

na ha de continuar influyendo sobre la legislación y sobre las resoluciones de los tribunales; es necesario que de nuestros códigos pueda decirse que "siguen de cerca la profundidad de los estudios sobre el proceso civil" (27); y que lo mismo se pueda decir de la obra de nuestros tribunales. Y para ello es necesario que todos, viejos y jóvenes, en las distintas latitudes del país, nos agrupemos para la realización de una obra de conjunto. Sólo así podremos continuar la obra de los maestros desaparecidos; sólo así podremos evitar que se pierda el esfuerzo de aquellos que dieron impulso y jerarquía a la ciencia procesal del Río de la Plata.

Ese ha sido también el voto que en su última sesión formuló el **Congreso de Derecho Procesal** celebrado en La Plata, al ponerse de pie todos los concurrentes y guardar un minuto de silencio en homenaje a nuestros muertos, después de la elocuente oración pronunciada por Amílcar Mercader. Ese es el significado de las expresiones de condolencia de las Facultades de Derecho del país, ante la desaparición de Alsina. Seguir trabajando aquí, en el Río de la Plata y en América en general, en memoria de nuestros maestros desaparecidos y en utilización de su doctrina; de igual manera que la ciencia procesal italiana no interrumpió su avance a pesar de la muerte del fundador de la escuela. El mejor homenaje a un maestro, acaso el único, es continuar su labor, es seguirla, es utilizarla, que quiere decir estudiarla, examinarla, criticarla, mantenerla en continua evolución. Así podremos seguir haciendo **ciencia útil** y así podremos seguir contribuyendo a que exista en nuestros pueblos una justicia cada día más perfecta.



---

Más que estas dos notas, la dedicada al Código procesal civil de la provincia de Mendoza: "Inspirador de este código es el profesor J. R. Podetti, uno de los más conocidos cultivadores argentinos del derecho procesal civil. Se trata de un código de tipo moderno, lo que demuestra cómo en la Argentina el progreso legislativo sigue de cerca la profundidad de los estudios sobre el proceso civil"; sin olvidar la nota dedicada (en 1951, I, p. 369) a la segunda edición de los **Fundamentos** de Couture, "una de las obras más importantes de la literatura sudamericana del derecho procesal", de "arquitectura elegante y sobria", aunque "más elegante, sin embargo, que robusta"; Carnelutti expresa su admiración por "el ingenio, la cultura y el espíritu del autor", y hasta admite que sus observaciones (las de Carnelutti) pueden considerarse como efecto "de la resistencia a comprender el arte moderno que es, desgraciadamente, un carácter... de los artífices de su tiempo". He querido presentar esta serie de momentos en la apreciación de la ciencia procesal de españoles y americanos por el crítico más destacado de nuestra época.

(27) Así hemos visto que se lee en la nota de Carnelutti al código procesal civil de la provincia de Mendoza (*Rivista di Diritto Processuale*, 1954, parte primera, p. 131).

## DERECHO CIVIL

# Reivindicación, petición, pretensión de herencia

Por el Dr. PEDRO PABLO GUTIERREZ FERREIRA.

---

**SUMARIO.**—Introducción.—I.—REIVINDICACION Y PETICION 1) Acciones del heredero en Derecho Romano. 2) La *Petitio hereditatis*: A) Noción. B) Fuentes. C) Clasificación. D) Procedimiento. E) Evolución. F) Conclusión. 3) La tradición romanista en la acción hereditaria: A) Derecho histórico español. B) Legislación española. C) Código Civil italiano.—II.—PRETENSION DE HERENCIA.—1- Planteamiento: A) Distinción procesal. B) La pretensión. 2) Disciplina jurídica en el Código alemán.III.—DERECHO PERUANO. 1) Legislación anterior al Código Civil. 2) Código Civil de 1936.

### INTRODUCCION.

Estos y otros nombres recibe la acción hereditaria universal. Muy cierto es que se trata de una materia "cuya reglamentación y sistemática está tan abandonada en la generalidad de los ordenamientos jurídicos" (1), como también, que pocos temas de Derecho civil reclaman un mayor conocimiento de las fuentes jurídicas —históricas y actuales— y mayor rigor conceptual y dogmático. Importa no separarse del llamado Derecho institucional o estructural, que fija las líneas fundamentales o perfiles jurídicos de las instituciones, y constituye las fórmulas básicas con las que el Derecho positivo se llena de contenido y significación (2).

Para el estudio de esta acción —tan antigua como desconocida y equivocadamente tratada— hay que dirigir, en consecuencia, la mirada a los dos sistemas institucionales básicos del Derecho Civil continental europeo y referirse al núcleo de sus significaciones propias (3). No es en un

---

(1) Trullenque Sanjuán, José.—La "*actio petitio hereditatis*".—Revista General de Derecho, Valencia, Nos. 47-48, Agosto-Septiembre 1948, Año IV; pág. 473.

(2) Roca Sastre, Ramón María.—Crítica institucional del Código Civil. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año XVI, N° 148, Septiembre 1940, pág. 497.

(3) En este fundamental aspecto, el C. peruano adolece de muchos defectos, y precisa una reforma a fondo; lo cual sería necesario para acabar con su absoluta y despreocupada carencia de unidad institucional, fácilmente observable.

simple artículo donde se podrá dar una solución definida al problema, pero sí poner en evidencia las bases imprescindibles para abordarlo con seriedad científica.

## I.—REIVINDICACION Y PETICION.—

### 1) Acciones del heredero en Derecho Romano.

Para hacer valer sus derechos, tenía el heredero dos clases de acciones, unas recibidas directamente del difunto, y otras que le pertenecían personalmente, fundadas en su cualidad de heredero si era llamado por el *ius civile*, y sobre su cualidad de *bonorum possessor* si era llamado por el derecho pretorio. De este segundo grupo, las fuentes hablan en el primer caso de la *hereditatis petitio*, y en el último, del *interdictum quorum bonorum possessor*, quien mediante una adición en la fórmula, debía ser considerado como heredero civil. Según la tradición justiniana, tenía incluso derecho a una *hereditatis petitio possessoria*, tercer medio de tutela que no parece haber sido conocido aún en época clásica (4).

Además se admitió el *interdictum quam hereditatem*, dado contra el poseedor de herencia que "*lis non defendatur*", a semejanza de cuanto acontecería en la reivindicación, y que fué encuadrado, así como el "*quem fundum*", entre los interdictos "*tam adispiscendae quam recuperandi possessionis*", como dice Ulpiano (5).

### 2) La *Petitio hereditatis*.

#### A) Noción.

Aquí nos interesa sólo la acción universal. Esta acción "se dirige, según expresa el Derecho de Pandectas, al reconocimiento del derecho hereditario y a la restitución de lo adquirido en la herencia por el demandado" (6). Tenía para el heredero la importancia de no tener que demostrar el derecho del causante sobre los objetos singulares del caudal relicto; puede reclamar de los poseedores todo lo que el "*de cuius*" tenía en el momento de su muerte, quedando reservado al demandado la demos-

(4) Jörs, Paul y Kunkel, Wolfgang.—Derecho Privado Romano.— Trad. de la 2a. edición alemana por L. Prieto Castro. Editorial Labor, S. A. (Barcelona) 1937; pág. 480.

