

# El negocio jurídico testamentario

## Algunas reflexiones en torno a su esencia y estructura

Renzo Saavedra Velazco<sup>(\*)</sup>(\*\*)

### 1. Premisa

Antes que nada debo hacer una confesión, el propósito del presente estudio era, hasta no hace mucho, el de examinar lugares comunes de la doctrina general del negocio jurídico desde la perspectiva, muchas veces dejada de lado y otras tantas menospreciada, del Derecho de Sucesiones.

No obstante ello, al poco tiempo algunos profesores amigos con los cuales compartí las primeras inquietudes sobre esta problemática me hicieron caer en la cuenta de la necesidad, por lo menos en lo que a nuestro ordenamiento jurídico se refiere, del esfuerzo que estaba por emprender, porque, según tuve la oportunidad de comprobar, no existían (ni existen) en nuestro país estudios que hayan asumido tal empresa de manera unitaria.

Para comprender el real alcance de nuestra afirmación resulta necesario hacer mención expresa a dos hechos de la máxima relevancia: por un lado, y pese a que los cultores del Derecho de Sucesiones deben enfrentar -de manera particular- el encuadramiento del testamento al interior de las declaraciones de voluntad, la tarea ha sido asumida solamente de manera incidental; mientras que, por otro lado, los cultores de la teoría general del negocio jurídico han centrado sus discursos, ya sea explícita

o implícitamente, en la figura del contrato o, en los mejores casos, en los actos negociales entre vivos que tienen contenido patrimonial (para hacer nuestra la enunciación del artículo 1324 del *Codice Civile*).

Ciertamente tales esfuerzos resultan del todo encomiables pero incurren, en nuestra opinión, en un vicio *ab origine* pues los primeros excluyen de su estudio a las categorías negociales que resultan aplicables al fenómeno testamentario (en particular al fenómeno revocatorio, los vicios en la formación y manifestación de la voluntad, la interpretación, entre otros); mientras que la omisión de los otros especialistas resulta aún más preocupante pues al renunciar al análisis del testamento como especie particular de negocio jurídico no hacen más que coadyuvar a la tan mentada “crisis”<sup>(1)</sup> y/o “crepúsculo”<sup>(2)</sup> de la categoría, en tanto evidencia una imposibilidad de integrar, bajo un mismo concepto, la multiplicidad de acontecimientos jurídicos que integran la fenomenología negocial.

En tal sentido se ha sostenido, creemos que con razón, que el estudio de las distintas particularidades del fenómeno testamentario puede, y en los hechos consideramos que -sin lugar a dudas- lo hace, remecer las bases mismas de la categoría negocial, lo cual suscitaría más que fundadas dudas sobre la “unidad” de la referida teoría<sup>(3)</sup>.

(\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de docencia de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro fundador de la Asociación de Estudios de Derecho Privado.

La presente investigación es la re-elaboración del capítulo primero de la tesis que realizara el autor para optar al título de abogado. La tesis citada lleva por título *El negocio jurídico testamentario: Propuestas doctrinales, apuntes históricos y nuevas perspectivas de una institución injustamente olvidada*, la cual fue calificada con la mención de sobresaliente por los profesores Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, Leysser L. León y Verónica Zambrano Copello.

(\*\*) Deseo expresar mi más sincero agradecimiento al profesor Leysser L. León, quien no solo impulsó la realización del presente estudio sino quien procuró encaminar a lo largo del dictado de sus cursos, en los cuales participe primero como alumno, luego como asistente y, por último, como adjunto de docencia, mi vocación por la investigación jurídica. En no menor medida me encuentro en deuda con la valiosa influencia del profesor César Fernández Arce, cuyos atinados juicios no solo se circunscriben al campo jurídico. Finalmente, no puede dejar de destacar el apoyo ofrecido por el profesor Juan Monroy Palacios quien gentilmente nos permitió acceder al material bibliográfico que conforma su biblioteca.

(1) Cfr. SCHMIDT, Jan Peter. *La teoría del negocio jurídico en Alemania hoy: ¿Qué se entiende por “negocio jurídico”?* En: *Revista jurídica del Perú*. Año LVI. Número 68. Normas legales. Trujillo, 2006. p. 9, § 4 (de la versión mecanografiada), quien básicamente se centra en el surgimiento, desarrollo y posterior declive de los denominados “contratos fácticos” (*Faktische Verträge*).

Así mismo, expresa con claridad que “casi todas las reglas de la teoría del negocio jurídico fueron concebidas en primer plano para regular situaciones contractuales. Esto se puede ver también en el hecho de que, en el derecho alemán por ejemplo, en los libros sobre el derecho de familia y el derecho de sucesiones hay tantas excepciones a las reglas de la parte general” (p. 13).

También se remite a Galgano, Francesco. *Negozio giuridico II. Diritto privato a) Premesse problematiche e dottrine generali*. En: *Enciclopedia del diritto*. Milán: Giuffrè, 1977. pp. 945 y siguientes, § 11.

(2) La referencia es al trabajo del profesor Galgano, Francesco. *El crepúsculo del negocio jurídico*. En: *Teoría general del negocio jurídico: 4 estudios fundamentales*. Traducción y edición al cuidado de Leysser L. León. Lima: ARA, 2001. pp. 75 y siguientes.

(3) RESCIGNO, Pietro. *Interpretazione del testamento*. Nápoles: Jovene, 1952. p. 2; y, también, LIPARI, Nicolò. *Autonomia privata e*

A pesar de lo duro de nuestras afirmaciones queremos dejar en claro una serie de hechos, el primero de ellos, y tal vez el más importante, es que no se desea plantear ni una defensa ni un ataque a esta ilustre categoría general; en segundo lugar, estamos conscientes que el límite de espacio impuesto por la naturaleza de este trabajo (así como, el propósito del mismo y por sobre todas las cosas el estado actual de la discusión) no nos permitirá cuestionar algunos aspectos de la bastante nebulosa teoría general del negocio testamentario; en tercer lugar, debemos reconocer que el material nacional sobre la materia resulta escaso en lo tocante al enfoque elegido para el trabajo, por tal motivo hemos optado por emplear una doctrina accesible a nuestros operadores jurídicos por lo menos en un doble sentido: (i) la relativa facilidad de lectura que el idioma italiano exige para aquellos que no han estudiado dicha lengua; y, (ii) la semejanza de la regulación testamentaria en ambos países, habida cuenta que el legislador<sup>(4)</sup> tuvo como fuente inspiradora<sup>(5)</sup> a muchos de los artículos del *Codice Civile* italiano.

Expresado el sentido y el límite propio del trabajo creemos que estamos en condiciones de iniciar el análisis.

## 2. Diferencia entre “actos de última voluntad” y “actos *mortis causa*”

A pesar de lo extendido de la clasificación que distingue entre negocios “inter vivos” y *mortis causa* debemos señalar lo impreciso que resulta su empleo. Prueba de ello es la existencia de autorizadas voces que sostienen que debe abandonarse tal clasificación para sustituirla por aquella que diferencia a los negocios en “inter vivos” y “de última voluntad”<sup>(6)</sup>. En este orden de ideas, se puede sostener que los negocios *mortis causa* tienen como contenido típico la regulación de una situación jurídica que se hace relevante solo luego de la muerte de su autor<sup>(7)</sup>. De donde se puede concluir con facilidad que el evento

“muerte” representa la condición o el término de eficacia de la atribución patrimonial.

De la definición propuesta se evidencia que la calificación de negocio *mortis causa* no solo es susceptible de recaer en el testamento sino también, como se verá a continuación, en determinadas estructuras contractuales. Como ejemplo de nuestra afirmación podemos mencionar al contrato de seguro de vida y la donación sometida a la supervivencia del donatario (o, en sentido negativo, a la premoriencia del donante).

En ambos contratos la regulación de una situación jurídica solamente se produce luego de la muerte de su autor, en la primera se regula en favor del beneficiario el destino del monto indemnizatorio por la muerte del asegurado; en el caso de la donación la transferencia de la propiedad solo se producirá luego de la muerte del donante y, en este supuesto, se puede agregar el hecho que el donatario deba realizar determinadas conductas para obtener o mantener la propiedad del bien transferido (lo cual sucedería en la donación sometida a un *modus* que solo es exigible *post mortem*). De los casos propuestos creo que nadie duda que resultan negocios “inter vivos” (si se entiende por tal a un negocio realizado por al menos dos partes intervinientes para regular sus intereses sin que importe el momento en el cual se despliegan los efectos de la regulación<sup>(8)</sup>) y que claramente no resultan asimilables al testamento pese a que ellos guardan una semejanza fundamental: sus efectos se producen solo *post mortem*.

En tal sentido, demás esta decirlo, se debe dilucidar aquella peculiar característica que posee el testamento, lo cual nos permitirá distinguirlo de los contratos a los que antes hacíamos alusión puesto que el carácter *mortis causa* (o *post mortem*) de ambos negocios los asemeja.

En efecto, y tal vez adelantándonos a una de las conclusiones de nuestro trabajo, en el testamento el evento de la muerte de su autor no constituye una

*testamento*. Milán: Giuffrè, 1970. p. 4.

(4) A fin de corroborar la veracidad de nuestra afirmación invitamos al lector a hacer los siguientes ejercicios de investigación: (i) la confrontación de la íntegra regulación sucesoria en el *Codice Civile* y en nuestro Código; (ii) la revisión de la exposición de motivos del Libro de Sucesiones (LANATTA, Rómulo. *Exposición de motivos y comentarios*. Volumen V. Compilación realizada por Delia Revoredo. Lima: Studium, 1985); (iii) la confrontación de los argumentos utilizados por nuestros juristas para explicar algunas instituciones que, en ocasiones, resulta una importación del discurso italiano pero que en ciertos extremos resulta impertinente debido a la alteración (o distinta fuente de inspiración) de la solución italiana acogida en nuestro texto legal.

(5) Como bien ha sido señalado por Antonio Gambaro (También en otros pasajes, *The Trento Theses*. En: *Global Jurist Frontiers*. Volumen IV. Número 1. Artículo 2. En: [www.bepress.com/gj/frontiers/vol4/iss1/art2](http://www.bepress.com/gj/frontiers/vol4/iss1/art2), Universidad de Berkeley, 2004) el estudio del Derecho comparado debe motivarnos a una reflexión sobre nuestros ordenamientos nacionales pues ello nos permitirá conocerlo más a fondo y, desde luego, con ello mejorarlo.

Tal manera de ver las cosas ya ha sido propuesta, con algunos matices ciertamente innovadores, en nuestro medio por Leysser L. León (También en otros pasajes, *El sentido de la codificación civil*. Lima: Palestra, 2004. En especial, pp. 26–28).

(6) BIGLIAZZI, Lina y otros. *Diritto civile*. Volumen IV (*Le successioni a causa di morte*). Turín: Utet, 1997 (reimpresión). p. 79.

(7) BIGLIAZZI, Lina y otros. *Derecho Civil*. Tomo I. Volumen II (Hechos y actos jurídicos). Traducción del italiano por Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995 (reimpresión). p. 1107.

(8) Por lo que se debería entender al negocio inter vivos como aquel que produce efectos de manera inmediata (lo que presupone la existencia de las partes que lo celebran o, dicho en otros términos, que todavía permanecen entre los vivos), pues ello permitiría la inclusión de negocios unilaterales.

mera condición que supedita el surgimiento de los efectos jurídicos sino que se presenta como la causa misma de la atribución patrimonial. Por tal motivo se ha propuesto la creación de la categoría de los así denominados “negocios de última voluntad”<sup>(9)</sup>, estando tal categoría subsumida al interior del género de los negocios *mortis causa*.

Ambas calificaciones (negocio *mortis causa* y “negocio de última voluntad”) transitarían sobre planos claramente distintos razón por la cual solo coincidirían parcialmente<sup>(10)</sup>. Prueba de ello es que el “negocio de última voluntad” (cuya única manifestación sería el testamento) es un negocio esencialmente unilateral cuya particularidad más saltante, como se tendrá oportunidad de exponer, es el hecho de que no adquiere relevancia jurídica frente a terceros sino hasta el momento en el que se produce la muerte de su autor.

Si bien una misma disposición *mortis causa* puede, en abstracto, realizarse tanto de manera bilateral (por medio de contratos sucesorios o por supuestos de “sucesión anómala”<sup>(11)</sup>) como de manera unilateral, solamente en el segundo caso estaremos frente a un “negocio de última voluntad”. Pese al hecho que el “negocio de última voluntad” sea susceptible de cumplir con la misma función y que pueda poseer un contenido equivalente al de un contrato sucesorio carece de dos (2) consecuencias esenciales de estos:

a) No están destinados a producir una expectativa (en sentido técnico)<sup>(12)</sup> en sus destinatarios, en este punto es menester hacer una aclaración, cuando aludimos a los destinatarios no queremos hacer referencia a aquellos destinatarios de la declaración sino a los destinatarios de los efectos, los cuales no necesariamente coinciden.

Esto se percibe de manera clara cuando se analiza el carácter no recepticio del negocio

testamentario. Aquí bastará con decir que en el testamento no existen destinatarios de la declaración puesto que para que el testamento surta efectos respecto de los sujetos afectados por él no resulta imperiosa la comunicación del contenido de la declaración de voluntad, aunque evidentemente existen otros sujetos que tienen noticia sobre la existencia de ella (por ejemplo: en el caso de un testamento cerrado serían el notario y los testigos) o aún de su contenido (por ejemplo: en el caso del testamento por escritura pública serían los testigos y el notario) pero ellos, demás esta decirlo, no son ni contra interesados (vale decir: no reciben los efectos de la declaración) ni son sujetos que se encuentran obligados a dar cumplimiento a la voluntad del testador (esta es una labor propia de los sucesores y del albacea) sino sencillamente son exigidos para dar fe de la existencia de la declaración y, en cierta medida, revestir a la declaración de un cierto nivel de formalidad que garantice que la misma resulta una expresión fiel de la voluntad de su autor<sup>(13)</sup>.

b) Así mismo, existe una ausencia absoluta de efectos jurídicos frente a los terceros (o *tanquam non esset*), los cuales solo se producirán una vez verificada la muerte del autor del negocio<sup>(14)</sup>. Vale decir, hasta dicho momento, el negocio no despliega ningún tipo de efecto jurídico, ni siquiera los denominados efectos preliminares. Ello no significa que, respecto de su autor, la declaración carezca de algún elemento exigido para su validez, ya que de ser así no se comprendería la razón por la cual el momento que se toma en cuenta para juzgar la capacidad del testador es aquella en la que se exteriorizó la voluntad; o, porqué se impone a su autor la carga de revocarla.

Teniendo en consideración lo antes expuesto podemos concluir con facilidad que la calificación de un determinado negocio como *mortis causa* atiene al perfil objetivo-funcional<sup>(15)</sup>, mientras que para que

(9) BINDER, Julius. *Bürgerliches Recht: Erbrecht*. Traducción de la segunda edición alemana por José Luis Lacruz Berdejo. Barcelona: Labor, 1953. p. 38, quien sostiene precisamente que “[l]os negocios jurídicos por medio de los cuales ordena el causante el destino de su patrimonio para después de su muerte, se denominan por la ley -a semejanza de los *negotia mortis causa* del Derecho común-disposiciones de última voluntad” y, más adelante, que “el concepto de ‘disposición a causa de muerte’. Abarca todos aquellos negocios a causa de muerte, y así, desde luego, todas las disposiciones de última voluntad. Son estas negocios jurídicos unilaterales a causa de muerte, y se llaman ‘de última voluntad’ porque expresan la última voluntad del disponente, siendo, por tanto, revocables”.

(10) LIPARI, Nicolò. *Op. cit.*; p. 35.

(11) También llamadas “alternativas contractuales al testamento”, tema que ha sido sometido al análisis escrupuloso de la doctrina comparada. Recientemente ha llamado nuestra atención y esperamos próximamente publicar algunas reflexiones sobre la materia.

(12) Véase, especialmente, las opiniones de los profesores NOCOLÒ, Rosario. (*Aspettativa [Diritto Civile]*). En: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Volumen III. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988) y SCOGNAMIGLIO, Renato (*Aspettativa di diritto*). En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen III. Milán: Giuffrè, 1958. pp. 226 y siguientes). En donde se hace hincapié en el hecho que el término “expectativa” designa en el lenguaje común el estado psicológico de una persona que confía en obtener un efecto jurídico, y, como se sabe, el Derecho no ofrece protección alguna a los estados psicológicos si es que ellos no se constituyen en una situación de hecho. Es por ello que, en caso del sucesor designado por la ley o por el testamento, solamente se puede sostener que existe un estado de “expectativa de hecho” dado que el mismo puede perder tal calificación ya sea por la decisión del testador de realizar un nuevo testamento o bien por su intención de declararlo indigno (o incluso la de desheredarlo) si es que se presentan los requisitos exigidos por ley. En cambio, la expectativa jurídica sería aquella que brinda a su titular una serie de mecanismos para protegerla en caso de amenaza o de afectación, situación que encuentra un nexo con las hipótesis de *fattispecie* de formación sucesiva.

(13) Sobre la imposibilidad que el testamento genere expectativas jurídicas, véase LIPARI, Nicolò. *Op. cit.*; p. 140.

(14) Cfr. TREGGIARI, Ferdinando. *Interpretazione del testamento e ricerca della volontà*. En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Año LV. Número 4 (octubre-diciembre). 2001. p. 915.

un determinado negocio obtenga la particular calificación de “negocio de última voluntad” depende tanto de la forma (unilateral, personal, etcétera) como del modo en que el mismo adquiere relevancia jurídica frente a los terceros (solamente cuando acaezca la muerte del *de cuius*).

