

EL DERECHO DE SUCESIONES EN EL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1936*

Estudio crítico

Por ROMULO E. LANATTA

Catedrático Principal

El vigente Código Civil Peruano, cuyo Proyecto fué elaborado por la Comisión Reformadora creada por Resolución Suprema de 22 de agosto de 1922 y modificado por la Comisión Revisora, designada por Ley N° 8305 y Resolución Suprema de 18 de junio de 1936, formadas ambas por notables juristas, fue promulgado el 30 de agosto de 1936, comenzó a regir el 14 de noviembre de ese año y es una obra notable de la legislación nacional, de innegable mérito, que tomada en su conjunto y en muchas de sus disposiciones ha representado un considerable adelanto con respecto al Código Civil anterior de 1852.

Pero los veinticinco años de vigencia de la nueva codificación, que se cumplen en noviembre del presente año, son tiempo suficiente para haber encontrado en ella, al lado de indudables aciertos, defectos notorios que conviene señalar, porque es labor de la crítica, objetiva y desapasionada, promover la continuación del progreso jurídico del país.

Difícil e importante misión tiene, en efecto, la crítica, que sustentada en la doctrina y recogiendo la obra de la jurisprudencia, debe inspirarse además en las necesidades sociales de los nuevos tiempos y en los propósitos ideales del derecho de lograr, en la mayor medida posible, la justicia en las relaciones humanas. Y si para CARNELUTTI la obra legislativa es un arte y para IHERING existe como realidad inevitable y necesaria la lucha por el derecho para que éste pueda alcanzar sus fines, la crí-

(*) Tesis del Doctorado en Derecho.

tica jurídica participa de ambas características: es arte para apreciar la obra legislativa en sus aciertos y en sus defectos y es lucha para lograr la necesaria reforma del derecho positivo.

Es con este espíritu que emprendo la delicada labor de presentar una exposición crítica del Libro III del expresado Código Civil de 1936, referente al Derecho de Sucesiones, tratando en los párrafos siguientes de los temas que en mi concepto merecen mayor atención.

PRIMERA PARTE

INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL LIBRO III DEL CODIGO CIVIL

I.— *Fuentes*.—Aunque la Comisión Reformadora acordó no fijar anticipadamente los códigos que debieran tenerse a la vista, sino dejar en libertad a los ponentes de elegir las fuentes de consulta, para el Derecho sucesorio al igual que para otras partes de la nueva codificación, se recurrió principalmente al Código anterior y a las fuentes de éste que, como es sabido, fueron el Código de Napoleón y las antiguas leyes españolas, a otros códigos del siglo pasado como son los de Chile, Argentina y España y a Códigos modernos como los de Alemania, Suiza, Brasil, Italia y Méjico, así como a otros varios cuyas citas aparecen en las Actas de la Comisión.

Pero, no obstante la amplitud de sus fuentes, la reforma en materia de sucesiones presenta un marcado sentido conservador, reconocido expresamente por el ponente del Libro III señor doctor JUAN JOSÉ CALLE, quien en la sesión del 30 de enero de 1924 dijo textualmente refiriéndose al Derecho de Sucesiones en el Proyecto: "Fuera del testamento ológrafo, la supresión del verbal y las innovaciones indispensables en la sucesión legítima, he tratado de rendir en este Plan el debido homenaje a nuestras tradiciones jurídicas, conservando no sólo el tecnicismo consagrado por el código vigente sino hasta el orden de las materias cuando la modificación no ha estado impuesta por la lógica de las ideas y el método de su expresión" (1).

(1) Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil. Lima, 1928. Fascículo III p. 15.

Es de lamentarse, pues, que no se aprovechara esta oportunidad para hacer más efectiva la reforma, pues es indudable que no era propio en 1936 elaborar un código siguiendo las directivas del año 1852, en que, a unas pocas décadas de obtenida la emancipación política, era todavía muy fuerte en el Perú la influencia de la legislación española. Hubiera sido preferible, sin perjuicio de respetar la tradición jurídica del país en sus lineamientos básicos, atender a la experiencia de los defectos de la legislación nacional y al ejemplo de los más avanzados códigos que se tuvo a la vista.

II.—*Posición del Derecho de Sucesiones dentro del Código y Plan del Libro Tercero.*— La Comisión Reformadora al dividir el Código en cinco libros que tratan sucesivamente sobre las personas, la familia, las sucesiones, los derechos reales y las obligaciones, asignó al Derecho sucesorio el Libro III que sigue al de Familia, por considerar que aquél es consecuencia de éste.

Tal esquema representa un progreso logrado con respecto al Código Civil anterior que, siguiendo el francés y a las antiguas leyes españolas, colocaba a la Sucesión bajo el nombre de Herencia entre los modos de adquirir las cosas, sin destacar la importancia que actualmente se reconoce al Derecho de Sucesiones como uno de los cinco grandes capítulos de la codificación civil sustantiva.

Pudo haberse adoptado un criterio mejor en cuanto a la ubicación del Libro respectivo, teniéndose en cuenta que el Derecho de Sucesiones, si bien está basado en el de las Personas y de la Familia, presupone y comprende precisamente como materia transmisible los Derechos Reales y también el de las Obligaciones, porque muchas de éstas son, asimismo, materia de la transmisión sucesoria y porque, desde el punto de vista didáctico, la doctrina y legislación del acto jurídico son de aplicación en la sucesión testamentaria. Siguiendo este razonamiento correspondería ubicar al Derecho de Sucesiones en último lugar, y así lo hace el Código Civil alemán que dedica al Derecho de Sucesiones su quinto y último libro.

Luego, y en cuanto al Plan de distribución de materias dentro del Libro III, partiendo la Comisión del concepto de que la sucesión se defiende por la voluntad del causante expresada en testamento y sólo a falta de éste por disposición de la ley, el Código vigente, después de tratar previamente de las normas

que regulan la sucesión en general, se ocupa primero de la sucesión testamentaria y en segundo lugar de la legal, finalizando con los dispositivos que regulan la liquidación, división y participación de la masa hereditaria, encuadrando así la materia en cuatro secciones.

Entre los diecisiete Títulos que dichas secciones comprenden, los únicos de nuevo contenido son los de las "Incapacidades para Suceder", denominación impropia de la que me ocuparé más adelante, y el de la "Herencia vacante", más la conveniente trasposición del Título sobre "Partición de Herencia", que en el Código anterior figuraba indebidamente entre las obligaciones nacidas del consentimiento presunto, concepto actualmente desechado por admitirse que las obligaciones provienen solamente de la ley o de la voluntad expresa de las personas. La colocación de los títulos contiene un ordenamiento mejor que el de la antigua codificación.

En cuanto a su extensión, el comentado Libro III comprende 154 artículos en vez de los 324, más del doble, que dedicaba a esta materia el Código derogado, lo cual acusa una notoria mejora de técnica. La brevedad adoptada está en armonía con la tendencia de excluir de los Códigos las definiciones que son propias de la doctrina. Nuestro Libro III sigue así, como los demás del mismo Código, la técnica de los Códigos de Alemania y Suiza y se aparta acertadamente del sistema de la codificación derogada, que, aunque discretamente, contenía definiciones doctrinarias, así como también del Código Civil chileno de ANDRÉS BELLO, muy claro, pero que llega al extremo de la explicación teórica y hasta ejemplificativa, e igualmente del Código Civil Argentino de VÉLEZ SARSFIELD, de considerable extensión y minuciosidad, cuerpos de leyes que fueron de mérito en su tiempo, pero que no armonizan ya con la agilidad del derecho moderno en que un código civil debe contener sólo las normas indispensables, dejando a la doctrina y a la jurisprudencia los campos que les son propios.

SEGUNDA PARTE

LA SUCESION EN GENERAL

III.— *La apertura de la sucesión.*— Iniciando el articulado del Título Primero del Libro III es muy acertado, claro y conciso el artículo 657, que dice: “Desde la muerte de una persona se transmiten la propiedad y la posesión de los bienes y derechos que constituyen la herencia a aquellos que deben recibirla”.

Elude así el Código la innecesaria definición que contienen el Código Civil de 1852 en su artículo 630, el Código Civil argentino en su artículo 3279 y el Código Civil mejicano en su artículo 1281, y entra a enfocar directamente el asunto de la apertura de la sucesión, como lo hace el Código Civil alemán en su artículo 1922, que dice: “Con la muerte de una persona pasa su patrimonio como un todo a otra u otras personas”. La fórmula del Código Civil peruano es a este respecto aún más precisa y dentro de su brevedad abarca un vasto contenido. Esta transmisión directa que se produce con la muerte del causante y en virtud de la cual pasan sus bienes y derechos a sus sucesores de pleno derecho y automáticamente, sin necesidad de formalidad alguna, es la *saisine* del derecho francés, que proviene de la Costumbre de París, en que por primera vez se expresó la conocida frase: *Le mort saisit le vif*, y que luego de una frondosa elaboración doctrinaria y jurisprudencial pasó al artículo 724 del Código de Napoleón y al artículo 762 del C. C. anterior. JOSSERAND la define diciendo que la *saisine* consiste en la posesión de pleno derecho de la herencia misma, considerada en su conjunto como universalidad jurídica. PLANIOL hace notar el origen germánico de la palabra, y LAURENT destaca claramente que la transmisión de los bienes se opera desde el momento de la muerte, en que el difunto cesa de poseer y en que los herederos toman su lugar en la propiedad y posesión de los bienes pertenecientes a aquél. (2)

Del texto del dispositivo comentado resulta, asimismo, que la transmisión sucesoria es *ad momentum*, no *ad dies*, concepto

(2) JOSSERAND, L.: “Derecho Civil” Tomo III vol. II. p. 102.

PLANIOL-RIPERT: “Traité Elementaire de Droit Civil”. Tomo III p. 448.

LAURENT: “Droit Civil Français”. Tomo VIII p. 607.

más claramente expresado por el artículo 456 del C.C. italiano; o sea que se efectúa en el instante mismo de la muerte y no sólo a partir del día del fallecimiento, lo cual tiene importancia cuando hay transmisión de derechos sucesorios entre varias personas fallecidas el mismo día, fuera del caso de la muerte simultánea. Consecuencia práctica de la *saisine* así admitida por nuestro derecho es que no necesita pedirse posesión de los bienes adquiridos como herencia, encerrando así el artículo inicial del Libro III un principio fundamental del derecho sucesorio.

IV.— *La transmisión de las deudas y cargas de la herencia.*— El artículo 658 C.C. siguiente consagra uno de los más importantes preceptos de la reforma al establecer que “El heredero sólo responde de las deudas y cargas de la herencia hasta donde alcancen los bienes de ésta”.

En efecto, el C.C. de 1852, siguiendo la ficción de la sucesión en la persona y el consiguiente sistema de la responsabilidad *ultra vires* del Derecho Romano, según el cual correspondía al heredero asumir tanto el activo como el pasivo de su causante, había establecido en su artículo 756 que “Por la aceptación queda el heredero obligado a pagar las pensiones de los bienes hereditarios, las deudas de la persona a quien se hereda y los legados del testamento”. Era el mismo sistema del antiguo derecho español y del Código de Napoleón, aunque atemperado en todos ellos por el denominado “beneficio de inventario”, en virtud del cual, manteniéndose intacto el criterio de la sucesión en la persona, se permitía al heredero que mediante ciertos trámites aceptara con esta salvedad o ventaja que reducía sus obligaciones a responder sólo en cuanto valiera la herencia. (3)

No fué fácil tan importante reforma. En el primer Anteproyecto, elaborado por el Dr. JUAN JOSÉ CALLE, se incluyó un minucioso articulado para mantener y legislar el beneficio de inventario (4). Se mantuvo asimismo tal criterio en el Segundo Anteproyecto (5); hasta que fué finalmente suprimido en el Proyecto, cuyo artículo 649 fué literalmente transcrito en el ya mencionado art. 658 C.C. (6). Insistió el ponente en defender el

(3) C.C. peruano de 1852. Versión de M. A. de la Llama, arts. 750 al 753 y 757 al 759.

(4) Actas Ob. cit. Fasc. III p. 219.

(5) Segundo Anteproyecto del Libro III del Código Civil del Perú. Lima, 1926. Art. 36 y siguientes.

(6) Proyecto de Código Civil. Lima, 1936. Art. 649.

beneficio de inventario en eruditos memorándums (7), en que invoca las razones y justificativos de tal institución en el Derecho Romano, en la legislación española y en el Código de NAPOLEÓN. Y no cabe duda que aquella desempeñó un importante papel en las elaboraciones jurídicas de su tiempo, pero carece hoy de razón de ser, bastando para apreciarlo así tener en cuenta que el mantenimiento de la ficción de la sucesión en la persona es innecesario en el derecho moderno, por ser perfectamente claro que la sucesión se efectúa sólo en los bienes, derechos y obligaciones, no pudiendo una sucesión pagar deudas que excedan el valor del activo.

Se adoptó así, finalmente, la fórmula *intra vires hereditatis* del sistema germánico, que sigue también en fórmula apropiada en el C.C. de México (8), lo cual no sólo simplifica el concepto sino que elimina el consiguiente, anticuado y minucioso articulado sobre tal institución que existe todavía no sólo en los ya mencionados Códigos de España y Francia, sino también en los de Chile, Argentina y muchos otros (9), siendo de advertirse que aún en lo referente a Códigos Civiles de técnica germánica, como los de Alemania y Suiza, hay la referencia a la responsabilidad ilimitada, por lo menos en su sentido general, en el primero, y expresamente al beneficio de inventario en el segundo (10); siendo así la fórmula del Código Civil peruano más clara, más simple y mejor que las usadas por estas codificaciones. Este avanzado sistema adoptado no impide que, desde luego y si así lo desea, un heredero pague las mayores cantidades a que no está legalmente obligado, provenientes del pasivo del causante, por aquello de que a nadie está impedido hacer lo que la ley no prohíbe.