(5) Di Paola, Santi.—Saggi in materia di *hereditatis petitio*.—Università di Catania. Pub. della Facoltà di Giurisprudenza, 22. Milano, Dott. A. Giuffré, editore, 1954. I. Nº 2 pág. 9.

(6) Binder, Julius y Lacruz Berdejo, José.—Derecho de Sucesiones. Editorial Labor S.A. (Barcelona) 1935, pág. 269. Ferrandis Vilella, José.—La comunidad hereditaria.—Bosch, Casa editorial, Barcelona 1954, págs. 27-28.

tración de que determinados objetos particulares son de su propiedad o tiene derecho de retenerlos (7).

## B) Fuentes

Sin hacer hincapié en los muchos errores, mutaciones e interpolaciones que las fuentes romanas han sufrido en el decurso de los tiempos, podemos afirmar que hasta nosotros han llegado en cantidad numerosa. Las disposiciones fundamentales que regulan la hereditatis petitio, se encuentran en el Libro V, Título III, IV, y V del Digesto, y en el Libro III, Título XXX del Código (8). Actualmente se han realizado estudios valiosos sobre la materia (9). Lo cierto es que el Derecho Romano había disciplinado la acción de modo completo (10).

No obstante de que la figura en estudio derive del Derecho Romano, el examen de las fuentes no da una orientación segura, quizá porque ellas no reflejan las modificaciones que debió sufrir no sólo respecto a los cambios de procedimiento, sino, más aún, respecto a la evolución del concepto de heredero, de persona investida de un título personal del cual se deriva la adquisición de la herencia, a persona a la que se atribuía la hereditas como patrimonio o como "universum ius difuncti" (11).

Dicha observación, sorprendentemente anómala, es el efecto de un fenómeno no nuevo, que se verifica con frecuencia en el Derecho Romano: la evolución de los conceptos bajo la apariencia estática de una terminología que permanece inmutable y que puede inducir a engaño.

(7) Ennecerus, Ludwig; Kipp, Teodoro; Wolff, Martín.—Tratado de Derecho Civil. Trad. de Blas Pérez González y José Alguer, Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1951. Tomo V; Derecho de Sucesiones, por Theodor Kipp, trad. de la 8a. ed. alemana, notas de Ramón Roca Sastre; pág. 370.

(8) Gatti, Hugo.—Petición de herencia. Facultad de Derecho y Ciencias sociales. Montevideo, Edit. M.B.A., 1955; N° 66, pág. 12. Como fundamentales se citan (Arias) el D., 5.3.9. de Ulpiano; D., 5.3.10. de Gayo; D., 5.5.1. (Ulpiano) y 2 (Gayo); D., 5.3.25.18 (Ulp); D., 5.3.25.11 (Ulp.) C., 3.31.7; C., 3.7.29.2; Inst. 2.1.35; D., 12.1.25.1.; C., 6.31.66.

(9) Arias cita a Longo: Stadi sulla hereditatis petitio; Rivista italiana per la Scienze Giuridiche, IV, 1929, pp. 171 ss. Longo: L'hereditatis petitio, Padua 1933; Dénovez La furis possessio dans la pétition d'herédité en Droit romain; en Festschrift Koschaker, T. II; Weimar 1939; Kaden, en Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte; Romanische Abteilung, LXII, 1942; Carcaterra, La hereditatis petitio, en Ann. Giur., Un. de Bari, III, 1940.

(10) Cfr. D'Avanzo.—Walter.—Delle Successioni, Tomo I, Parte Generale. Firenze, Soc. An. Barberá, editore 1941-XIX.

(11) Cicu, Antonio—Successioni per causa di morte. Parte generale; Dellazione e acquisto dell'hereditá, Trattato di Diritto Civile e Commerciale, diretto dei professori Antonio Cicu e Francesco Messineo, Volume XLI, Tomo I. Milano, Dott. A. Giuffré, editore 1954; pág. 223.

### C) Clasificación.

Generalmente se ha clasificado esta acción como real. Ciertamente es, como dice Gatti (12), que la división de las acciones en "in rem" e "in personam" fué considerada como la "summa divisio"; mas, acertadamente observa Alvarez Suárez, que "no es posible formular un criterio de clasificación con arreglo al cual puedan ser comprendidas y ordenadas todas las acciones; cualquier ratio dividendi que se adopte es incapaz de encerrar las acciones todas" (13). Las acciones reales civiles —que protegen derechos absolutos sobre cosas (derechos reales), o amparan facultades especiales derivadas de las relaciones de familia o de los derechos de sucesión— se tramitaban, en un principio, por la "legis actio sacramento in rem", acción antigua, "La acción hereditaria tenía naturaleza francamente real, y bien servía a la reivindicación de herencia" (14).

Por diversas circunstancias, los conceptos clásicos perdieron su originario valor, y conservándose aparentemente las mismas clases de acciones, sus diferencias pierden precisión e importancia, llegándose al concepto genérico de "actio", *ius persequendo indicio quod sibi debetur* (15).

No hubo, pues, en Derecho Romano, en la edad clásica, un cuadro de clasificación de las acciones, sino más bien un repertorio enumerativo de ellas; y las clasificaciones, entre ellas las de acciones reales y personales, obra de la Jurisprudencia postclásica de los siglos IV y V, aparece sin formulación, pero nítidamente apreciable en época clásica respecto a las acciones civiles (16), (17), y pierden precisión en derecho postclásico y justiniano. El Emperador, buscando aplicar la clasificación a todas las acciones, incluyó en ellas a la *hereditatis petitio*, no clasificada como acción real ni personal en la jurisprudencia clásica, considerándola real en base a la *hereditas* como entidad patrimonial. Y sin embargo, en el derecho justiniano, es más propiamente una acción mixta, en consideración a las prestaciones y responsabilidades del demandado; por la manera de apreciar ésta, la calificó Justiniano también como de buena fe (18).

(12) Gatti, op. cit., pág. 12. Cfr. Insts., & 1, De acciones, IV, 6.

(13) Alvarez Suárez, Urcisino.—Curso de Derecho Romano. Tomo I: Introducción. Cuestiones preliminares. Derecho Procesal Civil Romano.—Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid (1955). Pág. 372, nota 330.

(14) Di Paola, op. cit., pág. 15. Nº 3, Explicación de Carcaterra, Gayo, 4.17.: Gayo, 4.31.; D., 3.10.1.

(15) Insts., 4.6. pr.; Alvarez, op. cit., & 126, pág. 372.

(16) Alvarez, id., & 126, pág. 372.

(17) Gayo, 4.3. y 3. Alvarez, id., pág. 378.

(18) Arias Ramos, J.—Derecho Romano, Tomo II-III, 6a. ed.; editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1954, págs. 1083-84.