Esta conclusión nos permite culminar con la exposición de la imprecisión de la distinción entre negocios “inter vivos” y *mortis causa*, pues si se entiende como “inter vivos” al negocio que produce una relación jurídica inmediata entre su autor y los terceros (sean determinados o no) resulta claro que ciertas manifestaciones (es decir, ciertos efectos) de esta relación pueden encontrarse supeditadas a la muerte de su autor con lo cual un determinado negocio sería al mismo tiempo “inter vivos” y *mortis causa*, revelándose como incorrecta la distinción aquí criticada.

Debido a estas consideraciones un sector de la doctrina ha optado por replantear la distinción para presentar una contraposición entre negocios “inter vivos” (aceptándose que se puede pactar que ciertos efectos se realicen *post mortem*) y negocios de “última voluntad” (cuyos efectos solamente podrían presentarse *post mortem*<sup>(15)</sup>).

En cambio otras autorizadas voces reformulan el contenido de los negocios *mortis causa* a fin de sostener que son negocios *mortis causa* aquellos actos que: (i) regulen (*latu sensu*) relaciones o situaciones jurídicas que se establecen al momento de la muerte de un sujeto; o bien, (ii) obtienen una autónoma cualificación jurídica al verificarse dicho evento<sup>(17)</sup>. Como se puede observar esta manera de replantear el asunto lleva a las mismas conclusiones que la posición antes expuesta dado que los actos descritos en (i) serían los “negocios con efectos post mortem”, mientras que los actos contenidos en (ii) serían los “negocios de última voluntad”, a los que aludíamos líneas atrás.

No obstante ello creemos recomendable adherirnos parcialmente a ambas posiciones “reformulando” la clasificación tradicional en los

siguientes términos: el género o categoría general sería la de los negocios *mortis causa* en cuyo interior se encontrarían los negocios con efectos *post mortem*, los *trans mortem* y los de “última voluntad”<sup>(18)</sup>. Dicha opción nos parece la más idónea en tanto mantiene vigente una clasificación (aquella de negocios “inter vivos” y *mortis causa*) extensamente difundida en nuestra cultura jurídica y que se encuentra fuertemente anclada en las “consciencias” de los operadores jurídicos pero que puede, y -tal y como lo sugerimos- debe, ser precisada pues la posibilidad de imponer una nueva terminología crearía mayores complicaciones y, porque no, rechazos de aquellas personas más tradicionales.

Antes de proseguir con el análisis, el cual nos conduce a descender a nuestra regulación, debemos esclarecer el contenido de cada una de las sub clasificaciones sugeridas. En cuanto a las características de los negocios de última voluntad basta con señalar que en ellos la muerte del autor se presenta como la causa misma de la atribución patrimonial, motivo por el cual puede calificarse como el acto de aquel que ya no se encuentra más entre los vivos o bien como la última voluntad de un difunto<sup>(19)</sup>.

Las características de los negocios *post mortem* y los *trans mortem* pueden establecerse de manera conjunta dado que ambos se encuentran dirigidos a regular una situación patrimonial *post mortem* pero que se presentan como alternativas contractuales al testamento. Por este último motivo la doctrina las ha denominado como supuestos de “sucesión anómala”.

Bajo esta expresión se encuentran negocios caracterizados por la presencia de tres elementos<sup>(20)</sup>: (i) la cesación o la extinción de la relación de pertenencia del bien al patrimonio del disponente desde el momento mismo en el que se realiza el negocio; (ii) la adquisición del bien por parte del beneficiario se encuentra suspendida hasta el momento de la muerte del disponente; y, (iii) se encuentra reservado en favor del disponente el poder

(15) La muerte se erige solamente como una condición que limita, en alguna medida, los efectos que el negocio esta llamado a realizar.

(16) Lo cual también podría resultar cuestionable, al menos para un sector minoritario de la doctrina italiana, dado que consideran que el reconocimiento de hijo natural ostenta carácter negocial y los efectos de dicho reconocimiento se producirían *ante mortem*. Sin embargo, no compartimos tal opinión dado que, sin entrar a dilucidar la naturaleza negocial de este acto, el mismo no resulta un *negocio de* “última voluntad” sino, sencillamente, una declaración (para algunos se trataría de una declaración de ciencia, de lo cual se derivaría su irrevocabilidad) que de manera incidental se presenta en un testamento puesto que ello no resulta necesario, por lo que se trataría de un acto “inter vivos”.

(17) GIAMPICCOLO, Giorgio. *Atto mortis caus.* En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen IV. Milán: Giuffrè, 1959. p. 232.

(18) Adenda de octubre del 2006. Hasta donde tenemos conocimiento esta sería la introducción de la citada clasificación de los negocios jurídicos, pese a que ella ya ostenta algunas décadas y que ha tenido acogida en muchos manuales institucionales de Derecho Civil.

(19) GIAMPICCOLO, Giorgio. *Op. cit.*; p. 234.

(20) PALAZZO, Antonio. *Successioni (parte generale)*. En: *Digesto delle Discipline Privatistiche*. Volumen XVIII. 4ta edición. Turín: Utet, 2001. pp. 126 y siguientes; el mismo autor, *Apparenza e pubblicità degli acquisti mortis causa e trans mortem*. En: *Familia: Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*. Parte I. Número 1. Enero-febrero. 2005. pp. 60 y siguientes; así mismo véase MOSCATI, Enrico. *Le fonti della vocazione ereditaria: Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento, Il trust*. En: *Saggi di Diritto successorio: nuova edizioni ad uso degli Studenti*. Turín: Giappichelli, 2004. p. 13.

de revocar la atribución, tal poder puede ser ejercido hasta que no se haya producido la muerte del disponente.

Ahora bien, siguiendo esta distinción italiana, en los negocios *trans mortem* se presentan los tres elementos antes aludidos, mientras que en los negocios *post mortem* (por ejemplo: en la donación *si praemoriari* -cuando ella se encuentra sometida a la condición suspensiva de la premoriencia del donante-; y, en la donación *cum moriar* -cuando la donación opera a partir del momento posterior a la muerte del donante, por lo que la muerte resulta ser un plazo suspensivo) solo se presenta la segunda. De esta manera se ha acuñado el término negocios *trans mortem* (por ejemplo: el contrato a favor de tercero con efectos *post mortem*, el contrato de seguro de vida y la renta vitalicia a favor de tercero) para la descripción de aquellos negocios que se constituyen como alternativas (en un sentido estricto) al testamento, los cuales requieren para su validez que el bien salga del patrimonio del sujeto que pretende realizar la atribución, por lo que la adquisición se torna definitiva, frente al beneficiario, al momento de la muerte del disponente (en tal sentido, este puede alterar su decisión hasta que no se hubiere verificado su deceso).

En cambio, los negocios “con efectos post mortem” se presentan como alternativas en un sentido más lato al testamento pues, pese a que sus efectos están destinados a producirse luego de la muerte de su autor, no se requiere ni la salida del bien del patrimonio de disponente ni tampoco existe la posibilidad de que altere su decisión en un momento posterior pues se afectaría la confianza que la contraparte depositó en el acuerdo (la posibilidad

de revocar estos negocios si se encontraría presente en nuestra regulación, al menos de manera excepcional en una figura, tal y como se verá al analizar la *donatio mortis causa*)<sup>(21)</sup>.

Aparentemente la relevancia de la distinción<sup>(22)</sup> debería verse minimizada en un ordenamiento, como el peruano, en el que se prohíbe de manera expresa los pactos sucesorios. En efecto, en nuestro país se niega relevancia a los negocios bilaterales a causa de muerte<sup>(23)</sup>, lo cual puede ser percibido cuando el legislador reconduce los supuestos de donación *mortis causa* a la regulación de la sucesión testamentaria<sup>(24)</sup> (artículo 1622: “La donación que ha de producir sus efectos por muerte del donante, se rige por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria”)<sup>(25)</sup>.

Este último hecho trae aparejado dos cuestiones relevantes, la primera de ellas debe absolver, por lo menos así lo creemos, las siguientes interrogantes: ¿es susceptible de revocación este tipo de “donaciones” visto que, al encontrarse reguladas por las reglas de la sucesión denominada testamentaria, se trataría de una disposición “testamentaria” que en tal sentido sería esencialmente revocable?, de ser afirmativa la respuesta ¿qué sucede con la confianza que el “donatario-sucesor” hubiere depositado en la posibilidad de recibir el bien ofrecido, es irrelevante o tiene algún mecanismo jurídico para verse tutelado?; por otro lado, la donación solo puede ser revertida a favor del donante y no de tercero pues en tal caso dicha disposición deviene nula, imaginemos un caso de “donación-sucesión” sujeto a un cargo (*o modus*)<sup>(26)</sup>, recordemos que en materia de legados la regulación admite la posibilidad de “sustituir a los legatarios” en caso que el antes

(21) Como se puede observar el trasplante automático de esta clasificación resulta inviable en la normativa peruana pues ha sido construida tomando en cuenta el carácter irrevocable de la donación en el Código Civil italiano.

(22) No podemos eludir brindar una explicación sobre el sentido de importar una clasificación (cfr. SACCO, Rodolfo. *Legal formants: A dynamic approach to comparative law*. En: *American Journal of Comparative Law*. Volumen XXXIX, 1991. p. 1, quien alude que “[l]a idea parecería ser que la labor del que estudia los sistemas jurídicos extranjeros solo resulta legítima si tiene como propósito la reforma del propio Derecho nacional”, sin embargo termina por señalar que “[l]a Comparación jurídica comparte con las otras ciencias la finalidad de obtener conocimiento” [p. 4]) como la expresada, habida cuenta la gran cantidad de importaciones doctrinales que se realizan en nuestro país sin considerar tal elemento. Creemos que la utilidad de esta doctrina reposa en la sistematización de las diversas manifestaciones de negocios *mortis causa* con lo cual nos facilita la evaluación respecto de la prohibición de pactos sucesorios. En efecto, el juicio sobre la admisibilidad de ciertos negocios puede allanarse si es que se estudia las características de los negocios que resultan subsumibles en la clasificación sugerida.

(23) Al respecto remitimos a la lectura concordada de los artículos 677 (“La aceptación y la renuncia no pueden ser parciales, condicionales, ni a término. Ambas son irrevocables y sus efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión”), 678 (“No hay aceptación ni renuncia de herencia futura”) y 1405 (“Es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora”), los cuales hacen referencia, al menos de manera implícita, a los pactos sucesorios abdicativos y dispositivos. En lo concerniente a la prohibición de los pactos institutivos esta se deriva de dos características inherentes a la sucesión testamentaria. Nos referimos a la libre y espontánea determinación de la voluntad testamentaria y a la irrenunciable posibilidad de revocar una declaración testamentaria previa, características que se verían seriamente comprometidas de aceptarse este tipo de pactos.

(24) Cfr. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Glosas al contrato de donación*. En: *Advocatus*. 2da. época. Número 5. Lima, 2001. p. 71. Por tal motivo el autor considera que la inclusión de una norma como el artículo 1622 distorsiona el cuadro propuesto, de manera inicial, por el legislador.

(25) Norma que parece encontrar su fuente inspiradora en el artículo 620 del Código Civil español, el cual señala: “[l]as donaciones que hayan de producir sus efectos después de la muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria”.

(26) Para una aproximación al fenómeno del cargo en las disposiciones testamentarias se remite al trabajo del profesor GARUTTI, Massimo. *Il modus testamentario: Motivi e interessi nell' onere testamentario*. En: *Biblioteca di diritto privato* ordenada por Pietro Rescigno. Nápoles: Jovene, 1990, también en otros pasajes, especialmente en pp. 12 y siguientes; para una primera aproximación véase GIORDANO-

designado no lo acepte, premuera al causante, se le considere como indigno o, en el caso propuesto, incumpla con el cargo establecido por el “donante-causante” ¿cuál de las regulaciones prima, dado que no se expresa con claridad en que sentido es regulada la donación por las normas del legado, si lo es en vía analógica o si la donación debe ser entendida, en todos sus extremos, como un legado?; y, por último, que sucedería en caso de una donación que contiene un cargo que solo resulta exigible *post mortem*, ¿a qué reglas se encuentra sometida?; ¿a las del contrato de donación o a las de la sucesión testamentaria, dado que una parte significativa de los efectos del acto se encuentran supeditados a la verificación de la muerte del donante?

La segunda cuestión que nos suscita el tema de la donación *mortis causa* (o también llamada con efectos *post mortem*) se refiere a si nuestro legislador mediante esta disposición ha aceptado si bien de manera implícita, y porque no inconsciente, la distinción entre negocios con efectos *post mortem* y los *negocios trans mortem*<sup>(27)</sup>, los cuales conjuntamente a los “negocios de última voluntad” conformarían el género de los negocios *mortis causa*; o si, por el contrario, la remisión a la regulación de la sucesión testamentaria elimina dicha posibilidad pues reconduce los efectos propios de este tipo de negocios a las vicisitudes del fenómeno sucesorio.

Ciertamente la absolución de estas dudas no esta exenta de problemas para cualquier operador jurídico y las repercusiones (no solo en cantidad sino, y esto es lo más importante, en cuanto al sentido de la resolución del caso concreto) que acarrea una toma de posición sobre la materia resulta innegable.

Así mismo es menester resaltar que la respuesta de la segunda cuestión se encuentra íntimamente vinculada con la respuesta de la primera, con lo cual las exigencias de un paso firme y cauteloso cobran aun mayor importancia.

Ahora bien, sobre el primer punto, consideramos que el “donante-causante” podría revocar en cualquier momento la disposición que hubiere realizado en favor del “donatario-sucesor” puesto que una característica esencial de toda disposición testamentaria es el poder de revocación<sup>(28)</sup>. Sobre la “revocación” producida por las causales de indignidad y desheredación no existe mayor inconveniente pero que sucede en caso de un mero cambio en los deseos del disponente, nuestra respuesta no es tan fácil de compartir; sin embargo, por un lado, debemos de recordar que es precisamente el legislador quien le otorga esta cualidad *sui generis* (de encontrarse regulado por la normativa de la sucesión testamentaria) pues por naturaleza la donación, como todo contrato, no resulta revocable<sup>(29)</sup>. Por otro lado, de no comprender la norma en el sentido antes sugerido no tendría sentido la remisión a la normativa sobre la sucesión testamentaria puesto que somos de la opinión que las otras disposiciones (salvo, como se verá, la sustitución) de la sucesión testamentaria difícilmente podrían ser reconducidas a este tipo de donaciones (la tutela de la legítima ya se encuentra contenida en la normativa sobre la donación -artículos 1629 y 1645-) pues tales normas parten de la premisa de la inexistencia de cualquier tipo de relación jurídica inter-subjetiva<sup>(30)</sup>.

Finalmente, existen razones de orden doctrinal así como de orden histórico que coadyuvan a tal respuesta.

Las razones de orden histórico se centran en tres consideraciones:

a) En Roma, durante la época del Derecho Justiniano, no solamente se aceptaba la donación *mortis causa*, la cual era una práctica bastante antigua, sino que se sostuvo su homologación, en lo concerniente a las formalidades exigidas (Instituciones 2. 7. 1), a los legados. La principal diferencia respecto del resto de las donaciones residía en el poder del donante de

MONDELLO, Alfonso. *Legato b) Diritto civile*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen XXIII. Milán: Giuffrè, 1973. pp. 725 y siguientes, § 9; MASI, Antonio. *Legato*. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Volumen XVIII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990. p. 2 (de la separata); y, IUDICA, Giovanni y Paolo ZATTI. *Linguaggio e regole del diritto privato: nuovo manuale per i corsi universitari*. Padua: Cedam, 2000. pp. 621 y 622.

(27) Adenda de octubre del 2006. En sentido más estricto debe entenderse que tal regulación permitiría argüir la posibilidad de acoger tal diferenciación, pues si bien la categoría ya existía en la época en que fue elaborado el Código Civil es harto complicado considerar que el legislador tenía noticias de ella.

(28) En sentido contrario, en lo que se refiere a la revocabilidad de la donación *mortis causa*, véase LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Op. cit.*; pp. 71 y 72; y, FERNÁNDEZ ARCE, César. *Código civil: Derecho de sucesiones*. Tomo III. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. pp. 1135 y 1136.

(29) Lo cual no significa que un contrato no puede ser dejado sin efectos de manera unilateral. Ello será objeto de análisis más adelante.

(30) En este extremo sugerimos al lector la revisión de los trabajos de los profesores italianos PALAZZOLO, Salvatore. *Rapporto giuridico*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen XXXVIII. Milán: Giuffrè, 1987. pp. 289 y siguientes; STANZIONE, Pasquale. *Rapporto giuridico II) Diritto Civile*. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Volumen XXV. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991. también en otros pasajes; y, en nuestro medio, la detallada investigación del profesor ESCOBAR, Freddy. *Contribución al estudio de la relación jurídica -intersubjetiva-*. En: *Teoría general del derecho civil: 5 ensayos*. Lima: ARA, 2002. pp. 173 y siguientes; para las peculiaridades de una relación jurídica intersubjetiva.

En específico véase la autorizada opinión del profesor PALAZZO, Antonio. *Le successioni*. 2da. edición. Volumen II. En: *Trattato di diritto privato* al cuidado de Giovanni Iudica y Paolo Zatti. Milán: Giuffrè, 2000. p. 637, quien sostiene que cuando se hace referencia, en el campo del testamento, “a los destinatarios y al objeto de las disposiciones debe necesariamente prescindirse de la lógica de las relaciones inter-subjetivas, que no existirán nunca a través del testamento entre su autor y los destinatarios del acto”.

revocar su voluntad, pues se consideraba que, al igual que en los testamentos, la donación *mortis causa* se perfeccionaba solamente al producirse la muerte<sup>(31)</sup>. Ello era lo que diferenciaba a la donación *mortis causa* de una donación sometida a condición suspensiva<sup>(32)</sup> pues mientras que en la primera la relación jurídica se constituye a la muerte del donante, en la última ya existe, desde la realización de la donación, tal relación jurídica.

