

SUCESIONES Y TESTAMENTOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

«Debes saber desde ahora que tus
descendientes serán forasteros
en una tierra que no es suya».
(Génesis 16,13)

Verónica Zambrano Copello *

INTRODUCCION

El presente trabajo aborda algunos temas del Derecho Sucesorio dentro del ámbito del Derecho Internacional Privado, usualmente no tratados por la doctrina ius privatista con la profundidad que consideramos merecen a fin de determinar el contenido y el alcance de la categoría sucesiones tal como la concibe el Libro X de nuestro Código Civil de 1984.

La materia merece singular atención si consideramos la variedad de relaciones e instituciones jurídicas que surgen vinculadas a la apertura de la sucesión Mortis-*causa*, la cual podría dar lugar a algún tipo de confusión en relación a la calificación de cada una de estas instituciones y relaciones con el propósito de ubicarlas en la categoría correspondiente y determinar el factor de conexión aplicable.

En busca de este objetivo, se analizarán cada una de las disposiciones que el Código Civil de 1984 dedica a este tema, estudiando en cada situación cual es la ley aplicable y determinando finalmente el tribunal competente para conocer el fenómeno sucesorio como una relación internacional.

1. CONCEPTO DE SUCESION INTERNACIONAL

1.1 Presencia de un Elemento Vinculado a un Ordenamiento Jurídico Extranjero.

En nuestro ordenamiento jurídico, la sucesión internacional es aquella sucesión mortis causa que por contener un elemento vinculado a un ordenamiento jurídico extranjero, escapa del ámbito del derecho interno peruano, es decir, de la aplicación del Libro de Sucesiones del Código Civil, convirtiéndose por el contrario en materia del Derecho Internacional Privado.

* Abogada. Profesora de Derecho Civil 11 (Sucesiones) de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. **Derecho Internacional Privado**. Madrid: Ediciones Atlas, 1969, Tomo 1, p.243.

Como señala Adolfo Miaja de la Muela, el conflicto de leyes, de distintos Estados, tema central del Derecho Internacional Privado, se plantea siempre que surge en una relación jurídica, algún elemento conectado con un ordenamiento jurídico extranjero.¹ El Derecho Internacional Privado busca regular y estudiar en consecuencia todos aquellos actos, hechos, relaciones o situaciones en las que exista algún elemento extranjero o alguna nota de extranjerismo y que por tanto requieran de un tratamiento legislativo particular.² La Sucesión mortis causa no escapa a esta posibilidad, en tanto el causante, los sucesores y la masa hereditaria, no tienen necesariamente que encontrarse vinculados al ordenamiento jurídico de un mismo país, sino que muy bien podría distinguirse, entre estos elementos, uno conectado a un ordenamiento jurídico extranjero. No en vano señala Vicente Simó Santoja, «cuantas veces se permitió al extranjero transmitir su herencia se planteó el problema de saber qué ley debía regir tal sucesión».³

Conforme señala la doctrina, el elemento extranjero puede ser **personal** si se refiere a las partes, **real** si se refiere a la cosa objeto del negocio o **conductista** si, por ejemplo, las partes celebraron el contrato en el extranjero. Sin embargo, a efectos de ubicarnos en el ámbito del Derecho Internacional Privado, resulta importante anotar, como indican María del Carmen y Javier Tovar Gil que, «no se trata de cualquier elemento, sino de aquellos que sean relevantes.»⁴

Habrà pues que determinar qué elementos o factores merecen considerarse de importancia, y ello dependerà directamente de la situación o relación jurídica, frente a la cual nos encontremos en cada caso.

1.2 Elemento Relevante en la Relación Sucesoria

En el caso concreto de la sucesión habrá que preguntarse, qué elementos pueden considerarse con fuerza suficiente para que ésta se convierta en materia del Derecho Internacional Privado.

Consultando las más genuinas fuentes doctrinarias del Derecho Sucesorio, encontramos que los denominados elementos de la sucesión son los siguientes:

- I. El causante
- II. La herencia
- III. Los sucesores⁵

La importancia de estos elementos estriba en que la no concurrencia de alguno de ellos haría imposible la trasmisión sucesoria. Serán éstos elementos entonces, los que deberán encontrarse de alguna manera vinculados a un ordenamiento jurídico extranjero para «internacionalizar» la sucesión.

No obstante lo indicado, resulta de importancia determinar el modo por el cual estos elementos se encuentran vinculados a un ordenamiento jurídico extranjero. Y, no podría

2 GARCIA CALDERON, Manuel. *Derecho Internacional Privado*. Fondo Editorial de la Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 1969, p.14.

3 SIMO SANTOJA, Vicente. *Derecho Sucesorio Comparado*, Madrid: Editorial Tecnos, 1968, p.55.

4 TOVAR GIL, María del Carmen y Javier. *Derecho Internacional Privado*, Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, Lima, 1987, p.30.

5 LANATTA, Rómulo. *Derecho de Sucesiones*, Editorial Desarrollo, Lima, 1983. Tomo 1, p.20.

ser de otro modo si consideramos que un mismo elemento puede encontrarse vinculado desde distintas perspectivas tanto a un ordenamiento extranjero como al ordenamiento nacional. Podría suceder que causante o sucesores se encuentren vinculados al ordenamiento jurídico de determinado país extranjero en cuanto a su nacionalidad, pero en relación a su domicilio se encuentren vinculados al ordenamiento nacional. Así también, en relación a los bienes que conforman la masa hereditaria, podría suceder que hubieren sido adquiridos por un contrato firmado en territorio nacional, pero se encuentren ubicados en territorio extranjero. Debe determinarse qué aspectos se han de tomar en cuenta para considerar a un elemento como vinculado a un ordenamiento distinto al nacional. Interesará en este punto aquello que para el Derecho Internacional Privado sea relevante.

En relación al **causante y herederos** importa el **domicilio** de los mismos. Debe indicarse que dentro del tema de los factores de conexión, el nuevo código adopta al domicilio como un factor preponderante, esto es así porque se sostiene que «...se ajusta mejor a las realidades demográficas, económicas y sociales de nuestros países y porque ha sido expresa o implícitamente propugnada por gran número de especialistas en la materia». ⁶ Resulta por tanto coherente que sea, del mismo modo, el domicilio y no la nacionalidad lo relevante para otorgar a la sucesión su característica de internacional.

Debe hacerse una indicación importante en relación al domicilio de los herederos como elemento capaz de internacionalizar una sucesión y ésta viene dada por su aparente carácter relativo. En efecto, tanto en el caso del causante como en el caso de los bienes que conforman la masa hereditaria no hay duda alguna de que el domicilio en el primero o la ubicación en los segundos, constituyen un dato objetivo. En cambio, en relación al domicilio de los herederos la situación es distinta, en tanto como ya se ha señalado se trata «de una persona cuya calidad de heredero depende de la ley a determinarse». ⁷ Parecería que si se «internacionaliza» una sucesión porque el heredero «X» se encuentra domiciliado en el extranjero, al recurrir a la ley aplicable a la sucesión, podría suceder que no sea considerado heredero para esta ley. Sin embargo, esta supuesta amenaza no pasa de ser, entre nosotros, un mero ejercicio teórico, pues de suceder así, habría que concluir que la ley aplicable no era la del territorio donde se hizo la calificación y por ende que la ley personal del causante, que es la que usualmente rige la sucesión, no era tampoco la nacional. Si esto es así, bastará éste último hecho para «internacionalizar» la sucesión, no interesando ya, en la práctica, que el supuesto heredero en realidad no haya sido tal; la «internacionalización» será válida.

En cuanto a los **bienes** que conforman la masa hereditaria, interesa su **ubicación**, en tanto ha sido la doctrina **Lex rei situs** la aceptada mayoritariamente por los juristas del Derecho Internacional Privado. Esta doctrina señala que los bienes se rigen por la ley del lugar de ubicación. Así, a fin de evitar que cada uno de los bienes que integran una masa hereditaria se vean sometidos a distintas legislaciones es que se prefiere internacionalizar la sucesión a fin de encontrar una sola ley aplicable.

Conforme a lo indicado podemos concluir, siguiendo a la Dra. Delia Revoredo, que «... el lugar donde se ubican los bienes, el domicilio de los herederos y el domicilio del

6 REVOREDO de DEBAKEY, Delia. **Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil**, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980, Tomo I, p.175.

7 REVISTA DE LA ACADEMIA DIPLOMATICA DEL PERU. Lima, 1974, N°12, p.61.

causante, son elementos con suficiente fuerza e importancia para «internacionalizar la sucesión, bastando que no coincidan o que no se den todos en un mismo país».⁸

Para que una sucesión se considere internacional, el causante o alguno de los herederos, o en su caso legatarios, deberá encontrarse domiciliado, al momento de la apertura de la sucesión, en el extranjero, o en su defecto, alguno de los bienes que conforman la masa hereditaria deberá encontrarse ubicado en un país extranjero. No interesará que se trate de sólo un heredero o de un sólo bien frente a los demás elementos, que se encuentren todos domiciliados o ubicados en territorio nacional.

Quizá en este último supuesto podría parecer un tanto exagerada la solución de calificar a una sucesión de «internacional» sólo porque uno de los sucesores o uno de los bienes que conforman la masa hereditaria no domicilie o no se encuentre en el territorio nacional. Sin embargo, esto resulta explicable si consideramos que existe una proporcionalidad, en la participación que cada heredero tiene en relación a la masa, la cual debe ser preservada, no pudiendo sufrir alteraciones por la eventual aplicación de una ley foránea en relación a un sólo heredero o a un sólo bien.

2. NORMAS POR LAS CUALES HA DE REGIRSE LA SUCESION INTERNACIONAL.

De presentarse una sucesión internacional, las normas aplicables serán las reglas de conflicto que nos remitirán a la ley aplicable, la cual eventualmente podría ser peruana, mas no necesariamente.

