencia en la mayoría de los ordenamientos jurídicos es sin dudas, el reconocimiento de que toda persona es titular de derechos fundamentales, que la sociedad no puede arrebatarse lícitamente, son derechos universales inherentes al ser humano. El autor PERAZA CHAPEAU considera que son fundamentales ciertos derechos y deberes no por el hecho de que el texto constitucional lo regule así, son derechos fundamentales el conjunto de preceptos ético-jurídicos de una sociedad que los entiende colectivamente como protección y garantía de las libertades reconocidas a todas las personas por el simple hecho de serlas. La Constitución cubana en su ordinal 24 reconoce el derecho de herencia sobre la vivienda de dominio propio y demás bienes de propiedad personal que posee todo individuo y dedica el Capítulo VII a los derechos, deberes y garantías fundamentales⁸. El derecho a heredar es uno de los derechos fundamentales que cobra especial relieve, consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 17.1.

El derecho a la herencia es de los considerados derechos económicos, sociales y culturales o de tercera generación. Surge con motivo del deceso de una persona y si bien la fuente de regulación de los llamados sucesorios los ordena la voluntad del causante, no siempre éste deja constancia escriturada de su última voluntad, ya sea mediante testamento ológrafo (el que requiere para su eficacia jurídica ser adverbado ante tribunal competente), escritura pública notarial considerándose la vía que mas

nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables” y en el artículo 32 establece que la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas.

7 PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: “Derecho de Sucesiones”. Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, tomo I, p. 15.

8 El artículo 33 apartado 1 de la Constitución española reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia; en su apartado 2 establece que la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo a sus leyes. La Constitución de Ecuador de 1996 también consagra este derecho en su ordinal 39 y la Constitución de la República de Brasil de 1998, la cual fue reformada en el 2001, en el artículo 5 apartado XIX.

seguridad jurídica ofrece u otras formas de testar establecidas en ley. En su defecto, la ley suple el lugar de la voluntad del testador y establece los órdenes a suceder como vía para encausar la sucesión del causante.

1.2.1. Principios que informan al Derecho de Sucesiones.

Los principios generales de nuestro Derecho de Sucesiones comprenden todos aquellos que inspiran e informan el sistema de normas jurídicas sucesorias, dentro de estos pueden enmarcarse: la voluntad del causante como ley de la sucesión, la compatibilidad o coexistencia de las sucesiones testada e intestada, la perpetuidad del heredero (*semel heres semper heres*), pluralidad de regímenes legales sucesorios, protección del cónyuge *supérstite*, intervención cada vez más creciente del estado en sede sucesoria, el grado más próximo excluye al grado más remoto, entre otros principios.

El principio de la voluntad del causante como ley de la sucesión, constituye fuente de las sucesiones, reconocido en el Código Civil cubano que lo sitúa en primer orden en su artículo 467 apartado 1⁹. Un elemento distintivo es el carácter supletorio o complementario que posee la sucesión *ab intestato*, a falta de la última voluntad del causante plasmada en un testamento.

El ordenamiento sucesorio cubano se aparta del viejo principio romano *nemo pro parte, pro parte intestatus decedere potest*, adscribiéndose a los ordenamientos que reconocen la sucesión mixta, que otorga la posibilidad de que la sucesión del *cuius* se rija por ambos títulos: el testamento y la declaratoria de herederos, amparada en el artículo 467 apartado 2 del Código Civil cubano, referente al principio de la coexistencia de las sucesiones testada e intestada.

El principio de la perpetuidad del heredero responde a la afiliación por parte de nuestro derecho al Sistema Sucesorio romano, que en voz autorizada de VALLET DE GOYTISOLO expresa “la cualidad de heredero

⁹ El Código Civil español en su artículo 658 establece que “la sucesión se difiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la Ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima”. Cabe argüir la distinción conceptual que realiza entre la sucesión testada y la *ab intestato*, al considerar la segunda como legítima. Admite además la sucesión mixta al regular en el propio ordinal que podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la Ley. Por su parte el Código Civil de Nicaragua utiliza igual terminología al establecer en su artículo 932 que “cualquiera suele heredar, por muerte de una persona, todos sus bienes o parte de ellos, lo mismo por disposición de última voluntad que en virtud de la ley. En el primer caso, la sucesión se llama testamentaria; en el seguido, legítima”.

deriva de la actuación del sujeto como entrante en un fenómeno sucesorio. Si este fenómeno no se puede destruir, no se puede perder aquella cualidad”.¹⁰

En el principio de pluralidad de regímenes legales, a diferencia de otros textos legales sucesorios, en el ordenamiento sucesorio cubano no es posible la transmisión de la herencia en bloques, en dependencia de la naturaleza y la forma de propiedad en la que se inscriban los bienes, será las normas que rijan la transmisión *mortis causa*.¹¹

La protección del cónyuge supérstite en sede hereditaria es un tópico que recibe especial tratamiento. Este principio se traduce en el reconocimiento como un heredero *ab intestato* más que se le otorga su cuota en plena propiedad al igual que los herederos, el Código Civil cubano le otorga una protección considerable al enmarcarla en el tercer llamado con la posibilidad preferente de concurrir a los dos primeros llamados sucesorios (artículo 514.2, 515.2, 517 y 518), así como también su inclusión como heredero especialmente protegido si reuniese los requisitos exigidos *ex lege*.