Ello resulta, hasta donde tenemos conocimiento, el antecedente más remoto del artículo 1622 de nuestro Código Civil dado que en este se admite este tipo de donaciones pero se remite a la "normativa" sobre la sucesión testamentaria (específicamente a los legados).

b) En Francia, durante el Derecho Intermedio, se encontraba vetada la posibilidad de realizar una donación *mortis causa*. Tal prohibición se explica por el hecho que se consideraba un mecanismo para despojar a los herederos de su legítima (la cual era un derecho de fuente consuetudinaria) en vista que ella solo era protegida de los actos de liberalidad contenidos en un testamento y no de las liberalidades realizadas en vida.

Esta regulación de derecho consuetudinario estaba tan enraizada en el Derecho francés que encontró un reconocimiento positivo en el *Code Napoléon*. En efecto, en el artículo 893 se sostiene que "no se podrá disponer de los bienes a título gratuito más que por donación entre vivos o por testamento".

Ahora bien, como se echa de ver las causas que motivaron la negativa a la admisibilidad de las donaciones *mortis causa* en Francia nunca se centraron en la opinión de que existía un pacto sucesorio sino que por medio de estos acuerdos se habilitaba una vía para afectar la legítima dada la inexistencia de un mecanismo que permita la reducción de las donaciones que excedan la cuota disponible<sup>(33)</sup>. Como se sabe, en el Perú este

mecanismo si ha sido recogido en los artículos 1629 y 1645, con lo que tal riesgo desaparece.

c) En Alemania, se conoció la figura de la donación *post obitum*, la cual consistía en una donación cuyos efectos (traslativos) se desplegarían cuando el donante falleciese. A semejanza de la *donatio mortis causa* se requería que el donatario sobreviviese al donante, sin embargo, el beneficiario de este tipo de donaciones era la Iglesia. En consideración a ello, lo que era concebido en Roma como una condición presentaba en el Derecho germano el carácter de término pues era seguro que el donante no podría sobrevivir a la Iglesia.

Como consecuencia de lo antes descrito la donación era, en todos sus aspectos, un negocio "inter vivos" pues la ejecución del contrato era lo que se defería y, con ello, el negocio se tornaba en irrevocable.

No obstante, el desarrollo posterior de la figura, gracias a la influencia del Derecho Romano, generó que se alterará la inicial irrevocabilidad de estas donaciones concluyéndose que, en este extremo, poseían un carácter similar a las donaciones por causa de muerte. Con ello no se hace más que copiar la solución desarrollada en a).

Las razones de orden doctrinal se circunscriben, por un lado, a comprobar la existencia de dos respuestas en los países que poseen una normativa como la referida. En efecto, se debe optar por sostener la inadmisibilidad de este tipo de donaciones ya que cuando se afirma que las mismas se encuentran reguladas por las normas de la sucesión testamentaria y se las asimila a las disposiciones de última voluntad. O bien se sostiene que estas donaciones deben ser admitidas en vista que la asimilación no implica una total identificación<sup>(34)</sup>.

Es ilustrativa la opinión del profesor Rinaldo Gensolin quien, en las conclusiones de su libro titulado *Las donaciones mortis causa* (Colección Nereo, Barcelona), sostiene que la "resurrección de

(31) DI PAOLA, Santi. *Donatio mortis causa: Corso di diritto romano*. Nápoles: Jovene, 1969. pp. 42 y siguientes; AMELOTTI, Mario. *Donazione mortis causa a) Diritto romano*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen XIII. Milán: Giuffrè, 1964. pp. 1000-1001; y, CASULLI, Vincenzo R. *Donazione mortis causa b) Diritto Civile*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen XIII. Milán: Giuffrè, 1964. p. 1002, donde nos recuerda que si bien inicialmente la donación *mortis causa* era realizada debido a un peligro a la vida, luego se aceptó que tal liberalidad sea efectuada teniendo en cuenta la muerte como un evento futuro inevitable, pero se mantenía la exigencia que el donante premuera al donatario.

Así mismo, se señala que tal mecanismo (la *donatio mortis causa*) se encontraba vinculada a la ausencia del poder de revocación, dado que si el donante sobrevivía al riesgo que se cernía sobre su vida el negocio realizado quedaba resuelto, la cual se reconoce plenamente en el derecho post clásico. En nuestro idioma puede consultarse las referencias, si bien de carácter muy superficial, de GOLDSTEIN, Mateo. *Donatio mortis causa*. En: *Enciclopedia jurídica Orbea*. Volumen IX. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1958. p. 465.

(32) Cfr. DI PAOLA, Santi. *Op. cit.*; pp. 166 y siguientes, quien explica como se produce la equiparación de la donación *mortis causa* a una donación sometida a una condición suspensiva lo cual allanó el camino para que, con posterioridad, Justiniano realice la homologación con los legados.

(33) Adenda de octubre de 2006. Cfr. CHIANALE, Ángelo. *Osservazioni sulla donazione mortis causa*. En: *Rivista di diritto civile*. Año XXXVI. 1990. pp. 91 y siguientes.

(34) Al respecto se puede señalar que la propia definición de donación no excluye la posibilidad de establecer este tipo de acuerdos. Resultaría un despropósito sostener que la donación *mortis causa* en lo atinente a su constitución se encontraría sometida a las reglas de la sucesión testamentaria pues a ello se le podría replicar inmediatamente que de ser así se aceptaría que en este tipo de contratos no se requeriría la participación del beneficiario, a semejanza de lo que ocurre con las disposiciones testamentarias.

A ello no se le podría oponer que el beneficiario lo haría cuando falleciese el disponente pues ya de la propia enunciación del 1622 se percibe que el contrato ya se ha formado difiriéndose solo sus efectos y nunca su perfeccionamiento.

---

“(…) si bien el negocio solamente adquiere relevancia *mortis causa* los documentos individualmente considerados sí adquieren relevancia jurídica desde el momento mismo de su formación. Por ello, se puede hacer valer la destrucción de los documentos realizada ya sea por parte del testador (lo cual significaría su revocación) como por parte de un tercero (por atentar contra la esfera jurídico-patrimonial del testador) o iniciar acciones legales frente a su robo”.

---

la donación ‘mortis causa’, ha sido ya comenzado a recorrer con buenas perspectivas por la doctrina y jurisprudencia españolas” (página 183), para luego señalar que “en el artículo 620 del Código Civil español(...) se recogen(...) los tres fundamentales caracteres de la figura: liberalidad y premorancia de un lado y revocabilidad de otro, a través de su remisión, en cuanto a las reglas de fondo, a aquellas que rigen las disposiciones testamentarias” (página 184); y, finalmente, reconoce que la nota de revocabilidad “es indiscutiblemente esencial a la figura que nos ocupa, por la obligada remisión legal a las reglas que regulan las sucesiones testamentarias” (página 185).

Si bien la donación *mortis causa* (o con efectos *post mortem*) es revocable, ello por sí mismo no la hace un “negocio de última voluntad” en tanto mantiene el carácter de “negocio inter vivos” para su evaluación en cuanto a su formación. Así mismo, tal acuerdo ha generado una relación jurídica entre el disponente y el beneficiario, aunque se encuentre debilitada por la posibilidad que el donante tiene de revocar su voluntad en cualquier momento. Empero, el riesgo de producción de daños que el ejercicio de la revocación conlleva resulta sustancialmente menor de lo que se podría inicialmente considerar, en tanto que (i) dicha condición debe ser aceptada por el beneficiario, pues de lo contrario no existiría donación; (ii) el bien aún no ha sido entregado por lo que la confianza en la contraparte, por la razón antes

anotada, no puede ser razonablemente fundada; y, como corolario de lo anterior, (iii) el beneficiario debe guardar las cautelas del caso para no sufrir daños (artículos 1326 y 1327).

Sobre la donación-sucesión que contenga un cargo (el cual evidentemente será exigible *post mortem*) creemos que también puede plantearse validamente el tema de la sustitución del “donatario-sucesor” en caso de incumplimiento del cargo, pero la misma se debería de viabilizar por medio de un testamento, aunque ciertamente se haga referencia a ella en el texto del contrato de donación, cuya determinación se debería establecer *per relationem*. Con ello la disposición que declara nula los acuerdos de reversión a favor de terceros no resultaría aplicable a este tipo de donación, en cumplimiento del texto del 1622.

En la donación en que la entrega efectiva del bien ya se hubiera producido consideramos que se encuentra íntegramente regulada por la normativa sobre la materia y, de ninguna manera, por las disposiciones sobre legado aunque exista un cargo por cumplir *mortis causa*, en tanto que el artículo 1622 señala que solo las donaciones cuyos efectos se encuentren sometidos a la muerte del disponente serán reguladas por las normas sobre legados. Entendemos que cuando se hace alusión a efectos se hace referencia al efecto esencial de toda donación: esto es, la transferencia del derecho de propiedad en favor del beneficiario, lo cual ya se ha verificado quedando diferidas solamente la ejecución (y, por tanto, la exigibilidad) de un eventual cargo el cual ya ha sido asumido *ante mortem*.

Finalmente, y respondiendo a la segunda cuestión, la impresión de que en nuestro ordenamiento se encontrarían prohibidos aún los acuerdos bilaterales con efectos *post mortem* puesto que resultarían subsumibles en la regulación de los pactos sucesorios no nos parece correcta por una serie de razones entre las cuales se encuentran: a) La prohibición de extender, de manera analógica, los efectos de las normas que restringen derechos (en el caso de marras sería la libertad contractual). b) Los pactos sucesorios prohibidos son solo los institutivos, los abdicativos y los dispositivos, pues se considera que afectan por vía indirecta las normas sobre la sucesión por lo que el legislador afirma que en los hechos se produce un auténtico efecto sucesorio (afectando el irrenunciable poder de revocar declaraciones previas y la libre determinación de la voluntad del causante<sup>(35)</sup> o, en todo caso, eludiendo las normas sucesorias constituyendo un caso de fraude a la ley<sup>(36)</sup>).

(35) Cfr. DE GIORGI, Maria Vita. *Patto successorio*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen XXXII. Milán: Giuffrè, 1982. p. 533, quien sostiene precisamente que el fundamento de la prohibición de pactos sucesorios radica en la exigencia de proteger la libertad de disposición del causante. No obstante ello, a renglón seguido, recuerda que existen países como Alemania que admiten los pactos dispositivos y abdicativos pero no los institutivos, con lo cual la argumentación se torna aún más complicada. Para una enumeración de las hipótesis

En vista de ello creemos que resulta necesario explicar los requisitos de los pactos sucesorios<sup>(37)</sup>, los cuales son: (i) que el pacto se hubiere estipulado antes de la apertura de la sucesión; (ii) que el bien objeto del pacto forme parte de la herencia futura; y, (iii) que la adquisición se realice por una causa sucesoria y no por otro título.

Como se ha tenido oportunidad de explicar en los negocios *trans mortem* y en los negocios con efectos *post mortem* la atribución patrimonial se realiza solamente de manera diferida (pues el derecho surge desde el instante en que se conforma el negocio) y resulta la prestación o la contraprestación prometida. Por otro lado, no se podría sugerir su nulidad por incurrir en un supuesto fraude a la ley cuando es la propia ley la que autoriza el uso de la autonomía de los particulares para la generación específica de este tipo de negocios.

c) Restringiría de manera irrazonable la autonomía de los particulares; y, lo que sería infinitamente más grave, significaría declarar nulos una serie de contratos propios de nuestra época, entre los cuales se encuentra el contrato de seguro de vida (una modalidad de contrato a favor de tercero con efectos *post mortem*) pues solo a partir de la muerte del asegurado se torna exigible la obligación de la empresa aseguradora de ejecutar la contraprestación pactada a favor del beneficiario.

Las razones expuestas hacen, en nuestra opinión, que sea un despropósito, argumentar que esta serie de contratos se encuentran vetados dada la prohibición de celebrar pactos sucesorios.

### 3. El testamento como negocio jurídico

Las explicaciones que, a lo largo de los años, se han brindado sobre la configuración del testamento como negocio jurídico muestran, con absoluta claridad, la ausencia de una aproximación sistemática al fenómeno pues, la mayoría de las veces, los estudiosos del derecho de sucesiones emiten sus opiniones con un conocimiento bastante superficial sobre la doctrina negocial o, por contra, los estudiosos de la teoría del negocio jurídico se pronuncian sobre el tema ignorando las

particularidades del fenómeno sucesorio respecto de la figura del contrato (que es la visión preferida de estos estudiosos) o incluso del negocio unilateral.

Las normas que, en principio, definen al testamento y cómo este opera en nuestro ordenamiento jurídico son las contenidas en el título I de la sección segunda del Libro IV del Código Civil. Desde su primera disposición se echa de ver la profunda trascendencia que la regulación sucesoria italiana ha tenido en la elaboración del Libro de Sucesiones dado que se recoge, con algunos ajustes terminológicos, la definición, llamémosla así, de testamento acogida en el *Codice Civile*.

En primer lugar debemos resaltar<sup>(38)</sup> que la definición ofrecida por nuestro legislador, a la par del italiano, solo nos dice para que nos sirve el testamento y no que cosa debemos entender por él. Esta es una decisión por demás acertada dado que el Código Civil no es el lugar idóneo para colocar definiciones, pues el hábitat natural de aquellas es la del debate doctrinal y no en las disposiciones legislativas.

Tomando en cuenta estos hechos se ha establecido de manera unánime en nuestro país, y de manera absolutamente mayoritaria en Italia y Alemania (así como los países que siguen su doctrina y normativa), que el testamento es un típico negocio jurídico.

Sin embargo, se han esgrimido diversos argumentos, particularmente en el sistema italiano, para negar la tesis mayoritaria afirmando que el testamento es un acto que no implica el ejercicio de la autonomía de los particulares.

A pesar de ello, la discusión sobre este tema, por una u otra razón, y a diferencia de otras tantas que han sido importadas desde el continente europeo, no se ha producido en nuestro país. No quiero sostener que la discusión del tema de marras sea imperativo en nuestro país, solamente me limito a constatar una realidad innegable la cual coadyuva a la interpretación expresada al inicio, vale decir, el casi absoluto abandono del fenómeno testamentario por parte de los especialistas de la teoría negocial.

Debido a la naturaleza y al propósito del trabajo el estudio de la teoría del negocio jurídico excede los

dudosas de pactos sucesorios se remite a LISERRE, Antonio. *L'apertura della successione, La delazione e l'acquisto dell'eredità*. En: *Trattato di diritto privato* al cuidado de Pietro Rescigno. Tomo I. Volumen V. Turín: Utet, 1989 (reimpresión). p. 41.

(36) Ni los negocios *trans mortem* ni los "negocios con efectos post mortem" producen algún efecto sucesorio, pues el bien recibido por el beneficiario solamente significa la contraprestación pactada por las partes a favor de un tercero (el contrato a favor de tercero con efectos *post mortem*, el seguro de vida y la renta vitalicia a favor de tercero) o, en otros casos, la atribución patrimonial ya se ha realizado en la realidad pero uno de los efectos de la relación solo será exigible *post mortem* (la donación sometida a un cargo, el cual solo resulta exigible *post mortem*).

Así mismo, los efectos jurídicos de los pactos sucesorios prohibidos no son homologables a este tipo de negocios, con lo cual no se estaría alcanzando por vía indirecta lo que se haya vetado, por lo que no podría afirmarse el fraude a la ley. Finalmente el temor que tiene el legislador de aceptar este tipo de pactos (me refiero a los negocios *post mortem*) es la vulneración de la posibilidad de revocar o la afectación de la legítima. De la primera ya hemos dado cuenta al expresar que este tipo de donaciones al encontrarse regulado por las normas de la sucesión testamentaria deberían de poseer el esencial carácter de la revocabilidad. En cuanto a la segunda ella se encuentra cubierta por el propio límite que el propio legislador ha colocado a las donaciones en el artículo 1629.

límites no solo de espacio sino también, es menester resaltarlos, mis propias limitaciones para transmitir el pensamiento de una serie de egregios autores que han intervenido, a lo largo de los años, en el debate de esta materia; expondré sumariamente los planteamientos que considero más relevantes en función a dos consideraciones: (i) la trascendencia que la teoría a significado en el pensamiento de los estudiosos del derecho civil y en particular a nuestros académicos; y, (ii) aquellas teorías que conjuguen de manera expresa el estudio de la teoría del negocio jurídico y el derecho de sucesiones.

A continuación paso a describir brevemente dichas teorías.

### 3.1. Las propuestas tradicionales: La corriente que sostiene que el testamento es un negocio sometido a una *condicio iuris*

Esta corriente tradicional defendida básicamente por cuatro autores<sup>(39)</sup> afirma que el testamento es un negocio jurídico perfecto desde el momento de la emisión de la declaración de voluntad, pese a este hecho el negocio no despliega los efectos que le son propios.

Al interior de esta corriente se han advertido dos tendencias claramente distinguibles una de la otra, aquella que sostiene que el testamento se erigirá como un supuesto de negocio con "eficacia pendiente"<sup>(40)</sup> por lo que se trataría, en términos sencillos, de un negocio sometido a una condición suspensiva; y, aquella otra que considera que el testamento forma parte de una *fattispecie* compleja por lo cual se requiere la verificación del hecho jurídico de la muerte para que se produzcan los efectos sucesorios esperados. Los seguidores de esta corriente son los profesores italianos Domenico Barbero, Emilio Betti, Francesco Santoro-Passarelli y Alberto Trabucchi.