### D) Procedimiento.

Hablar de "acción de petición de herencia", como hacen algunos tratados (19) y legislaciones (20) es incurrir en una redundancia, ha observado acertadamente Lafaille, pues "la *petitio* constituía en el derecho romano una forma de procedimiento, como el *interdicto*" (21); conforme no se puede decir acción de *interdicto*, tampoco se puede decir acción de petición de herencia. Sólo en época muy posterior, la *actio in rem*, algo más amplia que la acción real, vino a ser llamada *petitio* o *vindicatio* (22); y de allí que se explique el pasaje del *Digesto* (23): "La palabra acción es particular y general; porque toda petición, ya sea personal o real, se llama acción, pero las más veces solemos llamar acciones a las personales, y a las acciones reales peticiones"; de donde el nombre de petición con que ahora se conoce la acción, pero que no está exenta de objeciones.

La *hereditatis petitio* se modeló sobre la *rei vindicatio*, de la cual, en su origen, fué una variedad; y en general, en los derechos antiguo y clásico, una *actio in rem* (24).

Durante la vigencia de las "legis acciones", su conocimiento fué de la competencia del Tribunal de los Centumviro (25), como una *vindicatio* que se operaba simbólicamente sobre una de las cosas hereditarias que representara la herencia de modo más principal, como una casa, un fundo o el huerto familiar (26), haciendo el actor la tradicional afirmación "*Aio hanc hereditatem meam esse ex —iure Quiritum*" (27) Era entonces la acción un juicio doble, y exigía que el demandado pretendiera para sí el derecho afirmado por el actor (28). También podía procederse "*per sponsonem*" (29).

Es por ello una *actio* o *vindicatio generalis*, por su fundamental objeto, el título de heredero, y consecuentemente en el derecho más avanzado,

(19) Cfr. Gatti, op. cit., jág. 6. Claro Solar: Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, Santiago 1943, t. XVI pág. 233; Coviello, Delle Successioni, para generale, 4a. ed., Nápoles 1935, pág. 302; Irureta Goyena. Disposiciones comunes a la sucesión testada e intestada, versión de Hugo Fabri, pág. 87.

(20) Argentina, art. 3421 y 3423; España, art. 197 (antes de la ley de 8.9.39); Francia, art. 137; Suiza, arts. 598 y 600; Uruguay, art. 76.

(21) Lafaille, Héctor.—Curso de Derecho Civil — Sucesiones. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1932, Ng 339, pág. 228.

(22) Petit, Eugéne.—Tratado elemental de Derecho Romano, Ed. Saturnino Calleja, Madrid 1926, pág. 685, N° 673, y nota 3.

(23) Ley 17, p. 2, D., 16 cf. Gatti, pág. 7 nota 9.

(24) Arias Ramos, op. cit., pág. 1083, N° 393.

(25) Que fue el que más tiempo la retuvo, pudiendo decirse que en la última época este Tribunal quedó casi reducido a entender en esta clase de pleitos.

(26) Villa, hortus, heredium; Gayo, 4.17.

(27) Arias Ramos, op. cit., pág. 1083-84.

(28) Jörs Kunkel, op. cit., pág. 477.

(29) Alvarez, op. cit., N° 91, pág. 273.

la abstracta noción de hereditas con todas las derivaciones que ello implica; ésto último hace que pueda no obstante su carácter de *vindicatio generalis*, ejercitarse contra poseedores de cosas concretas y particulares (30).

Introducido el procedimiento formulario, la acción dejó de ser doble (31), utilizándose la fórmula petitoria, "aquella en la que el demandante pretende que la cosa le pertenece" (32), que, no obstante, para la *hereditatis petitio*, sólo se usó con bastante posterioridad (33).

## E) Evolución.

La terminología más antigua, en el sistema de las acciones de la ley, llama a la *hereditatis petitio* "*vindicatio hereditatis*", es decir, la acción de la ley para reclamar una herencia considerada como un todo unitario (34). La reclamación de una "hereditas" unitariamente considerada, entrañaba, pues, una verdadera reivindicación (35). La dificultad se planteó en cuanto a la legitimación pasiva del deudor hereditario, y de allí, según Carcatera, vino el recurso a la *sponsio* (366), pues en la primera etapa la *vindicatio hereditatis* era un juicio doble, y exigía que el demandado pretendiera para sí (contra *vindicatio*) el derecho hereditario afirmado por el actor (*vindicatio*), por lo que el círculo de demandados era muy estrecho (37); en cambio, en el procedimiento *per sponsionem*, al único que incumbe la prueba del derecho es al demandante; pero a la par que salvó algunas dificultades, complicó el procedimiento (38).

Es probable, así, que en el origen, en que parece probado el carácter real de la *hereditatis petitio*, "no existió una gran diferencia entre la *vindicatio generalis*, dada para reclamar una cosa determinada" (39). Originalmente sólo las cosas corporales formaron el objeto de la acción hereditaria; esto es una opinión incontrovertible, y para ello se adecuaba la *actio sacramento in rem*; estamos en una época en que la herencia, en cuanto entidad patrimonial autónoma, no puede concebirse sino como la suma de *res corporales* (40).

(30) Arias Ramos, id., id.

(31) Jörs-Kunkel, id., id.

(32) Gayo, 4.92.; Álvarez, op. cit., pág. 374, nota 332.

(33) Así, aún no era empleada en el tiempo de Cicerón: Verr. I. 45; de part. orat., 28; cfr. Álvarez, id., 375, nota 336; pero sí aparece en las fuentes jurídicas posteriores; su "intento" rezaba: "Si paret hereditatem actoris esse": Gayo, Dig., 5.3.10.1. cit. por Álvarez, id., nota 337; Di Paola, pág. 8.

(34) Ferrandis, op. cit. pág. 27; el cual destaca la finalidad reivindicatoria de la acción, y ofreciéndola como una prueba de la existencia de la *universitas iuris*, en D. Romano.

(35) Gayo, 4.17; cfr. Álvarez, & 85, pág. 245.

(36) Di Paola, op. cit., pág. 15, con su particular interpretación.

(37) Gatti, op. cit., & 8, pág. 12 y nota 3, II; cfr. Jörs-Kunkel Nº 215, pág. 376.

(38) Álvarez, & 91, pág. 273, nota 234.

(39) Gatti, pág. 17, Nº 11, y nota 16, II, citando a Girard.

(40) Di Paola, pág. 22-23.

Pero no siempre fué así. La homogeneidad del contenido patrimonial de la herencia debió rápidamente desaparecer luego que de una parte adquirieron individualidad los derechos limitados de goce, asumiendo posición propia y distinta de la propiedad; y de otra, los créditos. Desaparece así la correspondencia entre la estructura de la acción y el contenido patrimonial de la herencia; y mientras antes las relaciones entre acción hereditaria y acciones singulares era un problema de cantidad, ahora se hace problema de cualidad. La *hereditatis petitio*, concebida hasta entonces como acción que miraba la reivindicación de las cosas corporales que constituían la herencia, debió ser abandonada cuando la *hereditas* vino a ser comprendida dentro de las *res incorporales* y considerada como algo que "in iure consistet": "quae tangi non possunt, qualia ea quae in iure consistunt, sicut hereditas" (41), y no emplearse más la *intentio* con la "hereditatem meam esse" del heredero demandante, sino afirmando éste la titularidad de un derecho, el *ius successionis* (42).