Como se sabe, la regla conflictual no posee un contenido material, es decir, no deriva en un mandato, una prohibición o un permiso frente a un hecho concreto, sino que, como indica Miaja de la Muela, la consecuencia jurídica es aplicar a las materias comprendidas dentro de aquel supuesto una determinada ley, su misión no es resolver directamente una cuestión jurídica, sino remitir al ordenamiento que ha de proporcionar la solución.⁹

Las normas de conflicto, también denominadas de colisión, de conexión o de Derecho Internacional Privado,¹⁰ se encuentran principalmente en los tratados de derecho internacional aplicables al caso concreto, de haberlos, y en su defecto, en el Libro de Derecho Internacional Privado del Código Civil.

2.1 Determinación de la Ley Sucesoria

Hemos ya indicado que la norma por la cual ha de regirse una sucesión internacional es la norma de conflicto a fin de determinar la ley aplicable, sin embargo, en el caso de la institución hereditaria, el contenido de esta norma en cada legislación varía dependiendo de la visión formal o material que de ésta se tenga.

8 REVOREDO de DEBAKEY, Delia. «La Sucesión Internacional en el Nuevo Código Civil Peruano». EN: *Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem*, Lima: Cultural Cuzco Editores, 1986, p.378.

9 MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Ob. Cit.*, p.248.

10 Esta última denominación de las normas de conflicto, como normas de Derecho Internacional Privado, ofrece el inconveniente de excluir indirectamente otros tipos de reglas que dentro del Derecho Internacional Privado cumplen funciones auxiliares.

En efecto, existe discusión en cuanto al sistema que debe aplicarse para determinar la ley que debe regular la herencia. El problema principal de esta materia estriba en determinar si será una sola ley la aplicable a todas aquellas situaciones que tienen como presupuesto la muerte del causante o si será preciso liquidar cada una de éstas adscribiéndolas a distintos ordenamientos jurídicos. Goldschmidt comenta que según Lassalle se encuentran similares posiciones en la concepción clásica romana y el enfoque de los pueblos germánicos,¹¹ por lo que la discusión resulta de origen muy antiguo y ha dado lugar a la existencia de tres sistemas:

- a) Sistema de la pluralidad de sucesiones: aquí se opta por fraccionar la situación, correspondiendo a cada bien la ley del lugar de su ubicación o situación. Según este sistema se presentarán tantas leyes aplicables como tantos lugares haya en los que se encuentren los bienes del de cujus. Esta teoría se inspira en la adocina germánica en la cual la sucesión no es otra cosa que un nuevo reparto del patrimonio familiar y por ello no hay obstáculo en que cada bien se reparta en forma distinta a distintas personas.¹²
- b) Sistema de la unidad de la sucesión: este sistema aboga por considerar a todos los bienes comprendidos en la sucesión, sometidos a una sola ley, que será la ley personal del causante, ya sea la de la nacionalidad o la de domicilio. Esta teoría tiene origen en Roma, donde la sucesión era manifestación de la voluntad de la persona¹³ y, como consecuencia, la sucesión sólo podía ser una, por cuanto una persona no podía tener distintas voluntades contrapuestas que dieran origen a distintas sucesiones.¹⁴
- c) Sistema de división sucesoria: Se basa en la división de la herencia atendiendo a la naturaleza de los bienes, según se trate de bienes muebles o inmuebles. En el caso de los primeros se aplicará la ley personal del causante, y en el caso de los segundos se aplicará la ley territorial.

En la legislación latinoamericana encontramos que mientras el Tratado de Montevideo de 1889 y el complementario de 1940 acogen la teoría de la pluralidad; el Código de Bustamante postula la doctrina de la unidad sucesoria.

Nuestro Código Civil de 1936 se adscribió al sistema de la unidad sucesoria, considerando que la sucesión debía regirse por una sola ley. En este sentido, al suscribir el Tratado de Montevideo, el Perú formuló una reserva importante señalando que la ley aplicable a todo el régimen sucesorio era la ley personal del causante, consagrada en el artículo VIII del Título Preliminar.

El Código Civil actual ha seguido la línea del Código de 1936, estableciendo en el artículo 2100 el sistema de la unidad de la sucesión.

11 GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires: De Palma, 1985, p.358.

12 WEINBERG, Inés. «Sucesión Internacional». EN: *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, Tomo 1985-C (1985), p.1,204.

13 VICA, C.M. *Curso de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1975, Tomo II, p.7.

14 WEINBERG, Inés. *Ob. Cit.*, p.1,204.

Nos permitimos al respecto comentar que a nuestro parecer el sistema adoptado no presenta los problemas que pueden presentarse en aquellos sistemas que fraccionan la sucesión, ya sea en razón del lugar en que se encuentren los bienes o en razón de la ley que corresponda a cada bien según su naturaleza.

En efecto, en estos últimos puede presentarse el problema de que la sucesión quede sometida a normas contradictorias, pues dependiendo de la naturaleza del derecho transmitido, las leyes aplicables para cada caso podrían distinguirse tanto, unas de otras, que al incidir en aspectos generales como la administración o la partición de la masa hereditaria se originarían presupuestos imposibles.

Además, una segunda razón por la cual debe considerarse acertado el sistema de la unidad de la herencia adoptado en nuestro Derecho Internacional Privado es que, de este modo, se guarda coherencia con la posición adoptada en nuestro Derecho Sucesorio. En efecto, el artículo 663 del Libro de Sucesiones de nuestro Código Civil, señala que corresponde al juez del lugar donde el causante tuvo su último domicilio conocer de todos los procedimientos relativos a la sucesión. Esta norma, nueva en nuestro ordenamiento, que como bien indica José León Barandiarán no es una regla de Derecho Internacional Privado,¹⁵ resultaba necesaria ante el silencio guardado por el Código Civil de 1936. Y esto, porque como explica Goldschmidt la lucha entre unidad o fraccionamiento de la herencia no es ninguna controversia privativamente jusprivatista internacional, sino que por el contrario concierne al Derecho Civil.¹⁶ Así, dependiendo de la posición que se asuma en el Derecho Civil, sobre la institución hereditaria, se adoptará el principio de la unidad o del fraccionamiento; lo que interesa es que se mantenga el mismo ángulo visual en el Derecho Internacional Privado.

Resulta criticable que algunos ordenamientos jurídicos proclamen en la órbita de su Derecho Sucesorio el principio de la unidad y en su Derecho Internacional Privado, se afilien al sistema opuesto del fraccionamiento,¹⁷ ello no sucede en nuestro ordenamiento, que para todos sus efectos acoge el sistema de la Unidad.¹⁸

15 LEON BARANDIARAN, José. «Aportación de Rómulo Lanatta en el Código Civil en vigencia. EN: **Libro Homenaje a Rómulo Lanatta Guilhem**, Editorial Cusco, Lima, 1986, p.4.

16 GOLDSCHMIDT W. *Ob. Cit.* p.360.

17 *Idem*.

18 Creemos que ante el sistema adoptado cabe hacer una aclaración importante para evitar caer en errores sobre la naturaleza misma de la sucesión. La aclaración viene motivada por el hecho de que un sector de autores considera que la unidad sucesoria resulta aplicable por que la herencia es una universalidad patrimonial o jurídica (José León Barandiarán, «Aportación del Doctor Rómulo Lanatta en el Código Civil en vigencia». EN: **Libro Homenaje a Rómulo Lanatta Guilhem**, Editorial Cuzco, Lima, 1986 p.4). La afirmación de que la herencia es una universalidad jurídica es del todo errónea. No existe universalidad jurídica en la herencia. Puede atribuirse esta equivocada concepción al desarrollo de la Teoría del Patrimonio, preconizada por Aubry y Rau, que consideraron al patrimonio como algo distinto a los elementos que lo componían, con una propia identidad y entendiéndolo como un «universitas». Sin embargo, como señala La Faille, numerosos autores como Percerov, Plastara, Fadda y Bernza y Demogue, por mencionar algunos, han criticado esta teoría por sus inconvenientes, en tanto crea abstracciones independientes de la vida real (Héctor La Faille. **Curso de Derecho Civil**, Ariel, Buenos Aires, 1992, p.30). El patrimonio hereditario no tiene un identidad distinta a los derechos que lo componen sino es la suma de todos ellos. Por tanto, la universalidad jurídica sólo puede existir como una simple abstracción jurídica, sin correlato en la realidad, con la finalidad única y exclusiva de brindar un trato igualitario a todos los bienes que conforman la herencia. Es así como debe, entonces, ser comprendida la adopción del sistema de la unidad sucesoria, como la ventaja que supone la aplicación de

2.2 Ley Personal por la que se rige la Sucesión.

Habiendo señalado al Sistema de Unidad como el adoptado tanto por nuestro Código Civil de 1936, como por el de 1984, debemos ahora señalar cuál es la ley que este sistema designa como competente para regir todos los derechos y obligaciones materia de sucesión mortis causa.

El artículo VIII del Título Preliminar del Código de 1936 se limitó a indicar que se trataba de la ley personal, pero no indicaba si se refería a la ley nacional o a la ley del domicilio, dando lugar a posiciones contradictorias en la doctrina. Como indicaba el maestro José León Barandiarán, «Del propio texto del artículo VIII no hay elemento de juicio que permita dejar traslucir cuál es el sentido del mismo frente a la ideología planteada»¹⁹, es decir, domicilio o nacionalidad. En el mismo sentido, señalaba Alejandro Deustua A., refiriéndose a la interpretación del citado artículo que, continuaba «siendo origen de discordia entre quienes optan por la interpretación de tal ley como la del domicilio y aquellos que creen encontrar en el texto de este dispositivo la clara expresión de la ley nacional».²⁰ Sin embargo, mayoritariamente se aceptó que la ley aplicable resultaba ser la del domicilio del causante.