Antes de pasar al estudio de las tesis que conforman esta corriente se debe distinguir, al menos a grandes rasgos, las características propias de los negocios sometidos a *condicio iuris*. Esta exigencia

se funda en dos razones esenciales, la primera de ellas se refiere al hecho que no existe coincidencia sobre la esencia de la *condicio iuris* (si es solo una condición de eficacia o si, por el contrario, se erige como un elemento de la *fattispecie* por lo que podría afectar la validez del acto); y la segunda podrá ser percibida cuando se expresen las críticas a estas teorías, bastará con señalar que la no realización de la condición no implica, de manera necesaria, la ausencia absoluta de efectos jurídicos<sup>(41)</sup>.

De considerar que la *condicio iuris* es solamente una condición que limita los efectos del negocio se puede concluir inmediatamente que el negocio jurídico ya es perfecto -en cuanto a su estructura- aunque no despliegue los efectos que le son propios hasta un momento posterior o incluso que nunca se expresen en la realidad. En cambio de adscribirnos a aquella posición que ve en la *condicio iuris* una condición de validez del negocio o, dicho de otra manera, como un elemento más de la *fattispecie* se considerará al testamento como un negocio imperfecto o en vía de formación.

#### 3.1.1. La tesis del negocio sometido a una condición suspensiva

Esta tesis es expuesta en los manuales de derecho civil de los profesores Barbero, Santoro-Passarelli y Trabucchi.

Algunos datos merecen ser resaltados, el primero de ellos se refiere a las fechas en las cuales estos manuales fueron publicados, todos ellos a finales de la década de 1940 o a inicios de 1950 (mientras que las traducciones de estas obras son de la década de 1960). Lo cual no debe llamar la atención de manera excesiva dado que, como se sabe, el *Codice Civile* es de 1942.

Ahora bien, esta es una de las primeras teorías empleadas por la doctrina, y tal vez la que cuenta con mayor acogida (tanto en la calidad como en la cantidad de sus seguidores), dado que brinda una solución sencilla y que vincula el estudio del derecho de sucesiones con la teoría negocial de la época.

(37) DE GOIRGI, Maria Vita. *Op. cit.*; p. 535.

(38) Esta idea ya ha sido expresada en nuestro ordenamiento por el profesor LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Derecho de Sucesiones: Sucesión testamentaria*. Tomo II. Primera parte. En: *Biblioteca para leer el Código Civil* dirigida por Fernando de Trazegnies. Volumen XVII. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996. p. 47; y, por el autor del Libro dedicado al Derecho de Sucesiones, me refiero al profesor LANATTA GUILHEIM, Rómulo. *Exposición de motivos y comentarios*. Volumen V. Lima: Studium, 1985. p. 32.

(39) Entre los autores que se adhieren a esta posición se encuentran SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. Nápoles: Jovene, 1954; BARBERO, Domenico. *Sistema del derecho privado*. Volumen V (*Sucesiones por causa de muerte*). Traducción de la 6ta. edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1967; TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*. Volumen II. Traducción de la 15ta. edición italiana por Luis Martínez-Calcerrada. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967; y BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Traducción y concordancias con el Derecho español por A. Martín Pérez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1943.

(40) Para una primera aproximación al fenómeno de la eficacia pendiente véase BELFIORI, Angelo. *Pendenza*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen XXXII. Milán: Giuffrè, 1982. pp. 873 y siguientes.

(41) Cfr. RESCIGNO, Pietro. *Condizione c) Diritto vigente*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen VIII. Milán: Giuffrè, 1961. pp. 762 y siguientes; y, FALZEA, Angelo. *Condizione l) Diritto civile*. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Volumen VII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988. pp. 1 y siguientes (de la separata), ambos autores coinciden en aceptar un efecto jurídico intermedio o preliminar en los negocios sometidos a una *condicio iuris* a semejanza de los negocios sometidos a condición voluntaria.

Como se puede percibir con facilidad esta es una teoría que distingue entre el momento de perfección y el momento de eficacia del negocio (la denominada eficacia pendiente), con lo cual el hecho de la muerte se constituye como un requisito legal de eficacia (*condicio iuris*)<sup>(42)</sup> de un negocio que ya resulta perfecto desde el momento mismo de su otorgamiento.

En tal sentido se ha sostenido que el testamento es un negocio instantáneo en cuanto a su validez intrínseca, sin embargo, sus efectos, esto es, su eficacia, no se produce hasta que no se hubiere verificado la muerte de su autor<sup>(43)</sup>; o bien que la voluntad del autor del negocio no produce, de manera inmediata, efectos jurídicos, en tanto se hayan sujetos al acaecimiento de la muerte de aquel<sup>(44)</sup>; o, de manera más sencilla, se afirma que las disposiciones a causa de muerte tienen efecto por la muerte del testador<sup>(45)</sup>.

Además del merito antes enunciado esta teoría satisface tres (3) características propias del negocio testamentario, a saber:

- a) El momento que es tomado en cuenta por el operador jurídico para el análisis de la capacidad subjetiva del testador es aquel en el cual la declaración ha sido expresada. Ello resulta consistente con la idea que el testamento es un negocio instantáneo, en el sentido que solo se requiere la declaración de la voluntad del *de cuius*, por lo cual se debe estudiar la capacidad de su autor en el momento de la formación de la declaración de voluntad;
- b) La carga legislativa que se impone en el testador para dejar sin efecto su previa declaración testamentaria. Nos referimos a la exigencia de revocar el testamento anterior, lo cual solo es concebible si es que el acto que se desea revocar es un negocio jurídico perfecto; y,
- c) Explica en términos jurídicos la razón por la cual las reglas que tiene el testamento no surten efectos desde el momento de su formación, sin que ello

signifique afectar la naturaleza negocial de la declaración realizada.

En el Perú los autores que se han ocupado del estudio del derecho de sucesiones no han afirmado, de manera expresa, su adscripción a alguna de las corrientes; sin embargo, implícitamente se pronuncian en favor de esta tesis los profesores Augusto Ferrero<sup>(46)</sup> y César Fernández Arce<sup>(47)</sup>.

### 3.1.2. La tesis del negocio que conforma una *fattispecie* compleja<sup>(48)</sup>

Esta tesis es desarrollada en el libro del profesor Emilio Betti dedicado al estudio del negocio jurídico. Dicho estudio resulta una excepción, en el campo de la teoría del negocio jurídico, dado que se preocupa por brindar algunas luces en el terreno de los negocios *mortis causa*, aunque ciertamente el espacio utilizado sea exiguo.

Al respecto se sostiene que el evento muerte se erige como una *condicio iuris* que conforma un elemento constitutivo de la *fattispecie* dado que, como se puede percibir de la realidad, la elaboración del testamento no resulta suficiente para producir la *sucesión mortis causa* dado que se requiere el acaecimiento de tal suceso<sup>(49)</sup> como detonante de la reglamentación establecida.

Por tanto, la regulación de intereses no llega a existir si es que no acaece el hecho de la muerte del testador en la medida en que ella se presenta como el antecedente lógico del negocio mismo<sup>(50)</sup>. Pese a la claridad del argumento podría causar sorpresa leer a renglón seguido que en los negocios *mortis causa* la circunstancia de la muerte si bien es una *condicio iuris* la misma asume un significado diverso al antes expuesto, pues se considera que no esta en juego la validez del negocio mismo sino meramente el vigor del precepto.

Sin embargo, no existe ningún inconveniente en reconocer esta afirmación en la medida que, siguiendo esta posición doctrinal, el testamento pese

(42) Aunque existen autores que sostienen que la *condicio iuris* se trataría en realidad de un elemento constitutivo de la *fattispecie* negocial. Al respecto remitimos a lectura de las agudas críticas de SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Edición, traducción y notas de Leysser L. León. Lima: Grijley, 2004, nota (68); contra esta última posición.

(43) Al respecto véase BARBERO, Domenico. *Sistema del derecho privado*. Volumen V (*Sucesiones por causa de muerte*). Traducción de la sexta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1967. p. 255.

(44) Posición defendida por TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*. Volumen II. Traducción de la 15ª edición italiana por Luis Martínez-Calcerrada. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967. pp. 393-394.

(45) Cfr. SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. Nápoles: Jovene, 1954. pp. 199-200.

(46) Cfr. FERRERO, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones*. 6ta. edición. Lima: Grijley, 2002. pp. 330-331, quien lo hace mediante la cita de un pasaje de la obra del profesor Domenico Barbero. A pesar de ello señala que es un acto *sui generis* pero lo hace para expresar que no todas las normas del Libro dedicado al acto jurídico le resultan aplicables.

(47) Cfr. FERNÁNDEZ ARCE, César. *Código civil: Derecho de sucesiones*. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. p. 393, el cual sostiene, a semejanza del profesor Ferrero, el carácter *sui generis* del acto en cuanto a la aplicación de las normas del Libro dedicado al acto jurídico. Las opiniones de ambos autores resultan coincidentes a una idea expresada por Echecopar quien se pronunciaba en igual sentido.

(48) Entre los autores que se adhieren a esta posición se encuentra el profesor italiano BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Traducción y concordancias con el Derecho español por A. Martín Pérez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1943.

(49) BETTI, Emilio. *ibid.*; p. 229.

a ser un negocio perfecto requiere del hecho externo que significa la muerte, no para que exista el negocio sino para que se cumpla de manera íntegra con la *fattispecie* sucesoria. Luego entonces se puede concluir que si no se cumple con la totalidad de la *fattispecie* el negocio no es inválido sino meramente irrelevante en cuanto a su propósito de generar un efecto sucesorio.

Esta tesis, como es obvio, presenta una serie de aciertos en cuanto a la descripción del fenómeno testamentario. Entre las más relevantes están:

- a) Permite explicar el período de ineficacia del testamento que media entre su declaración y la muerte de su autor; y,
- b) Explica con un lenguaje técnico elemental las razones por las cuales el testamento puede ser revocado en cualquier momento que el testador crea conveniente. Dado que si el negocio aún no es perfecto no hay razones para vincular al autor de la declaración con el contenido de la misma, pues tal efecto es propio de una relación jurídica que posea el carácter de permanencia y de plena configuración estructural.

Entre los profesores peruanos que se adscriben a esta teoría podemos citar a Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena<sup>(51)</sup> quien sostiene, a semejanza de lo descrito líneas arriba, que el evento de la muerte del testador se constituye como un elemento esencial del negocio testamentario pese a que tal suceso resulte extraño a la estructura del mismo, pero no a la función que esta llamado a satisfacer.

La opinión del citado profesor resulta por demás importante dado que se trata, seguramente, del único especialista en Derecho de Sucesiones que ha dedicado estudios específicos a materias propias de la teoría general del negocio jurídico.

### 3.2. Las propuestas tradicionales: la corriente que sostiene que el testamento es un mero proyecto de voluntad<sup>(52)</sup>

También conocida como la teoría del acto o negocio imperfecto, desde cuya perspectiva el testamento sería un negocio *in divenire* o en vía de

formación, motivo por el cual se lo describe como un “negocio jurídico permanente” ya que requiere de la constante renovación de la voluntad del testador *momentum in momentum*.

Al respecto se señala que, en general, existen actos en los cuales se exige una expresión de voluntad concorde a la inicial declaración, para ello se ofrece como ejemplo los delitos como el secuestro<sup>(53)</sup>; mientras que en otros basta con el ejercicio de una sola acción (como en el caso del homicidio).

A pesar que fue una clasificación propuesta inicialmente en el ámbito del Derecho Penal se consideró como un verdadero tema de teoría general. De allí se sostuvo la asimilación de la categoría de los denominados actos o negocios permanentes con la estructura típica del testamento, la cual se funda en el carácter -tan propio del negocio de última voluntad- de la libre revocabilidad de la declaración previa.

En tal sentido, se sostiene<sup>(54)</sup> que si la voluntad testamentaria es susceptible de ser alterada en cualquier momento anterior a la muerte de su autor entonces el negocio requiere que dicha voluntad se presente de manera constante hasta el último momento de vida.

Las ventajas de esta teoría pueden resumirse en las siguientes:

- a) Permite explicar de manera extremadamente sencilla los motivos por los cuales el testamento no produce efecto jurídico alguno hasta que no se verifique la muerte de su autor;
- b) Expresa con facilidad como la voluntad de revocar el testamento logra retirar la voluntad previamente expresada sin afectar las expectativas de terceros; y,
- c) Deja en claro los motivos por los cuales el testamento, hasta que no se produzca la muerte de su autor, no es fuente de ninguna relación jurídica ni es ejercicio de autorregulación de intereses pues solo con el deceso del testador esta adquiere virtualidad.

En el Perú esta tesis no ha tenido demasiado eco aunque si logró llamar la atención del profesor Luis Echecopar<sup>(55)</sup> quien, en su libro dedicado al estudio del Derecho de Sucesiones, se cuenta entre sus pocos seguidores.

(50) BETTI, Emilio. *Ibid.*; p. 390. También del mismo autor, *Teoría generale del negozio giuridico*. 2da. edición (corregida por Giuliano Grifò). Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p. 509.

(51) Cfr. LOHMANN, Guillermo. *Derecho de Sucesiones: Sucesión testamentaria*. Tomo II - primera parte. En: *Biblioteca para leer el Código Civil* dirigida por Fernando de Trazegnies. Volumen XVII. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996. p. 55.

(52) Entre los autores que se adhieren a esta posición se encuentran el profesor francés JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterota. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, BOSCH y Compañía. 1951; y el egregio profesor italiano CARNELUTTI, Francesco. *Teoría general del derecho*. Traducción del italiano por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

(53) Cfr. CARNELUTTI, Francesco. *Teoría general del derecho*. Traducción del italiano por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. p. 386.

(54) Cfr. JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterota. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, BOSCH y Compañía, 1951. pp. 256 y 257.

(55) ECHECOPAR, Luis. *Derecho de Sucesiones*. Obra actualizada por los miembros del Estudio Luis Echecopar García. Lima: Gaceta Jurídica, 1999. p. 88.

### 3.3. Las propuestas tradicionales a la luz de la teoría negocial

Como se habrá podido advertir las posturas de los autores que defienden las corrientes tradicionales no solo se sustentan sobre bases bastante disímiles sino que plantean construcciones teóricas no demasiado fieles, en muchos casos, a la enunciación que las mismas tuvieron en sus países de origen; y más aún no han sido contrastadas con los logros obtenidos por la teoría del negocio jurídico a lo largo de los años. De suyo un escenario como el descrito crea un contexto del todo propicio para ciertas ligerezas o, por lo menos, ciertas imprecisiones.

Tratando de no complicar tan complejo panorama intentaremos enseguida analizar las posturas previamente descritas, sin embargo advierto desde ya mi total desacuerdo con ambas corrientes de opinión aunque ello no significa restar mérito a tales trabajos dado, como se tuvo la oportunidad de observar, cada una de dichas propuestas recogieron una particular preocupación sobre el fenómeno testamentario y lograron, con mayor o menor fortuna, dar solución a algunos de sus problemas.

#### 3.3.1. El testamento no es un negocio sometido a condición suspensiva

No compartimos la argumentación de esta teoría básicamente por un hecho de la máxima relevancia: en los negocios con efectos diferidos (como uno sujeto a condición suspensiva) se presentan una serie de efectos denominados preliminares o conservativos, los cuales tienen como propósito el proteger la situación jurídica de la parte que debe esperar la verificación de la condición. Los efectos conservatorios típicos son dos: la imposibilidad de revocar la declaración previa y el deber de actuar de buena fe de manera que no se afecte de manera indebida la posibilidad de verificación de la condición, frustrando con ello el fin de la reglamentación.

En dicho sentido se pronuncia el artículo 173 del Código Civil peruano, el cual señala que “(p)endiente la condición suspensiva, el adquirente puede realizar actos conservatorios. El adquirente de un derecho bajo condición resolutoria puede ejercitarlo pendiente esta, pero la otra parte puede realizar actos conservatorios”, pues aún pendiente la verificación del hecho jurídico que generará determinada “mutación” del programa negocial (en el caso de la condición suspensiva “desatará” la totalidad de los efectos jurídicos pactados, mientras que en el caso de la condición resolutoria se producirá la extinción del vínculo existente) concurren ciertos efectos que se presentan en la realidad pues existe una “expectativa” sobre el evento futuro que merece un cierto nivel de protección jurídica<sup>(56)</sup>.

En el negocio de última voluntad, en cambio, existe una ausencia absoluta de cualquier efecto jurídico, aún los conservatorios o preliminares, frente a los terceros.

Tal afirmación resulta consistente con una serie de características del negocio de última voluntad como lo es el hecho que no esta concebido para generar una confianza frente a los terceros<sup>(57)</sup>, máxime cuando no crea ninguna relación jurídica frente a ellos, con lo cual no sería razonable que se encadene al testador a su declaración, cuando aquella puede verse eliminada en cualquier momento.

Decimos que el testamento no crea relación jurídica alguna por una serie de factores que serán profundizados más adelante. El primero de ellos es que el testamento es un negocio jurídico unilateral no-recepticio lo cual significa que no existen sujetos que ven directamente afectadas sus esferas jurídicas. Al ser así no resulta posible que se entable relación jurídica entre los sujetos cuando uno de ellos desconoce su existencia y que además la misma es susceptible de desaparecer en el instante que el testador desee; así mismo, con igual facilidad el contenido de dicha relación podría verse modificada hasta que no sea el momento en que deba ser ejecutada.