Así, la antigua estructura de la acción vino a menos; pero esto sólo si se acepta una plena correspondencia entre acción y derecho sustancial. Y tal no ocurrió. Ha sido probado con abundancia de textos (43), que en época clásica, como punto firme tenemos que la acción hereditaria miraba sólo y siempre a obtener no las cosas hereditarias singulares, sino toda o parte de la herencia en su complejo y como entidad distinta de los singulares componentes. Mas la *hereditatis petitio* continúa conservando la antigua estructura.

No es de sorprenderse, sin embargo, por semejante posición anómala de la acción hereditaria, que resulta como efecto de un fenómeno no nuevo, sino que se ha verificado con frecuencia en el Derecho romano: la evolución de los conceptos bajo la apariencia estática de una terminología que permanece inmutable y que puede inducir a engaño.

## F) Conclusión.

Sobrevive, en consecuencia la vieja forma, que aparece de la antigua *legis actio sacramento in rem*, pero vaciada de su originario contenido. Su significado y valor son dependientes de la suerte que corrieron varios conceptos, como el de *hereditas*, el de *successio*, el de *possessio hereditatis*, que sufrieron una larga evolución, y cuyo estudio deja suficientemente claro la nueva realidad que se ocultaba detrás de la vieja terminología y dentro

---

(41) Gayo, 2.14.; Di Paola, 1, 4, pág. 25.

(42) Di Paola, I, 5, pág. 266-27.

(43) Ulp. Dig., 5.4.1.1.; Ulp. Dig., 12.2.11.3.; Gayo, Dig., 5.3.4.1. pr.; Dig. 29.4.16; 44.2.9.pr.; Cfr. Di Paola, 1, 6, pág. 31.

de la vieja estructura. De ésto la frecuente confusión de los términos de vindicatio y hereditatis petitio (44).

### 3) La tradición romanista en la acción hereditaria.

#### A) Derecho histórico español.

No se puede decir que el silencio del actual Código español en materia de petición de herencia sea un índice de paralela falta de doctrina; el legislador ha entendido dejar su regulación al imperio de las normas tradicionales; su construcción jurídica es un derecho de formación consuetudinaria, elaborado por la doctrina y la jurisprudencia teniendo en cuenta la tradición jurídica y los principios generales del derecho (45).

Bien ha notado al respecto Roca Sastre (466) que esta falta de regulación "hace difícil la tarea de configurar su régimen, en cuyo empeño no hay más remedio que acudir a inspiraciones constitucionales, por cierto muchas veces coincidentes con la regulación romana, y a ciertas normas de la acción reivindicatoria especialmente los arts. 451 y ss. del C. C., y desde luego, a las decisiones jurisprudenciales".

Y la primera fuente es el Derecho romano. Pese a las confusiones de carácter institucional que ha indicado el propio Roca (47), Núñez Lagos (48) ha demostrado que el Código no es una innovación ex novo del Derecho sucesorio, sino la formulación reajustada de una tradición jurídica de la sucesión mortis causa, que es el sistema romanista, probando las frecuentes confusiones con que en la historia ha sido inficionado, agravadas con intérpretes de formación francesa y leyes que han escapado a la captación del espíritu tradicional español.

Numerosos textos del derecho histórico español revelan que la ac-

---

(44) Cfr. Di Paola, 1, 8, págs. 38-39. Cfr. Jörs-Kunkel, N° 215, pág. 477; llama con el primero de los nombres a la acción en tiempo de la legis actiones, y con el segundo la del procedimiento formulario; Serafini anota que la petitio hereditatis no es más que una aplicación de la acción reivindicatoria a la herencia, una vindicatio hereditatis; Bonfante, que los romanos crearon sobre el propio título hereditario una acción general, ya conocida en el período de las legis actiones, que se llama vindicatio, o, con más frecuencia, petitio hereditatis.

(45) Tampoco mencionan —sino incidentalmente a la hereditatis petitio— legislaciones como la francesa, belga, uruguaya, boliviana, etc.

(46) Cfr. Notas cits. al Ennecerus-Kipp-Wolff, Vol. I, pág. 376.

(47) Roca Sastre, Crítica institucional... op. cit., pág. 497 ss.

(48) Núñez Lagos, Rafael.—El derecho sucesorio en la tradición española y el Código Civil (páginas de un prólogo).—Revista General de Legislación y Jurisprudencia, XCIX) 4 abril 1951, pág. 385. ss.

ción no fué desconocida (49), en especial en las Partidas (50) y en la Novísima Recopilación (51).

En disposición análoga a la del art. 1016 del actual Código, García Goyena (52) dice en el art. 835 de su Proyecto: "...El derecho para aceptar o renunciar la herencia, se prescribe por el mismo tiempo que las otras acciones reales..."; y luego comenta: "las otras acciones reales, porque lo es el *petitio hereditatis*, o si se quiere mixta de personal y real, según hasta ahora se ha llamado" (53).

## B) Legislación española.

No obstante de la falta de tratado de la acción hereditaria que ya anotamos en el Código de 1889 vigente, las incidentales referencias que en él se observan (54) han dado lugar a varias interpretaciones en la doctrina.

Ferrandis (55) simpatiza con la *vindicatio*; indica que la petición de herencia realiza la reivindicación de la herencia. Al caracterizarla, De Diego anota que es lo mismo que la reivindicación para los derechos reales; es una *vindicatio hereditatis* —prosigue— sea *hereditas* en sentido subjetivo, cualidad personal de heredero, o en sentido objetivo, como *universitas* o patrimonio universal del difunto (56).

---

(49) Así Cfr. De Castro y Bravo, Federico.—Derecho Civil de España.—Instituto de Estudios Políticos, 1949, Tomo II, vol. I, pg. 52. Indica que las acciones *præjudiciales* del Derecho romano fueron identificados casi con las de estado, una vez elaborado su concepto; Carleval incluye entre éstas a la petición de herencia.

(50) Cfr. Part. 6a., ley 7, Tit. XIV: la acción podía ser repelida mediante la *usucapio pro herede* en diez o veinte años; Part. 6a., ley 4, Tit. XIV: "Quizás en ningún otro ordenamiento jurídico, antiguo ni moderno, se registre con tanta nitidez el principio de la validez de los actos de enajenación por el heredero aparente". Cfr. Gatti, op. cit., págs. 141-42.

(51) Cfr. Nov. Rec., ley 9, tit. 8, lib. V: la *petitio* prescribía en treinta años; ley 2a., tit. 8, lib. XI: acción en concurrencia con el poseedor; ley 1a., tit. 14, lib. X, relativa a los derechos de terceros.

(52) García Goyena, Florencio.—Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español, Tomo II, Libro III, art. 835. Imp. F. Abienzo, Madrid, 1852

(53) Cfr. también, Part. 6a., tit. 14, ley 7: el derecho hereditario se prescribía por 30 años, cuando el poseedor de herencia *carecía de justo título y buena fe, por 10 entre presentes y 20 entre ausentes*, si le asistían los dos requisitos; y que estas prescripciones tienen origen romano; Cód., lib. 7, tit. 39, ley 5.

(54) Así, el art. 197 en su redacción primitiva; art. 1016, *se refiere a la acción "para reclamar la herencia"*; art. 1021, "el que reclame judicialmente una herencia...", etc.

(55) Ferrandis, op. cit., pág. 37.