Por otra parte, siendo la sucesión un fenómeno que se presenta ipso-jure, coetáneamente con la muerte del causante, a pesar que el Código derogado no lo decía, era correcto considerar que el domicilio del causante que debía ser tomado en cuenta era el existente al momento de su muerte, y ello resultaba lógico, pues es del fallecimiento del cual arranca y deriva todo su régimen sucesorio.²¹

Nuestro actual Código Civil, en cambio, tiene la virtud de ser lo suficientemente específico como para no dejar lugar a las discusiones del pasado. El artículo 2,100 señala que la sucesión se rige, cualquiera que sea el lugar de la situación de los bienes, por la ley del último domicilio del causante. De este modo se opta como regla general, por el factor vinculante del último domicilio del causante para todos los casos de sucesión internacional, aún cuando el fallecimiento pudiera ocurrir eventualmente en país distinto.

La Ley de domicilio informa la célebre teoría de Savigny sobre conflictos de leyes, cuya substancia estriba en el «asiento de la relación jurídica».²² Savigny confiere al domicilio, el carácter de «sieve» o asiento jurídico de la persona y también de su patrimonio.²³ Se ha buscado con esto, la ley que mejor se ajusta a la realidad que rodea el fenómeno sucesorio en el momento y lugar en que se produce la apertura de la sucesión. María del Carmen y Javier Tovar Gil anotan entre otras, dos razones que nos parecen de sumo inte-

una sola ley a todos los aspectos jurídicos vinculados a determinada sucesión, pero sin ninguna consecuencia jurídica sobre la propia naturaleza del patrimonio hereditario.

19 LEON BARANDIARAN, José. *Comentarios al Código Civil Peruano*, Tomo IV, pág.80.

20 DEUSTUA A, Alejandro. «Ensayo de Interpretación del Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil». EN: *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Lima, Tomo IV, N°13, año 1944, p.214.

21 SIMO SANTOJA, Vicente. *Ob. Cit.* p.176.

22 PADILLA, Félix. *Las Sucesiones en el Derecho Internacional Privado*, Universidad Javeriana, Colombia, 1936, p.59.

23 SMITH, Juan Carlos. «Sobre la Conveniencia de la Pluralidad Sucesoria en nuestro Derecho Internacional Privado». EN: *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, 1981, Tomo 1981-C, p.1066.

rés para justificar la adopción del domicilio como factor de conexión, cuando señalan que «en muchos casos facilita tremendamente la correcta aplicación de la ley competente al hacer coincidir la ley aplicable con la *lex fori*, pues resulta normal que la mayor parte de las actividades de la persona se realicen en el lugar de su residencia»²⁴ y porque además «soluciona objetivamente las ambigüedades que surgen en torno al concepto jurídico de nacionalidad».²⁵ En este último punto podrían mencionarse los casos de apatridia o pluralidad de nacionalidades, que constituyen verdaderos problemas cuando el factor de conexión es el de la Ley de la nacionalidad.

Siguiendo a la doctrina mayoritaria puede concluirse que resulta acertado, especialmente en el marco del derecho de sucesiones, que sea la Ley del domicilio la aplicable para regular todos aquellos aspectos comprendidos en la sucesión internacional.

2.2.1 Alcances y Excepciones a la Aplicación de la Ley del Último Domicilio del Causante.

Si bien la Ley del último domicilio del causante resulta ser la norma general para regular todos los aspectos vinculados a la sucesión internacional, existen situaciones de excepción, en las cuales se evade su aplicación si dicha ley resulta ser extranjera.

Efectivamente, tanto el Código Civil de 1936 como el actual consideran determinados supuestos, vinculados a la sucesión internacional, en los que se rechaza de plano la aplicación de una norma extranjera, a pesar que ésta resultare ser la del último domicilio del causante.

Hemos ya indicado que durante la vigencia del Código Civil de 1936, según el artículo VIII del Título Preliminar, fue la ley del último domicilio del causante la encargada de regular la sucesión, sin embargo, existieron algunas excepciones al principio, que el mismo artículo VIII se encargó de señalar en su segunda parte. A su vez estas excepciones se encontraron expresamente normadas en los artículos 659, 660, 661 y 774 del indicado cuerpo legal. Por otra parte, nuestro actual Código Civil de 1984 contiene también una norma de excepción en el artículo 2101, la misma que encuentra sus antecedentes en la derogada legislación.

¿Qué es lo que lleva al legislador a establecer excepciones a la aplicación de una norma, que conforme al principio de unidad adoptado, debía regir para todos los aspectos referidos a la sucesión? Si atendemos a la naturaleza misma de toda norma jurídica, habría que reconocer que ninguna regla de derecho cubre íntegramente de manera idónea la variedad de supuestos que suelen presentarse en la realidad, y por ello surgen las excepciones que no son sino un modo de aplicar una norma específica a determinada situación particular. Sin embargo esta respuesta resulta ser demasiado evidente si no se presta atención a la naturaleza de cada una de las situaciones particulares que motivan la excepción. Los supuestos de excepción pueden dividirse en dos temas principales, que a continuación trataremos.

24 TOVAR GIL, María del Carmen y Javier. *Ob. Cit.*, p. 59.

25 *Idem.*

A. Protección a Peruanos y Extranjeros Domiciliados.

En el Código Civil de 1936, los artículos 650 y 660 se configuraban como disposiciones que buscaban proteger el derecho de los peruanos o extranjeros domiciliados, ya fueran éstos herederos o acreedores, en el caso de sucesiones abiertas en el extranjero. La finalidad de la norma era permitirles adjudicarse los bienes situados en el territorio nacional, en proporción y según el derecho que la ley nacional les otorgaba, en el caso que la ley extranjera les reconociera menores derechos. Estos artículos constituían la excepción a la que se refería el artículo VIII del Título Preliminar cuando establecía que se aplicaba la ley peruana a los nacionales o extranjeros domiciliados.

Actualmente, ambos artículos han sido suprimidos, pues al haberse optado por la ley del último domicilio del causante, resultaría injusto en nuestro sistema actual dar un trato distinto a determinadas personas en razón de su domicilio o nacionalidad. La Comisión estimó que en los casos mencionados no cabía un trato preferencial.²⁶ Además, existe una importante razón en relación al sistema sucesorio adoptado, para que la excepción haya sido eliminada, y es que un trato de ese tipo, no sólo quebranta la aplicación de la ley del domicilio sino que disloca el principio de la unidad sucesoria, que debe existir a fin que los sucesores puedan acceder, conforme a las proporciones que les reconoce la ley, al patrimonio relicto.

B. Situación en la que los Bienes deben pasar a un Estado Extranjero.

Los artículos 661 y 774 del Código Civil de 1936 se referían a la situación en la que la herencia se tornaba vacante por aplicación de una ley extranjera. Es decir, si conforme a esta ley extranjera, la sucesión quedaba diferida al Estado extranjero, en este caso, la ley peruana resultaba competente para regir la sucesión de los bienes existentes en la República. Ambas normas concordaban con el artículo VIII del Título Preliminar, que declaraba a la ley peruana como la competente cuando se trataba de una herencia vacante. El fundamento de esta excepción tuvo raíces muy antiguas, y se basó en el concepto de herencia vacante. Pascual Fiore señalaba, «... por más que algunas leyes consideran el derecho de recoger la herencia como un derecho de sucesión, no podrá decirse que el Estado llamado por ley nacional deba ser preferido, puesto que es uno de los sucesores; pero nosotros creemos que el fisco no sucede a título de heredero sino por derecho de ocupación, como para todas las cosas que no tienen dueño, cuyo derecho pertenece al dominio público, y se refiere al Estado en cuyo territorio se hallan los objetos».²⁷

Hoy la adopción de la figura de la herencia vacante ha sido deshechada por nuestro sistema sucesorio. Es indudable que el Estado ha desarrollado e incrementado a través de los años su poder de imperio, en virtud del cual ejerce soberanía en todo su territorio. Por este poder de imperio el Estado se autodenomina sucesor, cuando no existen herederos legales en la sucesión nacional, y cuando los bienes de una sucesión internacional, en virtud de la ley del domicilio del causante, deben pasar a un Estado extranjero o a sus institucio-

26 COMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISION DEL CODIGO CIVIL. *Exposición de Motivos y Comentarios*, 1985, Volumen VI, p.1021.

27 FIORE, Pascual. *Derecho Internacional Privado*, Nueva Biblioteca Universal, Madrid, 1978, N°402, p. 203.

nes. Así, el Estado ya no accede a una herencia vacante, sino que se convierte en un heredero más, llamado por ley.

La distinción entre la antigua figura de la herencia vacante y la moderna sucesión del Estado es notable. No es cierto lo indicado por algunos autores cuando manifiestan que aún cuando la ley extranjera califique al Estado como heredero, la figura de la vacancia de la herencia persiste.²⁸ No resultaría propio realizar un detenido paralelo entre ambas figuras a fin de descubrir sus principales diferencias teóricas y prácticas, bástenos citar al respecto la autorizada opinión de Doménico Barbero cuando reconociendo la diferencia entre ambos conceptos concluye que «No hay por tanto vacancia de la herencia cuando el Estado fuere llamado por vocación directa testamentaria o aún solamente sustitutiva».²⁹

A pesar que la figura de la herencia vacante en nuestro ordenamiento, ha sido sustituida por la de la sucesión del Estado, éste no sucede en otras legislaciones en donde todavía persiste la figura de la herencia vacante, es por ello acertada la redacción del artículo 2101 del actual Código Civil al establecer que «la ley peruana regirá la sucesión de los bienes situados en la República si conforme a la ley del domicilio del causante, ellos deben pasar a un Estado extranjero o a sus instituciones». Con esta redacción se cubren ambos supuestos, es decir, tanto si el Estado extranjero accede a la propiedad vía sucesión o vía declaratoria de vacancia de la herencia.