V.—*Las normas de Derecho Internacional Privado en materia sucesoria.*— El Código Civil derogado se refería al derecho de los extranjeros a heredar en el Perú en su art. 635 estableciendo que “el extranjero podrá heredar los bienes que están en el Perú si acredita que en su país gozan los peruanos del mismo dere-

(7) Actas. Ob. cit. Fasc. IV p. 56.

(8) C.C. de México, art. 3701.

(9) C.C. francés, art. 774.

C.C. español, art. 1010.

C.C. chileno, art. 1274.

C.C. argentino, art. 3385.

(10) C.C. alemán, art. 1993.

C.C. suizo, art. 580.

cho a heredar", y en el art. 679, que decía: "Valdrá el testamento que un peruano hiciere en país extranjero cuando se otorgue ante el agente diplomático, o, a su falta, ante el agente consular del Perú, observándose en cuanto al número de testigos y demás solemnidades las disposiciones de este Código. Valdrá también cuando se otorgue en la forma que establezcan y ante quien determinen las leyes del país en que se halle el testador". Y sobre testamento que otorgasen los extranjeros en el Perú establecía en los arts. 692 al 695 que si se dispone de los bienes existentes en el Perú el testamento se arreglaría de acuerdo a la ley peruana, y que si testara en el Perú sobre bienes existentes en el extranjero podría arreglarse a las leyes del país donde tenga los bienes o a los del lugar de su nacimiento. Se consignaba una excepción en el sentido de permitir al extranjero que tuviera en el Perú un establecimiento al por mayor, que pudiera disponer de él sujetándose a la ley del país de su nacimiento, permitiéndose todo ello siempre que no tuviera herederos forzosos en el Perú.

En el Código Civil vigente, los arts. 659 al 661, que se refieren al caso de sucesión abierta en el extranjero, tienen como concordancia el art. VIII del Título Preliminar y del examen de estas disposiciones se deduce lo siguiente: El Código admite, como principio general en la primera parte del ya citado art. VIII, que la sucesión abierta en el extranjero se rige por la ley personal del causante, debiendo entenderse como tal la ley del domicilio; pero establece, como excepción a dicha regla en la segunda parte de dicho dispositivo y en los arts. 658 al 661, la aplicación de la ley peruana para los herederos o acreedores nacionales y extranjeros domiciliados en el Perú y cuando se trata de herencia vacante. La ya referida declaración contenida en la primera parte del art. VIII del Título Preliminar queda de esta manera sin efecto para la mayoría de los casos, por lo expresado en la segunda parte del mismo artículo y por los ya mencionados arts. 658 al 661 C. C.

Y como por otra parte está vigente para el Perú el Tratado de Derecho Internacional Privado de La Habana, denominado Código Bustamante, de 1928, en cuyos artículos 144 al 163 se sigue el principio de la unicidad o sea de una jurisdicción única basada en la ley personal del causante, la segunda parte del art. VIII y los ya expresados arts. 658 al 661 C. C. resultan en oposición también con este Tratado, que por ser una ley inter-

nacional no puede ser modificado por un Código Civil, que es ley nacional.

Siendo ésta la posición del problema, es obvio que los dispositivos comentados del Código Civil no encuadran dentro de una buena técnica, siendo del caso hacer notar, como ejemplo de derecho comparado, que la ley de Introducción al Código Civil alemán en su art. 26 admite plenamente el respeto a una sucesión abierta en el extranjero. En el caso del Perú, la existencia del ya referido Tratado, vigente en el momento en que se elaboró el nuevo Código, obligaba a sus autores a respetar el sistema establecido por el mismo.

En cuanto al otorgamiento de testamentos, rige la disposición general contenida en el art. XX del Título Preliminar del C.C., según la cual la forma de los actos jurídicos y de los instrumentos se rige por la ley del lugar en que se otorgan o por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto. Agrega que cuando los instrumentos son otorgados ante funcionarios diplomáticos o consulares del Perú, se observarán las solemnidades establecidas por la ley peruana. Este dispositivo es muy acertado, pues en su primera parte aplica la clásica regla *lex locus regit actum*, porque luego hace una concesión en favor de la unicidad de jurisdicción y finalmente, porque admite, desde luego, la validez de los actos jurídicos realizados ante los diplomáticos y cónsules en el extranjero, quienes desempeñan al efecto funciones notariales de conformidad con sus respectivas normas.

No se tuvo en cuenta en esta parte un problema conexo derivado de la prohibición del art. 36 de la Constitución, que impide a los extranjeros adquirir y poseer bienes dentro de los 50 Kms. de las fronteras. Así, en el caso concreto de heredar un extranjero algún inmueble dentro de dicha zona ¿se produciría o no la transmisión sucesoria a su favor? Mi interpretación es en el sentido de que esta restricción se refiere a las transmisiones inter-vivos, no a las mortis-causa y que, por consiguiente, la adquisición por sucesión en tales casos sería válida, debiendo resolverse la prohibición de poseer estos bienes mediante la enajenación voluntaria por el adquirente o la expropiación por el Estado. Pero cabe otra interpretación, y es la de considerar que toda prohibición de adquirir convierte en incapaz de derecho o inhábil para suceder por causa de muerte al afectado de ella.

El problema existe en algunos países con diversas soluciones; así, en Chile, según la ley de ese país N° 5992 del 25 de se-

tiembre de 1936, se prohíbe adquirir el dominio u otros derechos reales, la posesión y aun la mera tenencia por más de cinco años de bienes reales ubicados en los departamentos o parte de los mismos que determine el Presidente de la República, a los nacionales de países en los cuales rija una disposición análoga respecto a los chilenos. Pero se permite la sucesión para el solo efecto de adquirir el bien y enajenar la propiedad en el plazo de un año, contado desde la muerte del causante. Vencido este plazo sin que la enajenación se haya efectuado, se procede a la subasta pública del bien. Un decreto reglamentario de la referida ley del 3 de octubre de 1936, comprende dentro de ésta los bienes raíces ubicados en el Departamento de Arica. La solución chilena coincide con la interpretación que proponemos para la prohibición constitucional peruana.

Otro caso es el Decreto-ley paraguayo N° 15385 de 12 de junio de 1944, cuyo art. 4° establece que los extranjeros están inhabilitados para adquirir la propiedad raíz situada dentro de los 150 Kms. al interior, sin permiso o conformidad de la Comisión Nacional de Zonas de Seguridad. Este decreto-ley es interpretado en el sentido de que tal prohibición constituye una causal de indignidad y que inhabilita por consiguiente para suceder, pudiendo funcionar la representación en los casos que hubiere lugar a ella (11).

Existiendo en el Perú la referida prohibición constitucional, corresponde, pues, a la ley precisar su alcance, faltando al respecto, en esta parte del Código Civil, el dispositivo pertinente.

VI.— *La reivindicación de la herencia.*— Finaliza el Título I comentado, con los arts. 662 al 664 sobre reivindicación de la herencia. En estos dispositivos se confunde la acción petitoria con la reivindicatoria, que aunque tienen un origen común son perfectamente diferenciables en la doctrina y aún para sus efectos prácticos. En efecto, ambas reposan en el derecho del heredero adquirente de la propiedad y posesión de la masa hereditaria, según los arts. 657, 850 y 896 C.C., y ambas son acciones reales. Pero mientras la petitoria se dirige contra el coheredero, y en ella no cabe prescripción, porque el coheredero es condómino y no se prescribe entre condóminos, la acción reivindicatoria

(11) DE GASPERI, LUIS: "Tratado de Derecho Hereditario". Tomo I p. 258.

es la dirigida contra terceros adquirientes del bien y sólo a ella se refiere el art. 662 cuando señala para su prescripción el plazo fijado para la acción real. Se observa en este caso que la confusión de la terminología ha traído consigo un problema de interpretación, porque algunos sostienen que ambas acciones son imprescriptibles, y otros que ambas prescriben a los veinte años, desapareciendo la discusión si se tiene presente la ya referida diferencia entre la petitoria, que por dirigirse contra condóminos es imprescriptible, y la reivindicatoria dirigida contra terceros, que con arreglo a su naturaleza de acción real prescribe a los veinte años.

También es imperfecta la fórmula del art. 664, que declara que la reivindicación de la herencia no se extiende a los frutos percibidos, pues si bien según este dispositivo parece que no procede demandar dichos frutos en ningún caso, sí procede hacerlo cuando el poseedor es de mala fe, por aplicación del art. 841 C.C., lo cual debió haberse tenido en cuenta en la redacción del citado art. 664.

VII.—*Las incapacidades para suceder.*—El nombre de este título es impropio dentro de la terminología de la especialidad, porque verdaderamente no hay incapacidad para suceder y todas las personas son capaces de hacerlo, aun los por nacer y las personas jurídicas. Parece que los autores del Código lo adoptaron teniendo a la vista el art. 462 del C.C. italiano cuyo respectivo capítulo se denomina "De la capacidad para suceder" y que contiene la antedicha noción de que son capaces todos los nacidos y los concebidos al momento de la sucesión. La Comisión Reformadora agrupó bajo tal denominación tres figuras jurídicas: la indignidad, la incompatibilidad y la exclusión por reconocimiento de tercero.

La indignidad, sanción civil impuesta por la ley al heredero o legatario por haber incurrido en actos delictuosos o vituperables que le privan del derecho de heredar, está tratada en los cinco incisos del art. 665 C.C., diferenciándose de la desheredación, tratada en igual número de incisos del art. 715, en que la primera funciona sin necesidad de declaración del testador y en la segunda se requiere el acto solemne de la desheredación en testamento. El parecido de ambas figuras hace pensar en la posible fusión de ambas instituciones y así sucede en los códigos de Francia, Alemania e Italia y otros.

Pero, en todo caso, la enumeración del art. 665 es defectuosa. En el inciso 1º se incluye a los autores o partícipes de atentado contra la vida del causante, de su cónyuge, descendientes, ascendientes o herederos; y en el 2º a los autores o partícipes de delitos comprendidos en los títulos que se mencionan del Código Penal, que son los de homicidio, lesiones, riña, contra el honor, contra la libertad y honor sexuales y de corrupción, sin precisarse si dicho inciso 2º es aplicable cuando los agraviados son las personas a que se refiere el inciso 1º o si funciona también la causal cualquiera que sea el agraviado, siendo esta última la interpretación literal, con la consiguiente injusticia de que por haber participado en delitos tales como los de lesiones o riña en agravio de terceras personas, de importancia relativamente escasa y que en nada agravan al causante, hubiera causal de indignidad y el partícipe en tales delitos perdiese su derecho a la herencia, como se deduce del texto del citado inciso. El referido inciso 2º del art. 665 es igual al inc. 2º del art. 652 del Proyecto. Parece que su propósito fué el de privar de la herencia a quien tuviera el estigma de una condena penal o de un hecho simplemente delictuoso, severidad excesiva e innecesaria. La jurisprudencia podría atenuar su rigor interpretándolo en concordancia con el inciso 1º para decir que sólo funciona en los casos en que el agraviado sea el causante, su cónyuge, descendientes, ascendientes o herederos, pero no tengo noticia de que tal situación se haya presentado ante los Tribunales.

El inciso 5º del ya referido art. 665 que considera como causal de indignidad el ser condenado por adulterio con la esposa o la hija del causante, no incluye a la esposa adúltera, lo cual tampoco es causal de desheredación según el art. 713. Sin duda la Comisión tuvo en cuenta no sólo el posible abuso que podría haberse hecho de un dispositivo de esta naturaleza por personas interesadas en privar de la herencia al cónyuge, sino también que en los casos de adulterio el causante tuvo la posibilidad de obtener el divorcio, que hace cesar los derechos sucesorios según los arts. 247 y 265 C.C.

Las causales de incompatibilidad son las del art. 668. Nada importante cabe anotar, salvo la aclaración hecha por la Comisión Reformadora (12), que deja constancia que para los efec-

(12) Actas. Ob. cit. Fasc. VIII p. 131.

tos de la prohibición que contiene este inciso, en la palabra "médicos" se considera también a los ayudantes y asistentes, farmacéuticos y demás personas que prestaron asistencia médica al testador en su última enfermedad, con título o no.

De especial interés es el art. 670 C.C., que dice lo siguiente: "Queda excluido de la herencia de un hombre casado el hijo de su mujer a quien reconoció por suyo persona distinta del marido, sin que éste lo hubiera negado en los casos permitidos por la ley, y cuyo hijo no hubiese impugnado judicialmente el reconocimiento hecho a su favor y obtenido éxito en el juicio".

Este dispositivo es verdaderamente original. No figura en el Anteproyecto ni en el Proyecto y no tiene justificación ni precedente. Sus pretendidos fundamentos en el Digesto (13) y en las Partidas (14) son inexactos, porque según el primero de dichos cuerpos de leyes se privaba como indigno en la sucesión al que hubiera sido instituido heredero como hijo y que fué declarado supuesto después de la muerte del que se decía su padre, es decir declarado que no era hijo en sentencia; y de acuerdo al segundo, la citada referencia es para el caso análogo de que se establezca como heredero a alguno que después de la muerte del padre se sabe que no es hijo, siendo desde luego la pérdida de la herencia la lógica consecuencia de la pérdida de la filiación, y debiendo suponerse en ambos casos que la situación legal del hijo había sido materia de impugnación judicial y sentencia adversa para el hijo. Pero en el caso supuesto por el Código se trata de un hijo que teniendo la condición de legítimo y que reuniendo a su favor, en consecuencia, como sus pruebas de tal su propia partida de nacimiento, la de matrimonio de sus padres y la posesión de estado de hijo legítimo, es reconocido por un tercero, y a quien por el mérito de ese solo reconocimiento, que bien puede ser malicioso y fraudulento, se le excluye de la herencia de su padre legítimo, imponiéndosele además al hijo que sea él quien impugne tal reconocimiento, o sea que debe promover la acción y tener, por consiguiente el peso de la prueba para destruir tan anómala situación que de esa manera se le crearía.