(56) De Diego, Clemente F.—Instituciones de Derecho Civil español. Volumen III, pág. 465. Madrid, Imprenta de Juan Pueyo, 1932.

Sin mayor crítica, Espinar Lafuente la denomina petición de herencia (57). Foncillas realza la diferencia con las acciones *in rem specialis*, en cuanto éstas sólo tienden a la restitución de cosas particulares, en tanto que la *petitio hereditatis* tiene por objeto los derechos reales y personales a la vez; y todo ello pese a los epítetos romanos de "*vindicatio successio-nis*" y "*actio in rem*", que indudablemente califican la acción hereditaria. La confusión de términos y conceptos deviene así muy clara (58).

Lacruz Berdejo considera que la *hereditatis petitio* persiste en el Derecho español pese al silencio del Código, pues en España no hay un "*numerus clausus*" de acciones (59). No deja de ser ésto un problema para Romero Cerdeiriña (60).

Otros autores se han orientado a intentar una definición y descripción de la *petitio*. Halla De Buen (61) que es una consecuencia directa de la institución de heredero, siendo su finalidad la de conseguir que a la persona de éste se le reconozca su cualidad de tal, y, desconozca tal cualidad; en términos del actual régimen jurídico —continúa— dice Morató: "esta acción compete al heredero testamentario o legítimo contra cualquiera que posea la herencia o parte de ella como heredero o en simple posesión, y también contra el que haya dejado de serlo con dolo, mas no contra el que posea en virtud de un título singular cosas que pertenezcan a la misma: para que se le declare tal heredero, y en su virtud le sean entregados todos los bienes del testador o intestado, con las acciones y frutos correspondientes" (662) (63).

(57) Espinar Lafuente, Francisco.—La herencia legal y el testamento.—Estudio doctrinal y de Derecho positivo. Bosch, Casa Editorial Barcelona 1956, pág. 179, Nº 110; cfr. también pág. 466, nota 211, en que señala la confusión secular de la acción hereditaria con la reivindicatoria del dominio.

(58) Foncillas, José María.—La usucapio "pro herede".—Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Nos. 82 86, años 1931 y 1932.

(59) Cfr. Notas al Binder, op. cit., nota 6; pág. 271.

(60) Romero Cerdeiriña, Angel.—En torno al concepto de derecho hereditario "la última moda". Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo V, 1947-48, pág. 275 ss. Cfr. pág. 307: "Lo verdaderamente útil y lo que está necesitando nuestra doctrina es la reconstrucción, con vistas al derecho vigente, de una dogmática de la *petitio hereditatis*, y en general, de las acciones hereditarias, lamentablemente descuidadas en nuestra legislación, según ha hecho observar Diez Pastor en interesantísimas notas inéditas, por la servil imitación del Código Civil francés y el abandono del estudio de las antiguas fuentes".

(61) Colin, Ambrosio; Capitant, H.—Curso elemental de Derecho Civil. Trad. de la Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia, Notas al D. Civil español por Demófilo De Buen, Tomo VIII, pág. 213. Editorial Reus, Madrid, 1927.

(62) Id., id.

(63) Cfr. en la doctrina española actual, igualmente, las obras citadas de Binder-Lacruz, pág. 271, & 30; Ferrandis, pág. 37; De Diego, Tomo III, págs. 4662 ss.; id. Diccionario de Derecho Privado.—D. Civil, Mercantil, Notarial y Registral, Canónico. Directores: Ignacio de Casso y Romero y Francisco Cervera y Jiménez Alfaro. Tomo II, G-Z, pág. 2060.

También contienen referencias importantes López R. Gómez, López de Haro, Valverde, Manresa.

Royo Martínez (64) anota que del hecho de la transmisión mortis causa y del peculiar derecho sucesorio que al heredero corresponde en cuanto tal, surgen algunas acciones específicas que no existían con anterioridad a la apertura de la sucesión ni estaban comprendidas en el patrimonio del de cuius, resultante de la declaración seguida de aceptación; entre éstas, aparece como fundamental la llamada por los romanos *actio petitio hereditatis* o acción de petición de herencia.

Las alusiones legales referidas se completan con otras muy frecuentes de varias leyes relacionadas con la materia (65). Y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo es un auxiliar no menos notable (66).

No se puede decir, en consecuencia, que falte en el Derecho español, actual la *petitio hereditatis*; otra cosa es que se haya elaborado ya de ella una teoría completa y apodíctica (67).

### C) Código Civil italiano.

Imposible sería, dentro de los estrechos moldes propuestos, analizar el Derecho italiano en su riquísimo y valiosísimo repertorio de fuentes jurídicas y aún extrajurídicas. Pero, siendo el nuevo Código de 1942 tan desconocido aún entre nosotros, trataremos de resumir lo que regula en la materia de que tratamos. Estamos ante un Código de "insuperable técnica, y en el que, si bien se conservan las directrices generales antiguas, presentan, no obstante, notables innovaciones" (68). Y sin duda, la construcción jurídica de la institución, junto con la comprendida en el Código alemán, es la más perfecta y acabada de las vigentes.

El Código de 1865, teniendo como modelo el francés, no disciplinó el instituto; se limitaba a mencionarlo en el art. 44, hablando de la sucesión del ausente; la figura dogmática estaba dada por la doctrina deducida del Derecho romano y construída teniendo presente entre el heredero aparente y el verdadero y entre éste y los terceros que contrataron con aquél (69).

(64) **Royo Martínez, Miguel.**—Derecho sucesorio "mortis causa". Librería Editorial Edelce Sevilla, 1951.

(65) Así, dentro del C. Civil, arts. 196. 1934, 1950, 1960, 650, 989, 997, 1005, 661, 440, 430, 667, disp. transitoria 12, y otras; Ley de Enjuiciamiento Civil, juicios de testamentaria y ob intestato, interdictos; Ley Hipotecaria, arts. 16, 28, 34, 38, 207, etc.

(66) Sentencias de 28.1.1892; 10.5.92; 28.2.1908; 24.2.09; 18.5.32; cits. por Rodríguez, Doctrina Civil del Tribunal Supremo, Tomo II. Y la de 31.5.1904, cit. por Sánchez Román, Felipe.—Estudios de Derecho Civil y el Código Civil e Historia General de la Legislación española. Tomo VI, Vol. III, 2ª. ed., Madrid, 1910

(67) Cfr. Espinar Lafuente, op. cit.

El cual tiene algunas novedades muy discutibles a este respecto.

(68) **Puig Peña, Federico.**—Introducción al Derecho civil español, común y foral. 2ª. ed., Bosch (Barcelona, 1942), pág. 85.

(69) Cfr. D'Avanzo, op. cit., pág. 161.

Tres artículos dedicados a la petición de herencia se contienen en el Código nuevo (70). La definición viene dada en el numeral 433: "El heredero puede reclamar el reconocimiento de su cualidad hereditaria contra cualquiera que posea todo o parte de los bienes hereditarios a título de heredero o sin título alguno a fin de obtener la restitución de los bienes. La acción es imprescriptible, salvo los efectos de la usucapión respecto de los bienes singulares" (71). Pónese en dos casos; "en el primero se controvierte sobre el título de heredero, esto es, si él corresponde al actor o al demandado; en el segundo se presupone que éste, aún no reclamando para sí dicho título, lo niega al actor" (72). Con lo que parece, la acción puede dirigirse así contra el "pro possessore", con tal que éste niegue la cualidad hereditaria en el actor; y aún contra quien no poseyendo bienes hereditarios, se afirma heredero.