1.3. La sucesión *ab intestato*. Acercamiento conceptual y fundamento jurídico.

“La sucesión intestada o *ab intestato* aparece como el reverso negativo y supletorio de la carencia de testamento válido y eficaz del causante (...) Puede conceptuarse como aquel tipo de sucesión atendiendo a las fuentes o modos de delación que opera a falta de testamento válido y eficaz, o para suplir una voluntad testamentaria incompleta y en consecuencia, actúa supletoriamente a fin de determinar quiénes serán los herederos del causante, quienes se subrogarán, a título universal, en su lugar”¹². Puede ser denominada también como aquella sucesión legal o legítima, que opera en la sucesión *mortis causa* ante la inexistencia o invalidez de testamento del *cuius*. El Código Civil cubano preceptúa en su ordinal 467 apartado 1 que la sucesión tiene lugar por testamento o por ley. La primera se denomina testamentaria y la segunda intestada. A diferencia, otros Códigos Civiles

¹⁰ VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: Panorama del Derecho de Sucesiones, tomo I-Fundamentos-, Cívitas, Madrid 1982, p. 129.

¹¹ Código Civil cubano en sus artículos 542-544 en relación con lo establecido en la Ley General de la Vivienda, el Decreto-Ley No. 288 de 2011, el Decreto-Ley No. 125 de 1991.

¹² PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: “Derecho de Sucesiones”. Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, tomo II, pp. 240-241.

como el español, el argentino y el nicaragüense utilizan el término de legítima para referirse a la sucesión *ab intestato*.

Dada la necesidad de la elección de un sucesor, y ante la inexistencia de voluntad escrita del fallecido, la Ley suple esa voluntad designando sucesores por defecto. En el caso de la sucesión intestada los herederos son establecidos por la Ley (herederos legales). La solución final adoptada difiere en cada sistema jurídico, aunque suele basarse en relaciones de consanguinidad y afinidad, suele incluir por este orden, a descendientes, ascendientes, cónyuge, colaterales y el Estado en último lugar.

La doctrina ha esgrimido razonamientos de corte subjetivo y de corte objetivo sobre el fundamento de la sucesión intestada. La primera se soporta en una hipotética voluntad del causante, criterio no compartido por SÁNCHEZ-TOLEDO y COBAS COBIELLA. La segunda encuentra la *ratio* de la sucesión intestada en razones de naturaleza familiar y social, que suponen la necesidad de transmitir la propiedad a los familiares más próximos del titular. Es una forma de perpetuar el derecho real de propiedad, donde en ausencia de la voluntad del causante, el legislador ofrece cauces sustentados en el *ius familiae*, el *ius connubi* y nada más en ausencia de estos en el *ius imperii*.¹³

1.3.1 Soportes teóricos de la sucesión intestada.

Al igual que el Derecho de Sucesiones, esta institución contiene principios propios que la sustentan, un número significativo de los mismos son de raigambre romana. Se enuncia el principio de aplicación supletoria¹⁴, que en el Código Civil cubano aparece en su artículo 509, el cual establece los supuestos para que tenga lugar la sucesión intestada; el principio de igualdad, que el propio texto legal no establece distinción alguna en relación con el sexo ni la progenitura de los sucesores¹⁵; el principio del patrimonio unitario, consistente en la transmisión de todos los

¹³ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: “Derecho de Sucesiones”. Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, tomo II, p 242.

¹⁴ El testamento es ley en la sucesión, existiendo prevalencia de la testada sobre la intestada, adquiriendo por tanto la intestada un carácter supletorio y complementario (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, sentencia no. 214 de 31 de marzo de 2006. Segundo Considerando. Ponente Acosta Ricart).

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: Código Civil de la República de Cuba, Ley No. 59 de 1987 de 16 de julio (Anotado y Concordado). Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2011, p. 310.