(56) FALZEA, Angelo. *Op. cit.*; pp. 4-6 (de la separata); y, PELOSI, Angelo Carlo. *Aspettativa di diritto*. En: *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civil*. Volumen I. Turín: Utet, 1998 (reimpresión). p. 466.

(57) SACCO, Rodolfo. *Affidamento*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen I. Milán: Giuffrè, 1958. pp. 661 y siguientes, de donde se puede extraer la idea que el “principio de la confianza” esta llamada a cumplir una función de seguridad del tráfico, de manera tal que -cualquier individuo- pueda al observar determinados comportamientos, declaraciones o hechos que los efectos jurídicos que de ellos se deriven mantendrán su eficacia, siempre que aquellos puedan objetivamente fundar una “confianza”. Así mismo, puede consultarse PIETROBON, Vittorino. *Affidamento*. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Volumen I. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988. pp. 1 y 2 (de la separata), quien alude que “(l)a confianza (confiance, Vertrauen) se desenvuelve en el campo del contrato y de las relaciones entre las partes contratantes en relación a la interpretación del contrato mismo, y sobre todo a las causas de invalidez, particularmente a las causas de invalidez subjetivas, esto es a las que se derivan de eventos imputables a una sola parte, como la incapacidad natural y los vicios del consentimiento”, tales palabras son más que valiosas dado que el trabajo de Pietrobon del cual extraemos la cita abarca no solamente el estudio del “principio de la confianza” en el contrato sino también en los hechos ilícitos, en la interpretación de la ley, su vinculación con la buena fe, los mecanismos de evaluación y de los modos de protegerla, etcétera; lo cual nos hace pensar que si el citado autor hubiera considerado que el principio es aplicable al testamento lo hubiera manifestado más aún cuando intitula al capítulo del que extraemos la cita “Ámbito de relevancia del principio de la confianza”.

Tal posición también es asumida por DANZ, Erich. *La interpretación de los negocios jurídicos*. Traducción de la tercera edición alemana por Francisco Bonet Ramon. 3era. edición. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 354.

De ello no debe concluirse que no existen efectos jurídicos sobre esferas patrimoniales, lo cual ciertamente no es lo que queremos sugerir, sencillamente tales efectos se producen de manera indirecta<sup>(58)</sup> (dado que el efecto sucesorio es automático y la voluntad del testador solo impulsa de determinada manera dicho efecto [la llamada vocación hereditaria] pero sin ser su fuente última) y solo cuando haya fallecido el autor de la declaración testamentaria.

En segundo lugar se encuentra el carácter esencialmente revocable del testamento, de ello se deduce que la relación es tan frágil que no brinda certeza sobre su permanencia y, lo que es aún más grave, se trata de una relación que no otorga mecanismo jurídico alguno a una parte para proteger su interés al cumplimiento de la finalidad que motiva su establecimiento pues carece tanto de toda posibilidad de accionar al no tener siquiera el mínimo "interés para obrar"<sup>(59)</sup> (recordemos que el mismo debe ser actual y que sin la posibilidad de su ejercicio el mismo se vería frustrado, al ser el testamento revocable el interés no es actual sino meramente eventual y solo se consolidaría al momento en el que se produce la muerte del testador) como del reconocimiento de una particular pretensión en dicho sentido.

Finalmente un tema que no ha sido estudiado por la doctrina nacional se refiere al hecho que nuestro Código Civil establece en el artículo 172 que "(e)s nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor". Fuera de la impropiedad del uso del término deudor en el libro dedicado al negocio jurídico (pues, por un lado, presupone no solo la existencia de un vínculo de naturaleza obligativa cuando de la propia definición de negocio jurídico en el artículo 140 del Código Civil se observa que este actúa sobre relaciones jurídicas -creándolas, regulándolas, modificándolas o extinguiéndolas- y resulta claro para nuestra mejor

doctrina que este concepto es más amplio que el de la relación obligatoria<sup>(60)</sup>; y, por otro lado, considera que existen dos partes en el negocio lo cual no siempre sucede como en el caso del testamento<sup>(61)</sup>) existe un tema que ha sido soslayado: si el testamento fuese un negocio sometido a condición suspensiva la misma se erigiría en una condición meramente potestativa.

Evidentemente no porque el evento de la muerte sea determinado por la voluntad del testador sino por el hecho que el negocio solamente será eficaz si el autor mantiene su deseo de mantener dichas reglas al no ejercer el poder de revocación que ostenta, con lo cual el testamento devendría en nulo.

Ello demuestra las inconsistencias de esta teoría para explicar la totalidad del fenómeno testamentario.

### 3.3.2. El testamento no es un negocio que conforma una *fattispecie* compleja

Antes de exponer las críticas a esta teoría creemos conveniente esclarecer la definición de "fattispecie compleja". En tal sentido, se habla de "fattispecie compleja" cuando aquella previsión normativa abstracta, cuyo acaecimiento en la realidad genera los efectos jurídicos predeterminados por el ordenamiento, se haya descrita por una serie de eventos o sucesos<sup>(62)</sup>. Vale decir, la norma jurídica exige el cumplimiento de una serie (más o menos extensa) de eventos sobre la realidad social para producir la alteración de la "situación jurídica preexistente".

De esta particularidad podríamos concluir que los efectos jurídicos previstos se desplegaran, de manera íntegra, solo con el acaecimiento de dichos eventos. Sin embargo ello no resulta del todo correcto. En efecto, las mayores dificultades que se producen en esta manifestación normativa se encuentran en aquello que ha sido denominado por la doctrina como "fattispecie compleja de formación sucesiva". En tanto que en ella el

(58) NICOLÒ, Rosario. *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*. Messina. 1934; ahora en *Raccolta di scritti*. Volumen I. Milán. 1980. p. 21, nota (21) [citado por DELLE MONACHE, Stefano. *Testamento: Disposizioni generali* (artículos 587-590). En: *Il Codice Civile: Commentario*, fundado por Piero Schlesinger y dirigido por Francesco D. Busnelli. Milán: Giuffrè, 2005. p. 33, nota (77)].

(59) Cfr. NASI, Antonio. *Interesse ad agere*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen XXII. Milán: Giuffrè, 1972. pp. 28 y siguientes, *ivi* p. 34; y, SASSANI, Bruno. *Interesse ad agere I) Diritto processuale civile*. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Volumen XVII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989. p. 3 (de la separata).

(60) Al respecto pueden revisarse las ilustradas páginas de los artículos de los profesores ESCOBAR, Freddy. *El contrato y los efectos reales: Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado por el Código Civil peruano*. En: *ius et veritas*. Año XII. Número 25. Lima. 2002. pp. 46 y siguientes; y, FORNO, Hugo. *El contrato con efectos reales*. En: *ius et veritas*. Año IV. Número 7. Lima. 1993. pp. 77 y siguientes; quienes demuestran, creemos de manera irrefutable, que el contrato genera no solo relaciones obligacionales.

(61) Lo cual evidencia el hecho que la fuente de inspiración de la normativa sobre negocio jurídico han sido las disposiciones sobre el contrato en general italiano. Afirmación que se lee en LEÓN, Leysser. *Vigencia y papel central del negocio jurídico en la parte general del derecho civil*. En: *Advocatus*. 2da. época. Número 9. Lima. 2003. p. 127; el mismo autor, *El sentido de la codificación civil: Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*. Lima: Palestra, 2004. p. 122.

(62) Cfr. CATAUDELLA, Antonino. *Fattispecie*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen XVI. Milán: Giuffrè, 1967. p. 938; VON TUHR, Andreas. *Derecho Civil*. Volumen II-1. Traducción directa del alemán por Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1947. p. 15; MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Tomo II. Traducción de la octava edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1979. p. 322; BARBERO, Domenico. *Sistema del derecho privado*. Tomo I. Traducción de la 6ta. edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1967. p. 333; y, ESPÍN, Diego. *Manual de derecho civil español*. Volumen I. 8ava. edición. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1982. pp. 498 y 499.

esquema previsto por la norma jurídica se realiza a través del tiempo, es decir, se requiere la presencia de dos o más hechos jurídicos los cuales se encuentran distanciados entre sí por un lapso de tiempo.

Por este motivo la doctrina ha establecido que realizado determinado hecho de la *fattispecie* deben surgir en la realidad ciertos efectos jurídicos<sup>(63)</sup>, aunque no la integridad de los mismos, los cuales se hayan sometidos a la verificación del resto de eventos previstos por la norma, por lo que los sujetos intervinientes encuentran “restringidas”<sup>(64)</sup> sus posibilidades de actuación.

En conclusión, tales efectos jurídicos, como es obvio, se encuentran dirigidos a asegurar la realización de los efectos definitivos por lo que, en esa medida, son instrumentales frente a estos y no pueden (ni deben) homologarse, en ningún caso, a los primeros<sup>(65)</sup>.

Por las razones anotadas, es fácil concluir que debe descartarse la teoría que observa en el negocio de última voluntad un supuesto de “*fattispecie* compleja”, dado que en este tipo de fenómenos se presentan ciertos efectos jurídicos preliminares, los cuales están ausentes del todo en el testamento. Así mismo, porque crean una relación jurídica entre el autor del negocio y el destinatario de los efectos, lo cual no sucede en el “negocio de última voluntad”<sup>(66)</sup> pues ello conllevaría a una restricción a la espontánea formación de la voluntad.

Finalmente, el testador no encuentra limitada su posibilidad de actuación dado que puede revocar en cualquier momento su anterior declaración<sup>(67)</sup>, con lo cual no se presentan los efectos jurídicos preliminares pero, en cambio, si se presentan los efectos jurídicos que imponen sobre el testador la carga de revocar en caso este altere su anterior volición. Dicho efecto del testamento resulta ajeno a los efectos preliminares, en la medida que aquellos pretenden enlazar a un individuo para proteger los intereses de su contraparte o de algún tercero

interesado, mientras que el efecto que se presenta en el testamento puede ser calificado de neutro (aunque podría decirse que el efecto es exactamente inverso al que se presenta en los negocios con efectos diferidos pues en ellos no se permite revocar la anterior declaración, lo cual si se permite en el caso del testamento), en el sentido que no procura ni beneficiar ni perjudicar a eventuales terceros.

### 3.3.3. El testamento no es un mero proyecto de voluntad

Finalmente, la tesis de los profesores Josserand y Carnelutti, según la cual la voluntad testamentaria debe ser renovada momento a momento, tampoco puede ser compartida.

Esta posición no puede ser compartida, esencialmente, por dos razones; la primera de ellas atiene al hecho de la revocación, dado que tal acto presupone la existencia de un negocio jurídico<sup>(68)</sup> puesto que, de lo contrario, no se requeriría su actuación. Bastaría con que el testador se desista de continuar con el *iter* negocial pues el negocio como tal solamente se perfeccionaría, llamémoslo así, cuando luego de verificada la muerte del testador se observe que su voluntad no fue modificada en ningún momento.

En segundo lugar, al sostenerse que nos encontramos frente a un negocio que requiere su constante renovación el operador jurídico enfrenta un problema central que parece no se percibido por los seguidores de esta teoría (o al menos no es abordada por ellos) que es la concerniente a la capacidad del testador por lo que aquel (por ejemplo: el juez) debería remitirse a verificar que en la ejecución de cada uno de estas “renovaciones” que conforman la *fattispecie* testamentaria el autor posea todos los requisitos subjetivos negociales requeridos para dar nacimiento a un testamento, lo cual no sucede, pues el operador jurídico solo debe remitirse al momento en el que se emitió la declaración sin importar las condiciones subjetivas del autor en un momento posterior a ella y anterior a su deceso.

(63) Cfr. MAIORCA, Carlo. *Fatto giuridico - fattispecie*. En: *Novissimo Digesto italiano*. Volumen VII. Turín: Utet, 1968 (reimpresión). p. 126.

(64) Tal afirmación es hecha por KARLOWA. *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*. Berlín. 1887. pp. 5 y siguientes (citado por SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Edición, traducción y notas de Leysser León. Lima: Grijley, 2004. p. 360, nota del traductor).

(65) Cfr. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Edición, traducción y notas de Leysser L. León. Lima: Grijley, 2004. p. 362, sin embargo es pertinente resaltar que el autor se refiere en exclusiva a la formación del negocio de manera sucesiva donde falta la declaración de voluntad.

Así mismo, es menester resaltar que el autor respecto de este último supuesto muestra su rechazo frente a esta teoría.

(66) Al respecto puede remitirse al lector al libro de TATARANO, Maria Chiara. *Il testamento*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003. p. 33, donde se sostiene que “(t)al tesis resulta (se refiere a la tesis que considera al testamento como un negocio sometido a una condicio iuris), sin embargo, insuficiente para esclarecer el hecho de la absoluta ineficacia intermedia del negocio de última voluntad: cualquier ‘fattispecie’ sometida a ‘condicio iuris’, produce, desde sus primeros momentos, efectos prodrómicos, preliminares, aquí del todo ausentes”.

(67) MAIORCA, Sergio. *Condizioni*. En: *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*. Volumen III. Turín: Utet, 1998 (reimpresión). p. 333; el cual afirma “(en) muchos casos, luego, debe reconocerse que, como elemento externo respecto de la actividad negocial de las partes, la ‘condicio iuris’ constituye un verdadero y propio límite a la autonomía de los particulares, ya que regula coactivamente el efecto negocial, es decir opera más allá del intento de las partes, sin que estas puedan en alguna manera disponer de la ‘condicio iuris’”.

(68) BONILINI, Giovanni. *Testamento*. En: *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*. Volumen III. Turín: Utet, 2001 (reimpresión). p. 360; quien nos recuerda que “solo un acto que ya sea perfecto torna concebible la necesidad de revocación, que evite la producción de un efecto que ya no es más querido”.

Ello se desprende de la lectura del artículo 687 que dispone que “(s)on incapaces para otorgar testamento: (...) 3. Los que carecen, en el momento de testar, por cualquier causa, aunque sea transitoria, de la lucidez mental y de la libertad necesarias para el otorgamiento de este acto”, pues si el testador no tiene lucidez antes o después de la facción testamentaria ello resulta irrelevante para juzgar si el testamento resulta -o no- válido, luego entonces es claro que el instante a analizar es en el que se emite la declaración.

Dejando a un lado el fundamento teórico y/o legal de tal decisión se deben resaltar las razones de índole práctica que se encuentran detrás. Creemos que ellas giran en torno a dos cuestiones: la primera de ellas radica en el hecho que exigir una demostración continúa de una voluntad conforme a una declaración resulta, por demás, complicada; y a ello no se le puede oponer el argumento que basta con la prueba de la no-revocación del testamento pues ello no demuestra que la voluntad del testador es conforme a su declaración primigenia sino, a lo sumo, que aún no había creído conveniente exteriorizar su voluntad en tal sentido y que en dicho trance pudo alcanzarlo la muerte.

La segunda razón es a nuestro parecer incontestable, aceptar esta posición crearía una serie de hipótesis absurdas, como aquella en la cual una declaración testamentaria emitida cumpliendo con todos los requisitos objetivos y subjetivos deberá ser considerada inválida si es que el autor deviene en incapaz, dado que no ha podido concluir íntegramente con la *fattispecie* o, en un caso aún mas grave, si es que su voluntad se ve alterada pero no exteriorizada en un nuevo testamento o en una revocación también se debería, siguiendo de manera total esta teoría, considerar que no existe testamento pues la voluntad

no ha sido permanente y, por lo tanto, mal se podría atribuir dicha declaración al causante (fuera de la complicada labor probatoria que ello significa).

Esta posición nos recuerda la solución del Derecho Romano (preclásico y clásico) que consideraba nulo el testamento que había sido realizado por un ciudadano pero que, lamentablemente por azares del destino, sufría una *capitis deminutio* máxima<sup>(69)</sup> (ya sea por convertirse en un esclavo o por haber sido capturado por un ejército enemigo<sup>(70)</sup><sup>(71)</sup>). Sin embargo, como se sabe, esta posición fue morigerada posteriormente (tal y como se puede leer en las Instituciones de Justiniano), ya que se sostuvo, en base a la *fictionis legis Corneliae*<sup>(72)</sup>, que las personas que hubieren sido tomadas como prisioneros de guerra y que hubieren realizado su testamento cuando aún se encontraban libres se les consideraría que habrían fallecido en el momento en el que cayeron en manos del enemigo; mientras que, por otro lado, el testamento de los que hubieren sufrido prisión de guerra pero de manera temporal permanecería sin alteración por medio del *postliminium* (I.2.12.5).

Finalmente, debemos reconocer que esta posición pese a lo relativamente sencillo que resulta su refutación tendría un sustento no del todo despreciable en la medida que se funda en la interpretación de un aforismo latino muy conocido por los especialistas de sucesiones: *ambulatoria voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*. Tal interpretación influyó copiosamente a la doctrina francesa<sup>(73)</sup>, así como a sus seguidores, para la exigencia de una *perseverantia in voluntate* que sirva de base al negocio testamentario. El problema, o si se quiere el error, de esta posición resulta apreciable en la medida que tal latinismo es unánimemente reconocido como la base histórica de la revocación

(69) SOHM, Rodolfo. *Instituciones de derecho privado romano: Historia y sistema*. Traducción de la 17ma. edición alemana por W. Roces. Madrid: Librería general de Victoriano Suárez, 1928. p. 556; BONFANTE, Pietro. *Instituciones de derecho romano*. Traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa. Madrid: Reus, 1965. p. 600; SERAFINI, Felipe. *Instituciones de derecho romano*. Traducción de la 9na. edición italiana por Juan de Dios Trías. Madrid-Barcelona: Espasa Calpe S.A., 1927. p. 423; y el detallado estudio de PUGLIESE, Giovanni. *Istituzioni di diritto romano*. 3era. edición. Turín: Giappichelli, 1991. p. 683.