La doctrina italiana también se ha ocupado extensamente de la hereditatis petitio (73).

## II.—RETENSION DE HERENCIA.

### 1) Planteamiento.

El origen, evolución y bases de la disciplina germánica en materia de acción hereditaria es totalmente distinto del cuadro que hemos ofrecido respecto del Derecho romano. Esto nos permitirá distinguir claramente lo que se alude con el nombre de pretensión de herencia. Expondremos primeramente la distinción procesal básica que hace el Derecho romano, y luego la significación del nombre del epígrafe.

#### A) Distinción procesal.

Los problemas que acarrea la investigación de la naturaleza jurídica de la acción hereditaria ha llevado a varios autores, como Trullenque Sanjuán (74) a separar dentro de la petición dos acciones; es imposible denominarla con el calificativo de la naturaleza jurídica de una sola de ellas; y por lo mismo analizar por separado las dos acciones que en ella se contienen, encubriéndolas bajo la denominación general de petición de herencia, un imperativo y un derrotero.

(70) Cfr. Lib. II (De las Sucesiones). Cap. IG del Tit. I, arts. 533 (noción y preceptibilidad); 534 (derechos de los terceros); 535 (poseedores de bienes hereditarios).

(71) Cfr. Gatti, op. cit., N<sup>o</sup> 18, pág. 22.

(72) Valverde, Emilio F.—El Derecho de sucesión en el Código Civil peruano. Tomo I, Imp. del Ministerio de Guerra. Lima-Perú, 1951, pág. 210.

(73) Cfr. Coviello, Polacco, bajo la legislación anterior; y para el derecho vigente, las ya citadas de D'Avanzo y Cicu; también, Messineo, Barassi (hay traducción castellana), Degni, Stolfi, Brunelli-Zapulli, etc.

(74) Trullenque Sanjuán, op. cit., cuya exposición seguimos en este aparte a grandes rasgos.

El recurso es la técnica germánica, que ha superado toda posible confusión, calificando en forma distinta las dos acciones, que a su vez constituyen sus dos finalidades. Distínguese en efecto, en doctrina alemana, entre la "Erbchaftsklage", o demanda de reconocimiento, y la "Erbchaftsanspruch", acción contra el poseedor que se crea sucesor, para obligarle a restituir los bienes hereditarios.

Distinción pedagógica es ésta, sin duda, para aclarar la naturaleza jurídica de la acción hereditaria, pero requiere ser convenientemente explicada.

Al lado de las acciones singulares, el Derecho romano conoció la hereditatis petitio, al que siguió el Derecho común. El Código alemán ha transformado notablemente tal petitio —que designa con el título de pretensión de herencia o Erbschaftsanspruch— conservando sólo la pretensión contra el poseedor pro herede, lo que resulta justificado por la transmisibilidad por herencia de la posesión (75). Así, la pretensión se dirige, además, simplemente a la restitución: esto es, ha devenido a pretensión de una presentación. Con lo que el Código alemán, de acuerdo con las modernas teorías procesales, ha separado el momento de la determinación de la pertenencia del derecho hereditario, que formaba parte de la petición de herencia del Derecho común (766), relegándolo a la acción de fijación o declaración de la Ley Procesal (art. 256). Y ello concuerda, según Binder, con el hecho de que el llamado derecho hereditario subjetivo no es, en principio, sino una situación jurídica o relación que puede ser objeto de una acción de declaración o fijación. Así las cosas, "se puede preguntar si aún existía motivo para conservar la pretensión de herencia en nuestro actual derecho, después de haber sido realizada limpiamente la separación entre las acciones de condena y determinación". (77). Tal no era, ciertamente, el caso de la fórmula petitoria en el Derecho romano, ni el del Derecho común, con su condena para el reconocimiento del derecho sucesorio del litigante, los cuales, por no distinguir bien entre una y otras acciones, planteaban dificultades, sobre todo respecto del alcance de la litispendencia y de la cosa juzgada. Mas todas estas dificultades no han sido del todo eliminadas en la legislación alemana. Finalidad principal de la distinción es la de lograr un estudio completo de la acción hereditaria; pero no halla aún cabida entera en sistema jurídico alguno.

## B) La pretensión.

Aún podrá llamar la atención la denominación —hasta ahora pasada por alto— de "pretensión de herencia" usada por los alemanes. La cues-

(75) C. alemán, art. 2018.—"El heredero podrá pedir de cualquiera que por virtud de un derecho de sucesión que en realidad no le corresponde, haya obtenido todo o parte de aquélla, la restitución de lo que posea sin derecho". Art. 875: la posesión se transmite al heredero.

(76) Cfr. Binder, op. cit., pág. 271.

(77) Id., id., págs. 270, 71, nota 5, citando a Thur.

ción parece nacer de los diversos sentidos de la *actio romana*. Refiere Arias Ramos (78) un primer sentido a la *actio* como un medio o poder de petición que dirige el particular hacia el Estado, facultad de Derecho público; aparte de éste, en el Derecho clásico aparece, y es más perceptible en el bizantino, el concepto de acción como facultad de Derecho privado, que se tiene frente a otro particular. "Ya en este aspecto, la palabra *actio* está tomada unas veces en sentido formal, como el acto procesal de demandar ante el magistrado; otras, en sentido material, equivalente a lo que la técnica moderna llama pretensión, como el derecho de reclamar algo —*ius persequendi quod sibi debetur*—, la facultad de poder lograr de alguien una pretensión activa o una abstención" (79).

Este concepto de pretensión ha sido incorporado a la técnica moderna por Windscheid, como intermedio entre el de derecho subjetivo y el de acción en sentido *ius-privatista* formal o derecho de demandar judicialmente. La moderna técnica alemana, según esto, distingue: A) la acción en sentido *iuspublicista*, petición contra el Estado de protección judicial, y que no requiere necesariamente demandado a quien condenar, como en las acciones de constatación o declarativas; B) el derecho subjetivo sustantivo, cuyo contenido y ejercicio se conciben sin una dirección contra persona determinada; C) la pretensión, que surge cuando se puede exigir a una persona concreta un acto o una abstención, en cuanto el derecho subjetivo se dirige hacia la sumisión de la voluntad ajena (80); D) la acción en sentido *iusprivatista*, que no se identifica con la pretensión, ya que ésta puede ser satisfecha sin recurrir a aquélla.

Si confrontamos estos conceptos con la breve explicación anotada sobre el Derecho alemán, es comprensible la denominación, en éste, de "pretensión" a lo que estamos habituados a llamar sin distinguos petición de herencia.

Carnelutti (81) advierte que el criterio de la distinción entre acción y pretensión sólo puede ser aclarado mediante la perfecta delineación del concepto de la acción como derecho subjetivo procesal; distinción que es bastante menos clara que la que media entre derecho y acción —derecho subjetivo material y procesal— y cuyo confusionismo domina el lenguaje de la ley y de la práctica, en el que el concepto de pretensión se expresa casi siempre y de manera impropia con el nombre de acción.