El referido art. 670 del C.C. ha sido justamente criticado por los doctores EMILIO VALVERDE (15) y LUIS ECHECOPAR

(13) Digesto Libro XLIX, Título 14, Ley 46.

(14) Partidas: Partida 6ª, Ley 17, Título 7.

(15) VALVERDE, EMILIO: "El Derecho de Sucesión en el Código Civil Peruano". Tomo I p. 255.

GARCÍA (16) y es que no solamente resulta a primera vista extraño, por decir lo menos, sino que además va en contra del sistema establecido en favor del hijo legítimo por los arts. 299 al 307, 313 y 372 del mismo Código y si éste establece en el art. 313 que cuando se reúnen en favor de la filiación legítima la posesión y el título que da el registro de nacimientos no podrá ser aquella contestada por ninguno, ni aún por el mismo hijo, resulta inexplicable que por el mérito de un simple reconocimiento hecho por un tercero, que como ya dijimos puede ser malicioso y fraudulento, el Código establezca una exclusión o indignidad para heredar, que tendría que ser destruída en juicio.

En el terreno de la casuística, al que así descende el Código en este artículo, apartándose de su acostumbrado tecnicismo, es fácil apreciar que si realmente un hijo considerado como legítimo tuviera por padre a un tercero, la situación podría quedar judicialmente resuelta mediante la demanda de nulidad de esa filiación legítima, interpuesta por el tercero, por los padres o por el hijo a quien sólo entonces correspondería tener el peso de la prueba y sin que sea necesario para esto que el Código contenga dispositivo alguno al respecto. Como este extraño artículo carece de justificación en la doctrina y de apoyo en el derecho comparado y no guarda relación ni concordancia con ningún otro del mismo Código, mi opinión es que debe ser suprimido.

VIII.— *Aceptación y renuncia de la herencia.*—El Título III, que trata de la aceptación y renuncia de la herencia, contiene ocho artículos siendo por consiguiente mucho más breve que el correspondiente del Código Civil de 1852, que dedicaba a esta materia dieciseis dispositivos, y que el Anteproyecto mismo que, más extenso aun, contenía veintiún artículos. La mayor brevedad se debe a la ya comentada supresión del beneficio de inventario y la materia pudo haberse simplificado mucho más si se hubiera adoptado el sistema seguido por el Código Civil Suizo, cuyo artículo 560 declara que los herederos adquieren de pleno derecho la universalidad de la sucesión abierta y se abstiene por consiguiente de legislar sobre la aceptación, que resulta así innecesaria, ocupándose sólo de la figura negativa que es la renuncia.

(16) ECHECOPAR GARCIA, L.: "Derecho de Sucesiones" p. 48.

El C.C. alemán en su artículo 1942 declara que la herencia pasa al heredero llamado sin perjuicio del derecho de repudiarla, repudiación que sólo puede realizarse dentro de seis semanas. Este último código, en el cual parece inspirado el Código peruano, trata de ambas formas, positiva y negativa, de la delación sucesoria.

Fijado por el art. 662 C.C. el término para renunciar la herencia en tres meses, si el heredero está en la República y de seis si está en el extranjero, se considera que hay una presunción *juris tantum* de aceptación dentro de este plazo, y una presunción *juris et de jure* al vencimiento del mismo.

No son de especial valor las diversas modalidades de esta institución, salvo el art. 674 que establece que no hay aceptación ni renuncia de herencia futura, concordante con el art. 1338 que prohíbe todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha fallecido o cuyo fallecimiento se ignora, estableciendo ambos la prohibición de nuestro Código sobre el pacto sucesorio.

El Código Civil alemán admite el pacto sucesorio en sus artículos 2274 al 2304, dedicando así veintiocho dispositivos a esta materia y asimismo el C.C. suizo admite y legisla tal institución en sus artículos 534 a 536, pero la decisión de los autores de nuestro vigente C.C. de no seguir el ejemplo suizo-alemán de derecho germánico y no adoptar estas figuras parece muy acertada para cautelar mejor el régimen legal del Código, así como para evitar los posibles abusos que sin duda serían más frecuentes en nuestro medio que en aquellos de Suiza y Alemania, de más cultura y mayor respeto por el derecho.

IX.— *La Representación*.—El Título IV sobre la Representación mantiene sustancialmente la referida institución, legislada por el Código anterior en sus artículos 639 y 644 al 650. Prescindiendo de comentar en este trabajo si la representación sucesoria es una ficción, como lo consideraba TREILHARD en la Exposición de Motivos del Código de Napoleón, o un derecho como lo establecen los Códigos de México, de España y de otras naciones, bastará mencionar que la institución está admitida por el Código en la línea descendente en forma ilimitada, no existe en la línea ascendente y se admite limitadamente en la línea colateral para que al heredar a un hermano se considere con

los sobrevivientes a los hijos de los hermanos premuertos, quienes reciben las partes que a éstos corresponderían si viviesen.

Estando acertadamente suprimido el artículo 648 de la codificación derogada, que establecía que el derecho de representación en la línea colateral se concede sólo a los legítimos, nuestro Código vigente la admite así en todos los casos indicados, tanto en la línea legítima como en la ilegítima, consistiendo en esta mayor liberalidad la reforma de dicha institución.

Para el caso del funcionamiento de la representación sucesoria en la línea colateral no se establece si en este caso de la herencia de los sobrinos debe hacerse o no la distinción de legítimos e ilegítimos para el efecto del diverso monto en que cada uno debe heredar dentro de su respectiva estirpe.

En mi concepto, todas las normas que traen desigualdad o privilegio deben tener una interpretación restrictiva y dentro de este criterio no estando establecida para ese caso la distinción, no debe hacerse.

TERCERA PARTE

LA SUCESION TESTAMENTARIA

X.— *La capacidad para testar.*— Comienza el articulado del Código sobre la sucesión testamentaria con los arts. 682 al 684 sobre la capacidad para otorgar testamento. Al respecto debe tenerse en consideración que los referidos artículos constituyen las reglas especiales a las cuales debe agregarse las normas generales de los arts. 8 y 9, según las cuales y con respecto a todos los actos jurídicos, inclusive los testamentos, son capaces los mayores de edad y son incapaces los que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento y los sordomudos que no saben expresar su voluntad de manera indubitable; y los arts. 1075 sobre la capacidad en general y 1079 al 1093 sobre los vicios de la voluntad.

Los arts. 682 al 684 no requieren comentario especial. El 682 al establecer que para testar se requiere sólo 18 años, pero que para el testamento ológrafo se necesita 21, copia la fórmula del Código Civil alemán inspirada en la necesidad de mayores garantías y mayor discernimiento para la forma ológrafa, tan fácil de ejecutar. El 683 al referirse al testamento de los mu-

dos tiene su concordancia en el art. 9 inc. 3º, según el cual son absolutamente incapaces los sordomudos que no saben expresar su voluntad de manera indubitable y por lo tanto éstos, no podrán testar, y en todo caso exige para mudos y sordomudos hábiles la forma ológrafa.

El art. 684 establece para el ciego y el analfabeto el testamento en escritura pública. Está inspirado en el razonable propósito de dar a estos testamentos la máxima garantía de autenticidad inherente a la escritura pública.

Pero este Código, que ha llegado a la minuciosidad de considerar específicamente el caso de los mudos, cuyo porcentaje es muy reducido, no contiene regla alguna para el testamento de los enfermos mentales, que en el Perú, según recientes estadísticas, llegan a medio millón de personas, cifra que aunque se refiere a las gentes que concurren a los hospitales, aún promediándola sobre la población total, inclusive la indígena, representaría el 5% de la población, en un cálculo sumamente moderado.

Para resolver el problema de los enfermos mentales en el C.C. vigente debe, pues, recurrirse necesariamente al art. 9 inc. 2º que declara que son absolutamente incapaces los que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento.

Descartada por anacrónica la fórmula del art. 16 inc. 1º del C.C. de 1852, que consideraba como incapaces a los denominados locos, el moderno Código Peruano, cuya Comisión estuvo integrada por el eminente psiquiatra Dr. HERMILIO VALDIZÁN, consideraba como incapaces para todo acto jurídico, y por consiguiente para los testamentos, a "los que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento".

CABANELLAS, en su "Diccionario de Derecho Usual", define el discernimiento diciendo que es "la facultad intelectual o recto juicio que permite percibir y declarar la diferencia existente entre varias cosas, así como distinguir entre el bien y el mal, midiendo las consecuencias posibles de los pensamientos, dichos y acciones. El primero es el discernimiento cognoscitivo y el segundo el moral" (17).

La situación de los enfermos mentales con respecto al otorgamiento del testamento no fue específicamente contemplada en el Ante-proyecto, pues carecía ya la Comisión de la valio-

(17) CABANELLAS, LUIS: "Diccionario de Derecho Usual". Tomo I p. 718.

sa intervención profesional del doctor HERMILIO VALDIZÁN, que había fallecido ya cuando dicho punto se trató, y que no fue reemplazado, como era necesario hacerlo, por otro médico psiquiatra. El punto es de sumo interés y para su más clara apreciación cabe clasificar las diferentes situaciones. Una primera situación es la del enfermo mental que no está privado del discernimiento, o sea, que padece de enfermedad mental compatible con el discernimiento, caso posible en Medicina Legal y frecuente en la realidad. Para tales casos no hay desde luego incapacidad legal para el otorgamiento del testamento, por aplicación de lo dispuesto en el art. 9 inc. 2º C.C.

Un segundo caso es el del enfermo mental privado efectivamente del discernimiento, y cuyo testamento sería nulo según el mismo artículo, la doctrina y la Ejecutoria Suprema del 24 de noviembre de 1937. Un tercer caso es el de los enfermos mentales sujetos a interdicción, regido por los arts. 555 inc. 1º, 571 y 572 C.C., según los cuales estando sujeto a curatela se estaría a lo dispuesto por el Juez en cuanto a la extensión y límites de ésta según el grado de incapacidad del enfermo. Y un cuarto caso sería el problema del testamento de los enfermos mentales que cualquiera que sea su enfermedad, otorgan el testamento en los denominados intervalos lúcidos.

Para este último caso, desde el Derecho Romano, en que JUSTINIANO sostuvo la validez de tales testamentos, hasta nuestros días en que la moderna Medicina Legal admite su validez, dicho testamento se ha considerado válido; y así, el Código Civil Italiano, que niega capacidad para testar sólo a los interdictos por enfermedad mental, establece para los demás enfermos mentales que su testamento será nulo cuando se pruebe que eran por cualquier causa, aún transitoria, incapaces de entender o de querer en el momento en que hicieron el testamento.

He hecho esta clasificación, cuyo aspecto didáctico proviene de que la he tomado de mi Programa, para hacer notar la importancia del asunto, la diversidad de soluciones posibles y la necesidad de que el Código peruano contuviera una norma específica. Entre las existentes en los códigos vigentes es de notorio valor la contenida en los arts. 2229 y 2230 del Código Civil alemán, que por razones de debilidad mental, prodigalidad o embriaguez habitual niega el derecho de testar solamente a los declarados incapaces por dichas causas, cautelando de esta manera la libertad de testar y evitando que con simples pruebas de

cualquier naturaleza, producidas después de la muerte del causante, pueda ser invalidado un testamento.

Es de notorio interés también la fórmula del art. 763 del C.C. italiano que exige que la prueba de la incapacidad por insania se refiera al momento en que se otorgó el testamento.

XI.— *Clases y formalidades de los testamentos: El Testamento Ológrafo.*— El Código Civil vigente suprimió el testamento por escritura privada, el testamento *nuncupativo* o verbal y el testamento especial en lugares incomunicados, legislados por el antiguo Código Civil de 1852, así como el testamento militar, autorizado por el ya derogado Código de Justicia Militar de 1898, que no habiendo sido legislado por el siguiente Código privativo de 1936 ni tampoco por el vigente Código de Justicia Militar de 1950, desapareció definitivamente de nuestra legislación. En cambio, introdujo una forma testamentaria nueva en nuestro medio, el testamento ológrafo, que por su simplicidad y mayor garantía de autenticidad, así como por la mayor generalización de que puede ser objeto, reemplaza con ventaja a las formas suprimidas.

El testamento ológrafo no es, sin embargo, una forma nueva en el derecho histórico y comparado. Existió en el Derecho Romano, como se ve por la etimología latina de la palabra y porque su validez fue reconocida por VALENTINIANO III en la Novela que lleva su nombre. Pasó de allí al Fuero Juzgo y también se admitió en las Partidas (18). Instituido en el derecho moderno por el Código de Napoleón, fue adoptado por el Código Civil argentino, por el español, el alemán, el suizo, el Código Civil italiano de 1942 y el C. C. de México (19). No aceptan el testamento ológrafo entre otros los Códigos Civiles de Chile, Colombia y Venezuela, ni los de Brasil y Uruguay.

Su adopción por nuestro Código debe considerarse como un acierto. La circunstancia de tener que ser íntegramente escrito

(18) Fuero Juzgo: Ley 15, Título 5º, Libro II.
Partidas: Partida 6ª, Ley 7ª Título I.

(19) C.C. francés, arts. 969 y 970.
C.C. argentino, arts. 3639 y sgts.
C.C. español, art. 678.
C.C. alemán, arts. 2231 inc. 2º, 2247 y 2267.
C.C. suizo, art. 505.
C.C. italiano, art. 602.
C.C. de México, arts. 1550 y sgts.

de puño y letra del testador, los trámites de la protocolización y el adelanto de la Grafología, que permite determinar la autenticidad de la escritura mediante cotejos y peritajes cada vez más estrictos, cuando son necesarios, da caracteres de autenticidad inconfundible al acto, al mismo tiempo que facilita una forma al alcance de cualquiera, para que no teniendo los medios o la oportunidad de hacer un testamento por escritura pública o cerrado, pueda testar libremente. Haber aceptado el testamento ológrafo es haber puesto el ejercicio del derecho de testar al alcance de todos, y esto constituye un acierto y un progreso del Código vigente. Además, ha podido constatarse que en los veinticinco años de vigencia del Código no ha habido notoriamente ni abusos ni inconvenientes derivados de la introducción de esta clase de testamentos.