En otras palabras, el artículo indica de modo imperativo que ante el supuesto que un Estado extranjero deba acceder a la propiedad de bienes ubicados en el territorio nacional, la ley peruana será la competente, no importando lo que señale la ley del último domicilio del causante. La norma peruana será la llamada a señalar, quién será el heredero sobre esos bienes. De no existir herederos legales conforme al artículo 816 del Código Civil y tampoco herederos testamentarios o legatarios, la norma aplicable será la contenida en el artículo 830 del Código Civil actual, que se refiere también al caso en que el causante hubiere estado domiciliado en el extranjero. En este caso los bienes pasan al Estado peruano, por intermedio de la Beneficencia Pública de la capital o de su correspondiente organismo si se tratara de predios rústicos.

En relación al artículo 2101, la Doctora Revoredo ha señalado que la excepción no opera si el Estado es llamado como heredero testamentario, es decir, por voluntad del testador.³⁰ Al respecto, María del Carmen y Javier Tovar han señalado que a pesar de que la intención del legislador ha sido la de no comprender en los alcances del artículo 2101 a la trasmisión hereditaria de bienes por disposición testamentaria; ello en su opinión, no resulta plasmado en el texto del Código.³¹ Esta opinión nos llevaría a concluir que a pesar de ser el Estado extranjero el llamado como heredero voluntario, igualmente heredería el Estado Peruano si los bienes se encontraran en el Perú. En nuestra opinión, sin embargo, esta postura resulta incertada, pues el artículo 2101, indica claramente que la excepción se da

28 TOVAR GIL, María del Carmen y Javier. *Ob. Cit.*, p.329. Véase también REVOREDO de DEBAKEY, Delia. *Ob. Cit.*, p. 386

29 BARBERO, Domenico. *Sistema de Derecho Privado*, Ediciones Europa América, Buenos Aires, 1967, Tomo V, p.77, 78.

30 REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. *Ob.Cit.*, pp.386 - 387.

31 TOVAR GIL, María del Carmen y Javier. *Ob. Cit.*, p.330.

si, conforme a la ley del domicilio del causante, ellos deben pasar a un Estado extranjero. No interesa si como sucesor legal o por declararse vacante la herencia. Sin embargo, se establece claramente que debe ser la ley la que lo señale, es decir que se tratará necesariamente de una sucesión legal y por tanto no podrá ser la voluntad del testador la que, bajo circunstancia alguna, designe al Estado extranjero como heredero. De darse esta última hipótesis, definitivamente será el Estado extranjero quien accederá a la propiedad de los bienes a pesar de la ubicación de éstos dentro del territorio peruano, ya que la norma no cubre esta posibilidad.

3. ASPECTOS COMPRENDIDOS EN LA CATEGORÍA «SUCESSION» DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

3.1 Generalidades

La sucesión es considerada en nuestro ordenamiento como una categoría dentro del Derecho Internacional Privado, a la que le corresponde una norma de conflicto que a su vez será la que nos remita a la legislación aplicable.

Sin embargo, resulta imperativo determinar qué aspectos o situaciones se sujetarán a la norma de conflicto de las sucesiones, es decir, qué comprende concretamente el término sucesión, dentro del Derecho Internacional Privado.

Clemente De Diego señala «La muerte del sujeto de derecho no extingue el mundo de relaciones jurídicas de que era portador en vida; y puesto que subsiste, plantea el problema de su suerte ulterior: quien y cómo haya de recogerle».³² Podría pues afirmarse, en una primera instancia que al Derecho Sucesorio le corresponde regular la transmisión de todas aquellas relaciones jurídicas de las que en vida el causante fué titular.

Trasladando el concepto de Sucesión al terreno del Derecho Internacional Privado, encontramos que el concepto no debe ser menos amplio, es decir, deberá comprender todos aquellos derechos u obligaciones que se encuentren vigentes al momento de la muerte del causante, en cuanto a los efectos jurídicos de su transmisión mortis causa, así como en relación a la trasmisión misma.

La categoría «sucesión» comprenderá la transmisión de todos aquellos derechos y obligaciones originados en actos que alguna vez se celebraron en vida del causante, interesando verificar si la transmisión se produjo de conformidad con la legislación aplicable, así como los efectos de la misma. La categoría «sucesión», en cambio, no comprende los aspectos vinculados a la eficacia misma o validez de cada uno de los actos que dieron origen a los derechos u obligaciones transmitidos, pues será el estatuto que rige para cada uno de estos actos, el encargado de determinar la ley aplicable a cada caso.

Para ejemplificar lo señalado, podemos decir que si imaginamos a un causante domiciliado en el país «A», que en vida celebró un contrato en el país «B», para ser cumplido conforme a las leyes del país «C», al momento de su muerte, sólo podrá comprenderse

32 DE DIEGO, Clemente. *Instituciones del Derecho Civil Español*, San Martín, Madrid, 1959. p.13.

dentro de la categoría sucesiones la transmisión de las obligaciones generadas por el contrato. En consecuencia, si la ley aplicable a las sucesiones fuere la del domicilio, la ley elegida será la del país «A», y sólo podrá analizarse, si conforme a la legislación de este país, procede o no la transmisión mortis causa de los derechos u obligaciones originados en el contrato. No podrá ser aplicada la ley del país «A» en todos aquellos aspectos referentes a la celebración del contrato, ni en lo relativo al cumplimiento de los efectos del mismo, pues estos dos últimos aspectos se ubican en otras categorías del Derecho Internacional Privado, distintas a la de sucesiones.

Así, la transmisión misma de derechos reales y obligaciones, sería la primera institución contenida dentro de la categoría «sucesiones» y aunque resulta ser la más importante no es la única.

En efecto, existen una serie de figuras jurídicas como son las acciones reales del derecho sucesorio, la aceptación o renuncia de la herencia, la representación, el contenido y los efectos de los testamentos, el albaceazgo o administración de la herencia, la partición, la colación, la indivisión, el pago de cargas y el pago de deudas, entre otras, que van a encontrarse comprendidas también, dentro de la categoría «sucesiones», puesto si bien no son objeto de transmisión son instituciones propias de nuestro derecho sucesorio por encontrarse directamente vinculadas al fenómeno de la transmisión mortis causa.

En cambio, las cuestiones previas a la sucesión, como por ejemplo la validez de un matrimonio, para determinar si el causante es tal o no, o la validez de una obligación, para determinar si esta es o no parte del acervo hereditario, no se encuentran comprendidas dentro de la categoría sucesiones y por tanto no se rigen por la ley del último domicilio del causante, sino por sus propias leyes, conforme a la categoría en la que se encuadren. En otras palabras, tomando el primer ejemplo, una cosa es si una persona es cónyuge del causante y otra si un cónyuge del causante es llamado a la sucesión y, en caso afirmativo, en qué proporción.³³

Pareciera muy sencillo determinar qué figuras legales corresponderán al ámbito de la sucesión internacional, pero ello no es así. A menudo tropezamos con figuras que parecieran tener una doble naturaleza, como por ejemplo el caso de la sucesión contractual, donde se presenta el problema de determinar si «¿...es cuestión sucesoria o es cuestión contractual?»³⁴

Aquí la solución al problema debe ser compartida, pues como antes ya hemos expresado, al aspecto sucesorio importa todo aquello vinculado a la transmisión misma o a la situación de la herencia luego de producida esta transmisión. En cambio, el conocer si la obligación contraída se celebró mediante un tratado conforme con el ordenamiento legal, es un aspecto que interesará a la categoría que impere sobre esa obligación y por tanto a la ley a la cual ésta se encuentre sometida. Así, la Ley del último domicilio del causante sólo se limitará a determinar si es posible o no la transmisión hereditaria, en virtud de un pacto sucesorio. En el caso del pacto sucesorio, la situación es particular, pues los efectos del

33 GOLDSCHMIDT, Wemer. *Ob. Cit.* p.379.

34 REVOREDO de DEBAKEY, Delia. *Ob. Cit.* p.380.

contrato y la transmisión mortis causa coinciden, en tanto justamente ésta se constituye como objeto del contrato.³⁵

Por tanto, sin proponérselo, la ley que rige la sucesión resultará siendo también la aplicable para regir los efectos de un Pacto Sucesorio.³⁶

Imaginando que la ley aplicable a la sucesión resultara ser la peruana, definitivamente no podrá acceder a la sucesión aquella persona que hubiera contraído un pacto sucesorio, pues nuestra ley considera que los contratos que tuvieran este objetivo deberán considerarse nulos, conforme lo establece el artículo 1405 del Código Civil, a la par que prohíbe la aceptación de una herencia futura en el artículo 678 del mismo cuerpo legal.

Concluyendo, la categoría de las sucesiones en Derecho Internacional Privado, incluye la transmisión de todos aquellos bienes, derechos y obligaciones dejados por el causante, así como el desarrollo desde el momento mismo de la muerte de todas aquellas instituciones comprendidas dentro del tema del Derecho Sucesorio.

35 LEON BARANDIARAN, José.

36 En el caso de existir un pacto sucesorio, habría que suponer que el mismo se realizó en el extranjero, al amparo de una legislación que si lo permite, como podría ser el caso de la legislaciones de países como Austria, Alemania, Suiza, Suecia, Finlandia o Dinamarca. De haberse realizado en el Perú resultaría nulo, al amparo del artículo 1405, que expresamente prohíbe la figura.

Suponiendo que se realizó, no en el Perú sino dentro del ámbito de aplicación de alguna de las legislaciones antes mencionadas, deben de analizarse dos aspectos importantes, cuales son validez y efectos jurídicos.

En relación a su validez habrá a su vez, que observar si cumplió con todos los requisitos para su otorgamiento. En este punto la categoría jurídica de Derecho Internacional Privado, en donde se ubica este aspecto, es la de la forma de los actos jurídicos, normada en el artículo 2094 del Código Civil y no la de sucesiones.

El citado artículo señala que será la ley del lugar en que se otorga un acto jurídico la que regirá su forma, pero además agrega a la ley que regula la relación jurídica objeto del acto como una segunda posibilidad. Cualquiera de las mencionadas resultará ser la aplicable. Sin embargo, el último supuesto no podría darse en el caso que se presentara una sucesión contractual donde la transmisión fuere a realizarse conforme a las leyes peruanas. Puesto que como ya se ha indicado la transmisión se configura como la relación jurídica objeto del acto, por lo que no puede concluirse que sea la ley peruana la encargada de determinar la forma que debe revestir una sucesión contractual otorgada en el extranjero, ya que nuestra ley nacional no prevee forma alguna para los pactos sucesorios por considerarlos nulos.