¹⁵ El Código Civil de Nicaragua comparte este principio al establecer en su ordinal 1000 que “en la sucesión intestada no se atiende al sexo ni a la primogenitura”.

bienes del causante, de acuerdo con el régimen legal sucesorio al que estén inscritos, pero sin que puedan hacerse distingos en los bienes respecto a su origen; el principio de prelación de llamamientos, donde las delaciones sucesivas se producen si el llamado anterior en rango no llega a ser heredero (*si heres non erit*), de ahí la expresión que el grado más próximo, excluye al más remoto.¹⁶

El Código Civil cubano estipula en relación a este tópico, en su artículo 515 apartado 1 que la sucesión corresponde en segundo lugar a los padres para deferir la herencia a estos solo cuando los llamados en primer lugar no existan, lo que se refuerza con la preferencia concebida en el artículo 514 apartado 1 a favor de los hijos y demás descendientes cuando los llama en primer lugar; en relación, el artículo 518 regula que de no existir estos ni padres del causante, corresponde al cónyuge supérstite la totalidad de la herencia¹⁷. Por su parte el Código Civil español establece a partir de su artículo 930 y siguientes, que la sucesión corresponde en primer lugar a la línea recta descendente (hijos, nietos,..), en el segundo llamado a falta de hijos y descendientes del difunto le heredarán sus ascendientes y así prosiguen los órdenes de llamados regulados en este texto legal. El Código Civil argentino defiende la herencia a los parientes del difunto, primero a los descendientes y luego a los ascendientes, al viudo o viuda, si no los hubiese, los parientes colaterales del fallecido hasta el cuarto grado y por último el Estado Nacional o Provincial.

Otro principio relacionado con el anterior es el de prelación de grado, que existe dentro de cada llamamiento una preferencia entre los derechohabientes comprendidos en ellos, a partir de la proximidad del grado parental, contenido en el artículo 511 del Código Civil cubano, que tiene como excepción aquellos parientes más alejados que concurren por conducto del “*ius repraesentationis*”¹⁸. El principio de descendencia y

¹⁶ El Código Civil español establece en el artículo 921 que en las herencias, el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar.

¹⁷ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: “Derecho de Sucesiones”. Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, tomo II, p 243.

¹⁸ El Código Civil cubano reconoce el derecho de representación en el supuesto de premuerte, renuncia o incapacidad para heredar y siempre tendrá lugar en la línea recta descendente, regulado en el artículo 512 y siguiente. Este derecho no se extiende al supuesto de conmoriencia y postmoriencia, aunque en este último la ley establece que en caso que muera un heredero sin aceptar ni renunciar a la herencia, se transmite a sus herederos el mismo derecho que él tenía (artículo 529). El Código Civil español establece en su ordinal 928 que no se pierde el derecho de representar haber renunciado su herencia y en el ordinal 929 que no podrá representarse a

ascendencia ilimitada en el Código Civil cubano no contiene contradicciones en la línea de los descendientes según lo regulado en el artículo 514; sin embargo, en la línea ascendiente presenta determinadas imprecisiones con respecto a la institución del heredero especialmente protegido¹⁹, que forma parte de la sucesión testada, pero nuestro Código le brinda una protección en la sucesión *ab intestato* al establecer en el artículo 516 que los padres no aptos para trabajar y que dependan económicamente del causante, concurren con los descendientes de éste y el cónyuge *supérstite* en el primer llamado. No sucediendo así con los abuelos que siendo herederos especialmente protegidos, a tenor del artículo 493 inciso c), no son susceptibles de protección en la sucesión intestada al colocarlos en el cuarto llamado a heredar (artículo 520).

1.4 La Declaratoria de Herederos en la sucesión *ab intestato*. Consideraciones técnico-jurídicas.

Una vez probada documentalmente que el causante no realizó testamento o de efectuarse quedare anulado en todo o en parte u otras causales contenidas en ley, se procede a la apertura de la sucesión *ab intestato* y con ello al acta notarial de declaratoria de herederos que “constituye un título formal legitimador de la cualidad o condición de heredero *ab intestato* por excelencia, aunque la declaratoria de herederos *per se* no es título suficiente para ello en un ordenamiento, como es el caso del cubano, en que la aceptación de la herencia es requisito *sine qua non* para la adquisición de la condición de heredero”²⁰ (artículos 524 y 527. 1 del Código Civil cubano). “Se trata de un título demostrativo o probatorio porque el constitutivo, causal o generativo viene dado por la atribución de la ley (...) En ella no se declara a nadie como heredero, no se enviste a nadie de tal condición, es simplemente el documento idóneo para concretar respecto a cada causante las personas que son llamadas *ex lege* a

una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad. Por su parte el Código Civil chileno regula en el artículo 986 que hay siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hermanos. Fuera de estas descendencias no hay lugar a la representación y en el artículo siguiente establece que se puede representar al ascendiente cuya herencia se ha repudiado. Se puede asimismo representar al incapaz, al indigno, al desheredado, y al que repudió la herencia del difunto.

¹⁹ Según el Código Civil cubano son herederos especialmente protegidos los no aptos para trabajar, que dependan económicamente del causante y que posean grado consanguíneo con éste.