XII.—*Contenido e interpretación del Testamento.*—Los Códigos Civiles sudamericanos del siglo pasado, siguiendo al Código de Napoleón que en su art. 895 define lo que es el testamento, consignaron disposiciones análogas: el C.C. peruano de 1852 en su art. 651, el C.C. chileno en su art. 999, el C.C. argentino en su art. 3602 y asimismo los que siguieron el modelo de VÉLEZ SANSFIELD, como el C.C. del Paraguay y los que adoptaron el modelo de ANDRÉS BELLO, como son los del Ecuador, Colombia y Venezuela. Destacan dichas definiciones las características esenciales del testamento como acto jurídico de disposición *mortis causa*, solemne y, sobre todo, esencialmente revocable. Pero en los Códigos modernos, salvo el C.C. de México que define el testamento en su art. 1295 destacando su carácter personalísimo, se omite toda definición al respecto, siguiendo la ya mencionada técnica de los Códigos Civiles de Alemania y Suiza de omitir las definiciones.

Esta última es la seguida por el C.C. comentado, que no conteniendo definición del testamento inicia su Sección Segunda, que trata sobre la Sucesión Testamentaria con el título denominado "Del testamento y de sus solemnidades", que empieza con las normas sobre la capacidad civil para testar.

La falta de una definición del testamento hace necesario que el Código deba contener alguna regla que precise su contenido, que queda enteramente librado a la iniciativa del testador en un país en que los grupos de gentes instruídas o a los que puede llegar el consejo legal acertado son relativamente pocos.

Luego de las generales de ley del art. 685 un testamento debe contener la institución de heredero en favor de los herederos forzosos, o de los que libremente designe el testador si no tiene aquellos, indicando con respecto a los herederos forzosos su condición legal. Debe definir, asimismo, la situación del cónyuge. Puede, si desea, señalar los bienes y hacer su partición, establecer mejoras o legados, reconocer hijos u obligaciones y designar albacea. Numerosos testamentos muestran en su mala confección la necesidad de alguna norma reguladora que permita aún al no versado conocer la naturaleza y posible amplitud del acto que practica. A esta necesidad responde la definición de testamento seguida por algunos códigos y es posiblemente respondiendo a dicha necesidad que un código moderno como el C.C. de México contiene, como ya dijimos, la definición del testamento.

Al mismo tiempo, faltan normas para la interpretación del testamento. El art. 1076 C.C. sobre interpretación de los actos jurídicos no contiene normas específicas y el art. 1328 sobre interpretación de los contratos es inaplicable, porque el testamento no es un contrato.

Es verdad que la doctrina se ocupa del particular señalando algunas normas que a falta de regla positiva se debería aplicar, como por ejemplo la regla fundamental por la que en las disposiciones claramente expresadas debe respetarse la voluntad del testador, que es soberana mientras no sea contraria a la ley o a las buenas costumbres; la regla complementaria según la cual en los casos de duda debe investigarse la voluntad del testador de acuerdo al aforismo "*in testamentis voluntates testantium interpretantur*", pudiendo distinguirse la voluntad intrínseca según el mismo testamento y la voluntad extrínseca expresada en documentos independientes, asunto al que se refiere la acertada fórmula del art. 675 del Código Civil español. También es conocida la regla de interpretación *Potius et valeat quod pereat*, según la cual debe preferirse el sentido favorable al funcionamiento de una cláusula, consagrada por el art. 2084 del C.C. alemán.

Existen, asimismo, reglas sobre las condiciones ilícitas e imposibles. Planteo, al efecto, en mi Programa, el problema de si en la cláusula en que se establece un legado sujeto a tales condiciones habría nulidad en la condición solamente o en el legado mismo. Con arreglo al C.C., aplicando el art. 1104 que dis-

pone que las condiciones físicamente imposibles no vician el acto, pero las jurídicamente imposibles y las ilícitas dejan sin efecto el acto subordinado a ellas, tal legado sería nulo y se tendría por no puesto, solución de la antigua escuela proculeyana, mientras en la doctrina prevalece la solución sabiniana conforme a la cual la condición imposible se tiene por no puesta, y en consecuencia el legado válido sin la condición.

La interpretación del testamento es materia sobre la que cabe legislar y tanto es así que el Código Civil alemán, de inobjetable técnica y cuyas disposiciones están reducidas al mínimo, dedica sus arts. 2066 al 2076 y 2084 al 2086 a resolver los casos de duda en tal interpretación. En igual sentido, el C.C. brasileño dedica su art. 1666 y el C.C. mexicano su art. 1302. Esas reglas supletorias pueden, en efecto, evitar o permitir resolver muchos juicios debidos a la oscuridad en la redacción del testamento, documento importantísimo en la vida del hombre, que no debe ser hecho de manera apresurada o simplista sino, por el contrario, compulsando cuidadosamente la situación personal y patrimonial de cada uno y contando con el consejo del abogado.

XIII.—*La legítima, la porción de libre disposición y las mejoras.*— El Código Civil de 1852 bajo el título "De lo que se permite y de lo que se prohíbe a los testadores", trató de la legítima y de la porción de libre disposición en su art. 696, asignando para la legítima cuatro quintas partes y para la cuota de libre disposición una quinta parte, proporción que ascendía al tercio en el caso de no haber descendientes pero sí ascendientes con derecho a la herencia. En lo relativo a las mejoras, por el art. 735 se estableció que podría destinarse a las mejoras el tercio de los bienes, pero que en tal caso se perdía el derecho de usar de la cuota de libre disposición. La porción hereditaria de los hijos estaba así mejor cautelada, porque habiendo hijos la masa hereditaria podría ser afectada o bien con el quinto de libre disposición o bien por el tercio de mejoras, sin que pudieran sumarse ambas cuotas.

El sistema establecido por el Código vigente, señalando en sus arts. 700 y 701 la porción de libre disposición en un tercio cuando hay descendientes y en la mitad cuando hay ascendientes, no sólo la aumenta así de manera importante sino que al establecer en el art. 707 con respecto a las mejoras que el testador

puede disponer hasta de uno de los dos tercios destinados a legítima para mejorar a sus descendientes y suprimiendo la prohibición de acumular que contenía el código derogado, permite que la legítima pueda servir para liberalidades en favor de terceros o de los propios hijos mediante legados con cargo al tercio de libre disposición, y para mejoras en favor de algunos hijos con uno de los dos tercios que quedan de la legítima; y como toda ampliación de las liberalidades representa correlativamente una disminución para los no favorecidos, resulta seriamente afectada la expectativa sucesoria de éstos.

Para explicar mejor la figura, recurro en mi Programa y en mis clases a un gráfico que por su simplicidad no necesita siquiera escribirse y que basta grabar en la mente. Para el caso del posible funcionamiento de ambas cuotas habiendo hijos, imaginemos un rectángulo formado por tres cuadrados yuxtapuestos. Los dos primeros de esos cuadrados, que supondremos son de color rojo, representan la legítima y el tercero, de color verde, la cuota de libre disposición. Ahora bien, los legados y cualquier otra liberalidad que no sea a título de mejora salen del cuadrado verde y pudiendo ser establecidos en favor de cualquier persona, pueden, desde luego, favorecer a cualquier clase de hijos, porque no hay prohibición legal al respecto. Pero de los dos cuadrados rojos que forman la legítima, sólo el primero de ellos, al que se llama legítima corta, es verdaderamente la legítima intangible, pues el segundo cuadrado rojo está destinado a posibles mejoras.

Este gráfico permite apreciar que por la acumulación permitida de mejoras y de cuota de libre disposición, la legítima corta se ha reducido en el caso de haber hijos a un tercio de la herencia, y si los hijos son muchos y no obstante la prohibición de que por legítima y mejoras no pueda la línea de un hijo tener más del doble del no mejorado, como tal dispositivo no es sino para las mejoras y no para los legados, la amplitud de las liberalidades resulta en nuestro código, por intención o por imprevisión de sus autores, considerablemente dilatada.

Es cierto que las liberalidades en favor de los hijos, permitidas por eso por la ley, pueden servir para compensar desigualdades de fortuna, pero también es verdadero que en manos inescrupulosas pueden ser instrumento de injusticias. Las facultades concedidas al testador de usar acumulativamente del tercio

de libre disposición más el tercio de mejoras son pues, en mi concepto, inconvenientes.

La objeción desaparecería si se suprimieran las mejoras y realmente que esta antigua institución, habiendo la libertad de disponer del tercio, que puede emplearse en favor de los mismos hijos, debe desaparecer. Originada en el antiguo derecho español, para robustecer la autoridad de los padres permitiendo con ellas premiar a unos y castigar a otros, se mantuvo independientemente de la cuota de libre disposición, para permitir que pudiera usarse de la primera en favor de los hijos y de la segunda en favor de la Iglesia o de terceros. Se mantuvo la institución en el Código Civil español y existe solamente en ese país, en el Perú, Chile, Ecuador, Colombia, Venezuela, Bolivia y Cuba.

En el Código Civil chileno se establece también, en el art. 1184, esta posible acumulación de mejoras y de cuota de libre disposición, que si no ha tenido mayores consecuencias en estos países ha sido, sin duda, por la moderación de los testadores.

La posibilidad de establecer conjuntamente dos clases de liberalidades: legados con la cuota de libre disposición y mejoras con la cuota de mejoras, puede disminuir considerablemente la porción de los legitimarios, reduciendo de manera apreciable su expectativa sucesoria, que debe estar mejor cautelada por la ley.

Opino, pues, por el mantenimiento de la porción de libre disposición y por la supresión de las mejoras, que no existen en ninguno de los códigos civiles modernos.

XIV.— *La legítima del cónyuge*.— El Código Civil vigente ha traído una considerable ventaja en favor del cónyuge, considerándole como heredero forzoso, aun cuando por razones que más adelante expresamos los dispositivos pertinentes no guardan la debida concordancia.

En el C.C. anterior, el cónyuge no era heredero forzoso. Era solamente heredero legal, colocado entre el 4º y 5º grado, en lugar inferior al de los primos hermanos del causante. Tenía, sin embargo, un derecho sucesorio típico, la cuarta conyugal, establecido en favor de la viuda que carece de lo necesario para subsistir, o del viudo que además de carecer de tales medios quedara inválido o habitualmente enfermo o de una edad mayor de sesenta años. Aun siendo tan relativa esta participación, tenía un tope en la cantidad de ocho mil pesos de entonces, cuan-

do hubiere hijos o descendientes legítimos, no pudiendo tampoco ser mayor dicha cuarta de lo que cada uno de tales herederos obtuviere por su cuota hereditaria. Otras diversas reglas, puntualizadas en los arts. 918 al 932 de dicho Código, regulaban y condicionaban esta participación.

El referido Código de 1852 había recogido esta vetusta institución de las antiguas leyes españolas, que la habían tomado a su vez de la Novela 107 de Justiniano, concesión que parecía magnánima en tiempos de Derecho Romano, de notoria disminución de los derechos de la mujer. Era, pues, necesario, bajo el régimen del Código anterior, probar la situación de pobreza de la viuda y, además, para el viudo la invalidez, enfermedad habitual o senectud para hacer funcionar este derecho, que era más bien un socorro de la indigencia.

En la discusión del Anteproyecto hubo dos opiniones predominantes: la del doctor JUAN JOSÉ CALLE en el sentido de reconocerse el derecho del cónyuge a la propiedad de una parte de la herencia, y la del doctor MANUEL AUGUSTO OLAECHEA de conceder al cónyuge una legítima sólo en usufructo, sistema del Código Civil español cuya justificación está en evitar que los bienes de una familia pasen a otra. El Anteproyecto siguió la tendencia del Dr. OLAECHEA (20). Pero el proyecto adoptó finalmente la del Dr. CALLE. Por primera vez apareció en el Proyecto, bajo el número 696, un dispositivo que fué luego reproducido exactamente por el art. 704 del C.C. vigente, que dice: "La legítima del cónyuge es una cuota igual a la que le correspondería como heredero legal, pero la perderá si sus gananciales llegan o exceden el monto de la cuota y ésta se reducirá hasta lo que sea preciso si los gananciales fueren menores".

Este artículo es posiblemente el más debatido del Código y presenta, como lo hace notar el doctor JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN, un serio problema de hermenéutica jurídica. Su sentido mismo es claro. Quiere decir, en otras palabras y refiriéndonos al aspecto numérico, que el cónyuge no podrá sumar su cuota hereditaria como legitimario con sus gananciales, sino que de ambas cifras tiene derecho a la mayor. Desde luego, cabe deducir para los fines de la tributación la cifra de gananciales, que por su naturaleza no está afecta a contribución alguna.

(20) Actas. Ob. cit. Fasc. III p. 294.

Pero la confusión sobreviene cuando se trata de concordar este dispositivo con los arts. 700, que establece que el cónyuge es heredero legitimario o forzoso de igual calidad que los descendientes y los padres; 765, que establece expresamente la aplicación de la regla del art. 704 cuando el cónyuge concurre con hijos u otros descendientes, menoscabando así o privándolo de la legítima intangible que le concede el art. 700; 768, que establece que si hay ascendientes sólo o con hermanos la porción del cónyuge es igual a la mitad de la herencia; y 769, que para el caso de no haber ascendientes ni hermanos la herencia es del cónyuge como heredero legal de cuarto orden que es.

Se ha tratado de resolver el asunto sosteniendo que el art. 700 sólo rige para la sucesión testamentaria y no para la sucesión *ab-intestato*, pero tal distingo no puede afectar el derecho de un heredero forzoso, que conserva su carácter de tal sea que se trate de la primera o de la segunda formas de suceder.