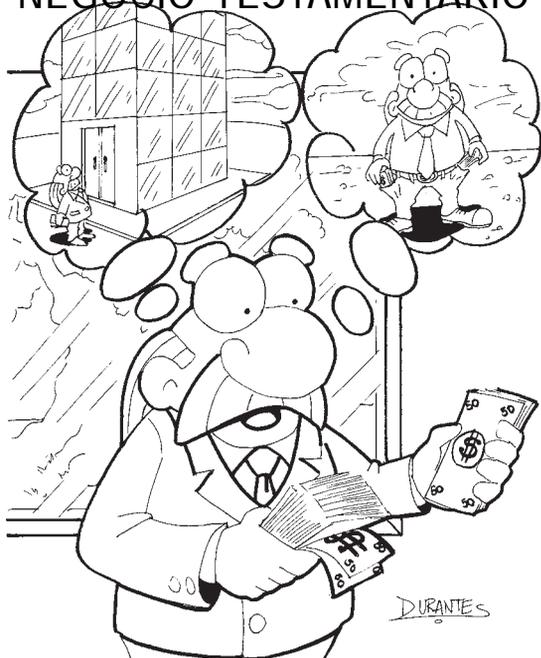
(70) La razón que se esgrime para la declaración de nulidad de estos testamentos radica, en opinión de Pugliese, en el hecho que tal solución era un corolario riguroso del principio de la irrenunciable y absoluta revocabilidad de la voluntad testamentaria, dado que aquel que hubiere perdido la capacidad de testar no estaría en condiciones de revocar su anterior declaración, tornándose, de esta manera, en una declaración irrevocable (PUGLIESE, Giovanni. *Op. cit.*; p. 671).

(71) En este punto nos llama poderosamente la atención, por su imprecisión, la afirmación del profesor César Fernández Arce, reconocido especialista en materia sucesoria, quien sostiene que “(e)n el Derecho Romano el testamento era nulo cuando el testador, aun siendo capaz en el momento que testó, moría en estado de incapacidad” (*Op. cit.*; p. 399). Lo cual nos suscita básicamente dos preguntas: ¿cuál es el supuesto al que hace alusión?; y, ¿a qué etapa del Derecho Romano se refiere? La primera de ellas es extremadamente relevante pues el caso del *furioso*, el ciudadano que se convertía en esclavo, el hijo manumitido que volvía a la potestad del *pater familias*, etcétera; todos ellos supuestos en los cuales existía una “pérdida de capacidad” son resueltos en Roma de manera diversa: el testamento realizado por el ciudadano antes de convertirse en furioso no era considerado nulo (I.2.12.1); el testamento del ciudadano que luego caía en esclavitud si era nulo (I.2.12.5); el testamento del hijo manumitido que regresaba al estado de *filius familias* podía ser considerado válido si es que al morir lo hacía como *sui iuris* (I.2.17.6) pero si permanecía bajo la patria potestad su testamento era inválido. La respuesta de la segunda interrogante resulta importante pues todas las explicaciones que anteceden son tomando en consideración, por lo general, el Derecho Justiniano.

(72) ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de derecho romano*. Traducción de la 10ma. edición italiana por José M. Carames Ferro. Buenos Aires: Depalma, 1952. pp. 600 y 601.

(73) Lo cual fue denunciado por el profesor GIAMPICCOLO, Giorgio. *Il contenuto atipico del testamento*. Milán: Giuffrè, 1954. p. 135.

## NEGOCIO TESTAMENTARIO



testamentaria. Con ello se dejaría a un lado una interpretación que pone el énfasis en el poder del testador de alterar su declaración para adoptar otra que sostiene que el testador debe mantener en todo momento su declaración, con todas las consecuencias negativas de orden práctico a las que ya hemos hecho alusión.

#### 4. Reconstrucción de la figura: a) Eficacia múltiple del testamento y tipología de las adquisiciones *mortis causa*

La opinión más común respecto de los efectos del testamento se encuentra imbuida por los términos usuales con los cuales es definida esta figura: esto es, como un acto de disposición de bienes<sup>(74)</sup>, motivo por el cual se encontraría caracterizado por la (inmediata) eficacia real de dicho acto, concluyéndose con gran facilidad que existe una confusión (o bien una acentuada sinonimia) entre sucesión a "causa de muerte" y adquisición *mortis causa*.

No obstante ello, el testamento no tiene solo una "eficacia real", en cuanto a la transferencia de

propiedad de los bienes que integraban el patrimonio del *de cuius*, sino también una "eficacia obligatoria"<sup>(75)</sup>. Es más, y contrario a la primera impresión, la eficacia real del testamento no es una constante en toda sucesión, lo cual puede verificarse con el hecho de que ella tiene como presupuesto la disposición de bienes propios del testador. Cuando el testador disponga de bienes ajenos o de bienes parcialmente propios; así como, cuando establezca derechos en favor de determinadas personas (ya sea porque otorga una renta vitalicia, alimentos, etcétera) el testamento tendrá efectos obligacionales y más aún estará generando una serie de situaciones jurídicas que no se encontraban en su patrimonio cuando se encontraba vivo.

En cambio, la eficacia obligatoria resulta un dato más que seguro, y porque no decirlo: constante, de toda sucesión pues se presenta tanto en los supuestos en los que el testamento tuviere eficacia real, situación en la cual dicho efecto no tiene un valor autónomo sino como un imprescindible corolario instrumental con miras a la completa realización de los fines del fenómeno testamentario. Un ejemplo podría ayudar a esclarecer la situación, piénsese en una disposición testamentaria que otorga la propiedad de un determinado bien en favor de un sucesor, el cual por medio de su aceptación se tornará (de manera retroactiva a la apertura de la sucesión) en propietario del bien, sin embargo se requerirá que en algún momento tal bien sea entregado al nuevo propietario para lo cual se crea un deber correlativo en los otros sucesores de respetar dicha propiedad, la situación es aún más clara cuando un tercero que no forma parte de la sucesión se encuentra en posesión del bien o cuando el bien es parcialmente ajeno.

Así mismo, el testamento no es un sinónimo perfecto de adquisición *mortis causa* pues, como se sabe, existen otros negocios que tienen en la muerte de su autor (o, por lo menos, de una de sus partes) el motivo determinante de su realización y, en vista de tal circunstancia, sus efectos se encuentran supeditados a su acaecimiento. Por ello, se requiere una ampliación del concepto de adquisición *mortis causa*, en tanto se debe considerar que dicha noción no solo resulta útil para regular un fenómeno de sucesión (en sentido estricto) sino también en función a toda una amplia gama de negocios que ven en tal

(74) Al respecto, pueden consultarse una gran cantidad de materiales entre los cuales destacan, en nuestro ordenamiento jurídico, los trabajos de FERNÁNDEZ ARCE, César. *Código civil. Derecho de sucesiones*. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. p. 387; y, FERRERO COSTA, Augusto. *Tratado de derecho de sucesiones*. 6ta. edición. Lima: Grijley, 2002. p. 325. En un sentido más integral, posición a la cual nos adherimos con ciertas reservas, se pronuncia LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Derecho de sucesiones: Sucesión testamentaria*. Tomo II - primera parte. En: *Biblioteca para leer el Código civil*, dirigida por Fernando de Trazegnies. Volumen XVII. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996. pp. 37-40. Para una aproximación inicial véase MENGONI, Luigi y Francesco REALMONTE. *Disposizioni (atto di)*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen XIII. Milán: Giuffrè, 1964. pp. 189 y siguientes.

(75) BURDESE, Alberto. *Successione II Successione a causa di morte*. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Volumen XXX. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1993. pp. 11 y 12 (de la separata).

hecho el momento en el que se cumplirá su finalidad.

En tal sentido resulta necesario esclarecer las características particulares de la sucesión a causa de muerte respecto de otros fenómenos sucesorios (o, en un sentido más amplio, adquisitivos).

Según una autorizada opinión<sup>(76)</sup>, la sucesión no se presenta como un hecho jurídico sino como la calificación jurídica de una *fattispecie* adquisitiva. Teniendo ello en consideración es necesario exponer la clásica diferencia entre adquisición a título derivativo y adquisición a título originario.

Entendemos por adquisición a título originario como aquella caracterizada por el hecho que la situación jurídica “adquirida” tiene como presupuesto exclusivo un acto o comportamiento de este sujeto, motivo por el cual se suele sostener que es el mismo hecho el que determina la formación de la situación jurídica (ya sea un deber o un derecho).

Ahora bien, al encontrarse ausentes en la situación jurídica nueva cualquier vinculación con la posición de un eventual titular precedente se pone de manifiesto que tal adquisición difiere -en cuanto a su configuración formal- de la relación existente entre una situación antecedente y una situación sucesiva (o consecuencia), la cual es propia de la adquisición a título derivativo y es la que permite calificar a estas situaciones como la continuación de las situaciones jurídicas precedentes.

Tal identidad entre los contenidos de las situaciones jurídicas deben coexistir con el hecho de la vinculación entre el derecho o deber antecedente y el derecho o deber sucesivo, de manera tal que pueda ser calificado como una proyección del anterior.

Con todo lo señalado hasta este punto podemos concluir que las adquisiciones a título originario incluyen no solo a aquellas situaciones en las cuales nunca ha existido un titular anterior del derecho sino también a aquellas situaciones en las cuales habiendo existido un titular su derecho se ha extinguido mientras que, de manera correlativa, surge un “nuevo” derecho (el cual es distinto -aunque pueda tener un contenido idéntico-) en otra persona que no tiene vinculación alguna con la situación jurídica preexistente (piénsese en la usucapión)<sup>(77)</sup>.

Como es obvio la sucesión se encuentra al interior de las adquisiciones a título derivativo: esto es, la derivación de la situación jurídica depende de una situación jurídica antecedente por lo que se puede concluir que la primera es la continuación de la segunda.

Cuando afirmamos ello no nos apartamos demasiado de la posición tradicional del derecho sucesorio peruano, sin embargo debemos aclarar

que la sucesión no coincide de manera íntegra con la totalidad de las adquisiciones a título derivativo. En efecto, en ellos se pueden identificar dos subcategorías: las adquisiciones derivativo-traslativas y las adquisiciones derivativo-constitutivas. Teniendo en consideración lo manifestado hasta este punto, la sucesión (en sentido estricto) solo se puede presentar en las primeras, aunque debemos expresar a renglón seguido que la fuente principal de estos son los actos negociales de enajenación realizados por el titular del derecho o bien por su representante, pero no se agota en ellos pues ingresan también aquellas transferencias coactivas realizadas en cumplimiento de una resolución de algún órgano jurisdiccional e incluso las adquisiciones a *non domino*.

Luego, tradicionalmente se ha sostenido que en el ámbito de la sucesión se incluye a las adquisiciones derivativo-constitutivas o, de manera más general, de sucesión constitutiva. En función a ello es fácil concluir que este tipo de adquisición se forma un nuevo derecho sobre el mismo bien, el cual, en lo concerniente a su contenido, importa una compresión del derecho del transferente. Dicho de otra manera, el ejercicio del derecho del transferente sufre una limitación en la medida que sea necesario para que el derecho recién formado pueda ser ejercitado.

Sin embargo ello no significa que existe una división o repartición de las facultades que conforman el contenido de cierto derecho, lo cual queda evidenciado por el hecho que si existiese tal repartición se requeriría una retransmisión de las facultades lo cual no sucede dado que cuando se extingue el derecho menor el titular del “derecho-madre” no queda limitado por ninguna otra voluntad que no sea la suya. Los ejemplos más claros son los derechos reales menores sobre la propiedad o sobre otros derechos reales (por lo que impropriamente se los ha calificado de “derechos sobre derechos”).

Piénsese en el derecho de superficie el cual impone al propietario un límite a su posibilidad de ejercicio sobre el bien (y no una pérdida de las facultades correspondientes), límite que desaparece en el momento en el que se cumple su plazo de vigencia. Ello no significa que el propietario ha readquirido las facultades que conforman el derecho del titular de la superficie sino que, desde el momento de su extinción, los límites que maniataban el ejercicio de su derecho de propiedad no existen más por lo que nuevamente ostenta una plena libertad en su actuación.

(76) CARNEVALI, Ugo. *Successione I) Profili generali*. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Volumen XXX. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1993. pp. 3 y 4 (de la separata).

(77) Cfr. BETTI, Emilio. *Op. cit.*; p. 25.

Como se puede observar con facilidad en este tipo de fenómenos esta ausente una de las características esenciales del concepto de sucesión<sup>(78)</sup>: la identidad de contenido entre el derecho preexistente y el nuevo derecho, razón por la cual no puede existir una sustitución de sujetos en una misma situación jurídica sino más bien una concurrencia o superposición de ellas<sup>(79)</sup>.

Pero el testamento no es solo desde esta perspectiva un fenómeno jurídico con eficacia múltiple, resulta paradigmático en este aspecto la diversa cualificación efectual que sufre desde el mismo momento de su formación hasta el instante en el cual se verifica la muerte de su autor.

Como se ha tenido oportunidad de afirmar previamente el testamento, como negocio de última voluntad, se encuentra caracterizado por el hecho que la muerte de su autor se erige como el presupuesto lógico del negocio, por ello el testamento no produce efecto jurídico alguno respecto de terceros hasta que no se verifique la muerte de su autor.

La descripción del fenómeno propuesto se asemeja a las clásicas opiniones que han sido materia de crítica a lo largo del trabajo, en vista de ello resulta imprescindible que expresemos las razones que permiten a nuestra construcción una idónea comprensión del fenómeno testamentario.

Por un lado, resulta claro que en el testamento se presenta una separación entre el momento de su formación y en el que sus efectos se producen en la realidad. Como se recordará las dos explicaciones propuestas por la doctrina han sido la de sostener que estamos en presencia de un negocio sometido a una condición que suspende sus efectos o bien se trata de un negocio que requiere el cumplimiento de una *condicio iuris* de validez. Ambas teorías se han presentado como insatisfactorias, básicamente porque no pueden explicar la ausencia total de efectos jurídicos puesto que ambas presuponen aun la producción de ciertos efectos que tienen como objeto tutelar el interés del individuo sobre cuya esfera jurídica se despliegan los efectos del negocio.

La teoría que ve en el testamento la mera suspensión de los efectos del negocio no puede decir

como un negocio perfecto no autoriza a ningún sujeto el ejercicio de mecanismos jurídicos en procura de proteger su particular interés en que el cumplimiento de la condición no se vea frustrado por el accionar irregular del autor del negocio.

En cambio, la teoría que ve en el testamento un negocio que exige el cumplimiento de una *condicio iuris* de validez (y no solo como lo plantea Betti como una condición que otorga virtualidad al precepto) si esta en capacidad de explicar la inexistencia total de efectos pero no puede decirnos porque el testador se encuentra sometido a la carga de revocar una declaración previa cuando ello ya presupone la existencia y validez del negocio ni el porque la pérdida de capacidad del autor del negocio no afecta la validez del mismo.

Es por estos motivos que creemos que con razón se ha señalado que en el testamento la muerte se presenta como “un elemento que se ubica en el justo medio entre los conceptos de perfección y eficacia del acto: no es un elemento estructural del negocio, pero no es un simple requisito de su eficacia; es algo de menos que lo primero y algo de más que lo segundo”<sup>(80)</sup>.

Ello se evidencia de las dos características del testamento que han sido repetidamente aludidos: por un lado, la absoluta precariedad del negocio, dado el irrenunciable poder de revocación, no permite fundar expectativa jurídica alguna que justifique, que en el período que media entre la formación del negocio y el momento en que entran en vigor las disposiciones que se encuentran contenidas en él, habiliten el ejercicio de acciones de orden instrumental.

Por otro lado, la existencia del negocio jurídico resulta innegable por la propia exigencia legal de utilizar el mecanismo jurídico de la revocación para dejar sin efectos al testamento o bien para modificar su contenido.

En tal sentido queda claro que estamos en presencia de una verdadera y absoluta “irrelevancia”<sup>(81)</sup> del negocio frente a terceros hasta que no se produzca la muerte del *de cuius*<sup>(82)</sup>. Con ello se evidencia las limitaciones de la teoría negocial para explicar íntegramente las vicisitudes del fenómeno

(78) Resultan por demás ilustrativas las palabras del profesor NICOLÒ, Rosario. *Successioni nei diritti*. En: *Nuovo Digesto Italiano*. Volumen XII - primera parte. Turín: Utet, 1940-XVIII. p. 989, “así se puede excluir en general que se tenga sucesión en la hipótesis de la así llamada adquisición derivativa-constitutiva, en la cual, sobre la base de un derecho preexistente, se viene a crear una nueva situación jurídica que depende genéticamente de aquella originaria y tiene un idéntico objeto pero aquella tiene un contenido diverso, en la medida que sobre el mismo bien ambas situaciones vienen a coexistir”.

(79) Al respecto nos adscribimos a la opinión expresada por el profesor Freddy Escobar Rozas, quien señala, con absoluta claridad, que “la constitución supone la creación de un derecho nuevo, mientras que la transferencia supone la asignación de un derecho existente a un sujeto distinto de su actual titular”. ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Apuntes sobre la circulación de los derechos reales derivados*. En: *ius et veritas*. Año XV. Número 30. Lima. 2005. p. 168.

(80) GIAMPICCOLO, Giorgio. *Il contenuto atipico del testamento*. Milán: Giuffrè, 1954. p. 65; y de opinión semejante véase CRISCUOLI, Giovanni. *Testamento*. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Volumen XXXI. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1994. p. 20 (de la separata).