²⁰ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: “Derecho Notarial”, Editorial Félix Varela, La Habana, 2008, tomo III, p. 56.

sucedarle”²¹. La Ley No. 50 de 1985, Ley de las Notarías Estatales establece en su ordinal 13, que dentro de los documentos públicos que redacta y autoriza el notario se enmarca las actas y en su inciso c) formula que en ellas se hacen constar hechos que, por su naturaleza, no constituyen acto jurídico.

La promoción de la declaratoria de herederos exige en primer orden el certificado de Defunción del causante, con el cual se solicita las Certificaciones negativas de Actos de Última Voluntad y Declaratoria de Heredero, o en el caso de una sucesión mixta puede venir positiva la certificación de Actos de Última Voluntad y abrirse una sucesión intestada para los bienes que no fueron incluidos en el testamento. Se exige acreditar además la filiación de todos los herederos, así como el Certificado de Matrimonio en el supuesto de que el cónyuge haya fallecido casado(a), así como el contrato de servicios jurídicos y el escrito de promoción del abogado. Como nota de interés se significa la orientación de la Dirección nacional de Registro y Notarías de agregar a la matriz del protocolo todos los documentos aludidos.

Fue la Ley de las Notarías Estatales la que transfirió el conocimiento de la tramitación del acta notarial de declaratoria de herederos de los jueces a los notarios. La Disposición Especial Primera en su primer párrafo dicta que “a partir de la vigencia de esta Ley los tribunales se abstendrán de conocer y resolver (...) el proceso sucesorio de declaratoria de herederos, que se transfieren a la función notarial, excepto en los casos en que se manifiesta la contradicción entre las partes, resulten perjuicios a otras personas o se emita por el Fiscal dictamen en contrario”.

El Código Civil cubano, en su artículo 509 regula los supuestos en los que procede la tramitación del acta de declaratoria de herederos en la sucesión ab intestato²², teniendo lugar cuando:

²¹PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: “Derecho de Sucesiones”. Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, tomo II, p. 302.

²² Con respecto a este tópico, el Código Civil español regula en su artículo 912 que la sucesión legítima tiene lugar: 1º Cuando uno muere sin testamento, o con testamento nulo, o que haya perdido después su validez. 2º Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso, la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto. 3º Cuando falta la condición puesta a la institución del heredero, o éste muere antes que el testador, o repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer. 4º Cuando el heredero instituido es incapaz de suceder. El Código Civil de Nicaragua regula en su artículo 998 que “las leyes reglan la sucesión en los bienes de que el difunto no ha dispuesto, o si dispuso, no han tenido efecto sus disposiciones por la nulidad del testamento o por otra causa”.

a) Una persona muere sin testamento, o este se declara judicialmente nulo o ineficaz en todo o parte.

b) El testamento no contiene institución de herederos en todo o en parte de los bienes, derechos y acciones, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso, la sucesión intestada tiene lugar solamente respecto de aquellos de que no hubiera dispuesto.

c) Todos los herederos instituidos premueran al testador, son incapaces de suceder o renuncian a la herencia.

Es válido desde esta postura epistemológica comentar acerca del supuesto de la incapacidad para suceder preceptuada en el inciso c) del ordinal antes eludido, toda vez que la *praxis* jurídica puede generar polémicas al respecto. De la lectura que ofrece los artículos 469.1²³ incisos a), b) y c), 469.2 y 470²⁴ se coligen los supuestos que nuestra norma patria regula como incapacidad para suceder²⁵. Es válido apuntar que la causal de incapacidad para heredar por abandono definitivo del país, es medible no a nuestro criterio, no tanto desde el momento del deceso del cuius, como al momento de la adjudicación de la herencia. Es posible que el señor X haya fallecido en el 2002, donde su único y universal heredero había abandonado definitivamente el territorio nacional y como la acción para

Similar redacción tiene el Código de Chile, que establece en su artículo Art. 980. “Las leyes reglan la sucesión en los bienes de que el difunto no ha dispuesto, o si dispuso, no lo hizo conforme a derecho, o no han tenido efecto sus disposiciones”.

²³ Son incapaces para ser herederos o legatarios los que:

a) hayan atentado contra la vida del causante o de otro heredero o beneficiario de la herencia;

b) hayan empleado engaño, fraude o violencia para obligar al causante a otorgar una disposición testamentaria o a cambiar o dejar sin efecto la otorgada; y

c) hayan negado alimentos o atención al causante de la herencia.

2. la incapacidad cesa por el perdón expreso o tácito del causante.

²⁴ Es también causa de incapacidad para ser heredero o legatario el hecho de haber abandonado definitivamente el país.