Resulta interesante, en cambio, observar el primer supuesto del artículo 2094, que aplicado a la sucesión contractual nos llevaría a concluir que si el pacto sucesorio se realizó respetando las normas establecidas por la ley del lugar de su otorgamiento, será perfectamente válido, no pudiendo ser atacado desde esta posición por la ley peruana, puesto que no sería la aplicable.

Situación similar se presenta en relación a todos aquellos aspectos vinculados a la celebración del pacto sucesorio que deberán ser observados conforme a la ley prevista para el acto jurídico en el momento de su otorgamiento, es decir, la ley del lugar de celebración.

En relación a los efectos jurídicos del pacto sucesorio, la situación cambia pues la elección para determinar a qué categoría pertenece no es tan simple, presentándose la opción entre la categoría de las obligaciones contractuales y la categoría de las sucesiones.

A nuestro parecer debe indagarse por el principal efecto jurídico del pacto sucesorio y la respuesta a esta interrogante será la sucesión mortis causa. La sucesión, entendida como transmisión de derechos y obligaciones con motivo de la muerte, es el efecto que tipifica y sustenta toda la teoría de los pactos sucesorios. Lo que caracteriza a un pacto sucesorio es su objeto, y este objeto es la transmisión por causa de muerte. Pero resulta que para las transmisiones por causa de muerte el Libro de Derecho Internacional Privado contiene una norma específica en el artículo 2,100. Por tanto existiendo una norma especial sobre sucesiones ésta debe primar sobre la general del artículo 2095 que es aplicable a cualquier otra obligación. Se aplicará entonces a los efectos del pacto sucesorio la ley establecida para la categoría de las sucesiones, es decir, la ley del último domicilio del causante y no la de las obligaciones.

3.2 Aspectos Comprendidos en la Categoría Sucesión en el Código Civil de 1936

El artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 se refería al tema que nos ocupa, pero solo mencionaba «los derechos de los herederos y la validez intrínseca del testamento». A su vez, en la segunda parte del citado artículo, así como en los artículos 659, 660 y 661 se hacía alusión a los derechos de los herederos y acreedores peruanos o extranjeros domiciliados en el Perú y a la herencia vacante, pero no como situaciones que podían presentarse en una sucesión internacional, sino por el contrario, como supuestos en los que procedía de plano la aplicación de la ley peruana, como antes ya lo hemos indicado.

Puede afirmarse que el término sucesión en el Código derogado solo comprendía los derechos de los herederos, es decir, su concurrencia y participación y la validez intrínseca del testamento, esto es, la eficacia de su contenido, excluyendo el aspecto formal del mismo.³⁷

Por lo tanto, la fórmula del artículo VIII del Título Preliminar, resultaba incompleta ya que, como indicó el Dr. Rómulo Lanatta, «no cubría todos los aspectos de la sucesión».³⁸ No se logró pues el propósito del legislador de 1936 de enumerar en frases suficientemente comprensivas, todos los aspectos de la sucesión.

3.3 Aspectos Comprendidos en la Categoría Sucesión en el Código Civil de 1984

El actual Código Civil se refiere a la sucesión en sentido lato. Si el Código de 1936 tuvo el defecto de resultar incompleto en el referido artículo VIII del Título Preliminar, quizá al Código Civil actual pueda criticársele por el contrario el ser demasiado amplio, en el artículo 2100, como para no haber introducido expresamente ninguna excepción.

Esta crítica debe considerarse válida, si tomamos en cuenta que el artículo 2100 citado, al referirse a la sucesión, remite directamente a considerar comprendidas en esta acepción todas aquellas instituciones que nuestro Derecho consagra como partes de la misma, en el Libro de Derecho de Sucesiones peruano, ya que indiscutiblemente el término «sucesión» las comprende. Sin embargo, ello no es correcto, pues existen determinados aspectos que a pesar de ser tratados como temas del derecho sucesorio peruano, no deben considerarse dentro del concepto de «sucesión» del artículo 2100.

Puede afirmarse que toda relación o situación jurídica que por su propia naturaleza preceda a la muerte del causante no debe regirse por la ley que rige la sucesión internacional necesariamente, sino que debe buscarse una ley aplicable conforme al contexto en el cual ésta debe ser apreciada.

En torno a este tema, la multiplicidad de situaciones que pueden presentarse vinculadas a la apertura de una sucesión, convierten en tarea inútil el intento de una enumeración taxativa de las mismas. Sin embargo, interesa la advertencia, por cuanto rompe con la idea

³⁷ LANATTA, Rómulo. *Ob. Cit.* Tomo 1, p. 225.

³⁸ *Idem.*

equivocada de que toda institución sucesoria deba regirse siempre por la ley que la norma de conflicto del Derecho Internacional Privado designe para las sucesiones.

Existen muchas excepciones no enumeradas en la ley, en la medida que existen temas del derecho sucesorio, que al materializarse en casos concretos, escapan a la ley del último domicilio del causante. Por señalar algunos casos que consideramos importantes, podemos mencionar a la apreciación de las causales de indignidad y desheredación, a la capacidad, a la revocación y formalidades de los testamentos, entre muchos otros.³⁹

4. CAPACIDAD SUCESORIA

4.1 Generalidades

La capacidad tiene dos dimensiones, activa y pasiva.⁴⁰ La activa se encuentra referida a la posibilidad de transferir el propio patrimonio por causa de muerte y la pasiva a la posibilidad de suceder en el mismo.

En nuestro ordenamiento, ambas capacidades se rigen por la norma del artículo 2070 del Código Civil, que señala como aplicable la ley del domicilio del agente. De este modo, tanto la capacidad del causante como la del heredero se regirán por las leyes de sus respectivos domicilios.

4.2 Capacidad para Heredar

El concepto de capacidad diferido al heredero ha perdido importancia, pues en el derecho moderno, se admite sin discrepancia que no hay persona que no sea capaz de suceder.⁴¹ El concepto de capacidad para heredar ha sido asimilado equivocadamente en muchos casos al de otras figuras jurídicas como la de la indignidad,⁴² a la desheredación o al hecho de no tener un mejor derecho hereditario en determinada sucesión. Sin embargo, ninguna de estas figuras se asemeja siquiera al concepto de capacidad.

La capacidad para suceder es paralela a la capacidad de goce, la tienen todos los seres humanos por el simple hecho de existir, en cambio, la capacidad para reclamar o defender dicho «status» se encuentra dentro del concepto de capacidad de ejercicio.⁴³ Conforme al artículo 2070 ambos tipos de capacidad se rigen por la ley del domicilio del heredero, sin embargo, no basta ser capaz para heredar, sino que conforme a la ley que rige la sucesión se deberán cumplir con otros requisitos. Es decir, la ley del último domicilio del causante determinará si aquella persona capaz de suceder tiene vocación hereditaria y si no se encuentra incurso en alguna causal que impida su sucesión. En este último caso, será la ley de la sucesión la que regirá el cumplimiento de los requisitos para suceder.

39 Sobre los temas mencionados nos ocuparemos en los siguientes puntos de este trabajo.

40 SIMO SANTOJA, Vicente. *Ob.Cit.*, p.245.

41 VALVERDE, Emilio. *El Derecho de Sucesión*, Lima. 1951, p.229.

42 El Código Civil de 1936 cometía este error. Véase ECHECOPAR, Luis. *Derecho de Sucesiones*, Lima, 1950, p.53.

43 SIMO SANTOJA, Vicente. *Ob.Cit.*, p.195.

Causales de Indignidad y Desheredación

Si bien la indignidad y la desheredación no son propiamente temas vinculados a la capacidad del testador interesa tratar el tema por la relevancia que ambas figuras presentan en relación al llamamiento de un heredero.

En cuanto a la apreciación de las causales de indignidad y desheredación, la ley aplicable no debe ser la que rige a la sucesión al momento de la muerte del causante sino, aquella que hubiere regido la sucesión en el momento en el que se cometió el acto previsto como causal.

La razón de esto es que la indignidad sucesoral, así como la desheredación deben aplicarse de modo restrictivo. La doctrina señala que la indignidad es una excepción, una pena establecida en el interés privado del de cujus y de sus herederos y sus causales no pueden ser otras que las limitativamente consignadas como tales en los preceptos sustantivos que las configuran.⁴⁴ Por tanto, no resultaría coherente con la naturaleza de ambas figuras el que luego de fallecido el causante, la separación de un heredero de la sucesión, ya sea por desheredación o por indignidad, dependiera de un criterio aleatorio, es decir, de cuál será la ley aplicable al momento de la muerte del causante.

Para ejemplificar la situación, imaginemos el caso del Sr. «B» que bajo el imperio de una legislación extranjera impide dolosamente que su futuro causante otorgue testamento. Imaginemos también, que en ese momento la ley aplicable a la sucesión no consideraba este acto como causal de indignidad. Posteriormente, el futuro causante varía su domicilio a territorio nacional y muere ¿Qué ley rige la sucesión de este causante? Conforme a nuestras normas de derecho internacional será la ley peruana, sin embargo, esta ley no entrará a calificar el acto cometido por el Sr. «B» como indigno. La ley aplicable a la indignidad será aquella que hubiere regido la sucesión si el causante hubiere fallecido en el mismo momento en el que se cometió la causal, es decir, la ley extranjera. Pero como ya indicamos, en este ejemplo, esta ley no consideraba el impedimento doloso de testar como causal de indignidad, por tanto el Sr. «B» no podrá ser declarado indigno. La solución habría variado de considerar aplicable a la indignidad, la ley que rige toda la sucesión, pues esta ley hubiere sido la peruana y ella sí considera como causal de indignidad en el artículo 667, inciso 4, del Código Civil la acción cometida por el Sr. «B», por lo que éste sí hubiera sido separado de la sucesión.