En otros dominios legislativos menos avanzados, en los que no se halla una elaboración doctrinaria propia, los conceptos de acción y pre-

(78) Arias Ramos, op. et loc. cit., N° 88, págs. 150-51.

(79) Id., id.

(80) Arias Ramos, id., id., nota 169.

(81) Cfr. Carnelutti, Francesco.—Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo II: Composición del proceso. Trad. de N. Alcalá Zamora, notas de id. U.T.E.H.A., argentina, Buenos Aires, 1944.

tensión o derecho subjetivo material se hallan mezclados y confundidos. (82). Mucho esfuerzo entonces, y no siempre del todo provechoso, sería forzar a otros derechos a admitir estas distinciones y aplicarlas a nuestra acción hereditaria.

Reconoce Lacruz (83), que teóricamente es más correcto hablar de "pretensión de herencia", pero estima preferible no romper con la terminología tradicional, correspondiente al concepto civilístico de la acción. Roca. (84) también juzga el concepto de pretensión más técnico que el de *petitio hereditatis* o petición de herencia, si bien estima que pueden ser equivalentes; su existencia es generalmente de una realidad institucional

## 2) Disciplina jurídica en el Código alemán.

La acción está ampliamente regulada por el Código Civil alemán (BGB), bajo el nombre de pretensión de herencia (85), respondiendo a un tecnicismo más perfecto que el clásico de la *petitio hereditatis*, en los párrafos 2018 a 2031 (86), el primero de los cuales dice: "El heredero podrá pedir de cualquiera que por virtud de un derecho de sucesión que en realidad no le corresponde, haya obtenido todo o parte de aquélla, la restitución de lo que posea sin derecho" (87).

Según este artículo, la pretensión de herencia sólo se dá contra el poseedor de objetos de la herencia que afirma él mismo ser heredero; por ello dice Hübner (88) que si el heredero es impedido de tomar posesión por su contradictor que no contesta el derecho del heredero, pero hace valer otro artículo, entonces el heredero, salvo violenta desposesión, está obligado a invocar una acción, como propietario, para la entrega de la posesión; si la otra persona rehusa la entrega alegando ser heredero o contesta al demandado como heredero, descansando en su posesión ideal, plantea una acción de herencia que le asegura, en el litigio, el preferencial estado de una posesión disfrutada.

Casi todos los demás dispositivos se refieren a las restituciones. La excepción de usucapión la encontramos en el artículo 2026: "El poseedor de la herencia no podrá prevalecer, hasta que la reivindicación haya prescrito, de la usucapión de lo que posea como dependiente de la herencia"; y el 2031 contempla el supuesto de la persona declarada fallecida falsamente:

---

(82) Carnelutti, op. cit., define la pretensión como la exigencia de la subordinación de un interés ajeno a un interés propio; y a la acción, como derecho subjetivo, ya que el interés mediante ella tutelado es un interés esencialmente público.

(83) Notas cits. a Binder, op., cit., pág. 271.

(84) Notas cits. a Ennecerus.

(85) Gatti, op. cit., Nº 15, pág. 21.

(86) Cfr. Lib. V: De las Sucesiones. Sec. II: Situación jurídica del heredero. III, La pretensión de herencia

(87) Cfr. *Texto y Comentarios al Código Civil alemán. Con Exposición de motivos*, trad. de Alejo García Moreno, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1897.

(88) Cit. por Valverde, op. cit.

"Cuando una persona cuyo fallecimiento se haya declarado haya sobrevivido a la época en que se le reputó muerta, podrá exigir la restitución de su patrimonio, con arreglo a las disposiciones relativas a la pretensión de herencia".

La técnica precisa y el avance de los conceptos jurídicos en Alemania, hacen una teoría completa y original de la institución.

### III.—DERECHO PERUANO.

#### 1) Legislación anterior al Código Civil.

Es preciso anotar primeramente que si bien muchos de los antecedentes de la legislación peruana coinciden con los de la española —derecho romano y castellano, aplicado a las provincias españolas de ultramar—, desde la iniciación de la República el Derecho civil sufre influencias foráneas no siempre comprendidas por juristas y legisladores. La obra de éstos se dejó ver por vez primera en el campo del Derecho Civil en el Código de 1852, si no contamos con la exigua vigencia del llamado Código de Santa Cruz, en tiempos de la Confederación Perú-Boliviana, por los años 1837 a 1839; posteriormente, en los Proyectos de 1891 y 1922, hasta culminar con el actual Código de 1936.

En el citado cuerpo de leyes de 1837, decía el artículo 79: "Corresponden al ausente o a sus representantes las acciones de petición de herencia y otros derechos, y no se extinguirán sino por el transcurso del tiempo establecido para la prescripción" (89).

En el de 1852, siguiendo la dirección por entonces dominante, se hizo entrar la petición de herencia —no en su exacto sentido— en el Libro II intitulado "De las Cosas, Del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas", Sección IV: Del modo de adquirir el dominio por herencia, Título 13: De la aceptación y de la renuncia de la herencia; y del beneficio de inventario, arts. 766 (90) y 2169 (91).

Comentando la primera disposición, Samanamud (92) dice que, conforme al art. 765, si pasan dos años sin que nadie se presente a reclamar la herencia *ni hay heredero a quien manifiestamente pertenezca*; o el heredero instituido no ha aceptado directa ni indirectamente dentro de los términos legales; o la han renunciado los que tenían derecho a ella, se puede pedir que se declare herencia intestada y vacante. Los herederos pueden aún pedir la herencia que perdieron por esta declaración; pero deben hacerlo.

(89) Cit. por Valverde, op. cit.

(90) "Pueden, sin embargo, los herederos reclamar la herencia que perdieron por haberse declarado vacante; pero deben hacerlo antes que se cumpla el término por el cual se prescriben los bienes muebles o inmuebles según fuese la calidad de los hereditarios".

(91) "Caduca la partición, si aparece que un heredero no fué considerado en ella; o que lo fué, sin haber sido representado debidamente conforme a los Códigos".

(92) Samanamud, F.—Instituciones de Derecho Civil peruano 2 a. ed., enteramente corregida, Tomo I. Lima, Librería e Imprenta de San Pedro, 1917.

antes de que se cumpla el término por el cual se prescriben los bienes muebles o inmuebles. Esta acción, concluye, se llama recuperación de la herencia. Y bien dice el comentarista, porque tal acción no hace referencia al exacto concepto de la *petitio hereditatis*.

Del art. 2166, aunque se refiere a la caducidad de la partición, dice que contiene invívita la petición de herencia, porque se persigue el reconocimiento del derecho del actor y que con él se haga una nueva partición en la que se le adjudique la proporción del patrimonio que le corresponda.

Igual falla que en el Código anterior se halla en el art. 671 del Proyecto de 1922 (93), que si bien ha modificado ya la sistemática (94), decía: "La acción de reivindicación en el caso de herencia vacante o en cualquier otro, procede contra quienes posean los bienes, siempre que se deduzca dentro del plazo fijado para la prescripción de la acción real"; con lo que venía a añadir otros dos: llamar a la acción con el nombre más antiguo de reivindicación, que ya no responde más a una realidad, y asignarle sin más una naturaleza real.