(81) BIGLIAZZI, Lina. *Il testamento*. En: *Trattato di diritto privato* al cuidado de Pietro Rescigno. Volumen VI. Tomo II. Turín: Utet, 1989 (reimpresión). p. 79; y, CRISCUOLI, Giovanni. *Il Testamento: Norme e casi*. Padua: Cedam, 1991. p. 147.

(82) Esta forma de apreciar los efectos del negocio de última voluntad no es privativa de los países del *civil law* sino que se presenta también

testamentario, por lo cual consideramos que en este extremo estamos en presencia de un verdadero negocio *sui generis*, en tanto debemos aceptar que el negocio testamentario posee una verdadera eficacia múltiple en tanto *ante mortem* solo generará efectos respecto del testador mientras que *post mortem* solamente producirá los efectos que le son propios y que evidentemente no vincularán al autor del mismo dado que ya no existe como sujeto de derecho.

##### 5. Sigue: b) El testamento como documento y como negocio

Otra cuestión que coadyuva a la interpretación que proponemos (vale decir el testamento como jurídicamente vinculante para su autor e irrelevante frente a terceros hasta que no ocurra la muerte del testador) es la propuesta de separar al testamento en dos componentes distintos.

Como se echa de ver el término testamento ostenta, esencialmente, dos acepciones diversas, las cuales atañen a entidades jurídicas muy distintas. Por un lado el significado de testamento como negocio que establece el reglamento del fenómeno sucesorio; y, por otro lado, el significado del término es sinónimo al de documento<sup>(83)</sup>.

Esta última acepción se encuentra tan ampliamente difundida que creemos no se requiere mayores explicaciones, bastará expresar la utilización del verbo "hacer" para aludir a la operación de la facción testamentaria ("hacer testamento"), lo cual resalta la materialidad de la conducta desplegada.

Un reflejo tangible de esta doble perspectiva del "documento-testamento" se puede aprehender con facilidad respecto del tema de la capacidad de obrar, la cual puede ser diversa en relación a los actos que en dicho documento pueden ser realizados. Piénsese en la capacidad exigida para el reconocimiento de hijo extramatrimonial<sup>(84)</sup>, acto que en nuestro ordenamiento jurídico es unánimemente

aceptado por la doctrina como una declaración que puede encontrarse contenida en un negocio de última voluntad, cuya exigencia es distinta de la requerida para realizar el "negocio-testamento". Con ello queremos demostrar que el documento puede ser inválido como testamento pero ello no implica que no pueda ser válido respecto, por ejemplo, del reconocimiento de hijo: si un menor de 14 años realiza un testamento y en el reconoce a un hijo extramatrimonial, el negocio testamento resulta claramente nulo en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 687, sin embargo el reconocimiento será válido.

Dejando a un lado la consideración formal antes expuesta pasemos a una de carácter sustancial, la cual muestra que como negocio solamente puede existir un testamento a pesar que se materialice (por una u otra vía)<sup>(85)</sup> en varios documentos, cada uno de los cuales solo es el soporte material del o de las voluntades expresadas en vida, pero que solo a la muerte surgen de manera compleja y coherentemente reunidas y sistematizadas en un único y orgánico cuadro (la denominada "unidad conceptual del testamento").

Como corolario de lo anterior podemos decir que: si bien el negocio solamente adquiere relevancia *mortis causa* los documentos individualmente considerados sí adquieren relevancia jurídica desde el momento mismo de su formación. Por ello, se puede hacer valer la destrucción de los documentos realizada ya sea por parte del testador (lo cual significaría su revocación) como por parte de un tercero (por atentar contra la esfera jurídica-patrimonial del testador) o iniciar acciones legales frente a su robo<sup>(86)</sup>; mientras que, en cambio, no se puede plantear la anulación de una de sus disposiciones debido a la existencia de un vicio de la voluntad, por vulnerar la legítima, etcétera; pues basta el ejercicio del poder de revocación del testador para extinguir tales vicios.

en los países del *common law*.

Al respecto véase BIGELOW, Melvin M. *Law of wills*. Boston: Little, Brown and Company, 1898. pp. 105 y siguientes; donde se evidencia que no existe la posibilidad que, en vida del testador, se generen algún efecto a favor o en contra de los sucesores. En tal sentido se sostiene que "[u]n testamento no tiene tal efecto; este no crea derechos durante la vida del testador, sin embargo la ley puede tratar al instrumento mismo, antes de la muerte del testador, como uno solemne y de importantes características, no pudiendo en más ser afectado por terceros como por instrumentos que confieran derechos actuales".

(83) En opinión de PALAZZO, Antonio. *Le successioni*. Volumen II. 2da. edición. En: *Trattato di diritto privato*, al cuidado de Giovanni Iudica y Paolo Zatti. Milán: Giuffrè, 2000. p. 626, "(e)l poder de revocación lo caracteriza a tal punto que es el criterio distintivo entre el testamento como negocio patrimonial atributivo de bienes y el testamento como documento que puede contener actos *mortis causa* no negociales y por tanto no revocables".

(84) Artículo 46. La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este.

Tratándose de mayores de catorce años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:

1. Reconocer a sus hijos.

2. Reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto.

3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.

(85) Con ello queremos hacer referencia a hipótesis de testamentos sucesivos, disposiciones *per relationem* y/o de facción discontinua.

(86) TATARANO, Maria Chiara. *Il testamento*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003. p. 28.

## 6. Sigue: c) ¿El testamento es un acto de autonomía de los particulares?

Si bien esta pregunta podría parecer ociosa, o incluso irrelevante, dado el casi unánime consenso entre los autores sobre la naturaleza negocial del testamento, por lo menos en lo que atañe a nuestro ordenamiento jurídico, la misma no esta exenta de interés ni, por muy sorprendente que pueda parecer, de dificultades.

El esclarecimiento del tema se complica, básicamente, por dos (2) factores: el primero de ellos ya ha sido recordado al inicio del presente trabajo (el escaso interés que ha suscitado el estudio del testamento desde la perspectiva negocial) y, el otro, atañe a la presunción de la naturaleza negocial del instituto dado que fue este uno de los baluartes en los cuales se escudaron los propulsores de la teoría del negocio jurídico para demostrar el poder<sup>(87)</sup> de los privados de regular sus intereses<sup>(88)</sup>.

Ambas razones, por sí mismas, descalifican esta manera de proceder pues evidencian un grado de conformismo con las soluciones existentes<sup>(89)</sup>, lo cual debe resultar extraño al espíritu de cualquier individuo que ostenta la calidad de investigador (o bien pretende ser digno de ostentarlo algún día) y ajeno a todo conocimiento humano.

Ahora bien, en el ordenamiento italiano existe una posición mayoritaria que se adscribe a la explicación negocial del testamento pero, a su vez, existen voces muy autorizadas que sostienen el carácter “no-negocial” del mismo. Antes de pasar a exponer las razones esgrimidas por cada bando debemos subrayar un hecho de la máxima relevancia: la existencia del artículo 1324 del *Codice Civile* el cual dispone que la normativa sobre el contrato en general puede aplicarse, con los límites de la compatibilidad<sup>(90)</sup>, a los actos unilaterales entre vivos con contenido patrimonial. Tal norma ha servido a los defensores de la teoría negocial para argüir el reconocimiento de la misma al interior de su texto legal, por el contrario, los opositores han visto en la misma la manifestación del rechazo de tal categoría pues el testamento no es un acto unilateral entre vivos.

A ello se ha respondido que la normativa sobre los contratos en general puede ser aplicada analógicamente a los testamentos, y ya no por la remisión del artículo 1324.

Teniendo en claro los motivos que impulsaron a la doctrina italiana a realizar las primeras propuestas negadoras del carácter negocial del testamento, pasemos a observar los resultados de tal aproximación.

Por un lado se sostiene que la declaración de voluntad testamentaria no posee una serie de caracteres propios de toda declaración negocial<sup>(91)</sup>, a saber:

a) La declaración de valor (que no se presenta solamente como una manifestación de la voluntad declarada frente a terceros sino que también posee como contenido el efecto que habrá de producirse) supone el carácter definitivo de la expresión de voluntad. Puesto que al producirse su exteriorización vincula a su autor con su contenido y ello contrasta con el carácter esencialmente mutable de la voluntad testamentaria hasta que no se haya verificado el evento de la muerte.

b) Un rasgo característico es que los sujetos sobre los que trata la regulación negocial realizada coinciden con los titulares de los intereses regulados. Por ello se dice que por el negocio jurídico los sujetos en general regulan intereses o asuntos propios, concluyéndose que la esencia de la autonomía de los particulares (*Privatautonomie*) reside, precisamente, en la identidad entre el sujeto del negocio y el sujeto del interés regulado, o bien en la coincidencia inmediata entre el interés regulado y el poder (y voluntad) reguladores.

Pero en el caso del testamento el interés del testador no es el interés regulado o disciplinado ya que aquel no existe cuando el negocio deja el estado de irrelevancia jurídica en el que se encontraba, por lo que mal se podría señalar que se regula el interés del testador dado que los efectos del negocio no recaen ya en el interés de persona alguna (a menos que se sostenga que el interés regulado sea el de los sucesores, caso en el cual se puede responder que el testamento solo da una dirección determinada

(87) Para una breve exposición de las distintas teorías que pretenden explicar el ejercicio de la “Privatautonomie”; ya sea como derecho, facultad o poder; véase CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Sulla “definizione del negozio giuridico come esercizio de un diritto soggettivo o di una facoltà o di un potere”*. En: *Rivista di diritto civile*. Año VII. Padua: Cedam, 1961. pp. 321 y siguientes.

(88) Cfr. DELLE MONACHE, Stefano. *Testamento: Disposizioni generali* (artículos 587-590). En: *Il Codice Civile: Commentario*, fundado por Piero Schlesinger y dirigido por Francesco D. Busnelli. Milán: Giuffrè, 2005. p. 4; quien señala que “la idea de la naturaleza negocial del testamento en ellos [se refiere a los autores de la Escuela Pandectista] era como si este acto individualizara en su tratamiento, e ilustrara la sistemática de los comportamientos humanos jurídicamente relevantes, las hipótesis típicas de las figuras particulares de negocio, como el negocio unilateral o el mortis causa”; y, LIPARI, Nicolò. *Op. cit.*; p. 24.

(89) LIPARI, Nicolò. *Op. cit.*; p. 50 *et passim*, posición que es criticada, a lo largo de todo su estudio, por el citado profesor italiano dado que es de la opinión que la doctrina ha asociado de manera automática y acrítica la inclusión del negocio de última voluntad al interior de la teoría del negocio. En tal sentido no se ha generado cuestionamiento alguno sobre tal decisión cuando el esclarecimiento de tal solución importa una serie de consecuencias jurídicas de no escasa importancia.

(90) CASELLA, Mario. *Negoziio giuridico (interpretazione del)*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen XXVIII. Milán: Giuffrè, 1978. p. 22.

(91) Cfr. TATARANO, Maria Chiara. *Op. cit.*; p. 24, quien sostiene que “(...) en el testamento, están ausentes dos de las características del negocio jurídico, esto es la producción de efectos en el propio patrimonio y la irrevocabilidad del vínculo”.

a la sucesión sin regularla dado que la misma opera *ex lege*). En consideración a ello se ha sostenido<sup>(92)</sup> que el testamento sería en realidad un reglamento que se impone a terceros, vale decir: un “hetero-reglamento”.

c) La declaración de voluntad que conforma un negocio jurídico posee un contenido específico en lo concerniente al efecto jurídico que debería de producirse en la realidad. En efecto, la declaración debe contener tanto el deseo de realizar dicha exteriorización de voluntad como el deseo de recibir los efectos jurídicos que de ella se deriven. Es por ello que se podría decir que la voluntad tiende tanto hacia un cierto efecto jurídico, por lo que deberá ser reconocido por el ordenamiento jurídico para la producción de aquello que fue deseado por el agente (lo cual no obsta la generación de los llamados efectos legales), sirviendo ella para dar contenido a aquella consecuencia jurídica<sup>(93)</sup>.

En cambio, en el negocio jurídico testamentario el efecto se produce con total prescindencia de la voluntad del testador. Por tal motivo se considera que ella no sirve para determinarlo sino, simplemente, para dirigirla hacia una cierta persona tal y como lo hace, dentro del mismo fenómeno, los grados de parentesco.

Dada la ausencia de estos caracteres se ha concluido, con total coherencia dentro de esta corriente de opinión, que el testamento no resulta subsumible en la definición de negocio jurídico<sup>(94)</sup> que observa en él una manifestación de “autorregulación de intereses”. Lo que resulta por demás interesante es que dicha conclusión es aceptada, hidalgamente, por los defensores de la citada teoría de la autorregulación de intereses y que, pese a ello, en nuestro país no haya existido eco de estas honestas confesiones.

Al respecto podemos mencionar a algunos de los más ilustres defensores de la teoría negocial como lo son los profesores Luigi Ferri y Renato Scognamiglio<sup>(95)</sup>. Las palabras del profesor Ferri resultan, a nuestro parecer, por demás esclarecedoras pues provienen de un estudioso del derecho de sucesiones y de la teoría del negocio jurídico; quien sostuvo que: “[s]e afirma que mediante el negocio jurídico las partes regulan intereses propios o asuntos propios y se concluye que la esencia de la autonomía privada reside en la identidad entre el sujeto del negocio y el sujeto del interés regulado, o en la coincidencia inmediata entre interés regulado y poder y voluntad reguladores”<sup>(96)</sup>; y, a continuación, “[e]l interés del testador no es el interés regulado o disciplinado en el testamento (...) el testamento, que está destinado a operar cuando el testador no existe ya, no puede regular sus intereses”<sup>(97)</sup>.

Con ello quedan evidenciadas las limitaciones de la teoría que observa en el negocio jurídico un fenómeno de “autorregulación de intereses”, en la medida que si el testamento es un negocio jurídico debe ser susceptible de ser definido bajo este criterio lo cual, como se echa de ver, es imposible; por ello solamente quedan tres caminos a considerar: el primero, negar la teoría que define al negocio de esta manera pues no logra llevar a una unidad la multiplicidad de fenómenos que se asocian con la teoría negocial; el segundo, negar la naturaleza negocial del testamento; y, finalmente, el tercero, sería negar la propia teoría del negocio dado que su finalidad última se ha revelado inalcanzable.

Como quiera que sea esta última opción ha sido negada desde el inicio de nuestro trabajo en la medida que confiamos en la utilidad de la categoría para describir la realidad jurídica. Ahora bien, las

(92) Cfr. LISERRE, Antonio. *Formalismo negoziale e testamento*. En: *Studi di diritto privato* dirigido por Arturo Dalmartello y Luigi Mengoni. Milán: Giuffrè, 1966. p. 181; CARRESI, Franco. *Recensioni al contributo alla teoria del negozio giuridico*. En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Año VI. 1952. p. 494; donde se sostiene que “observamos ante todo que el testamento ocupa en el sistema una posición, en modo alguno, singular en consecuencia de ello, que este no es el hecho causativo, la fuente de la vocación testamentaria, ya que también esta, como la vocación legítima, tiene por fuente la ley. Por tanto de este acto al menos no puede ciertamente sostenerse que implique un autorreglamento de los propios intereses o que con este el privado de ordene sus propios intereses, etc. en el sentido con el que se habla con referencia a los actos entre vivos”; y, RESCIGNO, Pietro. *Op. cit.*; pp. 136 y 205.

(93) Cfr. LARENZ, Karl. *Derecho Civil*. Traducción y notas de la tercera edición alemana por Miguel Izquierdo y Macías-Picabea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978. p. 422; quien señala que la generación de “efectos jurídicos” se presenta no solo porque el ordenamiento vincula estos al reconocimiento del negocio jurídico sino en la medida que los sujetos quieran producirlos.

(94) Cfr. DE FINA, Silvio. *Autonomía*. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Volumen IV. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988. p. 1 (de la separata); quien nos explica que el desarrollo de la teoría que emplea la voz autonomía parte de observar su empleo en el ámbito público, y luego adaptarlo al privado; es por ello que “(d)e aquí la exigencia dogmática de definiciones más comprensivas, destinadas a incluir en la ‘potestad de darse un ordenamiento’ el poder negocial”. Uno de los autores que con mayor solvencia realizó tal adaptación fue, sin lugar a dudas, BETTI, Emilio. *Autonomía privada*. En: *Novissimo Digesto Italiano*. Volumen I-II. Turín: Utet, 1958. pp. 1559 y siguientes; quien desde las primeras líneas emplea la definición antes citada; así mismo, PUGLIATTI, Salvatore. *Autonomía privada*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen IV. Milán: Giuffrè, 1959. pp. 366 y siguientes.

(95) SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Traducción de Leysser León. Lima: Grijley, 2004. p. 128; quien sostiene que el rasgo característico de la autonomía negocial radica “en el hecho de que los sujetos de la regulación que aquí se realiza coinciden con los titulares de los intereses regulados”.

(96) FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. p. 98; y en un sentido sustancialmente conforme véase BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. *Op. cit.*; p. 48.

(97) FERRI, Luigi. *Op. cit.*; p. 99.

opciones uno y dos se encuentran íntimamente vinculadas, al menos desde nuestra perspectiva, dado que si se acepta la actual definición de negocio es evidente que el testamento no sería tal pero si, en cambio, se redefine la misma el testamento mantendrá dicho carácter.