Sobre el art. 704 se han suscitado diferencias de opinión. El Dr. JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN en sus Copias (p. 75) define el concepto fundamental del citado dispositivo diciendo: "El art. 704 limita tal porción hereditaria en relación al aumento de los gananciales que obtenga el cónyuge supérstite a la disolución de la sociedad por muerte de otro cónyuge, de cuya herencia se trata. Conforme dicho artículo 704 para que el cónyuge sobreviviente pueda obtener parte de la herencia como heredero legal es menester que sus gananciales sean menores que los que corresponderían al cónyuge sobreviviente, pues si resulta que la cuota fuera menor que los gananciales nada tendría derecho a reclamar como heredero legal el esposo sobreviviente".

El Dr. EMILIO F. VALVERDE en su obra (Ob. cit. p. 421), hace un extenso comentario que luego de abarcar los antecedentes históricos de la sucesión del cónyuge contiene los siguientes párrafos (p. 432): "La legítima del cónyuge asume así una especial fisonomía jurídica, por no ser como las demás legítimas una porción forzosa en los bienes del causante que deba corresponderle en todo caso con prescindencia de su origen, pues justamente cierta clase de ellos como son los ganados dentro de la comunidad conyugal determinan que tenga o no legítima y la cuantía de ésta. Al organizarse en esa forma la legítima se desconoce la jerarquía de quien ocupa tanto lugar en el afecto del causante y en la constitución de la familia, cuya participación

en la atribución de los beneficios de la herencia es igual a la de los hijos, y por lo mismo con derecho a no menor consideración económica que la debida a estos legitimarios. Por eso encontró la fórmula adoptada la opinión adversa del ponente del Libro de Sucesiones, que cuando elabora y sustenta la forzosa cuota hereditaria del cónyuge y exalta su importancia y significación en la reforma, critica el disminuído derecho que el derogado Código acordó al consorte sobreviviente en los bienes dejados por el extinto, que apenas alcanzaba a constituir una exigua pensión alimenticia. El espíritu que animó la abrogada cuarta conyugal reaparece en cierta forma, en la nueva regulación, al ordenar la participación de los gananciales en la computación de la cuota legitimaria, con el efecto de poder reducir o extinguir su denominado forzoso haber de heredero”.

“Organizada de este modo la legítima conyugal en nuestro Código, no corresponde a la de una verdadera asignación hereditaria forzosa que debe ser autónoma e intangible, como las legítimas de los descendientes y ascendientes, y exenta en su existencia y cuantía del hecho eventual y extraño de la adquisición, por el cónyuge supérstite, de bienes gananciales que por su origen y destino no tienen por que influir en la determinación de la referida legítima viudal. Código de tanta autoridd, para no citarlo sino por vía de ejemplo, como el alemán, que considera MAITEAND, el eminente profesor de Cambridge, “la más cuidadosamente elaborada exposición de las leyes de una nación que el mundo haya jamás visto”, desenvuelve tesis contraria a la preconizada por nuestro legislador, ya que él ha concedido, conforme dice HUEBNER, “que el derecho estatutario de herencia del esposo sobreviviente es independiente del régimen legal de la propiedad marital”.

Además de la discusión doctrinaria, el problema de interpretación se ha presentado desde luego para la jurisprudencia. El enfoque del problema para los Tribunales ha sido de carácter más práctico y su planteamiento es el siguiente: ¿El art. 704, que establece la incompatibilidad entre la legítima del cónyuge y sus gananciales, debe aplicarse extensivamente en todos los casos en que hereda el cónyuge, o sea en los de los arts. 765 y 768 en que hereda concurriendo con hijos u otros descendientes, con padres o con hermanos, o debe dársele una interpretación restrictiva sólo al caso específico para el cual está mandado apli-

car dicho artículo 704 por el 765, que es el caso de concurrencia del cónyuge con hijos u otros descendientes?

Las primeras Ejecutorias Supremas se inclinaron en favor de la primera de las tesis enunciadas, y en este sentido están dadas las del 30 de mayo y 4 de diciembre de 1944. En esta primera etapa de la jurisprudencia el art. 704 tuvo aplicación extensiva, aun en el caso de concurrencia del cónyuge con hermanos. Pero más recientemente ha habido una importante variación, en favor de la segunda tesis, o sea la de que dicha incompatibilidad entre gananciales y legítima del cónyuge sólo funciona para el caso específico señalado por el art. 765 de concurrir con hijos u otros descendientes. En este sentido están dadas las Ejecutorias Supremas del 10 de mayo y 19 de julio de 1951 y del 16 de abril y 8 de octubre de 1953.

El defecto legislativo ha quedado así atenuado por la jurisprudencia, pero no suprimido. Admitido el derecho del cónyuge a ser heredero forzoso por el art. 700 y estableciendo el art. 705, aun para el testador, la intangibilidad de la legítima, la ley debe ser la primera en respetarla. Por consiguiente, mi opinión es que deben ser derogados los arts. 704 y 765, permitiendo que el cónyuge acumule, como corresponde, en todos los casos, gananciales y legítima, por ser derechos de distinta naturaleza y de innegable justificación.

XV.— *La institución de heredero voluntario y la sustitución.*— Tal como en el Código Civil anterior la referencia al posible heredero voluntario está en el art. 711 y sobre la sustitución trata en los arts. 730 al 734, en el nuevo Código también la referencia a la institución de heredero está en el art. 686, que dice que la institución de heredero o legatario debe recaer en persona cierta y sólo puede hacerse en testamento, y trata en lugar diferente sobre la sustitución, en el art. 706, que permite nombrar heredero o legatario sustituto para el caso de que el instituido muera antes del testador o que no acepte o renuncie la herencia o legado. Limitada así a este caso, la sustitución aceptada por el Código vigente es solamente la vulgar. No admite la pupilar y cuasi-pupilar, legisladas en el antiguo Código.

La cuarta forma de sustitución, que es la fideicomisaria, consistente en dejar la herencia a persona llamada fiduciario, que debe conservarla para transmitirla a su vez a un tercero, no fue admitida por el Código Civil de 1852, ni tampoco lo es por el

de 1936. La Comisión Reformadora llegó a formular las normas del caso aceptando dicha institución en el Segundo Anteproyecto, legislandola minuciosamente en diecisiete artículos; pero en el Proyecto no figura ya disposición alguna sobre el particular. (21).

La sustitución fideicomisaria es admitida por los Códigos Civiles de Chile y del Brasil (22) y tiene especial desarrollo en este último país, en que se considera que si bien la vinculación de la propiedad inherente al fideicomiso tiene inconvenientes en cuanto al libre comercio de la misma, hay en cambio un interés superior en establecer la inmovilidad de alguna propiedad determinada o de una herencia durante la vida del heredero, en protección del mismo, que se convierte de esta manera en un usufructuario que no puede disponer de la nuda propiedad.

XVI.— *La desheredación.*— La desheredación es la disposición testamentaria expresa por la que se priva de la herencia al heredero forzoso. Se diferencia de la indignidad en que esta última es la sanción civil impuesta por la ley al heredero o legatario por haber incurrido en actos delictuosos o vituperables que lo privan del derecho a heredar. En la primera es el testador el que impone la sanción por las causales de ley. En la segunda son los coherederos los que oponen y hacen funcionar la causal. Pero el parecido de ambas figuras es evidente y, como ya se ha dicho, cabe la fusión de las dos figuras, por cuyo motivo en muchos códigos no se encuentra un título específico sobre la desheredación.

Entrando al examen de las causales del art. 713 se notan saltantes defectos. Es inexplicable que no se considere causal de desheredación el haber incurrido el descendiente en graves ofensas o en maltratos para con el ascendiente, cuando estas mismas causales lo son de divorcio entre cónyuges. Asimismo, la privación de libertad del ascendiente, caso posible en los ancianos sobre los cuales se cierne en algunos casos una desorbitada ambición, no se admite como causal específica de desheredación. Tampoco se considera como causal de desheredación la

(21) Segundo Anteproyecto. Ob. cit. p. 26.
Proyecto de Código Civil. Ob. cit. p. 108.
(22) C.C. chileno, arts. 733 al 753 y 1153 al 1739.
C.C. brasileño, arts. 1733 al 1739.

conducta inmoral, salvo el caso de la prostitución de la hija o nieta, pero no se incluye el caso genérico de observar los descendientes conducta deshonrosa o inmoral, siendo preferible al respecto la fórmula del Código Civil alemán que es en este último sentido.

XVII.—*Los legados*.—El concepto de legado estaba expresado en el art. 769 del C.C. de 1852, según el cual “El testador puede disponer de una cosa o de una cantidad o de una parte de sus bienes a título de legado en favor de alguno a quien no instituye heredero”.

Igual concepto queda expresado por el art. 719 del C.C. vigente que dice: “El testador puede disponer, dentro de su facultad de libre disposición, a título de legado, de todos sus bienes o de uno o más de ellos o de una parte de su herencia”. Más valdría una definición tal como la que consigno en mi Programa diciendo: Los legados son actos de liberalidad hechos por testamento, con la porción de libre disposición en favor de cualquier persona.

Tal definición incluye los diversos elementos que integran el concepto de legado.

Son actos de liberalidad porque no son a título oneroso, aunque pueden llevar consigo cargas o bien ser los legados remuneratorios. Son hechos por testamento, porque son disposiciones *mortis-causa* y sólo van a regir después de la muerte del causante. Tanto así, que están sujetas al régimen de los legados las donaciones hechas para producir sus efectos a la muerte del donante, según los arts. 1467 y 1469 C.C. Son hechos con la porción de libre disposición, porque son independientes de las mejoras que inciden sobre la legítima. Y, finalmente, son hechos en favor de cualquier persona. Por consiguiente, y si pueden ser hechos inclusive en favor de extraños y sin motivo alguno, pueden serlo también en favor del cónyuge o de los hijos.

No hay al respecto limitación de la ley y es perfectamente posible, aunque poco frecuente en la práctica hacer estos legados en favor del cónyuge y de los hijos, sin duda porque se piensa que la rigidez del régimen de la sociedad legal no puede modificarse ni *post-mortem* y porque con respecto a hijos es frecuente verse la confusión que se hace entre la cuota de mejoras y la del tercio de libre disposición, pretendiéndose que la

prohibición del art. 709, que no permite acumular por legítima y mejoras en un hijo y su línea más del doble del no mejorado, rija también para los legados, lo cual no es así.

Mediante los legados puede pues el testador beneficiar a su cónyuge si así lo desea, o a sus hijos y es mi opinión que puede, asimismo, beneficiar a los hijos ilegítimos compensando en favor de ellos la injusta situación en que los coloca el Código. Privados los hijos ilegítimos muchas veces de las ventajas de la situación económica y social del padre, la ley les impone una discriminación injusta al declarar en su art. 762 que si hay hijos legítimos e ilegítimos, cada uno de estos últimos recibirá la mitad de lo que reciba cada legítimo, y llega al extremo de prohibir a los padres mejorarlos, pues al mejorar a ilegítimos habría que tener presente la regla del art. 708 según la cual la facultad de mejorar debe ejercerse de manera que el haber de un hijo mejorado no pase del doble de otro de la misma clase no mejorado y guardándose la proporción del art. 762 si el mejorado es ilegítimo. Es decir, que para mejorar al ilegítimo habría que mejorar al legítimo, a fin de conservar esa proporción y tal mejora sería sólo teórica e írrita.

Pero tal regla no funciona para los legados, porque son instituciones distintas y esta vía, que inadvertidamente ha dejado abierta el legislador, puede ser usada para corregir adecuadamente tan injusta situación.

El art. 723 referente también a los legados y que establece que "El legatario adquiere la propiedad del legado en el estado en que se halle a la muerte del testador", es corolario del ya comentado art. 657, que dice que "Desde la muerte de una persona se transmite la propiedad de los bienes y derechos a aquellos que deben recibirla". Por consiguiente no se necesita pedir posesión de los legados cuya transmisión se opera de pleno derecho como toda la herencia.

Que éste ha sido el pensamiento de los autores del Código, lo confirma el hecho de que en el art. 784 del C.C. de 1852 se establecía que "El legatario adquiere, desde la muerte del testador, el dominio de la cosa legada en el estado en que se halle; y obtiene la posesión desde que se le entregue por el albacea o por el heredero". La supresión de esta última parte en el nuevo Código y la aplicación del ya citado art. 657 hacen ver claramente que la propiedad del legado también se transmite *ipso*

jure como la herencia, desde el momento de la muerte del testador.

No ha legislado el Código sobre los legados en que el testador puede dividir el bien, dejando a una persona el usufructo y a otra la nuda propiedad. La figura puede funcionar, porque no está prohibida por la ley. El usufructuario disfrutaría así del bien hasta su muerte, en que aquel a quien se dió la nuda propiedad consolidaría en su favor el dominio en toda su amplitud.

Las figuras de legados que el Código señala en sus arts. 720 al 722 son simplemente ejemplificativas, de tal manera que la figura señalada puede funcionar por no prohibirla la ley.

Se llegaría así a una forma muy parecida a la sustitución fideicomisaria que, como vimos, no legisla el C.C., pero no está prohibida la forma de legado que señalamos, que cumple las finalidades esenciales del fideicomiso: conservar y disfrutar de la cosa y transferirla a un tercero.

XVIII.— *Los albaceas*.— El albacea o executor testamentario, que según la definición contenida en el art. 805 del C.C. de 1852 es la persona a quien el testador encarga el cumplimiento de su voluntad, tiene en los dieciocho artículos del Código vigente sustancialmente las mismas atribuciones, derechos y responsabilidades señalados en los treinta y dos dispositivos del Código anterior, con ligeras variantes, mereciendo especial detención dos de ellas: la referente a su forma de nombramiento y la relativa a su remuneración.

En cuanto a la forma de su nombramiento, estatuye el Código vigente en su art. 730, que es nuevo, que puede hacerse por testamento o por escritura pública. Plantea este dispositivo la conveniencia o inconveniencia de nombrar albaceas por simple escritura pública. El propósito de los autores del Código ha sido, evidentemente, facilitar este acto haciendo que resulte más fácil y menos costoso, por la mayor facilidad de una simple escritura pública con respecto a una de testamento.