## 2) Código Civil de 1936.

El artículo 662 del referido, expresa: "La reivindicación de la herencia procede siempre que es deduzca dentro del plazo fijado para la prescripción de la acción real". Confunde así este cuerpo legal las acciones reivindicatorias con la petición de herencia. Y dice al respecto el Profesor Eche copar (95), (96), que este artículo parecería referirse sólo a la acción reivindicatoria contra terceros, pero usa el término de "la herencia", o sea que significa que se está solicitando la entrega de bienes hereditarios como tales y no por haber sido detentados por terceros a título diferente de la herencia. Además, insiste, el art. 663 hace referencia al caso en que el demandante alegue derecho a concurrir a la herencia con el poseedor y el art. 664 trata de los casos en que los bienes hayan pasado a poder de terceros por actos onerosos practicados por los herederos que entraron en posesión de la herencia con exclusión de la persona a quien corresponde por legítimo título. Concluye que el Código llama acción reivindicatoria a la petitoria; y que es indudable que estas disposiciones del Código deben ser reformadas para ajustarlas a la doctrina.

(93) Proyecto de Código Civil, Elaborado por la Comisión creada por R. S. de 22 de agosto de 1922. Lima, Librería e Imprenta Gil S.A., 1936.

(94) Cfr. Libro III: Del derecho de sucesión; Secc. Ia.; De la sucesión en general; Título V: de la herencia vacante.

(95) Para el Código Civil, cfr. Aparicio—Código Civil (Concordancias), Tomo I (Texto del Código); Tomo II Legislación y Derecho Civil, pág. 219; Guzmán Ferrer, Código Civil, Tomo I, Lima-Perú 1954, pág. 464; República del Perú.—Código Civil, promulgado por R. S. de 30 de agosto de 1936 en uso de la autorización contenida en la ley Nº 8305. 3a. ed. oficial. Lima, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Central, 1948, pág. 111.

(96) Eche copar García, Luis.—Derecho de Sucesiones. Examen del Libro III del Código Civil peruano de 1936. Emp. Gráfica Sanmarti, Lima, 1950; cfr. págs. 308-309.

Valverde indica como antecedentes de esta errónea denominación a Dernburg, para quien la acción hereditaria es la reivindicación de la herencia por parte del heredero; y a Pothier, que considera ambas expresiones equivalentes; pero remontándose adecuadamente a los procedimientos romanos ya descritos. Hay, por ésto, concluye (97) "Falta de propiedad en la denominación de acción reivindicatoria que adopta (el art. 662), sin razón atendible el precepto comentado para susfituir la más tradicional y técnica que la doctrina y la legislación positiva conocen bajo la de expresión de petición de herencia".

También ha criticado la denominación del Código Civil Fernández Arce (98) que se expresa así: "es impropia, porque aún cuando efectivamente puede revestir los caracteres de una reivindicación como cuando el heredero demandante se enfrenta a quien detiene una o más cosas de la herencia por título diferente, en otros casos, que son la mayoría, litiga contra quien le opondrá la calidad de heredero y en tal situación estamos frente a la acción petitoria auténtica y no a una reivindicatoria".

En suma, el Código actual tiene tres disposiciones relativas a la "reivindicación de herencia"; en la primera, art. 662, se indica su procedencia siempre que se deduzca dentro del plazo de prescripción de la acción real (99); en el art. 663 se la hace imprescriptible (100) cuando el demandante alegue el derecho a concurrir a la herencia con el poseedor; y la tercera se refiere a los efectos de la acción (art. 664).

Según Valverde, "contiene elementos suficientes para presentar un régimen jurídico sistematizado que llena el vacío que acusó el derogado Código, así como el advertido en el Código francés y así mismo, como hace notar Brugi, en los que en él se inspiraron" (101). No lo creemos así, y la propia exposición de este autor nacional demuestra que sale constantemente de la interpretación legal para elaborar su configuración propia de la acción. De este modo dirá: "esa acción, diferente de la reivindicatoria ordinaria cuyo fin es la restitución de bienes determinados, persigue la universalidad iuris y comprende la controversia de la cualidad de heredero" (102); y no obstante esta clara distinción, la hace real: "porque el título de sucesor que invoca el heredero es sólo para establecer el derecho con que se apersona, pero la restitución de los bienes que forman el acervo hereditario constituye el específico objeto de la acción" (103). Reina, pues, gran confusionismo doctrinario.

(97) Valverde, op. cit., pág. 222. Com. ad. art. 662.

(98) Fernández Arce, César.—La acción reivindicatoria y su diferencia con la petitoria de herencia.—Tesis, Universidad Católica, Lima, 1953.

(99) Cfr. art. 1166: **Se prescriben:** 1) a los veinte años, la acción real y la que nace de una Ejecutoria.

(100) Cfr. art. 903: La acción de partición es imprescriptible.

(101) Valverde, Emilio, op. cit., pág. 211.

(102) Id., id., pág.s. 211-12.

(103) Id., id., pág. 213.

También hay en nuestro Código referencia a la acción en caso de ausencia (104), y muchas otras disposiciones legales son complementarias (105), y algunas Ejecutorias de la Corte Suprema (106).

Ha notado Fernández la dificultad de conciliar la disposición del art. 662 —prescripción de la petito en veinte años— con los arts. 1083 y 1084 del Código de Procedimientos Civiles" (107). Las disposiciones de éste, dice acertadamente, se refieren únicamente al caso de las personas que hayan intervenido en el juicio: para ellas procede la instauración del juicio contradictorio dentro del plazo que indican; fuera de este caso, tiene aplicación el artículo que establece el plazo de veinte años para el ejercicio de la acción real.

Con algunos elementos de juicio, es sin embargo sostenible que en Derecho peruano, dada la confusión conceptual, resulta aún muy difícil el establecimiento de una configuración correcta de la petición de herencia.

---

(104) Cfr. arts. 611: La curatela de los bienes del ausente cesa cuando se dá el goce de los derechos de sucesión a sus herederos, por haber transcurrido diez años desde las últimas noticias que se tuvieron de él o el tiempo suficiente para que cumpliera la edad de ochenta años". Art. 612: "Si la desaparición del ausente se hubiese producido en circunstancias constitutivas de peligro de muerte, el plazo a que se refiere el artículo anterior será de tres años".

(105) Cfr. arts. 1168, 902, 850, 896, 871, 874, 876, 832, 834, 841, 833-39; 1097; 1100, 658, 1284, 1126, 1050, 1052.

(106) Cir. Ejs. 13.5.916; 18.11.16; 13.1.17; 15.4.36; 21.4.26; R. de T., 1942, pág. 417.1935, p. 484; A. J., 1916, p. 83; 1938, p. 87; 1916, p. 252; R.J.P., 1949 p. 178; 1951, p. 1326; 1953, p. 1356.

(107) El art. 1083 establece un juicio contradictorio de sentencia de determinados juicios y procedimientos, como declaración de herederos, apertura de testamentos cerrados comprobación de los privados. Y el 1084 fija en seis meses el plazo para instaurarlo, contados desde la notificación de la resolución que pone término al juicio o procedimiento que se contradice.