Debe sin embargo subrayarse que serán sólo las causales de indignidad o desheredación las que deberán ser apreciadas conforme a la ley aplicable al momento en que se cometió la causal, cualquier procedimiento posterior a la muerte del causante, tendiente a hacer efectiva la exclusión de un heredero se regirá por la ley de la sucesión.

El mayor inconveniente, sin embargo, del criterio desarrollado es que de la interpretación del Código Civil no se desprende que sea nuestra posición la adoptada por el legislador. Por el contrario, habría que concluir desde una interpretación literal, que la norma del artículo 2100 será la aplicable a todos los aspectos relativos a la sucesión, incluyendo

44 SUAREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Sucesiones*, Bogotá: Themis, 1989, p.113.

la calificación de las causales de indignidad y desheredación. No obstante ello, insistimos en nuestra interpretación por considerarla coherente y consecuente con la naturaleza y características que en torno a ésta figura ampara la sana doctrina y nuestra propia legislación en materia de derecho sucesorio.

4.3 Capacidad para Testar

El Código Civil considera la capacidad de testar como un caso especial de la capacidad de hecho, en contra de quienes limitan a ésta a los actos «inter vivos»⁴⁵. Desde esta perspectiva, será aplicable no la ley que rige toda la sucesión sino la ley competente para regir la capacidad de las personas. Ello se debe a que la capacidad para la realización de cualquier acto jurídico, debe ser analizada en el momento de la celebración del acto, pues es allí donde interesa conocer si el sujeto era o no capaz, a fin de determinar si realizó un acto válido. No interesará pues, la ley del último domicilio del causante, pues ella resultará irrelevante para determinar la validez del acto en relación al agente capaz.

Por tanto, en la sucesión internacional, la ley del último domicilio del causante no será la llamada a determinar si el testador era capaz. Por el contrario, en relación a la capacidad del testador, la doctrina señala que esta se rige por su ley personal. Esto significa que, durante la vigencia del Código de 1936, la norma aplicable habría sido la del artículo V del Título Preliminar, que señalaba que el Estado y la capacidad de las personas naturales se regía por la ley del domicilio, pero que se aplicaría la ley peruana cuando se tratase de peruanos. En el Código actual, la norma aplicable resultaría ser la del artículo 2070 del Libro de Derecho Internacional Privado, que opta por la ley del domicilio en todos los casos, no haciendo ningún tipo de excepción en el caso de los peruanos, pues la Comisión Reformadora estimó que debía ser el domicilio el único factor de conexión. Nos encontramos de acuerdo con esta norma en tanto no tendría sentido aplicar la ley peruana si no era la que había regido la capacidad del agente.

Sin embargo, este razonamiento que se trasluce de un modo transparente de las normas y de la doctrina actual, no estuvo presente en los comentaristas de 1936. El maestro Manuel García Calderón enseñaba que la ley del último domicilio del causante regía lo relativo a la capacidad para testar.⁴⁶ En la doctrina actual encontramos la distinción que se hace entre la capacidad para testar y la categoría jurídica sucesiones, tal como se presenta en el Derecho Internacional Privado. Por ello se señala que el factor de conexión para determinar la capacidad del testador será su propio domicilio que no siempre coincide con el último domicilio del testador, puesto que el causante podría haber otorgado un testamento cuando se encontraba domiciliado en el extranjero, pero encontrarse domiciliado en territorio nacional al momento de su muerte. En este caso, regirá la ley extranjera para determinar si en el momento en el cual se otorgó el testamento era o no capaz dicho testador.

Por nuestra parte, nos encontramos de acuerdo con la distinción hecha por la doctrina actual, pues como ya señalamos, la capacidad del agente importa para la validez del acto, independientemente a su eficacia, que en el caso del testamento se adquiere a partir de la muerte; y esta debe ser apreciada al momento de la celebración del acto.

45 GOLDSCHMIDT W. *Ob.Cit.*, p.379.

46 GARCIA CALDERON. *Ob.Cit.*, p.239.

Sin embargo, la determinación de la capacidad para testar en el ámbito del Derecho Internacional Privado presenta algunas complicaciones, principalmente por la dificultad que se presenta para calificar si determinado impedimento pertenece a la esfera de las incapacidades o es pura cuestión formal.

Por ejemplo, los españoles son capaces de testar a los catorce años pero incapaces para el ológrafo hasta los veintiuno.⁴⁷ Este requisito, de tener que cumplir veintiún años para testar ológrafamente, está vinculado a la capacidad para testar o es una formalidad requerida por el ordenamiento jurídico español. Optar por una u otra respuesta modificará la solución de un caso, pues sólo si se tratara de un requisito de capacidad será aplicable la ley personal del testador, de lo contrario será pertinente la ley aplicable a la forma de los testamentos. Imaginemos el caso de un peruano de veinte años de edad, domiciliado en territorio nacional, pero que se encuentra de paso por España, donde decide testar ológrafamente conforme a las formalidades que para este tipo de testamento exige la ley española. A su muerte, deberá analizarse si era o no capaz para testar ológrafamente. Si asumimos que cumplir veintiun años era un requisito de capacidad, entonces la ley competente será la ley personal del peruano, que para el caso también sería la ley peruana (ley del lugar de su domicilio), por lo que deberá considerársele capaz por ser mayor de dieciocho años. En cambio, si consideramos que cumplir veintiun años será un requisito de forma para ese tipo específico de testamento, habrá que concluir que la ley aplicable no era la personal sino aquella aplicable a la forma del testamento y de ser ésta la española, el testador peruano habría estado impedido de otorgar un testamento ológrafo, pudiendo, en aplicación de esta ley, devenir el acto en nulo o en ineficaz.

La solución al problema está en distinguir claramente cuando un supuesto de forma prohibitiva vinculado a la posibilidad de testar está realmente comprendido en el concepto de incapacidad.

En nuestra legislación se presenta el inconveniente de la poca claridad existente entre conceptos como los de capacidad y legitimación y probablemente ésta parte del propio artículo 140 del Código Civil.

En efecto, el artículo citado al hablar de «agente capaz» se refiere no sólo a la capacidad como aptitud intrínseca de la parte para dar vida a los negocios, sino también al «status» del agente, incluyendo el concepto de legitimación.⁴⁸ Es probablemente aquí donde surgen las complicaciones pues, mientras la capacidad se define como un requisito referido a la personalidad⁴⁹, la legitimación está referida a la específica posición de un sujeto respecto a ciertos bienes o intereses.⁵⁰ Como indica Juan Guillermo Lohmann, en suma, la capacidad evoca la idea de una cualidad jurídica, la legitimación, en cambio, la de una situación determinada.⁵¹

47 SIMO SANTOJA, Vicente. *Ob.Cit.*, p.246.

48 LOHMANN, Juan Guillermo. *El Negocio Jurídico*, Lima: Studium Editores, Lima, 1986, p.51.

49 FERRERO, Augusto. *El Derecho de Sucesiones en el nuevo Código Civil Peruano*, Lima: Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, 1987, p.646.

50 BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*, Madrid, s/f, p.168.

51 LOHMANN, Juan Guillermo. *Ob.Cit.*, p.51.

En nuestro derecho, siguiendo esta definición, sólo podrán considerarse como requisitos de capacidad los indicados en el artículo 687 del Código Civil, por lo demás, los requisitos a los que se refieren los artículos 292, 693 y 694 deberán ser considerados como presupuestos de legitimación.

Ejemplificando, imaginemos a un testador domiciliado en el extranjero, donde la ley le permite testar por escritura pública a pesar de ser mudo. Si este testador, de tránsito por el Perú, pretendiese otorgar testamento por Escritura Pública, argumentando que su ley personal se lo permite, de lograrlo, el testamento será nulo, pues dicho requisito por encontrarse referido al acto mismo, no era un presupuesto de capacidad, sino de legitimación y por tanto no era aplicable su ley personal sino la ley que rige la forma del acto.

Finalmente, resulta interesante mencionar la última parte del artículo 2070 que estableciendo una excepción, a nuestro parecer demasiado amplia, al principio consagrado en su primera parte, señala que no será nulo por falta de capacidad el acto jurídico celebrado en el Perú, relativo al derecho de obligaciones y contratos. De la propia redacción de este precepto se desprende que no será aplicable al caso de la capacidad del testador, pues el testamento además de ser un acto unilateral no tiene una naturaleza obligacional.

5. TRATO BRINDADO A LOS TESTAMENTOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

5.1 Generalidades

En el tema de los testamentos en el ámbito del Derecho Internacional Privado, resulta importante rescatar la distinción que se desprende del artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil de 1936. En efecto, una correcta interpretación de este artículo, nos lleva a apreciar la validez de un testamento desde dos perspectivas, desde su aspecto intrínseco, al cual corresponde como antes hemos indicado la eficacia de su contenido, y por otra parte desde su aspecto extrínseco que comprende lo relativo a su forma.

Resulta importante esta distinción, en tanto forma y contenido del testamento serán regidas por distintas leyes, conforme a las normas de conflicto que les sean aplicables.