Llegados a este punto debe surgir la duda de si es necesaria la redefinición de la categoría y con ello esclareceríamos la ruta por la que se debería transitar en futuros estudios. Creemos que la respuesta es negativa dado a una de las más particulares características que ostenta nuestra legislación civil: la definición del negocio jurídico en clave “voluntarista”<sup>(98)</sup>. Este dato ineludible hace innecesaria una labor que pretenda redefinir al negocio jurídico pues ella resulta idónea para la descripción del fenómeno testamentario, al menos en un doble sentido:

a) La definición del negocio como “acto de autorregulación de intereses” tiene como presupuesto el conflicto de intereses entre los sujetos que conforman el negocio<sup>(99)</sup>, por ello resulta suficiente para solucionar todo inconveniente al interior de la relación contractual. Así mismo, lo cual ya ha sido denunciado por una autorizada y atenta doctrina<sup>(100)</sup>, nuestra regulación sobre el “acto” (o, para decirlo de manera correcta, de “negocio”) jurídico es una copia de la normativa italiana sobre contratos. Con lo cual la definición aquí criticada solamente observa a aquel fenómeno negocial considerado como el más importante: “el contrato”; la enorme trascendencia del contrato se puede percibir en cada alusión que se haga en torno al negocio y que contenga la palabra “parte”, “deudor”, etcétera; que resultan tan ajenos a los negocios unilaterales entre ellos el testamento.

Ciertamente la pertinencia de la adopción legislativa de una teoría no es algo que será defendido por

nosotros, sin embargo, es un dato que hay que recordar para no defender posiciones que no sean conciliables con el texto positivo. En vista de ello, aquel sector de nuestra doctrina que se adscribe a la definición de negocio<sup>(101)</sup> como “autorregulación de intereses” deberá de aceptar no solo la ausencia de su reconocimiento en las normas del Código Civil sino, y esto es lo más importante, que sus discursos se ubicarían en lo que “debería ser” en nuestro derecho, esto es: una discusión de *lege ferenda* y no una de *lege lata*.

b) Recordemos que fue la primera definición que describe al fenómeno negocial, siendo posteriormente caricaturizada<sup>(102)</sup> por un sector de la doctrina que le atribuyó una serie de afirmaciones que nunca fueron realizadas, y que si logró describir al testamento de manera integral con los negocios bilaterales. Algunos ilustres profesores pretendieron en cierta medida llegar a esta solución por medio de la división de la categoría en la que regirían principios diversos: en el ámbito propio del derecho de los contratos se desenvolvería la llamada “teoría de la confianza” mientras que en el ámbito testamentario lo haría la “teoría de la responsabilidad”. Esta posición no puede ser compartida pese a la innegable autoridad de sus seguidores puesto que si la teoría negocial es única, tal y como se alega, no pueden regir principios distintos en especies particulares del mismo (lo cual no significa que las soluciones deban ser las mismas sino que la descripción de la esencia del negocio solo pueda ser una y las soluciones de acuerdo a las particularidades del mismo si pueden ser diferenciadas) pues con ello solamente se abre la posibilidad de generar una “crisis” al interior de la categoría y, por otro lado, la “teoría de la responsabilidad” tampoco sirve para explicar el fenómeno testamentario<sup>(103)</sup> dado que ella también parte de la idea que existe una relación jurídica entre

(98) Afirmación realizada por LEÓN, Leysser. *Las malas lecturas y el proceso de codificación civil en el Perú: El acto jurídico, el negocio jurídico y la historia de una confusión*. En: *Proceso & Justicia*. Lima. 2001. pp. 121 y siguientes; el mismo autor, *Vigencia y papel central del negocio jurídico en la parte general del Código Civil*. En: *Advocatus*. 2da. época. Número 9. Lima. 2003. pp. 254 y siguientes; y, finalmente, el mismo autor, *La reforma del Código Civil vista en serio*. En: *Normas legales*. Tomo 327. Volumen II. Trujillo. 2003. pp. 3 y siguientes.

Tal posición ha sido ratificada por la opinión del profesor alemán SCHMIDT, Jan Peter. *Op. cit.*; p. 12, quien sostiene que el “acto jurídico” de acuerdo al “artículo 140 Código Civil peruano tiene principalmente el mismo significado que tenía el ‘Rechtsgeschäft’ en el momento de la entrada en vigor del BGB, porque este fue entendido como declaración de voluntad”, y a su vez, subraya que “[s]egún la doctrina mayoritaria, el BGB en principio sigue la teoría de la voluntad, aunque también recoge importantes aspectos de la teoría de la declaración”.

(99) Cfr. SCALISI, Vincenzo. *La revoca non formale del testamento e la teoría del comportamiento concluyente*. Milán: Giuffrè, 1974. p. 35; quien, en opinión que compartimos, sostiene que “la perspectiva de la autonomía negocial según el criterio del automando (autocomando) o del autorreglamento ha representado siempre, en cambio, el peligro opuesto de ser construida en función exclusiva de la disciplina del contrato”. Es más el certero juicio del profesor italiano no queda allí sino que incluso lo lleva a afirmar que la perspectiva aludida no ha alcanzado ningún progreso efectivo (p. 11).

(100) Cfr. León, Leysser. *Vigencia y papel central del negocio jurídico en la parte general del Código Civil*. En: *Advocatus*. 2da. época. Número 9. Lima. 2003. p. 259.

(101) Coincidimos con el profesor PUGLIATTI, Salvatore. *Finzione*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen XVII. Turin: Utet, 1968. p. 668, quien señala “se ha dicho que el negocio jurídico es «acto de autonomía privada». La fórmula por sí misma, no resulta muy perspicua”.

(102) Tal alusión es realizada por los profesores FERRI, Giovanni Battista. *El negocio jurídico*. Traducción y notas de Leysser L. León. Lima: ARA, 2002. p. 98, nota (54) y SACCO, Rodolfo. *La parte generale del diritto civile, 1 (Il fatto, L'atto, il negozio)*. En: *Trattato di diritto civile*, dirigido por Rodolfo Sacco. Turin: Utet, 2005. p. 357; y, de manera particular, pp. 363 y siguientes; quienes defienden, ciertamente desde distintos puntos de vista y por diversos motivos, la primera enunciación sobre la noción de negocio jurídico. Esta posición ya ha sido propuesta en nuestro medio por el profesor LEÓN, Leysser L. *Apuntes sobre el papel de la voluntad en los negocios jurídicos (con especial referencia a los contratos)*. En: *Estudios sobre el contrato en general*. 2da. edición. Lima: ARA, 2004; quien sostiene que el dogma de la voluntad solo puede ser rechazado en su más extrema versión (p. 900).

sujetos y que el destinatario merece un cierto nivel de tutela lo cual, como se ha visto, no se presenta en el testamento puesto que su autor: (i) tiene la más amplia libertad de modificar su voluntad por medio del poder de revocación; (ii) la interpretación de su voluntad no puede ser hecha considerando lo que el destinatario pudo razonablemente comprender, etcétera.

No obstante las consideraciones antes expuestas el testamento si resulta un acto de autonomía de los particulares, pues a las objeciones a la naturaleza negocial del testamento se le pueden oponer:

a) Si bien la voluntad del testador no despliega una función tan relevante como en los negocios "inter vivos" (ello en opinión de los especialistas en contratos, idea que evidentemente no compartimos) y en el resto de negocios *mortis causa* en la medida que debe enfrentar un número mayor, y con un alcance superior, de limitaciones legales al ejercicio de su autonomía (pero las mismas básicamente se centran en casos muy particulares), de ello no se puede concluir su irrelevancia.

La opinión que ve en el testamento solo una manera de encaminar la vocación sucesoria<sup>(104)</sup> no es, por sí misma, suficiente para negar la naturaleza negocial del testamento<sup>(105)</sup> pues en determinados ámbitos de la contratación el espacio que tienen los contratantes es sustancialmente pequeño pero a pesar de ello no se ha dudado en seguir considerándolo como una manifestación contractual, pues si bien se ha cedido en el aspecto de la configuración interna del negocio aún permanece incólume la libre elección de la persona por contratar y el momento en el que se hará (o no hacerlo).

Así mismo, y tal vez el criterio que destruye esta posición, se puede oponer que la voluntad del

testador cumple un rol un tanto subsidiario en los casos de institución de herederos legales pero no en el caso de los herederos voluntarios y legatarios pues aquí el *de cuius* determina por entero la vocación de los que lo sucederán.

En efecto, en estos casos de no existir una voluntad del causante no se produciría ningún efecto sucesorio (pues presupone la inexistencia de herederos legales) pues en este caso el Estado recibiría los bienes y en este supuesto existe un consenso acerca de la imposibilidad de hablar de una auténtica sucesión<sup>(106)</sup>.

b) Si bien resulta correcto afirmar que el interés del *de cuius* no es el regulado, de manera inmediata, por el negocio jurídico testamentario en la medida que cuando este resulta relevante la capacidad jurídica del testador ha decaído razón por la cual resulta imposible que aquel sea titular de interés jurídico alguno.

Sin perjuicio de lo anterior, la limitación antes referida se genera por la perspectiva acogida por los estudiosos de la denominada autonomía de los particulares. En efecto, se ha optado por centrarse en el sujeto destinatario de la regla privada, prueba de ello es la propia definición de negocio como aquel "acto de autorregulación de intereses privados", fundamentalmente por la preferencia en el análisis del contrato.

Es por este motivo que hay quienes sostienen<sup>(107)</sup> que se debe variar tal perspectiva privilegiando no al destinatario de la regla sino al autor de la misma<sup>(108)</sup>, vale decir, la autonomía de los particulares debe ser entendida como el acto que realizado por un privado produce reglas en el plano de la realidad jurídica. Con esta noción de autonomía de los particulares se

(103) DEGNI, Francesco. *Successione testamentaria*. En: *Nuovo Digesto italiano*. Volumen XII. primera parte. Turín: Utet, 1940-XVIII. p. 1093; quien, en este mismo sentido, sostiene que "[l]a teoría de la responsabilidad considera que, en general, deba prevalecer la voluntad real sobre la declaración, pero con el límite de que si la divergencia se basa en la culpa del declarante, mientras la persona a la cual se dirige la declaración de voluntad ignora o tenía razones para creer cierta la manifestación de voluntad esta debe prevalecer (...) [e]n materia de testamento, en cambio, no se puede tener dudas que deba prevalecer la voluntad del testador, justamente porque se trata de un acto unilateral, que no es dirigido a una determinada persona, y, por tanto, no existen legítimas expectativas de terceros por tutelar, ni puede imputarse al testador, por la naturaleza esencialmente gratuita del acto, cualquier responsabilidad".

De manera más reciente el profesor SCALISI, Vincenzo. *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*. Milán: Giuffrè, 1974. p. 43; también ha llegado a plantear la imposibilidad de emplear tal criterio al campo testamentario.

(104) Dicha posición es expuesta, si bien no compartida, por DE CUPIS, Adriano. *Successione testamentaria*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen XLIII. Milán: Giuffrè, 1990. p. 1379.

(105) Cfr. SCALISI, Vincenzo. *Il testamento come negozio: Il problema della natura giuridica del testamento*. En: *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al post moderno*. Milán: Giuffrè, 2005. p. 449.

(106) Las objeciones a sostener que el Estado puede erigirse como un auténtico heredero o, en todo caso, de sucesor se centran en el hecho que este se encuentra forzado a "aceptar" la herencia cuando es evidente que aquellos tienen la posibilidad de decidir entre repudiarla o no; cuando la fuente de la sucesión es la ley (como en este caso) se basa siempre en el parentesco o, en el caso del cónyuge, en la afinidad; se le tendría que reconocer la posibilidad de pretender la declaración de indignidad de otro sucesor que le impide adjudicarse los bienes del *de cuius*; se le tendría que otorgar la posibilidad de pretender el resarcimiento respectivo cuando el deceso del *de cuius* se deba a una hipótesis de responsabilidad civil; etcétera.

Al respecto véase CATTANEO, Giovanni. *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*. En: *Trattato di diritto privato* al cuidado de Pietro Rescigno. Tomo I. Volumen V. Turín: Utet, 1989 (reimpresión). pp. 380-382; y, en el Perú, FERNÁNDEZ ARCE, César. *Derecho civil: Derecho de Sucesiones*. Tomo III. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. pp. 1096 y siguientes.

(107) Cfr. DELLE MONACHE, Stefano. *Op. cit.*; pp. 45 y siguientes.

(108) La alusión puede ser percibida en la obra del profesor ROMANO, Santi. *Autonomia*. En: *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milán: Giuffrè, 1983 (reimpresión). p. 14; quien sostiene que "(e)n el significado más específico, que corresponde a su etimología y es aquello que aquí nos interesa, indica: subjetivamente, la potestad de darse un ordenamiento jurídico y, objetivamente, el carácter propio de un ordenamiento

describe a la integridad de los negocios "inter vivos" y a los negocios *mortis causa*, con particular incidencia en el negocio testamentario. Tal afirmación puede ser corroborado con el hecho que el "negocio de última voluntad", así como en los negocios "inter vivos", la regla es generada por un privado y que ella puede o no sujetar a los individuos que la generan<sup>(109)</sup>.

Estamos conscientes de la trascendencia de la posición adoptada pues ella significa rechazar la definición generalmente aceptada de *Privatautonomie*, sin embargo, no podemos dejar de percibir que la misma -al tener una vocación de describir universalmente las diversas manifestaciones de la categoría negocial- no puede dejar a un lado a la figura del negocio testamentario. De no explicarse el testamento se demostraría la limitación de la perspectiva asumida (que es la que aquí ha sido criticada) o, si se quiere, el error en la perspectiva elegida (ya sea por creer en el "negocio jurídico" o bien por "brindar una definición que no resulta lo suficientemente integradora").

Pero ello merece un estudio detallado e independiente, lo cual dejaremos para un trabajo posterior.

## 7. Conclusiones

1. La definición del negocio como "acto de autorregulación de intereses" se ha mostrado, a pesar de los esfuerzos de sus seguidores, como inidónea para describir la integridad de fenómenos negociales, en particular al negocio jurídico testamentario.

Más aún su empleo no brinda ningunas luces acerca de las peculiaridades del negocio jurídico frente a la diversidad de comportamientos realizados por los particulares.

2. Esta limitación se debe al hecho que la noción de autonomía ha venido centrándose en el destinatario de las reglas negociales.

Por tal motivo se debe variar de perspectiva tomando en consideración al autor de las reglas, para pasar a definir a la autonomía de los particulares como aquel poder jurídico que el ordenamiento brinda a los individuos para que ellos puedan establecer reglas por sí mismos.

3. El testamento implica un ejercicio de autonomía, entendida en el sentido antes aludido, pero a su vez

se presenta como un negocio *sui generis* al encontrarse caracterizado por su eficacia múltiple (perfecto y eficaz frente al testador desde el momento en que se exterioriza la declaración de voluntad pero absolutamente irrelevante frente a terceros hasta que no se suceda la muerte del testador).

Tal particularidad se debe al hecho que la muerte se erige en este negocio como el presupuesto lógico de las disposiciones en él contenidas, pese a ello el negocio resulta vinculante a su autor desde que es formado y hasta que suceda su muerte o bien decida revocarlo.

4. El negocio jurídico testamentario no es el único negocio *mortis causa* admitido en nuestro ordenamiento jurídico (piénsese en los *negocios trans mortem* y los negocios con efectos *post mortem*). Sin embargo, si es el único negocio de última voluntad que puede ser realizado por los particulares en ejercicio de su autonomía.

Prueba de ello se encuentra en la posibilidad otorgada a los particulares de generar una *donatio mortis causa*. La cual no resulta un contrato que implique un pacto sucesorio pues: (i) es expresamente recogido por el artículo 1622 del Código Civil peruano; (ii) carece de cualquier efecto sucesorio; y, de admitir tal aseveración; y, (iii) llevaría al absurdo de vetar otra serie de acuerdos de su misma naturaleza (ya sea un *negocio trans mortem* o un *negocio post mortem*) que son plenamente admitidos, tanto social como jurídicamente, en la actualidad y que resultan necesarios para la vida en sociedad pues poseen una racionalidad económica relevante.

5. La *donatio mortis causa* es un pacto admitido en nuestro Código Civil que posee las características de la libre revocabilidad y la posibilidad de sustituir a la persona del donatario.

Tales características se derivan tanto de: (i) los orígenes de la regulación de la materia (Derecho Romano Justiniano); (ii) los antecedentes legislativos de nuestra actual normativa (artículo 620 del Código Civil español); (iii) la ordenada y coherente interpretación de los artículos a los cuales el legislador peruano nos remite para la dilucidación de las particularidades de este contrato; y, en último lugar, (iv) los requisitos que deben estar presentes en un acuerdo para que no contravenga la prohibición de pactos sucesorios.<sup>AB</sup>

jurídico que individuos o entes se constituyen por sí, en contraposición al carácter de los ordenamientos que para ellos son constituidos por otros". Así mismo, puede verse claramente en el trabajo de la profesora italiana BIGLIAZZI GERI, Lina. *Delle Successioni testamentarie*. En: *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* al cuidado de Francesco Galgano. Bologna - Roma: Zanichelli Editore - Società Editrice del Foro Italiano, 1993. p. 48.

(109) Para dar solución a tal problema se creo el concepto de legitimación para hacer referencia al hecho que un sujeto no puede alterar la esfera jurídica ajena a menos que medie un encargo por parte de este último (por ejemplo, en la representación) pero no se puede utilizar la misma noción en el caso del contrato a favor de tercero, aquí se requiere la aceptación por parte del tercero para recibir el beneficio, de no brindarlo el negocio no se torna ni inválido ni ineficaz pues el contratante que deseaba el beneficio del tercero puede recibir tal utilidad.