Cabe entender por consiguiente, si éste es el propósito, que podría modificarse la designación de albacea hecha por testamento auténtico mediante una simple escritura pública, desde que ambas formas quedan igualmente autorizadas.

Pero hay una objeción que hacer a esta designación. El nombramiento de albacea hecho por simple escritura pública

no se inscribiría en los Registros Públicos. En efecto, no cabe inscribirlo en el Registro de Testamentos porque no es tal, y tampoco puede ser inscrito en el Registro de Mandatos, porque no es un poder.

Quedaría así como acto que, modificando en parte un testamento constante por escritura pública inscrita en el Registro de Testamentos, quedaría como modificación secreta por no ser inscribible y que, incluso, podrá quedar ignorada. Son estos los dos aspectos, favorable y desfavorable, del dispositivo en referencia.

Con respecto a la remuneración, el art. 741 es algo oscuro y permite una doble interpretación. Dice al respecto el Dr. LUIS ECHECOPAR GARCÍA: "En diversas codificaciones, como en la española, el albaceazgo es gratuito o sea que el albacea no tiene derecho a remuneración alguna si no se la otorga el testador, pero en nuestro país, por tradición desde el Código del 52, es un cargo remunerado. Según el art. 741, "los albaceas tendrán la retribución que les haya señalado el testador y en su defecto el uno por ciento del valor de los bienes que se inventarían y, si el valor de ellos excede de sesenta mil soles, el cuarto por ciento más sobre el exceso; y el cinco por ciento de las rentas que recaude".

"Este último dispositivo es un tanto vago y cabe interpretarlo en dos formas opuestas cuando se trate de establecer cuál será la remuneración del albacea si el valor de los bienes inventariados excede de S/. 60,000.00. ¿Será de 1/4% por todo lo que pase de S/. 60,000.00 ó de 1 y 1/4%?". Podría sostenerse que en todos los casos en que nuestro Arancel de Derechos Judiciales señala honorarios por operaciones cuantiosas, como en las tasaciones u otras actuaciones judiciales, dispone que estos honorarios vayan disminuyendo a medida que crece la cuantía, de modo que precisa concluir que el Código ha querido aplicar la misma regla para los albaceas". "Debemos observar, sin embargo, que el artículo 741 dice que la retribución será de 1% cuando los bienes llegan hasta S/. 60,000.00 y que si el valor excede de tal suma, recibirán el 1/4% más sobre el exceso". "Pensamos que se ha puesto la palabra "más" intencionalmente, para hacer ver que ese cuarto por ciento se abonará además del 1% que fija de base general para la remuneración".

"Asimismo, pensamos que no son aplicables a los albaceas las reglas del Arancel de Derechos Judiciales, porque se trata

de actos de distinta naturaleza. Son, en un caso, simples diligencias u operaciones técnicas, mientras que en el albaceazgo se trata de la administración y custodia de bienes en que la responsabilidad y labor aumentan a medida que se acrecienta su valor. Hay que tener, por consiguiente, no un criterio matemático sino un criterio comercial y así como a los gerentes y factores se les paga mayor sueldo a medida que aumenta la importancia del negocio y responsabilidad de sus funciones, igualmente ha de suceder con los albaceas. De otro modo resultaría que la remuneración de 1/4% podría llegar a ser insignificante con relación a un enorme patrimonio y con el trabajo verdaderamente agotador que puede exigir la vigilancia de todo él" (23).

Sería, pues, preferible que el Código hubiese señalado con mayor claridad esta proporción.

XIX.—*Revocación, caducidad y nulidad de los testamentos.*

La revocabilidad del testamento es esencial en este acto jurídico por ser acto unilateral y dentro del sistema seguido por el Código peruano y por la mayor parte de los Códigos extranjeros, que no admiten los pactos sucesorios, precisamente porque impiden el libre funcionamiento de la revocación.

El art. 847 del C.C. anterior expresó didácticamente este principio, diciendo: "El testador en cualquier momento puede revocar sus disposiciones testamentarias".

El Código de 1852 siguió el sistema español, declarando en su art. 848: "Todo testamento queda revocado por otro posterior, aunque no contenga cláusula derogatoria expresa o aún cuando por cualquiera causa no entre en la herencia el heredero instituido en el último testamento". El Código vigente se aparta de este sistema para seguir los modelos francés y alemán, y dice en su art. 748 que "El testamento que no es revocado total y expresamente por otro posterior subsiste en las disposiciones compatibles con las de este último". Para el C.C. de 1852 no podían coexistir dos testamentos. Para el vigente pueden, pues, coexistir.

Pero al tratar de la revocación de los testamentos no ha reparado el Código que las disposiciones testamentarias son de dos clases: unas que son las "disposiciones" y otras que son las

(23) ECHECOPAR GARCIA: Ob. cit. p. 222.

“declaraciones”, y que las revocables son las primeras, no las segundas. Así, cuando el testador hace el reconocimiento de hijos ilegítimos o reconoce una deuda o dice cuáles son sus herederos forzosos declarándolos como tales, no cabe que pueda revocar estas declaraciones, a menos que las deudas hayan sido pagadas o hayan variado o que sean difuntos sus herederos.

¿La nulidad de un testamento, no por defectos de forma sino por otras irregularidades en su contenido, traería consigo la anulación de estas declaraciones? En mi concepto, no; y debe tenerse extremado cuidado al pronunciarse judicialmente sobre la nulidad de un testamento para respetar la validez de las declaraciones irrevocables e incambiables, declarándose la nulidad parcial. De otra manera se presentaría el caso injusto que declarando nulo un testamento por haberse preterido a algún heredero forzoso, perdieran sus reconocimientos los hijos ilegítimos allí reconocidos, quedando arrastrada por la nulidad de las disposiciones esta parte declarativa.

La figura de la caducidad opera en otros casos del C.C. vigente, que son aquellos de los arts. 752 la caducidad de herederos voluntarios; y 694 la del testamento ológrafo por vencimiento del plazo de ley para su protocolización.

Sobre la nulidad, que es la tercera figura comprendida en el Título respectivo, cabe observar la latitud extremada concedida a la acción de nulidad: 30 años según los arts. 1169 y 1170 C.C. Podría señalársele los 15 años que corresponden a la acción personal, o seguir los 20 de la acción real, debiendo tenerse en cuenta, además, que, en general, los plazos para la prescripción deben ser acortados, siendo de observarse el ejemplo del C.C. de México, notable por el acortamiento de los términos de prescripción, más acorde con las exigencias de la vida moderna.

CUARTA PARTE

LA SUCESION LEGAL

XX.—*La declaración general de los arts. 758 y 759.*—Es obvio que la sucesión legal rige a falta de testamento y algunos Códigos como el de Alemania no mencionan siquiera tal noción, dán-

dola por conocida y proceden sin preámbulo alguno a señalar cuáles son los herederos legales. (24).

Consideramos que el enunciado de tal noción es conveniente, pero que debe hacerse en forma breve, tal como se propuso en el Primer Anteproyecto, que, siguiendo al art. 873 del C.C. de 1852, decía simplemente: "A falta de testamento corresponde la herencia a los herederos establecidos en este Código". (25).

La fórmula del art. 758 del C.C. vigente es más extensa y cae en una redundancia de expresión. Dice que "La herencia corresponde a los herederos legales en los casos siguientes: 1º) Cuando no hay testamento; 2º) Cuando no hay heredero instituido y el testador no ha dispuesto de todos sus bienes en legados; 3º) Cuando el testador ha dejado de disponer de alguno o algunos de sus bienes; y 4º) Cuando caduca la institución de heredero voluntario".

No ha reparado en que el inciso 2º está de más, porque su caso está comprendido en el inciso 3º y que los cuatro casos podrían quedar comprendidos en una simple fórmula que dijese que la herencia corresponde a los herederos legales cuando no hay testamento o cuando en el existente no se ha dispuesto de la totalidad de los bienes.

El art. 759 siguiente es innecesario por tratarse de conceptos que quedan sobreentendidos.

XXI.—*Los órdenes sucesorios.*—La reducción de los órdenes sucesorios es una de las tendencias del derecho moderno y el C.C. vigente la cumple habiendo reducido la sucesión legal del 6º grado de parentesco, hasta la cual se extendía en el art. 881 del C.C. de 1852, al 4º grado de consanguinidad según el art. 760, ó sea sólo hasta los primos hermanos.

La reducción tiene como finalidad favorecer el derecho de las Beneficencias, que heredan al no haber herederos legales, y armoniza con la época actual, en que debilitado el vínculo familiar no es de presumir la afección justificativa de la herencia entre parientes tan lejanos como los tíos segundos y primos segundos, que han quedado así fuera de la herencia legal.

Los órdenes sucesorios han quedado limitados a los siguientes: 1er. orden: hijos y descendientes; 2do. orden: los padres;

(24) C.C. alemán, art. 1924.

(25) Actas. Ob. cit. Fasc. III p. 288.

3er. orden: los abuelos y hermanos; 4to. orden: el cónyuge; 5to. orden: los tíos; y 6to. orden: los primos hermanos.

XXII.— *El derecho sucesorio de los hijos.*— Herederos de primer orden son los hijos y demás descendientes, en todas las leyes, con un indiscutible y preferente derecho. Pero el problema surge al discutirse la proporción en que deben heredar los hijos legítimos e ilegítimos cuando concurren en la sucesión de su padre o madre.

El Código Civil de 1852 dado, como se ha dicho, a pocas décadas de la Independencia e inspirado fuertemente por el sentido extremadamente severo y conservador de las antiguas leyes españolas, inició su articulado con la enfática declaración del art. 891 de que los hijos ilegítimos no tienen ningún derecho de heredar en los bienes del padre ni en los de los parientes de éste, excepto los naturales reconocidos, a los que les reconoce en el art. 892 el quinto cuando concurren con hijos legítimos y la mitad cuando no habiendo éstos concurren con los ascendientes del causante.

En favor de los hijos legítimos se establecía por el art. 902 que cuando concurrían con ilegítimos, siendo el número de los primeros mayor, cada ilegítimo tendría como tope el recibir las cuatro quintas partes de cada legítimo. No se consignó, en cambio, regla análoga para el caso de que los legítimos fueran uno o muy pocos y los ilegítimos muchos.

En la Comisión Reformadora el asunto mereció amplia discusión. El Dr. JUAN JOSÉ CALLE en un primer Memorándum (26) concedió iguales derechos sucesorios a legítimos e ilegítimos, estableciendo que en caso de concurrir unos y otros con el cónyuge, heredarían cada uno en partes iguales. Los Sres. SOLF Y OLAECHEA objetaron el sistema y en un segundo Memorándum el Dr. CALLE hizo una detenida exposición del problema. Se basó al tratar de conceder la igualdad, en que había que presumir igual afecto según la regla *Ei succedant intestato quod defunctos plus amaese cometur*; que la prueba de la filiación en el ilegítimo era tan buena o mejor que la del legítimo, porque no habría a su favor sólo la presunción que se desprende del matrimonio sino la constituida por el expreso reconocimiento irrevocable.

(26) Actas. Ob. cit. Fasc. III p. 7.

cable. Con espíritu realmente renovador en este aspecto hizo notar que si el orden de la sucesión hereditaria es consecuencia inmediata de las relaciones familiares y afectivas provenientes de la naturaleza, no debe ser alterado por consideraciones y prejuicios sociales que no descansan en ningún fundamento racional. Se apoyó igualmente en el art. 701 del C.C. de 1852, que facultaba al padre para instituir como heredero universal al hijo natural, aun cuando tuviese el causante ascendientes legítimos.

Frente al argumento de que debe existir alguna diferencia entre el hijo legítimo y el natural porque aquél procede de una unión legal y que debe favorecerse por este medio la institución del matrimonio, que es el origen de la familia y la base de la sociedad, opuso el argumento de que no es la manera de satisfacer esta necesidad restringir los derechos sucesorios de los hijos naturales, en quienes en buena cuenta se castiga una falta de la que no son responsables, ya que los hijos no pueden escoger a sus padres.

Tal tesis tuvo la oposición del doctor MANUEL AUGUSTO OLAECHEA, quien sostuvo que atribuir al hijo natural el mismo derecho que al legítimo sería romper bruscamente con el pasado y deprimir la merecida importancia que la ley debe conceder al matrimonio como base y fundamento de la familia; reconoció el marcado movimiento doctrinal que se observa en favor del hijo natural por lo cual era inconveniente el mantenimiento de la fórmula del Código de 1852 y propuso como fórmula transaccional la que luego ha adoptado el Código, de que en el caso de concurrir los hijos legítimos con ilegítimos cada uno de estos últimos reciba la mitad de lo que recibe cada legítimo. Los señores CALLE Y OLIVEIRA fueron de opinión finalmente de que se señalase a cada hijo ilegítimo una cuota igual a dos tercios de la correspondiente a cada legítimo y hasta se planteó la posibilidad, que felizmente no prosperó, de que se prohibiera al causante que dejaba hijos ilegítimos disponer de la cuota de libre disposición.

El Anteproyecto adoptó otra fórmula, la de ampliar el quinto que el viejo Código concedía a los ilegítimos, al tercio. Finalmente, como queda expresado, se consignó el art. 762 siguiendo la fórmula del doctor OLAECHEA.

No es ésta, sin embargo, la más moderna fórmula. Más avanzadas y más justas son la contenida en el art. 1924 in fine,

del C.C. alemán que declara que "Los hijos heredan por partes iguales", permitiéndose al padre en dicho Código conceder a cualquier hijo ilegítimo la legitimidad. Y la señalada por el art. 1607 del C.C. de México que dice: "Si a la muerte de los padres quedaren sólo hijos, la herencia se dividirá entre todos por partes iguales".