5.2 Forma de los Testamentos

Las formalidades necesarias para otorgar testamento constituyen un aspecto que rebasa el ámbito del artículo 2100 del Código Civil, por encontrarse regulado específicamente en otra norma, el artículo 2094.⁵²

a) Forma que deben respetar los actos e instrumentos:

La primera parte del artículo 2094 se refiere a la forma de los actos y de los instrumentos como conceptos aparte. La distinción tiene sentido si consideramos la opinión de Bustamante y Rivero, citado por León Barandiarán, que diferenciaba entre formas solem-

52 REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. *Ob.Cit.*

nes y formas instrumentales.⁵³ Las formas solemnes existen en hechos o signos extrínsecos al acto o contrato mismo y afectan por mandato de la ley a la sustancia del acto dependiendo de ellas su validez o nulidad. Agrega el autor que la ley las exige por razón de orden público. En cambio las formas instrumentales son el conjunto de requisitos exteriores que deben reunir los instrumentos o documentos que contienen los actos.⁵⁴ León Barandiarán señaló que el artículo XX al referirse a la forma de los actos jurídicos parecería distinguir entre las formas instrumentales y las solemnes.⁵⁵

En el caso del testamento, la situación es particular, pues la forma del acto jurídico se confunde con la forma del instrumento. **Si bien autores como Fassi hacen distinciones no rige para el testamento, sin embargo, aquella norma que señala que no debe confundirse el acto con el instrumento que sirve para probarlo.**⁵⁶ En el caso del testamento, el acto de otorgarlo ante un funcionario público, incluye no sólo la elaboración del instrumento que lo contiene, sino también el sometimiento de su forma.

Siendo el testamento un acto jurídico, lo lógico será que se le aplique el artículo 2094 concerniente a la forma de los actos jurídicos, ello se debe a que si bien la forma se constituye en un elemento esencial para su validez, ella debe ser apreciada al momento de la celebración del acto.

La fórmula adoptada por el artículo 2094 del Código actual, viene del artículo XX del Título Preliminar del Código Civil de 1936. Durante la vigencia de este último no hubo dudas en cuanto a que la forma de los testamentos debía regirse por la ley de los actos jurídicos. El mismo artículo VIII del Título Preliminar, antes comentado, señalaba que sólo la validez intrínseca del testamento se regía por la ley personal del causante, de este modo dejaba de lado la forma, que quedaba librada al estatuto de los actos jurídicos.

Tanto el artículo XX del Título Preliminar del Código Civil de 1936, como el artículo 2094 del Código Civil actual contemplan más de una ley aplicable a la forma de los testamentos, utilizando fórmulas idénticas, que a continuación pasamos a analizar.

Conforme al artículo bajo comentario, tanto la forma del acto como los instrumentos que sirven para probarlos se regirán por la ley del lugar en el que se otorgaron o por la ley que regula la relación jurídica del acto, que en el caso de los testamentos será la ley del último domicilio del causante.

Es claro que aquí la intención del legislador ha sido salvar la validez del acto, evitando que se acarree nulidad a partir de su aspecto formal, cuando se han cumplido los requisitos exigidos en una de las dos leyes más vinculadas a él.⁵⁷

Si bien, en el caso del testamento persiste la posibilidad de aplicar a la forma, tanto la ley del lugar del otorgamiento, como la del domicilio del causante, resulta importante

53 LEON BARANDIARAN, José León. *Comentarios al Código Civil Peruano*, Lima, 1952, tomo IV, p.143.

54 *Idem.*

55 *Idem.*

56 Véase artículo 225 del Código Civil.

57 REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. *Código Civil*, Lima, 1985. Tomo VI, p.1003.

precisar que en la mayoría de países, no se admite que dentro de su territorio, y ante funcionarios públicos, se otorguen testamentos sin respetar las formalidades de su propia ley. Solo escapan fácilmente de esta norma los testamentos ológrafos por sus características peculiares.

b) Forma que deben respetar los instrumentos otorgados ante funcionarios peruanos.

El artículo 2,094 del Código Civil, al igual que su antecedente el artículo XX del Código Preliminar del derogado Código, contiene en su segundo párrafo una suerte de excepción en cuanto a la ley competente para regir la forma del testamento, en el caso que el mismo sea otorgado ante funcionarios diplomáticos o consulares del Perú, indicando que las solemnidades que deberán observarse serán aquellas establecidas por la ley peruana.

Señalamos que se tratará de una suerte de excepción en tanto la forma del testamento se regirá por la ley peruana y al examinar dicho acto, la ley aplicable también deberá de ser la peruana que reemplazará en este caso a la ley del lugar. Así, en este caso particular, las leyes aplicables serían la ley peruana o la ley del último domicilio del causante. En el aspecto práctico, esta distinción carece de sentido, pues en éste único caso la ley conforme a la cual se otorgó el acto y la del último domicilio del causante, coincidirán pues ambas serán peruanas, si el causante al morir se encontraba domiciliado en territorio nacional.

Se trata pues de aquella persona que encontrándose en el extranjero decide otorgar testamento conforme a las normas peruanas, en este punto resultarán pertinentes, las normas sobre testamentos otorgados en el extranjero, previstas en los artículos 721 y 722, del Libro de Sucesiones peruano.

El artículo 721 señala que: «Los peruanos que residan o se hallen en el extranjero pueden otorgar testamento ante el agente consular del Perú por escritura pública o cerrado, según lo dispuesto en los artículos 696 a 703, respectivamente. En estos casos aquél cumplirá la función de notario público». El mismo artículo agrega en su segundo párrafo que: «Pueden también otorgar testamento ológrafo, que será válido en el Perú, aunque la ley del respectivo país no admita esta clase de testamento».

En primer lugar, cabe señalar que las normas del artículo 721 son permisivas, pues abren una posibilidad para aquellos peruanos que residan o se hallen en el extranjero, de otorgar por su ley nacional un testamento, respetando las formalidades de ésta, que será válido en el Perú.

La norma tiene antecedentes en el artículo 699 del Código de 1936, que señalaba que los peruanos en país extranjero podían testar ante el agente diplomático o consular del Perú, observando las disposiciones del Código peruano.

En cuanto al primer párrafo del artículo 721, contendría éste, una norma que se encontraría en estrecha relación con la del artículo 2094 en su segunda parte. Observamos aquí una deficiencia relacionada con los sujetos del acto que se otorga. El artículo 2094 no señala quienes podrán testar ante los funcionarios peruanos, el artículo 721 indica que serán los peruanos, ya sea que residan o que se hallen en el extranjero (debe entenderse que en el último caso se trata de una estadía ocasional, mientras el primero se refiere a los do-

miciliados). Se otorga pues el derecho a dar este tipo de testamento en relación al vínculo de la nacionalidad; pero se olvida que los extranjeros domiciliados en el Perú tienen el mismo derecho de testar en el extranjero conforme a la ley peruana. Como comenta Ferrero; «se excluye injustificadamente a los extranjeros cuando, de acuerdo a nuestro Código, los derechos civiles son comunes a peruanos y extranjeros».⁵⁸ El mismo error lo encontramos en el derogado Código.

Pero por otra parte, existiría también un gran acierto en la norma del artículo 721 en relación a la del artículo 2094. La primera se refiere a agente consular, mientras la segunda a funcionarios diplomáticos o consulares. Como indica Ferrero, de acuerdo al artículo 182 del Reglamento Consular del Perú, corresponde a los funcionarios consulares extender testamentos públicos y autorizar cerrados.⁵⁹ Ello en cambio no compete de ningún modo a los funcionarios diplomáticos. El artículo 721 es acertado, al especificar qué funcionario será el competente, y no dejar abierta la posibilidad que presenta el artículo 2094, como una norma general referida a todo acto jurídico.

En cuanto al segundo párrafo del artículo 721, a nuestro parecer, se estaría abriendo una posibilidad adicional a las señaladas en el artículo 2094 del Libro de Derecho Internacional Privado. La norma es nueva y se refiere específicamente al testamento ológrafo, señalando que valdrá aunque la ley del país donde se otorgó no admita esta forma testamentaria.

Antes de exponer nuestra interpretación quisiéramos resaltar el acierto del artículo 721, al haber agregado que el testamento ológrafo también será válido en el Perú, al igual que el cerrado o el otorgado por escritura pública ante funcionarios consulares, en tanto jurídicamente no había razón para que se permitieran sólo las dos últimas formas mencionadas. Sin embargo, a pesar que el artículo 699 no parecería hacer alusión directa a éste, ya Lanatta y Echeopar habían señalado que no habían razones para no admitir esta figura jurídica. Echeopar expresó: «Como el Código no exige que el testamento ológrafo se otorgue dentro del territorio nacional y siendo una forma legal en el Perú, creemos que los tribunales no podrían rechazarlo por haber sido escrito en el extranjero».⁶⁰

Desde esta perspectiva, de reconocimiento al valor del testamento ológrafo, justificamos el sentido del artículo 721. En lo que no nos encontramos de acuerdo es en la acotación final que hace el artículo en mención, al señalar que será válido aunque la ley del respectivo país no lo admita. En primer lugar debe considerarse que el artículo 721 no es una norma de Derecho Internacional Privado, en principio. Si bien en el caso de los peruanos que sólo se hallaren en el extranjero no pasa de ser una simple excepción al principio *Lex Loci actus*, en el caso de los peruanos que residieran en país extranjero la norma crea un verdadero desfase pues, a pesar que ni la propia ley extranjera aplicable a la sucesión le reconozca algún valor al testamento, la ley peruana si lo haría, lo cual no tendría sentido pues aparentemente no sería la ley aplicable.

58 FERRERO, Augusto. *Ob.Cit* p.170.

59 *Idem*.

60 ECHEOPAR, Luis. *Derecho de Sucesiones*, Lima, 1950, p.105.

Creemos que partiendo de la idea de que toda norma tiene un objetivo y por ello debe cumplirse; y también considerando que se trata de una norma especial, la única interpretación posible será entender que el artículo 721 en esta parte contiene una norma de Derecho Internacional Privado de aplicación directa, que denomina como ley aplicable a la peruana para todo supuesto en el que el testador sea peruano y teste ológrafamente, no importando donde se realice el acto. Esta interpretación a nuestro parecer sería la única que daría sentido al artículo 721 en su última parte, en tanto hace viable su aplicación sin subordinarla al mandato de una ley de forma extranjera. Sin embargo, esta norma parecería rescatar a la ley de la nacionalidad la que había sido dejada de lado por nuestra legislación y reemplazada por la del domicilio, lo cual no parece muy coherente.