²⁵ De la lectura del Código Civil cubano se colige que solo puede ostentarse la propiedad de una vivienda de residencia permanente, otra de descanso o veraneo y los agricultores pequeños, que pueden llegar a tener una tercera. Entonces, si un heredero es propietario o copropietario de una vivienda de residencia permanente, no podrá adjudicarse otra de la misma naturaleza hasta que no enajene la anterior. En este caso no sería apropiado técnicamente denominarle una incapacidad para suceder, sino de una limitante legal que obedece a fundamentos de índole social y familiar.

tramitar la declaratoria de heredero puede ejercitada en cualquier momento, éste decide en fecha actual, previa la legalización de su condición como ciudadano cubano, solicitar al Registro Central de Actos de Última Voluntad y Declaratoria de Herederos la certificaciones correspondientes. Situación que demuestra que el requisito debe valorarse al momento de la adjudicación de la herencia, pasando a un segundo plano la condición que ostente éste al momento de la muerte del causante.

“Casi la totalidad de declaratorias de herederos que se tramitan en Cuba se hace acudiendo al Notario Público, es el encargado de autorizar las actas notariales en las que están contenidas el hecho notorio del fallecimiento *ab intestato* del causante y el llamamiento concreto a favor de sus próximos parientes”²⁶. El Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales regula en su articulado del 106 al 115 todo lo concerniente a su tramitación, constituyendo una de las pocas diligencias notariales para las que se exige representación letrada y la práctica jurídica ha impuesto el criterio de que el promovente ha de ser una de las personas a favor de la cual se deriven derechos sucesorios. El notario remitirá copia autorizada del acta de declaratoria de heredero en el término improrrogable de sesenta y dos horas, contados a partir de dicha autorización, al Registro de Actos de Última Voluntad y Declaratoria de Herederos con la finalidad de ser inscrita (artículo 113 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales).

En este sentido se destaca la importancia socio jurídica de la publicidad registral que juega un papel fundamental por su carácter constitutivo imprescindible para posteriormente adjudicarle a los herederos previa aceptación de la herencia el patrimonio del causante.

Es dable comentar la obligación legal de que, la declaratoria de herederos precise de representación letrada. No se encuentra razón desde el punto de vista técnico-jurídico, al ser instrumentada ante notario público y éste gozar de capacidad técnica suficiente para asesorar a las partes sin necesidad de un mediador, que en cierta medida se dilata el proceso y se resquebraja además el principio de inmediación; al notario no intercambiar físicamente con los herederos, ni incluso cuando practica la prueba testifical, obvio que los testigos no son los herederos.

1.4.1 La exclusión de algún heredero *ab intestato* en el título sucesorio. Consecuencias y formas de proteger al heredero preterido.

²⁶ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: “Derecho Notarial”, Editorial Félix Varela, La Habana, 2008, tomo III, p.57.

En la *praxis* jurídica puede suceder con cierta frecuencia, que tras la promoción de un acta de declaratoria de herederos resulten excluidos, sea por intención del promovente, por error o desconocimiento, alguno de los llamados a la sucesión. En los casos intencionales, puede tener como antecedente sentimientos de rivalidad, rencor o egoísmo, encaminado a impedir que en un llamado u otro, se concrete la delación sucesoria a su favor. En los supuestos de error o desconocimiento está latente en varias ocasiones, la presencia de hijos habidos fuera del matrimonio que puede ser una situación desconocida por los hijos habidos dentro del matrimonio, por la existencia de una unión matrimonial no formalizada.

Si existiera alguna exclusión, no sería por parte del legislador, que llama a los que por razón afectiva están más próximos al causante sin distinción, ni sería imputable tampoco al notario o al juez que autoriza o dicta, en correspondencia con el título sucesorio ab intestato. La imputabilidad recae sobre quién ha promovido la declaratoria, o en determinados casos, también sobre los testigos que pudieran haber intervenido, a tenor de lo establecido en los artículos 106 inciso c) y 109 inciso a) del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales y en relación con el artículo 535 y 536 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral.

El excluido tiene a su favor una acción recognoscitiva de su derecho, que puede ejercitar ante el tribunal competente, a tenor de los artículos 110 apartado 1 y 111 inciso a) del Código Civil cubano. Se trata de una acción de inclusión, que a razón de la misma pueden modificarse declaratorias de herederos cuando el excluido pertenece al mismo llamamiento que los instituidos en el acta o auto que se impugna.

“En tales circunstancias el tribunal, dejando incólume la declaración del fallecimiento ab intestato del causante y la institución del resto de los llamados a la sucesión, incluye al indebidamente omitido (...) reconociendo el derecho a la sucesión a su favor, tras lo cual envía certificación literal de la resolución judicial modificatoria del acta o auto de declaratoria a los efectos de su asiento en el Registro de Actos de Última Voluntad y Declaratoria de Herederos por vía de nota marginal (artículos 16 y 24 del Reglamento y artículo 4 del Decreto-Ley No. 117 de 1989)”²⁷.