No siendo posible mejorar al hijo ilegítimo sin mejorar al legítimo y sin alterar la proporción establecida, he opinado ya en Capítulo anterior por la posible solución práctica del problema cuando se desee bonificar la porción del hijo natural: hacerle algún legado con cargo al tercio de libre disposición para el cual no funcionaría el tope señalado para las mejoras, por tratarse de instituciones diferentes.

XXIII.—*La sucesión legal del cónyuge.*—Los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente son: a) su derecho como legítimo o heredero forzoso y legal concurrente con los tres primeros órdenes y exclusivo de cuarto orden; b) su derecho a ganancias por la disolución de la sociedad conyugal; c) su derecho al menaje ordinario de casa; y d) su posible derecho adicional como legatario del causante.

Sobre el primer punto es perfectamente claro que habiendo hijos u otros descendientes hereda una parte igual a un hijo legítimo; pero este derecho está limitado, estableciéndose en el art. 765, 2ª parte, que si concurre con legítimos, legitimados o adoptivos su legítima no puede exceder de la cuarta parte de la herencia. Sobrevive así en esta forma, por lo menos en cuanto a la proporción, el límite que establecían la antigua legislación española y el C.C. de 1852 de la cuarta conyugal y aunque como compensación se le concede el derecho de optar, si así le conviniere, por el usufructo de la cuarta parte de la herencia, de todas maneras queda limitado el derecho sucesorio del cónyuge al concurrir con hijos legítimos. Así por ejemplo, si concurren el cónyuge y un hijo, éste recibe tres cuartas partes y el viudo o viuda sólo una cuarta parte. Si se concedió al cónyuge el mismo derecho que a un hijo legítimo, no hay razón para imponerle una injusta limitación que, como queda expresado, es un rezago de la antigua legislación española en que el derecho de los hijos era siempre notoriamente mayor que el derecho del cónyuge supérstite.

Concurriendo con los padres por no haber hijos ni otros descendientes, hereda como uno de los padres: art. 767. Cuando concurre con hermanos o abuelos hereda la mitad el cónyuge y la otra mitad para partirse entre hermanos y abuelos (art. 768). Y no habiendo ninguno de los herederos anteriormente mencionados, el cónyuge hereda la totalidad como heredero del cuarto orden que es.

Según la opinión del Dr. MANUEL AUGUSTO OLAECHEA, expresada en la carta que publicó en el N° 23 de la Revista de Jurisprudencia Peruana, de Diciembre de 1945, el art. 768 C.C. que establece la participación de los abuelos y hermanos conjuntamente con el cónyuge, está derogado por los arts. 700, 703 y 705 del mismo Código, que establecen la legítima intangible del cónyuge, y modificado en consecuencia el art. 760 en la parte pertinente a esta distribución de la herencia, por las razones claramente expresadas en los párrafos siguientes: "Sin detenerme a señalar el origen de la legítima, ella fué históricamente la forma técnica de consagrar el principio de la división hereditaria y de abatir el régimen de privilegio feudal que imperaba al amparo de la libertad de testar. Por eso, las leyes que estatuyen las legítimas son de orden público. Realizan un principio político superior: la división de la herencia al margen de absurdos privilegios. Y, siendo el cónyuge heredero forzoso de los dos tercios, según lo establece el artículo 700 del Código, después de la enmienda introducida al artículo 693 y 762 del Anteproyecto, lamentablemente reiterados en su forma original por los artículos 765 y 768 del Código vigente, *los abuelos y los hermanos tienen vocación hereditaria; pero no son herederos forzosos del cónyuge fallecido*; y, como se ha recordado, las leyes que estatuyen las legítimas, no sólo son imperativas y no admiten por eso derogación, sino que forman parte del derecho público".

"En consecuencia, la situación legal, después de la reforma del Anteproyecto, es ésta: el cónyuge, como los descendientes y los padres, es heredero legitimario de los dos tercios; si concurre a la herencia con los hijos o descendientes, su legítima se subordina a la restricción establecida en los artículos 704 y 765; cuando no hay descendientes, ni padres, ni hijos adoptivos ni descendientes de éstos, el cónyuge es heredero de la integridad de la herencia y desplaza naturalmente a los hermanos y a los ascendientes que no tienen la calidad de herederos necesarios, sino mera vocación hereditaria. Todo ello es la consecuencia de

la enmienda introducida, quedando sin efecto el artículo 768 del Código y modificado el 760 en cuanto a los órdenes de herederos que esta ley considera".

"Al dejar contestada su atenta carta reitero la conclusión siguiente: el artículo 700, tal como aparece en el nuevo Código Civil, ha revocado y dejado sin efecto los artículos 765 y 768 de ese ordenamiento. Ambos dispositivos figuraban en el Anteproyecto bajo los números 755 y 762, ellos eran coherentes y formaban un cuerpo de doctrina con el artículo 700, así como aparece en el Anteproyecto bajo el número 693. Mas cuando el precitado artículo 700 por inspiración de la Comisión Revisora hizo heredero legitimario al cónyuge viudo, tan profunda y trascendental reforma se significó en la revocación de los artículos 765 y 768; del primero, porque el cónyuge viudo es ahora heredero del primero y del segundo orden, y del 768 porque los ascendientes y hermanos que son herederos legales del tercer orden, no son legitimarios; pero como la legítima —instituto de orden público— es intangible, el cónyuge viudo pasa encima de los ascendientes y los hermanos que quedan desplazados".

En cuanto a su derecho a gananciales, ya hemos comentado los arts. 704 y 765 C.C., en el Capítulo XIV. En cuanto al menaje ordinario de casa, le corresponde al cónyuge sobreviviente por lo dispuesto en la segunda parte del art. 200 C.C.

Tiene el cónyuge, además, un posible derecho adicional como legatario del causante, derecho sobre el cual no hay todavía una elaboración doctrinaria, ni tampoco jurisprudencial. En efecto, si el art. 700 C.C. establece que el que tiene descendientes o padres o hijos adoptivos o descendientes de éstos o cónyuge puede disponer libremente hasta de un tercio de sus bienes, pudiendo tal liberalidad hacerse en favor de cualquier persona, ninguna disposición impide que pueda emplearse esta cuota en favor de los hijos, como ya vimos, o bien en favor del cónyuge, al que en esta forma se podría compensar de algunos menoscabos que por ley puede sufrir.

Podría darse el caso también en que al hacer partición en testamento, se adjudicara al cónyuge algún bien cuyo valor fuera mayor que el monto de sus derechos. En tal caso podría establecerse por testamento que tal mayor valor se imputará al tercio de libre disposición, agregándose que se dispone de ese tercio en forma de legado en favor del cónyuge así favorecido, en la medida en que sea necesario para compensar el mayor valor.

El Código no ha legislado los legados en favor del cónyuge, pero en el Título sobre "Las donaciones por razón de matrimonio", establece en su art. 219 que "Las donaciones por razón de matrimonio están sujetas a las reglas generales sobre donaciones en lo que no se oponga a lo dispuesto en este Título".

La sucesión del cónyuge tiene en nuestra ley algunas razonables condiciones previas: Se exige que no esté divorciado porque el divorcio extingue los derechos sucesorios, conforme al art. 265; que no sea culpable de separación judicial, según el art. 274; y que en caso de haberse declarado la nulidad del matrimonio sea cónyuge de buena fe, de acuerdo al art. 157.

Pero hay otra exigencia en mi concepto injusta y sin precedentes en la legislación nacional y en el derecho comparado, que es la del art. 770, que dice: "No tiene lugar la herencia forzosa ni la legal del cónyuge si el causante muere antes del año de celebrarse el matrimonio, salvo que hubiere tenido hijos".

En el derecho nacional, el C.C. de 1852 decía en su art. 930: "No se concede cuarta conyugal al que se casa en artículo de muerte. Y el proyecto de Código Civil de 1890 en su art. 1055: "El que se casa hallándose él o el otro consorte en artículo de muerte, no tiene derecho a la herencia que al cónyuge sobreviviente señala el art. 1051". Regla análoga es la contenida en el art. 3573 del C.C. argentino, que declara: "La sucesión deferida al viudo o viuda... no tendrá lugar cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriere de esa enfermedad a los treinta días siguientes". Se trata en estos casos de matrimonio celebrado *in extremis*, o con persona notoriamente enferma de dolencia de la que fallece dentro de un breve plazo siguiente al matrimonio. En ninguno de estos códigos ni otro que conozcamos hay regla como la del art. 770 del Código Civil peruano.

En la jurisprudencia el rigor de este dispositivo ha sido atenuado al admitirse por Ejecutoria Suprema del 10 de abril de 1944 que los hijos a que se refiere dicho artículo serán también los nacidos antes del matrimonio. Y en el campo del Derecho Administrativo es interesante ver cómo ha sido corregida la fórmula al tratarse del montepío civil. El Decreto Supremo del 27 de marzo de 1947, que recoge disposiciones anteriores, pero que es posterior al Código Civil vigente, no admite que el fa-

llecimiento antes del año prive siempre al cónyuge sobreviviente del montepío y se limita al caso de "la viuda que estaba casada con persona conocidamente enferma al contraer el matrimonio y cuyo causante fallezca antes del año de realizado el enlace, siempre que no hubiera tenido hijos comunes, legítimos o legitimados".

Con arreglo al art. 770 C.C., el viudo y especialmente la viuda que ha quedado sin hijos y cuyo cónyuge falleció antes del año de contraído el matrimonio, cualquiera que sea el tiempo y cualquiera que sea la causa, digamos a los ocho meses y por causa de accidente, queda privada de todo derecho sucesorio, pudiendo llevarse solamente el menaje ordinario de casa, situación grave e injusta que lo es más todavía teniéndose presente que en tan breve lapso no ha habido posiblemente ganancias. No sólo los hijos o los padres sino hasta los hermanos, los tíos o los primos hermanos la privarían de todo derecho sobre los bienes del marido.

Aun la fórmula argentina es criticable, tal como lo han hecho notar RÉBORA, DE GÁSPERI y MARTÍNEZ PAZ (27), porque el matrimonio *in extremis* puede ser efectuado precisamente con el propósito de legalizar una unión anterior; pero la del Código peruano no tiene justificación alguna. El plazo de un año no obedece a ningún motivo razonable y en la época actual, en que si bien es cierto que la duración promedial de la vida es mayor, las posibilidades de muerte por accidente han aumentado enormemente, constituye tal pérdida de derechos una amenaza que se cierne sobre el nuevo hogar en el primer año de su constitución, y que es sin duda el más difícil desde el punto de vista económico.

En mi concepto no es acertada la condición sucesoria del cónyuge en el vigente Código Civil por las siguientes razones:

1º— Porque, aunque concurra con los tres primeros órdenes sucesorios, al señalársele su lugar como heredero legal de cuarto orden, después de los hermanos aunque concurriendo con ellos, se permite que en caso de muerte de uno de los cónyuges y no habiendo hijos, los hermanos tengan derecho a tomar la mitad de los bienes del difunto. En el caso, posible y frecuente, de que el único bien patrimonial dejado por el causan-

(27) RÉBORA, JUAN CARLOS: "Derecho de Sucesiones". Tomo II, p. 147.

DE GÁSPERI, L.: Ob. cit. Tomo III, p. 72.

MARTÍNEZ PAZ: "Introducción al Derecho de Sucesión Hereditaria", p. 221.

te fuera una casa, en que se estableció el hogar conyugal, tal propiedad tendría que ser desalojada por la viuda y vendida para darse una parte a los hermanos que constituyen otros hogares y que no dependían económicamente del causante como lo era la viuda;

2º— Porque la exigencia de que el matrimonio haya durado más de un año antes de la muerte del cónyuge es norma peligrosa e injusta.

3º— Porque el límite de la cuarta parte cuando el cónyuge concurre con hijos es una limitación proveniente de la antigua legislación española, en que los derechos de la mujer estuvieron notoriamente disminuídos. Si se concede al cónyuge el derecho sucesorio de un hijo legítimo cuando concurre con hijos u otros descendientes, nada más lógico que respetar este derecho en su favor en todos los casos;

4º— Porque los arts. 704 y 765, ya glosados en Capítulo anterior, constituyen otra limitación injusta, ya que el cónyuge tiene dos derechos diferentes por su naturaleza: el derecho a gananciales como socio de la sociedad conyugal fenecida por la muerte del cónyuge y su cuota hereditaria como heredero forzoso.

XXIV.— *La sucesión legal sin parentesco.*— La sucesión legal sin parentesco en favor de las personas económicamente dependientes del causante, aún cuando no sean sus herederos, es una moderna figura de derecho sucesorio admitida limitadamente en el Perú y que encontramos, en derecho comparado, en el Código Civil ruso. El art. 418 de dicho cuerpo de leyes indica que la sucesión legal o testamentaria se produce en favor de los descendientes directos, inclusive de los adoptados, del cónyuge supérstite y de “las personas incapacitadas para el trabajo e indigentes que de hecho hubiesen permanecido bajo la mantención total del fallecido durante un plazo no menor de un año inmediatamente antes de su muerte”, y el art. 420 del mismo Código expresa que en la sucesión legal la herencia se dividirá por partes iguales entre todas las personas mencionadas en el citado art. 418 (28).

La circunstancia de depender económicamente de otro es explicable por una situación de afecto, presunción que está en la base de la sucesión legal, pues si por algo se llama a la suce-

(28) C.C. ruso, arts. 418 y 420.

sión a los herederos legales es por presumirse que a ellos hubiera querido dejar su patrimonio el causante.

Pero hay una justificación propia de esta figura y es la función social y económica del derecho sucesorio. Por la sucesión las personas sobrevivientes reciben la ayuda de las fallecidas y se considera esta ayuda útil y justificada para la satisfacción de las necesidades de la vida. Es en este sentido que se equipara a los sucesores legales con las personas económicamente dependientes, para atender a una innegable realidad.