El artículo 722 del Libro de Sucesiones del Código actual es la otra norma que, junto con el artículo 721, viene a integrar el capítulo referido a los testamentos otorgados en el extranjero. El artículo 722 señala: «Son válidos en el Perú en cuanto a su forma, los testamentos otorgados en otro país por los peruanos o los extranjeros, ante los funcionarios autorizados para ello y según las formalidades establecidas por la ley del respectivo país, salvo los testamentos mancomunado y verbal y las modalidades testamentarias incompatibles con la ley peruana».

Esta disposición no existió en el Código Civil de 1936. Se trata de una norma que si bien reconoce el principio de *lex loci actus*, es decir, que los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar en que se otorgan; establece una excepción al mismo en el caso de que se trate de testamentos mancomunados, verbales o modalidades testamentarias incompatibles con la ley peruana. Se trata sin duda alguna de una limitación de orden público, que encuentra esta calificación en el Tratado de La Habana de 1928, por Resolución Legislativa N° 6442 del año 1929, donde se declara que serán de orden público internacional aquellas disposiciones que no admiten el testamento mancomunado, el ológrafo, el verbal, y las que lo declaran acto personalísimo. Quizá el Código de 1936 no necesitó hacer mención a estas limitaciones por ya ser partes del orden público. El orden público se presenta como una suerte de excepción a la aplicación de la ley extranjera.

5.3 Contenido de los Testamentos

La validez intrínseca de los testamentos, es decir, el contenido de los mismos, se rige por la ley de la sucesión, es decir, la ley del último domicilio del causante.

José León Barandiarán señala que la porción de libre disposición, la institución y la vocación del heredero, la substitución, el albaceazgo, la desheredación, entre otros, se rigen por la ley del último domicilio del testador.⁶¹ Sin duda alguna se refería al último domicilio del causante. Cualquier disposición de última voluntad que esté contenida en el testamento se rige por esta ley. Ello significa, entonces, que el testador muy bien podría otorgar un testamento con contenido válido según la ley del país donde el testamento es otorgado, pero inválido para la ley del lugar donde el causante se encontraba domiciliado al momento de su muerte.

61 LEON BARANDIARAN, José. *Ob.Cit.*, p.88.

Esto es así desde que la nulidad es una sanción que supervigila no solamente la construcción sino también toda la vida del negocio⁶², por tanto un testamento que a pesar de ser perfecto en su origen al momento de la muerte del causante resulta ilícito conforme a la ley que le es aplicable.

En el caso del testamento, los efectos jurídicos del acto se presentan recién al momento de la muerte del causante, es por ello que recién allí es cuando el acto puede ser atacado. No debe por tanto sorprender que a pesar de haberse elaborado un testamento respetando en su contenido la ley del lugar de su otorgamiento, posteriormente se declare su nulidad total o parcial por no ser acorde con las normas de la ley que resulta ser la aplicable; la buena fe del testador no resulta suficiente para convalidar su validez.

6. COMPETENCIA JURISDICCIONAL EN LA SUCESION INTERNACIONAL

6.1 Competencia en razón del Domicilio del Causante.

Una vez determinada la ley que rige la sucesión, podemos hacer alusión al tribunal competente; ello no podía ser de otro modo, pues en materia de sucesiones la competencia se encuentra estrechamente relacionada con la ley aplicable. Se acoge en este punto la doctrina que consiste en «analizar previamente las normas de conflicto legislativas peruanas: si ellas señalan como aplicable la ley peruana, entonces tendrá competencia el tribunal nacional».⁶³

Consideramos acertada la adopción de la teoría indicada, en tanto las dificultades que ofrecen los aspectos vinculados al fenómeno sucesorio, se ven atenuados, si el juez debe aplicar su propia ley, pues como justificadamente anota un sector de la doctrina «la averiguación del derecho extranjero no es tarea fácil».⁶⁴ Esta dificultad se acentúa en el terreno del derecho sucesorio donde la trasmisión mortis causa puede encontrarse referida a cualquiera de los aspectos jurídicamente relevantes de la vida del causante.

La norma pertinente la encontramos en el artículo 2061 del Código Civil actual, aplicable para el caso de sucesiones internacionales. Dicho artículo establece en su primera parte que, los tribunales peruanos tienen competencia para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones relativas a universalidades de bienes, aún contra personas domiciliadas en el extranjero, cuando el derecho peruano sea aplicable para regir el asunto, de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado.

A pesar de haber señalado que la sucesión en estricto no constituye una universalidad, en su oportunidad también advertimos que en algunos casos cabe aceptar ello como una simple abstracción para otorgar un tratamiento igualitario a los bienes que conforman la masa hereditaria.⁶⁵ Este es justamente el fundamento por el cual debe admitirse que la sucesión se rija por la regla del artículo 2061, referida a universalidades de bienes.

62 LOHMANN, Juan Guillermo. *Ob.Cit.*, p.389.

63 REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. «Exposición de Motivos y Comentarios». EN: **Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Código Civil**, Lima: Okura editores, 1985, tomo VI, p.931.

64 PERUGINA, Alicia Mariana. «La Teoría de la Unidad en una Sucesión Internacional y Cuestiones Aledañas». EN: **Revista Jurídica Argentina La Ley**, Buenos Aires, 1987-D.

65 LANATTA G., Rómulo. *Ob.Cit.*, T.1, p.30.

El artículo 2061 otorga competencia a los tribunales peruanos para conocer el caso sólo si la ley peruana resulta ser la aplicable. Ya hemos indicado que en el caso de las sucesiones la ley aplicable será la del último domicilio del causante. En consecuencia, el tribunal peruano será el competente para conocer todos los asuntos derivados de una sucesión si el causante domiciliaba en el Perú al tiempo de morir. Observamos pues que la ley adoptada para las sucesiones internacionales es similar a la adoptada para los nacionales, respetándose el contexto de cada una de ellas, pues el tribunal competente, léase juez, será el del lugar donde el causante tuvo su último domicilio. Dicha regla resulta coherente con la enunciada en el artículo 663 del Libro de Sucesiones.

Cabe indicar que el artículo 2061, como la mayoría de artículos del Título sobre Competencia Jurisdiccional del Libro X no tiene antecedentes en el Código Civil de 1936, si no que nace de la Propuesta presentada por la Dra. Delia Revoredo ante la Comisión Reformadora del Código de 1936. Durante la vigencia de este Código fue el artículo 1160 del Código de Procedimientos el encargado de regular los casos sobre universalidades de bienes en relación a la competencia.

El artículo 1160 del Código de Procedimientos Civiles, en su inciso 4° señalaba que correspondía de modo exclusivo la competencia a los tribunales peruanos en asuntos relativos a la sucesión de peruanos o extranjeros domiciliados en el Perú, siempre que existieren en la República peruanos o extranjeros domiciliados con derecho a la herencia, o si hubiere de corresponder ésta al fisco. El artículo ha sido actualmente derogado y sustituido por el artículo 2061 bajo comentario, que como explica su autora, tiene la virtud de preservar el tratamiento jurídico unitario que debe tener toda «universitas bonorum».⁶⁶

Finalmente, hemos de indicar que el artículo 2061 en su última parte deja a salvo la competencia peruana para conocer de las acciones relativas al patrimonio de quien es declarado en quiebra en relación a los bienes situados en el Perú. Este artículo no resulta aplicable al caso de las sucesiones, salvo que el causante fuere aquel a quien se le declaró en quiebra.

6.2 Competencia en razón del Domicilio del Demandado

El artículo 2057 del Código Civil señala que son competentes los tribunales peruanos para conocer de las acciones contra personas domiciliadas en el territorio nacional. Sin embargo, ello no significa que si uno de los herederos domiciliado en el Perú es demandado por un asunto vinculado a la sucesión, como por ejemplo colación, indignidad o petición de herencia, el Tribunal Peruano se convierta en competente para conocer de todos los asuntos vinculados a la sucesión. El tribunal peruano será competente para conocer únicamente el fondo de la demanda, debiendo aplicar al respecto la ley que corresponda a cada caso. Es decir, que si se trata de asuntos comprendidos dentro del término sucesión y a los cuales resulta aplicable la ley del último domicilio del causante, será ésta entonces la pertinente. Si se trata en cambio, de aspectos que escapan al término sucesión o de excepciones que deben regularse por otras normas como ser el caso de la herencia vacante, la

66 DE DEBAKEY, Delia. *Código Civil*, Okura Editores S.A., Lima, 1985, Tomo VI, p.931. Debe entenderse el término «Universitas Bonorum» aplicado al patrimonio hereditario, considerando la advertencia que sobre el tema hemos hecho.

forma de los testamentos, la capacidad o las causales de desheredación entonces, la norma aplicable será la correspondiente para cada caso.

María del Carmen y Javier Tovar Gil consideran que la elección del domicilio del demandado, como criterio general de jurisdicción es adecuado y responde de manera acertada a los intereses de la parte, opinión con la que concordamos.⁶⁷ Sin embargo, debemos advertir que como toda regla tiene su excepción y es la que se presenta en relación a los casos de competencia negativa a los cuales se refiere el artículo 2067 del Código Civil. Conforme al citado artículo, los tribunales peruanos no conocerán de acciones relativas a derechos reales sobre predios situados en el extranjero, asuntos sometidos por las partes a una jurisdicción extranjera o cuestiones relativas al estado y capacidad de personas naturales o relaciones familiares si la causa no tiene ninguna vinculación efectiva con el territorio de la república.

En el ámbito del derecho sucesorio, consideramos que la posibilidad de que se presente un caso de competencia negativa es bastante reducida, por la especialidad del tema. Sin embargo, ello no significa que deje de presentarse. Un ejemplo podría ser el caso de aquel que encontrándose domiciliado en el Perú es demandado por reivindicación de un bien hereditario situado en el extranjero o por partición de un patrimonio hereditario, cuyos bienes que lo conforman se encuentran ubicados en el extranjero; en ambos casos, por aplicación del citado artículo 2067, no serán competentes los tribunales peruanos.

67 TOVAR GIL, María del Carmen y Javier. *Ob Cit.* pág. 164