Todo lo concerniente a la promoción para la inclusión de herederos, se trata de un proceso ordinario, según lo previsto el artículo 537 *in fine* para

²⁷ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: “Derecho de Sucesiones”. Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, tomo II, pp. 307-308.

los casos de autos judiciales y por analogía, aplicable de la misma forma a las actas notariales, de conformidad con lo que predice el artículo 223 inciso 3 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, ajustable también a los casos de nulidad del título sucesorio *ab intestato*.²⁸

El notario público está facultado y puede proceder a autorizar una nueva acta (de adición) en la que se incluya al preterido si el resto de los llamados están de acuerdo y deciden comparecer en el nuevo instrumento jurídico. Se trataría entonces de un acta de adición, al subsistir la primera en la que se ha preterido a uno de los llamados, no puede el notario público darla por no autorizada y proceder a autorizar una nueva acta en la que se incluya al injustamente excluido²⁹.

2. Especial referencia a la práctica de prueba testifical en el acta de Declaratoria de Herederos.

El Reglamento Notarial del año 1992 constituyó un avance significativo en la proposición y práctica de pruebas a valorar por el notario autorizante. Suprimió la formación del expediente de declaratoria de herederos y bajo la fe pública del notario dimitió a su prudente arbitrio la práctica de la prueba testifical (artículo 109 inciso b). Deposita en manos del notario público, una vez examinados los documentos aportados, el requerir o no la realización de la prueba testifical con el fin de esclarecer algún particular que no le haya quedado claro para acceder a la solicitud interesada.

2.1 Consideraciones técnico-jurídicas de la práctica de prueba testifical como prueba de necesaria apreciación en la Declaratoria de Herederos.

Desentrañando esta temática tan polémica en la doctrina jurídica hay que partir de las clases de testigos reconocidos en la legislación vigente. La Ley de las Notarías Estatales consagra en su artículo 29 que los testigos intervienen en el documento notarial para acreditar el conocimiento de los comparecientes, la veracidad de la actuación notarial y su solemnidad cuando así se requiera y la veracidad de las manifestaciones de los comparecientes. En estrecha relación con lo acuñado doctrinalmente, toda vez que reconocen la existencia de testigos instrumentales, testigos de

²⁸ Dictamen No. 74 de 15 de octubre de 1987, dictado por la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia y reiterado en el Dictamen No. 3 de 24 de junio de 1996.

²⁹ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: “Derecho Notarial”, Editorial Félix Varela, La Habana, 2008, tomo III, p. 96. Acuerdo 76 de 14 de junio de 1988, adoptado por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

conocimiento, testigos de asistencia o ruego y asertóricos o de hecho, siendo esta última denominación la identificable al tópico investigado.

“El testigo es aquella persona que en razón de su probidad e imparcialidad con que actúa, puede aseverar la veracidad o falsedad de un hecho determinado, en el ámbito notarial, el hecho mismo del otorgamiento y autorización notarial, y lo ahí expresado por los comparecientes y el notario, ya en el plano del *actum* o del *dictum*. Destaca por el merecimiento social que se le atribuye a su dicho, lo que confiere credibilidad *erga omnes*”.³⁰

Válido connotar que nuestra Ley de las Notarías Estatales no establece taxativamente los requisitos exigibles en ley para comparecer como testigo, su regulación se limita a preceptuar los que no pueden ser testigos de un documento notarial, amparado en su ordinal 30³¹. Al respecto se subraya que nada impide que los testigos instrumentales y los testigos de asistencia, dada la función que desempeñan en el documento público notarial, puedan ser parientes del notario autorizante dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como los herederos o legatarios ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Otro elemento contraproducente es el hecho de que los menores de dieciocho años de edad no puedan comparecer como testigos; sin embargo, previa autorización de los padres pueden contraer nupcias con 14 años de edad las hembras y 16 años de edad los varones y posterior a ello se

³⁰ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: “Derecho Notarial”, Editorial Félix Varela, La Habana, 2008, tomo II, p.247.

³¹ No pueden ser testigos de un documento notarial:

- a) los menores de dieciocho años de edad;
- b) los incapacitados judicialmente para el acta de que se trate;
- c) los ciegos o sordos, para declarar sobre hechos cuyo conocimiento les está impedido en razón de su limitación;
- ch) los parientes del notario autorizante dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;
- d) los que hayan sido sancionados por delitos contra la fe pública o perjurio;
- e) los herederos o legatarios ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;
- f) los que no entiendan el idioma del compareciente o en el que este redactado el documento.

consideran que pueden ejercer la capacidad jurídica civil de hecho³², quedando facultados para otorgar cualquier trámite jurídico, incluso de naturaleza notarial y se ven imposibilitados por ley a comparecer en calidad de testigos en un instrumento público notarial.