En el Perú la Ley N° 8439 de 20 de agosto de 1936 en su art. 2° concede los beneficios de la Ley del Empleado y en su art. 3° las compensaciones de los obreros fallecidos, a falta de herederos legales, a quienes hayan dependido económicamente del causante; de manera que no es figura extraña a nuestro derecho.

Asimismo, el art. 804 C.C. establece que "Las personas que hasta el fallecimiento del causante han vivido y se han alimentado gratuitamente en la casa del fallecido, pueden exigir que la masa siga soportando los mismos gastos durante un mes".

La consideración de estas situaciones permitiría consignar una disposición en que, a falta de herederos forzosos, concurrieran con los herederos legales las personas que han dependido económicamente del causante, en igual proporción, y que a falta de herederos legales heredaran la mitad en concurrencia con las Beneficencias.

La realidad nacional de que existen, en Lima y provincias, muchos hogares constituídos extra-matrimonialmente, que han creado una indudable situación de dependencia económica sin vínculo legal, justifica esta medida destinada a dar protección a personas que quedarían injustamente privadas de toda ayuda económica a la muerte del causante, situación que en el Código Civil de México ha sido contemplada concediéndose el derecho de gananciales en el concubinato. El C.C. peruano, por su parte, podría contener una figura análoga pero original, concediendo un derecho sucesorio restringido a las personas que sin ser herederos legales dependían económicamente del causante a su fallecimiento.

XXV.—*El derecho sucesorio del Estado y su ejercicio en el Perú por las Sociedades de Beneficencia.*— A falta de herederos forzosos, legales o instituidos, se admite en todos los países el derecho sucesorio del Estado. Hay una primera tesis según la cual

el Estado al heredar no lo hace a mérito de una vocación hereditaria sino debido a la soberanía que ejerce sobre todos los bienes vacantes y sin dueño. De acuerdo con una segunda tesis, expresada por el Código Civil alemán, el Fisco es, en último orden, verdadero heredero legal. Una tercera fórmula, la del Código Civil suizo, se abstiene de dar calificación al derecho del Fisco. Pero en todas ellas es el Estado el sucesor, y no entidades distintas de él cualquiera que sea su finalidad.

En el Perú, este derecho está establecido en favor de las Sociedades de Beneficencia Pública. El C.C. de 1852 en su art. 883 dice: "La Beneficencia del lugar en que tuvo su domicilio el que murió intestado le heredarán en defecto de los llamados a la sucesión por este título, o el Fisco si no tiene domicilio en la República".

En la Comisión Reformadora del Código Civil se mantuvo en parte lo establecido por dicho dispositivo, con la diferencia de que la Beneficencia del lugar donde tuvo su último domicilio el intestado heredaría únicamente los valores y los bienes muebles, y la del lugar donde estuviesen radicados los inmuebles los de esta naturaleza; y cuando el intestado no hubiese tenido domicilio en la República sus bienes muebles e inclusive los valores los heredaría la Beneficencia de la Capital, siguiéndose la regla anterior respecto de los inmuebles.

En el Código vigente quedó finalmente simplificada la fórmula, estableciéndose en el art. 774 que "Declarada vacante la herencia pasarán los bienes a la Beneficencia Pública del último domicilio que tuvo el causante y a la de la Capital de la República si estuvo domiciliado en el extranjero".

QUINTA PARTE

LA LIQUIDACION DE LA MASA HEREDITARIA

XXVI.— *La colación.*— La colación, como la defino en mi Programa, es el reintegro a que están obligados, con respecto a la masa hereditaria, los descendientes que han recibido del causante, en vida de éste, donaciones y otros actos de liberalidad, y a menos que sean dispensados de tal obligación.

La colación es consecuencia y aplicación del sistema de la legítima intangible, pues los actos de liberalidad, tales como las

donaciones y legados, deben mantenerse dentro de la porción de libre disposición, y las mejoras dentro de la cuota designada para éstas.

En el C.C. de 1852 la materia fue tratada bajo el epígrafe "De la masa hereditaria y de la colación de los bienes", en los arts. 983 al 954; en el Primer Anteproyecto, inserto en las Actas, y en el Segundo Anteproyecto se conservaron sustancialmente las mismas disposiciones (29). Sólo en el Proyecto aparece el texto definitivo de los nueve arts., 775 al 783, del Código vigente en que se mantienen los lineamientos clásicos de la institución de manera acertada (30).

No está previsto el caso de las ventas de bienes de padres a hijos, que pueden ser una donación disfrazada. El caso es, sin embargo, frecuente y se presentó hace muchos años ante los Tribunales la situación, habiéndose resuelto por Ejecutoria Suprema del 17 de octubre de 1888, que dichos bienes vendidos no son, desde luego, colacionables. Mucho más tarde se dió la ley N° 8548 de 17 de Junio de 1937 según la cual en las ventas de padres a hijos, cuando lo que se dé en venta exceda del precio la diferencia se considerará como anticipo de legítima. Esta ley se dió con fines tributarios.

Pero la figura es posible y frecuente y debiera ser legislada, para cortar una forma de hacer liberalidades al margen de las instituciones de la cuota de libre disposición, de la cuota de mejoras y de la colación.

XXVII.—*Indivisión y partición*.— El nuevo Código trajo al Libro III de Sucesiones este Título, que en el anterior estaba, como ya queda dicho, entre las "Obligaciones que nacen del consentimiento presunto". Su contenido está dentro de los lineamientos de estas instituciones. Pero su terminología es heterogénea. Para designar al titular de los bienes indivisos el Código le llama "coheredero" en el art. 806, "copropietario" en los arts. 896 y 903, "copartícipe" en el art. 897, "comunero" en el art. 1450 inc. 1°, "interesado" en los arts. 904 y 917, "porcionista" en el art. 963, "propietario pro-indiviso" en el art. 784 y simplemente "propietario" en el art. 895.

(29) Actas. Ob. cit. Fasc. III, p. 308.

Segundo Anteproyecto. Ob. cit.

(30) Proyecto de Código Civil. Ob. cit. arts. 766 al 774.

Cabe recomendar la uniformidad de la denominación siendo la palabra "copropietario" la más indicada.

En cuanto a la partición, a la que el Código español llama división en su art. 1051, es de observarse que no requiriéndose en la contractual de la forma solemne para su validez debe hacerse por escritura pública si hay inmuebles pero es posible que conste sólo en instrumento privado si se trata solamente de bienes muebles, incluso acciones, dinero o valores, porque así lo permite la ley.

XXVIII.—*Las cargas y deudas de la herencia.*—En el último Título del comentado Libro III merece especial mención el mes de gracia del art. 804 y por el cual las personas que hasta el fallecimiento del causante han vivido y se han alimentado gratuitamente en casa del mismo, puede exigir que la masa siga soportando los mismos gastos durante un mes.

El plazo del referido artículo es estrecho y angustioso, pretendiendo resolver con una regla única situaciones muy diferentes que sólo el causante conoce bien. Por eso es acertada y merece ser adoptada la fórmula del Código Civil alemán, que permite aumentar o disminuir este plazo por voluntad del testador (31).

Mientras no hubiera tal reforma opino que puede el testador, con cargo a su cuota de libre disposición y por concepto de legado, aumentar, si así lo desea, el plazo durante el cual debe la masa hereditaria soportar estos gastos.

CONCLUSIONES

Como conclusiones de mi Tesis presento las siguientes:

1ª— Propongo que los conflictos de leyes en materia de Sucesiones se resuelvan conforme a la ley personal del causante, tal como lo establece el Código Bustamante, ratificado por el Perú y que, en consecuencia, sean derogados la segunda parte del art. VIII del Título Preliminar y los arts. 659 al 661 por estar en oposición con dicho Tratado.

2ª— Sugiero modificar los arts. 662 al 664 C.C. atendiendo a la diferente naturaleza jurídica de las acciones petitoria y reivindicatoria de herencia.

(31) C.C. alemán, art. 1969.

3ª— Reformar el art. 665 inc. 2º sobre causales de indignidad y suprimir el art. 670 sobre exclusión por reconocimiento de tercero.

4ª— Legislar sobre el testamento de los enfermos mentales, adoptando la fórmula del art. 763 del C.C. italiano.

5ª— Recomendando que el Código Civil vigente contenga reglas sobre el contenido e interpretación del testamento.

6ª— Propongo suprimir los arts. 707 al 712 C.C. relativos a las mejoras y mantener como única fuente de liberalidades la cuota de libre disposición.

7ª— Derogar los arts. 704 y 765 C.C. referentes a la incompatibilidad de la legítima del cónyuge con sus gananciales, permitiendo que en todos los casos puedan acumularse, por ser derechos de distinta naturaleza.

8ª— Favorecer la igualdad de derechos entre los hijos legítimos e ilegítimos, adoptando la fórmula del C.C. alemán o la del C.C. de Méjico.

9ª— Derogar el art. 768 C.C. según el cual el cónyuge, heredero legitimario comparte la herencia con los abuelos y hermanos del causante, que no tienen esta condición legal, y derogar asimismo el art. 770 C.C. que establece la injusta exclusión del cónyuge que enviuda antes de un año de celebrado el matrimonio.

10ª— Incorporar moderadamente la figura de la sucesión legal sin parentesco en favor de quienes dependían económicamente del causante, fallecido sin herederos forzosos.

11ª— Uniformar la terminología del Código para designar al titular de los bienes provenientes de la indivisión sucesoria.

12ª— Adoptar la fórmula del C.C. alemán con respecto al mes de gracia, modificando al respecto el art. 804 C.C.

REPERTORIO BIBLIOGRAFICO SOBRE EL TEMA

- Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano. Fascículos 3 y 4. Lima, 1928.
- Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia.
- APARICIO Y GOMEZ SANCHEZ, GERMAN: Código Civil. Concordancias. Tomo I, 3ª edición. Lima, 1949; Tomo III, 1942; Tomo VIII, 1938; Tomo XI, 1942.
- ARIAS, JOSE: Derecho sucesorio. Buenos Aires, 1950.
- BEVILAQUA, CLOVIS: Direito das sucoesses. Río de Janeiro, 1956.
- BINDER, JULIUS: Derecho de sucesiones. Trad. Barcelona, 1953.
- BIONDI, BIONDO: Sucesión testamentaria y donación. Trad. Barcelona, 1960.
- CASTAÑEDA, JORGE EUGENIO: Código Civil. Lima, 1955.
- CICU, ANTONIO: El testamento. Trad. Madrid, 1959.
- Código Civil Peruano de 1852, por Miguel Antonio de la Lama. 2da. edición. Lima, 1899.
- Código Civil Alemán: Traducción castellana en el Apéndice del Tratado de Derecho Civil Enneccerus-Kipp. Barcelona, 1950.
- Código Civil Argentino. Buenos Aires, 1928.
- Código Civil Brasileño. Anotado por Achiles Bevilacqua. Río de Janeiro, 1951.
- Código Civil Colombiano. Anotado por Jorge Ortega Torres. Bogotá, 1955.
- Código Civil Chileno. Santiago, 1877.
- Código Civil Español. Madrid, 1959.
- Código Civil Francés. Trad. Madrid, 1888.
- Código Civil Italiano en el Apéndice del Tratado de las Sucesiones de VITTORIO POLACCO. Trad. castellana. Buenos Aires, 1950.
- Código Civil Mexicano. México D. F., 1939.
- Código Civil Ruso: En la Legislación soviética moderna. México D. F., 1947.
- Código Civil Suizo: Anotado por VIRGILE ROSSEL. Lausana, 1948.
- Consultas de la Comisión Reformadora del Cód. Civ. y Respuestas que ha recibido. Lima, 1926.
- CORVETTO VARGAS, ANIBAL: Derecho Civil Peruano. Tomo II. Lima, 1956.
- DE GASPERI, LUIS: Tratado de derecho hereditario. Buenos Aires, 1953.
- ECHECOPAR GARCIA, LUIS: Derecho de sucesiones. Lima, 1946.
- FORNIELES, SALVADOR: Tratado de las sucesiones. Buenos Aires, 1958.
- GUZMAN FERRER, FERNANDO: Código Civil. Tomo I. Lima, 1954.
- JOSSERAND, LOUIS: Derecho Civil. Trad. Buenos Aires, 1951. Tomo III. Volúmenes II y III.
- KIPP, THEODOR: Derecho de sucesiones. En el Tratado de Derecho Civil de Enneccerus. Trad. Barcelona, 1951.
- LANATTA, ROMULO E.: Programa del Curso de Derecho de Sucesiones. Lima, 1961.
- LEON BARANDIARAN, JOSE: Derecho de sucesión y régimen de bienes en el matrimonio. Curso Universitario. Copias. Lima.
- LEON BARANDIARAN, JOSE: Comentarios al Código Civil peruano. Lima, 1938, Tomo I.

- OLAECHEA, MANUEL AUGUSTO: Carta del 22 de setiembre de 1945 en la Rev. de Jurisprudencia Peruana de Dic. 1945.
- PLANIOL-RIPERT: *Traité élémentaire de Droit Civil*. París, 1928. Tomo III.
- PLANIOL-RIPERT: *Tratado práctico de Derecho Civil francés*. Trad. La Habana, 1933. Tomos IV y V.
- POLACCO, VITTORIO: *De las sucesiones*. Trad. Buenos Aires, 1950. Proyecto de Cód. Civil. Lima, 1936.
- REBORA, JUAN CARLOS: *Derecho de sucesiones*. Buenos Aires, 1952. Revista del Foro.
- Revista de la Jurisprudencia Peruana.
- SANCHEZ ROMAN, FELIPE: *Estudios de Derecho Civil*. Madrid, 1910. Tomo VI. Volúmenes I, II y III.
- Segundo anteproyecto del Lib. III del Cód. Civ. del Perú. Lima, 1926.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL: *Derecho sucesorio*. Curso Universitario. Santiago de Chile, 1954.
- VALVERDE, EMILIO: *El Derecho de sucesión en el Código Civil peruano*. Tomo I. Lima, 1951.
-