En este tenor nuestra norma patria reconoce los testigos instrumentales en los casos de escrituras de matrimonio y testamento. Su función como viene legitimado por su propio *nomen*, intenciona acreditar la veracidad y solemnidad del acto que las partes otorgan ante notario público. Empero, lo cierto es que coincidiendo con las posiciones doctrinales que no le reconocen su operatividad, al decir que el propio hecho de la dación de fe que el notario le imprime al documento que autoriza, dada la cobertura de veracidad atribuible a él por el Estado, dota al documento público de la certidumbre, autenticidad y legitimidad requerida, que no exigen de la presencia de terceras personas, máxime, sino existe la constancia que los mismos estén facultados para acreditar que el notario ha cumplido con todas las formalidades legales exigibles.

Por su parte los testigos de asistencia que tienen un carácter más excepcional si poseen una utilidad práctica jurídica indubitada. Su fundamento queda condicionado por móviles en extremo sensible, máxime si se conoce que su vigencia depende de la existencia de una incapacidad física del otorgante o requirente del acto o hecho jurídico que se pretenda hacer valer notarialmente. En este supuesto el testigo juega un papel fundamental al auxiliar a ruego del compareciente en el acto, hecho o circunstancia de relevancia jurídica de que se trate. Cabe argüir en este sentido que nada obsta para que el testigo de asistencia siempre que la ley lo permita pueda igualmente comparecer a los efectos de auxiliar a un representante legal, puesto que nada se contrapone a ello.

Los testigos de conocimiento significan una importante función en el ámbito notarial. De la hermenéutica jurídica-normativa del artículo 16 inciso c) de la Ley de las Notarias Estatales se colige que cuando el notario basa su juicio en las declaraciones de testigos obligatorios³³ y estos sean inhábiles, el documento se declara nulo.

³² Según lo estipulado en el Código Civil cubano, artículo 29.1 inciso b).

³³ Nuestra legislación no reconoce la clasificación testigos obligatorios. Sin embargo, de una lectura interpretativa de la doctrina jurídica se sobreentiende que la intencionalidad se centró en los testigos de conocimiento. Ejemplo de ello en los casos donde los testigos intervienen a los efectos de declarar la identidad de uno de los comparecientes, al el notario encontrarse imposibilitado de hacerlo por su propio conocimiento; si en este supuesto el testigo fuera inhábil, al notario soportar su juicio en su declaración, causaría la nulidad del documento

Asentando lo esgrimido por la doctrina mexicana, su normativa notarial es muy parca con relación a este tópico, al estipular solo en su artículo 70 y 71 pronunciamientos al respecto, que sin ánimo de absolutizar restringe su regulación a los testigos de conocimientos o asertóricos o de hecho³⁴. Al respecto la doctrina española regula que cuando el fallecido no haya dispuesto su última voluntad vía testamentaria, sus derechohabientes podrán acudir o dirigirse a las notarias del lugar donde el *cuius* tuvo su último domicilio. Se apunta en este sentido lo restrictiva que resulta la norma jurídica en cuestión, donde no se admite acudir a otras notarias, quedando limitada en este aspecto la voluntad de los interesados de elegir el notario competente. Además del interesado deberán acudir a la notaría dos testigos que conozcan a la familia para que manifiesten que no les consta que existan otros herederos. Situación que devela la obligatoriedad de su observancia, al no quedar a decisión del notario, sino exigirse legalmente.

Siguiendo el hilo discursivo los autores de esta investigación consideran que la postura asumida debe ser no tanto a la conciencia del notario, sino que la práctica de prueba testifical en la tramitación de la declaratoria de heredero debe ser un presupuesto visible salvo en que los notarios puedan otorgar juicios de conocimiento, quedando entonces a su juicio la pertinencia o no del traslado al fiscal.

El hecho de practicar una prueba testifical ofrece grandes garantías jurídicas, toda vez que aleja la posibilidad de preterición de algún heredero,

público notarial. Situación similar ocurre con los testigos intervinientes en la formalización de un matrimonio, donde se pretendan retrotraer sus efectos.

³⁴ Reglamento de la Ley del Notariado del Estado de México, publicado en el periódico oficial “Gaceta del Gobierno”, en su artículo 70.- Radicada la sucesión, el notario recabará del Archivo, del Registro Público y del Archivo Judicial, informes sobre la existencia de testamento; si de los informes se desprende la inexistencia de testamento, hará dos publicaciones de un extracto de la escritura con un intervalo de siete días hábiles, en el periódico oficial “Gaceta del Gobierno” y en un diario de circulación nacional.

Artículo 71.- Hechas las publicaciones, el notario en un segundo instrumento procederá a:

I. Tomar la declaración de dos testigos idóneos a su juicio, quienes declararán bajo protesta de decir

verdad si los comparecientes son las únicas personas con derecho a heredar;

II. Hacer constar que los comparecientes se reconocen recíprocamente sus derechos hereditarios;

III. Hacer constar la designación del albacea, su aceptación y discernimiento del cargo, así como la constitución o dispensa de la caución correspondiente.

así como la concurrencia de algún heredero dependiente económicamente del causante al momento de su muerte o incluso la existencia de un supuesto de incapacidad para suceder por abandono definitivo del país de algún heredero, situaciones todas que complejizan el curso de la dinámica sucesoria. Sin dudas, facilita seguridad jurídica al proceso y mayor valor probatorio a la prueba pre-constituida, que es sin equívocos el acta notarial de Declaratoria de Heredero, al ser contentiva de la dación de fe un notario público de tradición latina.

En la práctica jurídica notarial uno de los elementos más importantes es la función calificadora del notario. El funcionario público califica desde la voluntad del compareciente hasta la calificación de los documentos aportados e incluso la pertinencia de expedir o no copias autorizadas a los clientes. Ejemplo de ello es que al ser la declaratoria de herederos un trámite que por ley precisa representación letrada no pueden ser entregadas las copias a ningún heredero declarado, al ser el abogado quien comparece en representación de estos al documento público notarial.

Desde esta perspectiva el notario debe revisar minuciosamente los documentos aportados por el representante legal. La práctica notarial ha detectado problemas relativos a la acreditación de la filiación que según el certificado de nacimiento, que es la prueba fundamental en este sentido, muchas veces no coincide la declaración de los padres a los efectos filiatorios, lo cual incide negativamente a los efectos sucesorios. Existen casos en los que se esté tramitando la sucesión del padre y su hijo solo consta inscripto con filiación materna. El supuesto anterior demanda de la práctica de prueba testifical a los efectos de probar en proceso filiatorio ante el órgano jurisdiccional competente el grado parental con el causante y este pueda ser incluido heredero en el acta notarial correspondiente.

Consideraciones Finales

Luego de haber abordado la práctica de prueba testifical en la declaratoria de heredero en la sucesión *ab intestato*, se arriban a las siguientes consideraciones.

Primera: La sucesión *ab intestato* tiene un carácter supletorio, al operar ante la inexistencia de testamento o que el mismo haya sido declarado nulo o ineficaz en todo o en parte, soportado en el principio de la voluntad del causante como ley de la sucesión.

Segunda: Reviste un elemento *sine qua non* el hecho de que el acta de Declaratoria de Herederos conste inscripta en el Registro de Actos de

Última Voluntad y Declaratoria de Herederos, a razón de su carácter constitutivo que le imprime seguridad y eficacia jurídicas.

Tercera: la parquedad en la regulación de la intervención testifical en la declaratoria de herederos propia de la sucesión *ab intestato* se revela como elemento que hasta cierto punto puede generar situaciones tendentes a interpretaciones jurídicas disímiles en la praxis jurídica notarial.

Cuarta: La práctica de prueba testifical debe ser concebida como una prueba de necesaria apreciación y dejar el carácter facultativo para los casos en que debe valorarse por el notario público el traslado al fiscal.

Bibliografía.

CASTAN TOBEÑAS, JOSÉ, derecho Civil Español Común y Foral, 8va edición, tomo VI, volumen I, Reus, Madrid, 1978, p. 29

LACRUZ BERDEJO, J.L. y F.A. SANCHO REBULLIDA, op. cit., p. 11.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: “Derecho Notarial”, Editorial Félix Varela, La Habana, 2008, tomo I, II y III.

PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B.: “Derecho de Sucesiones”. Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, tomo I, II y III.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: Código Civil de la República de Cuba, Ley No. 59 de 1987 de 16 de julio (Anotado y Concordado). Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2011, p. 310.

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: Panorama del Derecho de Sucesiones, tomo I- Fundamentos-, Cívitas, Madrid 1982, p. 129.

Fuentes legales.

Código Civil chileno.

Código Civil de Argentina.

Código Civil de Perú.

Código Civil de Venezuela.

Constitución española

Decreto-Ley No. 125 de 1991.

Dictamen No. 74 de 15 de octubre de 1987, dictado por la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia y reiterado en el Dictamen No. 3 de 24 de junio de 1996.

El Código Civil cubano

El Código Civil de Nicaragua

El Código Civil español

Ley 50 de 1984, Ley de las Notarías Estatales.

Ley General de la Vivienda, el Decreto-Ley No. 288 de 2011

Ley No. 7 de procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales.

Reglamento de la Ley del Notariado del Estado de México, publicado en el periódico oficial “Gaceta del Gobierno”

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, sentencia no. 214 de 31 de marzo de 2006. Segundo Considerando. Ponente Acosta Ricart.